

Manuel Rebollo Puig

Diego J. Vera Jurado

(Directores)



DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II

RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO
Y CONTROL DE LA ADMINISTRACIÓN

Manuel Rebollo Puig

Eloísa Carbonell Porras

(Coordinadores)

TERCERA EDICIÓN

MANUEL REBOLLO PUIG
DIEGO J. VERA JURADO
(*Directores*)

DERECHO ADMINISTRATIVO

TOMO II

RÉGIMEN JURÍDICO BÁSICO Y CONTROL DE LA
ADMINISTRACIÓN

MANUEL REBOLLO PUIG
ELOÍSA CARBONELL PORRAS
(*Coordinadores*)

TERCERA EDICIÓN



AUTORES

LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR

Profesora Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Málaga)

CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ

Profesora Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Málaga)

ANTONIO BUENO ARMIJO

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

ELOÍSA CARBONELL PORRAS

Catedrática de Derecho Administrativo (Universidad de Jaén)

MANUEL IZQUIERDO CARRASCO

Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ

Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

ANTONIO MARTI DEL MORAL

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Jaén)

MANUEL MORENO LINDE

Profesor Ayudante Doctor (Universidad de Málaga)

RAFAEL PIZARRO NEVADO

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

MANUEL REBOLLO PUIG

Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS

Profesor Titular de Derecho Administrativo (Universidad de Córdoba)

DIEGO J. VERA JURADO
Catedrático de Derecho Administrativo (Universidad de Málaga)

Índice

ABREVIATURAS

LECCIÓN 1. EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

- I. Concepto y funciones del procedimiento
- II. Regulación del procedimiento administrativo
 - 1. *Reconocimiento constitucional y reserva de ley*
 - 2. *Competencias para regular los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo común*
 - 3. *La LPAC*
 - 4. *Procedimiento administrativo y Unión Europea*
- III. Clases de procedimientos
- IV. Principios generales
 - 1. *Impulsión de oficio*
 - 2. *Simplificación (celeridad, economía, antiformalismo y acceso permanente)*
 - 3. *Objetividad: imparcialidad, abstención y recusación*
 - 4. *Carácter predominantemente escrito y electrónico*
 - 5. *Contradicción*
 - 6. *In dubio pro actione*
 - 7. *Gratuidad*
- V. Los interesados en el procedimiento
 - 1. *Capacidad de obrar*
 - 2. *Legitimación*
 - 3. *Representación*
- VI. Términos y plazos
 - 1. *La obligatoriedad de los términos y plazos. Consecuencias de su incumplimiento*
 - 2. *Cómputo de los plazos*
 - 3. *Ampliación de plazos*
 - 4. *Tramitación de urgencia*
- VII. Presentación de escritos y notificaciones (remisión)
- VIII. Las fases del procedimiento administrativo
- IX. Fase de iniciación
 - 1. *La incoación de oficio*

- 2. *Las actuaciones previas*
- 3. *La iniciación por solicitud de interesado. Requisitos, subsanación y mejora de solicitudes*
- 4. *Las medidas provisionales*
- X. Fase de instrucción
 - 1. *Alegaciones*
 - 2. *Prueba*
 - 3. *Informes administrativos*
 - 4. *Audiencia y vista del expediente*
 - 5. *Información pública*
- XI. Fase de terminación
 - 1. *La resolución*
 - 2. *La terminación convencional*
 - 3. *El desistimiento de solicitudes y la renuncia de derechos*
 - 4. *La caducidad por inactividad de la Administración (remisión) y del interesado*
- XII. *La tramitación simplificada del procedimiento administrativo común*
- XIII. *Plazo máximo de duración del procedimiento administrativo*
- XIV. *Consecuencias de la superación del plazo máximo de duración sin resolución expresa: el silencio administrativo y la caducidad*
 - 1. *Procedimientos administrativos iniciados a instancia del interesado*
 - 2. *Procedimientos administrativos incoados de oficio*
- Bibliografía

LECCIÓN 2. EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES

- I. *Orígenes del acto administrativo*
- II. *Concepto de acto administrativo*
- III. *El acto administrativo como declaración*
- IV. *Elementos subjetivos del acto administrativo*
- V. *Elementos objetivos del acto*
- VI. *Elementos formales*
- VII. *Clases de actos administrativos*
 - 1. *Actos simples y complejos*
 - 2. *Actos necesitados de colaboración o de aceptación del particular*
 - 3. *Actos generales y singulares; referencia a los actos plúrimos*
 - 4. *Actos internos y externos*
 - 5. *Actos favorables y desfavorables o de gravamen*
 - 6. *Actos decisorios y no decisorios*
 - 7. *Actos resolutorios y de trámite; los actos de trámite cualificados*

8. *Actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no ponen fin a tal vía*
9. *Actos firmes*
10. *Actos originarios y confirmatorios*
11. *Los actos políticos o de gobierno*

Bibliografía

LECCIÓN 3. LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

- I. *Acto administrativo viciado, antijurídico e inválido*
- II. *Grados de invalidez e irregularidades no invalidantes*
 1. *Distinción entre nulidad, anulabilidad e irregularidades no invalidantes en la LPAC*
 2. *Supuestos de nulidad de pleno derecho*
 3. *Supuestos de irregularidades no invalidantes*
 4. *Supuestos de anulabilidad*
- III. *Régimen de la nulidad y de la anulabilidad*
 1. *El punto de partida: distinción entre nulidad y anulabilidad en la teoría clásica*
 2. *Nulidad y anulabilidad frente a la autotutela administrativa*
 3. *Vías para conseguir la declaración de nulidad y la anulación de actos administrativos*
 4. *Igualdad de nulidad y anulabilidad en cuanto a los sujetos que pueden invocarlas y a su apreciación de oficio*
 5. *La imprescriptibilidad de la nulidad y su relativización*
 6. *La negación de efectos para el futuro y la destrucción de los efectos ya producidos tanto del acto nulo como del anulable; sus modulaciones*
 7. *Invalidez parcial de un acto*
 8. *Invalidez de un acto y su repercusión sobre otros relacionados*
 9. *Conversión del acto inválido*
 10. *Convalidación del acto inválido*
- IV. *Consideraciones complementarias*
 1. *La relevancia relativa de acotar los casos de nulidad*
 2. *¿HAY ALGO MÁS GRAVE QUE LA NULIDAD? ALUSIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO INEXISTENTE*
 3. *La relevancia invalidante de los vicios de procedimiento*
- V. *La invalidez sobrevenida*

Bibliografía

LECCIÓN 4. EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS

ADMINISTRATIVOS

- I. Concepto de eficacia; distinción de la validez
 - II. La eficacia territorial de los actos administrativos
 - III. La eficacia temporal de los actos administrativos: comienzo de la eficacia
 - 1. *La regla general y sus excepciones*
 - 2. *Eficacia demorada del acto administrativo*
 - 3. *Eficacia retroactiva del acto administrativo*
 - IV. La eficacia temporal de los actos administrativos: suspensión de la eficacia
 - V. La eficacia temporal de los actos administrativos: extinción de la eficacia
 - 1. *Cuadro general de los supuestos de extinción de la eficacia*
 - 2. *La revocación por motivos de oportunidad*
 - 3. *Extinción de la eficacia del acto sin eliminación del acto*
 - VI. La notificación y la publicación de los actos administrativos
 - 1. *Concepto y finalidad de la notificación*
 - 2. *Actos que deben ser notificados y efectos que produce su notificación*
 - 3. *Destinatario y receptor de la notificación*
 - 4. *Contenido de la notificación y notificaciones defectuosas*
 - 5. *Medios y plazos para practicar la notificación*
 - 6. *Notificación infructuosa y notificación rechazada*
 - 7. *La notificación por anuncios publicados en el Boletín Oficial del Estado*
 - 8. *Publicación de actos administrativos*
 - VII. La ejecución forzosa de los actos administrativos
 - 1. *Consideraciones generales*
 - 2. *Requisitos de la ejecución forzosa*
 - 3. *Principios de la ejecución forzosa*
 - 4. *Medios de ejecución forzosa*
- Bibliografía

LECCIÓN 5. LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

- I. Concepto, características y principios generales de los recursos administrativos
 - 1. *Concepto y características*
 - 2. *Clases*
 - 3. *Reglas generales de los recursos administrativos*
- II. El recurso de alzada

- III. El recurso potestativo de reposición
- IV. El recurso extraordinario de revisión
- V. Referencia a las reclamaciones económico-administrativas
- VI. Medios alternativos de resolución de conflictos
- Bibliografía

LECCIÓN 6. LA REVISIÓN DE OFICIO

- I. De la revisión de oficio y de lo que con tal nombre se regula en la ley.
Aclaraciones previas
- II. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus actos desfavorables
- III. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus actos favorables nulos de pleno derecho
- IV. La declaración por la administración a solicitud del interesado de la invalidez de sus actos nulos de pleno derecho al margen de los recursos
- V. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus reglamentos nulos
- VI. La impugnación por iniciativa de la administración de sus actos favorables anulables
 - 1. *Inexistencia de potestad administrativa de anulación: necesidad de interponer recurso contencioso-administrativo*
 - 2. *El requisito de la previa declaración de lesividad para interponer el recurso contencioso-administrativo*
 - 3. *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*
- VII. Rectificación de errores
- VIII. Límites a las facultades de revisión: equidad, buena fe y cosa juzgada
- Bibliografía

LECCIÓN 7. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CARACTERES GENERALES Y GARANTÍAS MATERIALES

- I. Caracteres generales del derecho administrativo sancionador
 - 1. *La extensión de la potestad sancionadora de la Administración*
 - 2. *El Derecho Administrativo sancionador y su construcción sobre bases comunes con el Derecho Penal y garantías inicialmente construidas para el proceso penal*
 - 3. *El concepto de sanción como clave para delimitar el Derecho Administrativo sancionador y el régimen garantista que comporta*
 - 4. *Sanciones administrativas generales y sanciones administrativas*

- disciplinarias*
- 5. *Regulación legal*
- II. Principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador
 - 1. *La reserva de ley*
 - 2. *Principio de tipicidad de las infracciones y de las sanciones administrativas*
 - 3. *Principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables*
- III. Principios de culpabilidad y de responsabilidad personal
- IV. Concepto de infracción administrativa
- V. Las sanciones: contenido y extensión. El principio de proporcionalidad
 - 1. *Clases de sanciones por su contenido*
 - 2. *La determinación legal de la sanción correspondiente a cada infracción*
 - 3. *La elección de la sanción en el caso concreto*
- VI. Prohibición de doble castigo (non bis in idem) y concurrencia de responsabilidades
- VII. Extinción de la responsabilidad. En especial, la prescripción
- Bibliografía

LECCIÓN 8. DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: GARANTÍAS FORMALES Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

- I. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador
 - 1. *Carácter necesario del procedimiento sancionador*
 - 2. *Derechos fundamentales del acusado en el procedimiento sancionador*
 - 3. *Consecuencias invalidantes de los vicios del procedimiento sancionador*
- II. Regulación de los procedimientos sancionadores
 - 1. *La regulación del procedimiento sancionador bajo la vigencia de la Ley 30/1992*
 - 2. *La nueva regulación del procedimiento sancionador común en la LPAC*
- III. Fases y trámites más relevantes del procedimiento administrativo sancionador
 - 1. *Las fases, su contenido y separación*
 - 2. *Referencia a los trámites más relevantes*
 - 3. *En especial, el valor probatorio de las actas de inspección*
- IV. Plazo máximo de duración y caducidad del procedimiento sancionador

V. La ejecutividad de las sanciones

- 1. No son ejecutivas mientras quepa contra ellas algún recurso administrativo ordinario o esté pendiente de resolución*
- 2. Su ejecutividad mientras se sustancia un proceso contencioso-administrativo contra ellas*
- 3. Ejecutividad mientras se resuelve sobre la suspensión en el proceso contencioso-administrativo*

Bibliografía

LECCIÓN 9. LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

I. El concepto de responsabilidad patrimonial. Aspectos generales, bases constitucionales y regulación vigente

II. Caracteres generales del sistema de responsabilidad de la Administración

- 1. Sistema unitario y general*
- 2. Responsabilidad directa de la Administración*
- 3. Responsabilidad objetiva y por funcionamiento normal o anormal. Relativización*

III. Requisitos de la responsabilidad patrimonial

- 1. La lesión resarcible*
- 2. La imputación del daño*
- 3. La relación de causalidad*

IV. La indemnización

V. La reclamación de la reparación

- 1. Plazo*
- 2. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*
- 3. Procedimiento administrativo previo*
- 4. Legitimación*

VI. Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios

VII. La responsabilidad de otros poderes públicos

- 1. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia*
- 2. Responsabilidad por actos legislativos*

VIII. La responsabilidad por infracción del derecho de la Unión Europea

Bibliografía

LECCIÓN 10. LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

I. Concepto

II. Regulación

1. *La incorporación por el legislador español del Derecho europeo de la contratación del sector público*
2. *Ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público*
- III. *Clasificación de los contratos del sector público*
 1. *Los contratos típicos*
 2. *Los contratos «sujetos a una regulación armonizada» (SARA)*
 3. *Los contratos administrativos y los contratos privados del sector público*
 4. *Relación entre las clasificaciones realizadas por la LCSP*
 5. *Referencia a la contratación en los denominados «sectores excluidos»*
- IV. *Sujetos del contrato: en particular, los requisitos para ser contratista*
- V. *Procedimientos de contratación y selección del contratista*
 1. *La preparación de los contratos*
 2. *Procedimientos y criterios de adjudicación*
- VI. *Vicios de los actos preparatorios y de adjudicación*
 1. *Supuestos de invalidez*
 2. *Mecanismos de control. En especial, el recurso en materia de contratación*
- VII. *Perfección y formalización del contrato*
- Bibliografía*

LECCIÓN 11. LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

- I. *Ejecución de los contratos públicos: régimen jurídico e imposición de condiciones especiales de ejecución*
 1. *El régimen jurídico de la ejecución de los contratos públicos*
 2. *Condiciones especiales de ejecución de los contratos*
- II. *Las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos*
 1. *Naturaleza, fundamento y enumeración*
 2. *Procedimiento para su ejercicio*
 3. *En especial, la potestad de modificación o ius variandi*
 4. *El principio de riesgo y ventura y las técnicas de garantía del equilibrio financiero*
- III. *Otras especialidades de la ejecución de los contratos administrativos*
 1. *La cesión del contrato y el subcontrato*
 2. *La responsabilidad del contratista frente a terceros*
- IV. *Cumplimiento y consecuencias de los incumplimientos contractuales*
- V. *Suspensión y extinción de los contratos administrativos*

VI. Los cuasicontratos administrativos

Bibliografía

LECCIÓN 12. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (I)

- I. La formación de la jurisdicción contencioso-administrativa
 1. *La lenta gestación del sistema contencioso-administrativo*
 2. *La formación de la jurisdicción contencioso-administrativa en España*
- II. Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa
 1. *La cláusula general del artículo 1.1 LJCA y sus matizaciones*
 2. *El carácter improrrogable de la jurisdicción contencioso-administrativa y su conocimiento de cuestiones prejudiciales e incidentales*
- III. Órganos contencioso-administrativos y sus competencias
 1. *Caracterización general*
 2. *La distribución de competencias entre los distintos órganos contencioso-administrativos*
- IV. Las partes
 1. *Parte demandante y parte demandada*
 2. *Capacidad para ser parte y capacidad procesal*
 3. *Legitimación activa*
 4. *Legitimación pasiva*
 5. *Representación y defensa de las partes*
- V. Objeto
 1. *La actividad administrativa impugnada*
 2. *Las pretensiones de las partes*
 3. *La acumulación*
 4. *Cuantía del recurso*

Bibliografía

LECCIÓN 13. LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (II)

- I. Plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo
- II. El procedimiento declarativo ordinario común en primera o única instancia
 1. *Diligencias preliminares*
 2. *Iniciación*
 3. *Instrucción*
 4. *Terminación*

III. El procedimiento abreviado

IV. Recursos contra resoluciones procesales

- 1. Recursos contra providencias y autos*
- 2. Recurso de apelación*
- 3. Recurso de casación*
- 4. Recurso de revisión*

V. La ejecución de las sentencias

- 1. Evolución y presupuestos constitucionales*
- 2. Cumplimiento de la sentencia por la Administración*
- 3. Ejecución forzosa*
- 4. Imposibilidad de ejecutar la sentencia, expropiación y otras matizaciones*

VI. Procedimientos especiales

- 1. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales*
- 2. La cuestión de ilegalidad*
- 3. Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos*
- 4. Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado*
- 5. Procedimiento para la declaración judicial de extinción de partidos políticos*

VII. Las medidas cautelares

- 1. Función, importancia práctica y relevancia constitucional*
- 2. Contenido de las medidas cautelares*
- 3. Criterios para el otorgamiento o denegación de las medidas cautelares*
- 4. Petición, tramitación, resolución y modificación*
- 5. Suspensión en tanto se resuelve sobre las medidas cautelares*

Bibliografía

CRÉDITOS

ABREVIATURAS

AN	Audiencia Nacional
art.	artículo
as.	Asunto
ATS	Auto del Tribunal Supremo
ap.	apartado
BOE	<i>Boletín Oficial del Estado</i>
cas.	casación
CE	Constitución Española
CC	Código Civil
CCAA	Comunidades Autónomas
cfr.	confróntese
CGPJ	Consejo General del Poder Judicial
CNMC	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
coord.	coordinador
CP	Código Penal (Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre)
dir.	director
DA	Documentación Administrativa
disp.	disposición adicional
adic.	
disp.	disposición transitoria
trans.	
DOUE	<i>Diario Oficial de la Unión Europea</i>
ed.	edición
ej.	ejemplo
etc.	etcétera
EAA	Estatuto de Autonomía de Andalucía (Ley Orgánica 2/2007, de 19 de marzo)
EBEP	Texto Refundido del Estatuto Básico del Empleado Público (Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre)
FJ	Fundamento Jurídico
JA	<i>Justicia Administrativa</i>
LAJ	Letrado de la Administración de Justicia/Secretario Judicial
LAJA	Ley de la Administración de la Junta de Andalucía (Ley 9/2007, de 22 de octubre)
LAULA	Ley de Autonomía Local de Andalucía (Ley 5/2010, de 11 de junio)
LCSP	Ley de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014 (Ley 9/2017, de 8 de noviembre)
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil (Ley 1/2000, de 7 de enero)
LECR	Ley de Enjuiciamiento Criminal (Real Decreto de 14 de septiembre de 1882)
LEF	Ley de Expropiación Forzosa (Ley de 16 de diciembre de 1954)
LG	Ley del Gobierno (Ley 50/1997, de 27 de noviembre)
LGA	Ley del Gobierno de la Comunidad Autónoma de Andalucía (Ley 6/2006, de 24 de octubre)
LGP	Ley General Presupuestaria (Ley 47/2003, de 26 de noviembre)

LGSub	Ley General de Subvenciones (Ley 38/2003, de 17 de noviembre)
LGT	Ley General Tributaria (Ley 58/2003, de 17 de diciembre)
LGUM	Ley de Garantía de la Unidad de Mercado (Ley 20/2013, de 9 de diciembre)
LJCA	Ley reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Ley 29/1998, de 13 de julio)
LO	Ley Orgánica
LOCE	Ley Orgánica del Consejo de Estado (Ley Orgánica 3/1980, de 22 de abril)
LOREG	Ley Orgánica de Régimen Electoral General (Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio)
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial (Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio)
LOU	Ley Orgánica de Universidades (Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre)
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común (Ley 39/2015, de 1 de octubre)
LPAP	Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas (Ley 33/2003, de 3 de noviembre)
LPHE	Ley del Patrimonio Histórico (Ley 16/1985, de 25 de junio)
LRBRL	Ley reguladora de las Bases de Régimen Local (Ley 7/1985, de 2 de abril)
LRJSP	Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (Ley 40/2015, de 1 de octubre)
n.º	número
PLCSP	Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público (BOCG, Congreso de los Diputados, de 2 de diciembre de 2016)
RD	Real Decreto
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
RAAP	<i>Revista Andaluza de Administración Pública</i>
RDUE	<i>Revista de Derecho de la Unión Europea</i>
rec.	recurso
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
REDC	<i>Revista Española de Derecho Constitucional</i>
RGDA	<i>Revista General de Derecho Administrativo</i>
RSCL	Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales (Real Decreto de 17 de junio de 1955)
RVAP	<i>Revista Vasca de Administración Pública</i>
SAN	Sentencia de la Audiencia Nacional
SARA	contratos «sujetos a una regulación armonizada»
ss.	siguientes
STC	Sentencia del Tribunal Constitucional
STJUE	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS	Sentencia del Tribunal Supremo
TC	Tribunal Constitucional
TFUE	Tribunal de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TR	Texto Refundido
TRLS	Texto Refundido de la Ley del Suelo (Real Decreto Legislativo 7/2015, de 30 de octubre)
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia
TUE	Tratado de la Unión Europea
UE	Unión Europea
v. gr.	verbigracia
vid.	véase

LECCIÓN 1

EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO*

I. CONCEPTO Y FUNCIONES DEL PROCEDIMIENTO

La actividad jurídica de la Administración (reglamentos, actos y convenios) está normalmente procedimentalizada; es decir, sometida a la necesidad de seguir un procedimiento para formar la voluntad que se plasmará en una decisión administrativa.

En ello se diferencia la Administración de los particulares que forman su voluntad más libre e informalmente. Si acaso, ellos mismos se imponen reglas sobre la formación de su voluntad, lo que incluso puede alcanzar cierta complejidad en las grandes organizaciones privadas. Pero se trata de reglas internas irrelevantes para terceros y, salvo excepciones, para el ordenamiento jurídico general.

La actividad material de la Administración (recuérdese que la contrapusimos a la actividad jurídica en la lección 2 del Tomo I, donde ya aclaramos que se suele considerar una actividad informal) tampoco está sometida a un procedimiento propiamente dicho: se procederá de una cierta forma, incluso pautada u objeto de protocolos; se harán una serie de actuaciones, tareas y trabajos técnicos o burocráticos para procurar que todo se desarrolle correcta y diligentemente; quizás sea objeto de instrucciones de servicio; etc. Pero ese conjunto informal de acciones y labores no forman un procedimiento administrativo en sentido estricto.

El procedimiento administrativo es, pues, el cauce formal impuesto por el ordenamiento para que la Administración apruebe reglamentos, produzca actos administrativos resolutorios y celebre convenios.

Está integrado por diversas clases de actos. En parte, son actos de la Administración (y pueden ser considerados actos administrativos): son los actos de trámite (p. ej., acto de iniciación del procedimiento, de adopción de medidas provisionales, informes, propuesta de resolución...) previos al acto final en el que se plasmará la decisión (la resolución). Pero también hay en el procedimiento actos jurídicos de los administrados (instancias, escritos de alegaciones, proposición de prueba...) que, aunque regulados por el Derecho Administrativo, no son actos administrativos.

Además es posible y usual que, junto a esos actos administrativos de trámite y actos jurídicos de los administrados, haya pura actividad material de preparación: estudio de la situación, de los problemas técnicos, del Derecho aplicable; conversaciones informales; acopio de documentos científicos; borradores; reuniones de meros grupos de trabajo; etc. Esas actuaciones, incluso aunque se hagan con ocasión de un procedimiento, no forman parte del procedimiento en sentido estricto ni son propiamente actos de trámite. Es actividad material al servicio del procedimiento.

El procedimiento administrativo no es un conjunto de trámites inconexos unos de otros, sino un conjunto coherente ordenado al fin de conseguir una decisión final acertada.

Así, podría describirse como una cadena cuyos distintos eslabones —actos de trámite y actos de los administrados— están orientados a la adopción por la Administración de una decisión que lo resuelva —el acto administrativo resolutorio o resolución administrativa— que es el último eslabón, el broche que da sentido a toda la cadena. La metáfora es aceptable y refleja la idea de que a veces la producción de un acto de trámite es presupuesto necesario para el siguiente. Pero debe matizarse porque, como veremos luego, con frecuencia pueden y deben realizarse diversos trámites simultáneamente.

Aunque a veces, incluso por las leyes, se utilicen como sinónimos, conviene distinguir el procedimiento del expediente administrativo.

Expediente es un conjunto ordenado de documentos administrativos sobre un mismo asunto. A veces no se refieren a un concreto procedimiento sino a otra serie de actuaciones administrativas (p. ej., el expediente académico, expediente de la información previa a un procedimiento, etc.). Pero de ordinario el expediente administrativo es la materialización escrita del procedimiento que consta de los documentos en los que se reflejan los actos de trámite, los de los administrados, los resultados de las pruebas, las notificaciones... Así se dijo que el expediente es «el procedimiento hecho papel» (Guaita). La idea sigue valiendo aunque ahora tengan formato electrónico (art. 70 LPAC). Así, aunque se diga a veces que «se ha seguido un expediente», es preferible decir que se ha seguido un procedimiento; y aunque se diga que «se ha entregado el procedimiento», mejor decir que se ha entregado el expediente.

El procedimiento administrativo no es un fin en sí mismo sino un instrumento para la aplicación de las normas sustantivas y para la toma de decisiones por la Administración. Pero tiene importancia pues cumple funciones relevantes. Sobre todo las siguientes:

— Constituye una garantía de acierto para la Administración a la hora de

formar su voluntad y tomar decisiones sobre cuestiones que afectan a los intereses públicos. Cada vez se da más importancia, incluso en el ámbito de las organizaciones privadas, al «proceso de toma de decisiones». Pues bien, para las Administraciones eso está tradicional y jurídicamente determinado mediante el procedimiento administrativo.

— Es una garantía para los interesados en cada procedimiento pues, a través de los trámites que lo componen, pueden defender sus derechos e intereses frente a la Administración competente para resolver en el asunto que les afecte.

— Es un cauce que propicia la participación ciudadana en el debate de los asuntos de interés general (destacadamente, a través del trámite de la información pública).

— Entraña un medio idóneo para canalizar la cooperación y coordinación entre diferentes Administraciones. Así sucede en los procedimientos administrativos complejos que requieren la actuación de dos Administraciones distintas o cuando se prevén informes emitidos por una Administración diferente a la competente para resolver.

Estas funciones del procedimiento administrativo y la consecuente importancia que se le confiere explica que la misma CE aluda a él [art. 105.a) y c)]. Incluso se ha revalorizado con la consagración del derecho a una buena administración que, como ya vimos (Tomo I, lección 7), es un derecho de contenido primordialmente procedimental (derecho a ser oído, a acceder al expediente, a que los asuntos se resuelvan en un plazo razonable...). También explica que se considere que el procedimiento es elemento del acto administrativo, como se verá en la lección siguiente y refleja el artículo 34.1 LPAC («Los actos administrativos... se producirán... ajustándose... al procedimiento establecido»). Y justifica asimismo que los defectos en la tramitación del procedimiento puedan acarrear en algunos casos la invalidez de la decisión final, como vimos ya para los reglamentos (Tomo I, lección 8) y como veremos para los actos administrativos en la lección 3 y para los contratos en la lección 10. Incluso se considera tradicionalmente que la falta absoluta de procedimiento convierte a la actuación material de la Administración en vía de hecho, contra la que hay específicas formas de reacción.

Tras señalar las funciones que cumple el procedimiento, se comprende que no puede ser visto como un estorbo formalista, como una carrera de obstáculos que complica y eterniza los asuntos. Cosa distinta es que a veces se pierda la perspectiva, se sacralicen los aspectos formales más nimios, se impongan cargas desmesuradas y se compliquen innecesariamente. Eso es, más bien, la patología del procedimiento, y contra ello se proclaman una serie de principios, en especial el de simplificación,

como veremos luego.

II. REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

1. RECONOCIMIENTO CONSTITUCIONAL Y RESERVA DE LEY

El artículo 105.a) y c) CE ha constitucionalizado el procedimiento administrativo por vez primera. Este precepto reserva a la ley la regulación de los procedimientos que debe tramitar la Administración para dictar actos administrativos. No obstante, se trata de una reserva de ley flexible: la norma con rango de ley —estatal o autonómica— sólo ha de regular los aspectos esenciales y todo lo demás puede ser regulado por reglamento.

2. COMPETENCIAS PARA REGULAR LOS PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS: EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

El artículo 149.1.18.^a CE establece que «el Estado tiene competencia exclusiva sobre... el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas».

Esa salvedad en favor de las Comunidades Autónomas les reconoce la posibilidad de regular especialidades procedimentales como complemento de su potestad de autoorganización. Por ejemplo, donde la ley estatal del procedimiento administrativo común hable genéricamente del órgano competente, cada Comunidad podrá determinar cuál de sus órganos lo es para cada una de las actuaciones que corresponda a su Administración; cuando la ley estatal de procedimiento administrativo común imponga el dictamen de un órgano consultivo, cada Comunidad decidirá de qué órgano consultivo se trata, etc. A ello alude el artículo 47.1.1.^a EAA. Pero, aun siendo eso, en efecto, competencia de las Comunidades Autónomas, sus competencias sobre procedimiento administrativo son bastante más amplias.

Es más, también las Administraciones locales u otras (p. ej., las Universidades públicas) regulan procedimientos con toda normalidad. Por ejemplo, una Universidad puede regular un procedimiento para decidir sobre las solicitudes de los alumnos que quieran cambiarse de grupo: establecer cuándo podrán presentarse las solicitudes y los requisitos de éstas, qué órgano deberá tramitarlas, cuál deberá informar, qué plazo hay para resolver, quién deberá hacerlo, etc.

La clave está en dilucidar qué sea eso del procedimiento administrativo común del que habla el artículo 149.1.18.^a CE. No es fácil ni pacífico su significado. Simplificando, afirmemos que regular el procedimiento administrativo común consiste, no un procedimiento completo, acabado o perfecto —con todos sus trámites específicos— que haya de seguirse en todo caso o de ordinario, sino los principios esenciales y las reglas generales comunes a los diversos procedimientos y sus piezas fundamentales, con todo lo cual podrán construirse procedimientos concretos.

Cabría pensar en esa regulación del procedimiento administrativo común como en la de un conjunto de piezas de un mecano (la pieza de la solicitud o de la iniciación de oficio, la de las medidas provisionales, la de la prueba, la de la audiencia al interesado, la de la información pública, la de la terminación convencional...) y la de las «indicaciones de uso», con todo lo cual se han de construir los procedimientos administrativos concretos.

Por tanto, esa competencia estatal para regular el procedimiento administrativo común no está reñida con la existencia de regulaciones de concretos procedimientos para actividades determinadas. Y esas otras regulaciones corresponden a quien tenga la competencia sobre la respectiva materia sustantiva.

Así lo declara el TC en, entre otras, sus Sentencias 16/2003 y 101/2006. En ese sentido se dice que la regulación de los procedimientos administrativos específicos «ha de seguir a la competencia principal» y se habla de competencia sobre procedimientos *ratione materiae*. Por ejemplo, si se trata de procedimientos en materia de extranjería o de tráfico o de seguridad ciudadana, le corresponderá regularlos al Estado *ex* artículo 149.1.2.^a, 21.^a y 29.^a CE. Y si se trata de procedimientos en materia de urbanismo, turismo o agricultura, la regulación corresponderá a la Comunidad Autónoma si es que, en virtud de su Estatuto, ha asumido las competencias en esas materias. Incluso pueden aprobar normas generales sobre todos los procedimientos relativos a las materias de su competencia. Eso sí, tendrán que hacerlo respetando la regulación estatal sobre procedimiento administrativo común. Es esto mismo lo que explica que también las Administraciones locales u otras puedan aprobar ciertas normas sobre los procedimientos que les corresponda tramitar.

Aun aceptando todo esto, parece excesivo o, como mínimo, desconcertante que el Estatuto andaluz afirme, como también hace algún otro Estatuto, que es «competencia compartida... el procedimiento administrativo común» (art. 47.2.2.^a). Si acaso, podría decirse que es compartida la competencia sobre procedimientos administrativos, pero no precisamente sobre «procedimiento administrativo común».

3. LA LPAC

El Estado ha ejercido su competencia sobre procedimiento administrativo común fundamentalmente al aprobar en octubre de 2015 la LPAC, que ha derogado a la Ley 30/1992 que era la que había regulado la materia hasta ese momento. Lo refleja su mismo nombre: Ley 39/2015, de 1 de octubre, del *Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*. Allí se encuentran mayoritariamente esas piezas esenciales de los procedimientos administrativos y las reglas sobre su uso.

Por ello mismo la Ley se declara aplicable a todas las Administraciones territoriales (art. 2.1): a los procedimientos que corresponda tramitar a la Administración del Estado en cualquiera de las materias de su competencia; a los que correspondan a todas y cada una de las Administraciones autonómicas; y a todas las Administraciones locales. Si no fuese así, no sería regulación del procedimiento administrativo *común*.

Procede, no obstante, hacer algunas aclaraciones complementarias y matizaciones.

Primera. No todo en la LPAC es regulación del procedimiento administrativo común, sino que también aborda otras materias de competencia estatal en virtud del mismo artículo 149.1.18.^a CE. Claramente, los principios de la iniciativa legislativa y de la potestad para dictar reglamentos.

La Ley 30/1992 regulaba no sólo el procedimiento administrativo común, sino también las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el sistema de responsabilidad patrimonial de todas ellas. Son materias distintas, aunque todas enunciadas en el artículo 149.1.18.^a CE. Ahora, con la aprobación de la LPAC y de la LRJSP esa unidad de la Ley 30/1992 se ha partido en dos. Por un lado, la LRJSP se ha ocupado de regular en esencia las bases del régimen jurídico de las Administraciones y el régimen sustantivo de la responsabilidad patrimonial y, por el otro, la LPAC se ha encargado de regular el procedimiento administrativo común, incluyendo el sancionador y el de responsabilidad patrimonial. Pero ese desdoblamiento en dos Leyes diferentes ha resultado forzado y de acierto dudoso —y está siendo muy criticado por la doctrina— porque, aunque se trate de materias distintas, es difícil deslindar cada una de ellas; sobre todo resulta muy complicado establecer las fronteras entre procedimiento administrativo y régimen de las Administraciones, que se funden y confunden. De hecho, la LPAC no sólo se ocupa del procedimiento administrativo común en sentido estricto, sino también de muchos aspectos que podrían considerarse bases del régimen jurídico de las Administraciones: los registros administrativos, los vicios de invalidez del acto

administrativo, la eficacia del acto administrativo, su ejecución forzosa, el régimen de recursos administrativos, la revisión de oficio, etc. Por eso, el artículo 1 LPAC dice que su objeto es regular, además del procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, «los requisitos de validez y eficacia de los actos administrativos».

En cualquier caso, se comprende que la LPAC —también la LRJSP— es una ley capital en el conjunto del Derecho Administrativo al que, pese a su dispersión, da unidad; y que en ella y en la LRJSP se encuentra el núcleo de la parte general de esta rama del Derecho.

Por ello la analizaremos no sólo en esta lección. También será el objeto central de las siguientes y, en realidad, fue también estudiada en el Tomo I cuando nos ocupamos del privilegio de autotutela de la Administración, los derechos de los ciudadanos, el concepto y las clases de Administraciones Públicas, etc.

Aproximativamente puede decirse que en la LPAC es regulación del procedimiento administrativo común su Título IV, que se denomina: «De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común». Será esto lo que sobre todo se estudiará ahora. Pero también otros preceptos dispersos en su articulado pueden incluirse en ese mismo concepto o, al menos, están a caballo entre el procedimiento administrativo común y el régimen básico de las Administraciones; entre otros, los artículos 3 a 8 (que regulan a los interesados en el procedimiento administrativo), los artículos 21 a 25 (que se ocupan de la obligación de resolver, la caducidad y el silencio administrativo), los artículos 29 a 33 (que establecen los términos y los plazos del procedimiento), los artículos 40 a 46 (que prevén el régimen de las notificaciones de los actos administrativos), etc.

Segunda. Ya hemos señalado que el ámbito subjetivo de esta Ley incluye sin duda a todas las Administraciones territoriales (art. 2.1). Pero es algo más amplio.

La LPAC se declara aplicable (art. 2.1) al sector público en general. Si bien, luego concreta que sólo tienen la consideración de Administraciones Públicas y quedan sujetas a sus previsiones, además de las Administraciones Públicas territoriales, los organismos públicos y las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (art. 2.3). Por tanto, puede decirse que quedan íntegramente sometidos a esta Ley los organismos autónomos estatales y los equivalentes vinculados a las Administraciones autonómicas y locales, así como los que dependen de varias de ellas (consorcios y mancomunidades). También, en principio, los entes institucionales independientes (p. ej., el Banco de España), aunque sorprendentemente parece que quedan fuera las Universidades públicas. Por

lo que concierne a las entidades públicas empresariales estatales y equivalentes autonómicos y locales, también han de respetar lo establecido en esta Ley según la letra del artículo 2.1.a). Pero recuérdese que, además, hay entes institucionales atípicos en los que habrá que analizar caso por caso su sometimiento total o parcial a esta Ley.

Quedan al margen de la LPAC, sin embargo, los entes institucionales de Derecho privado vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas —en esencia, las sociedades mercantiles o civiles de titularidad pública y las fundaciones públicas— y las Corporaciones de Derecho público no territoriales o de base sectorial —Colegios profesionales, Cámaras de Comercio, etc.—, lo que concuerda con lo que ya se sostuvo al negarles el carácter de Administraciones (Tomo I, lecciones 1 y 14). Cuando dichas Corporaciones sectoriales ejerzan las funciones públicas que les haya atribuido una Ley o la Administración (p. ej., cuando un Colegio de Farmacéuticos otorgue o deniegue una licencia de apertura de farmacia o cuando un Colegio de Abogados ejerza su potestad disciplinaria sobre alguno de sus miembros) «se regirán por su normativa específica», según dispone el artículo 2.4 LPAC.

Sorprendentemente, el artículo 2.2 c) LPAC parece excluir también a las Universidades públicas —«que se regirán por su normativa específica»—, lo que resulta francamente criticable. Con relación a ellas y a las Corporaciones de Derecho público de base sectorial dicen los artículos 2.2.c) y 2.4 que la LPAC sólo resultará de aplicación supletoria.

Naturalmente y con razón, la LPAC no se declara aplicable a ningún órgano estatal no incluido en la Administración ni a las entidades privadas: no son Administraciones y los procedimientos que sustancien no son nunca propiamente administrativos; por tanto, no quedan sometidos en principio a la LPAC. Ahora bien, puede suceder y sucede que las normas aplicables a todos esos otros entes se remitan parcialmente a la LPAC o que la declaren de aplicación en caso de laguna de su normativa específica. Incluso puede que eso sea muy racional y conveniente en cuanto que esos entes estén realizando una actividad similar a la de las Administraciones. Pero, aun así, la LPAC no les es de por sí aplicable sino sólo en la medida en que su Derecho propio remita explícita o implícitamente a ella. Ya lo explicamos con carácter general en el Tomo I, lección 1 y lo reiteramos en la lección 2 para los particulares que realizan ciertas funciones públicas. Ahora sólo aplicamos las mismas ideas respecto de la LPAC.

Tercera. Por decisión del legislador estatal, quedan fuera de la LPAC las actividades administrativas en ciertos sectores; sobre todo, tributario y de la

de la seguridad social.

En concreto, la propia LPAC, en su Disposición Adicional 1.^a, excluye de su ámbito de aplicación a los procedimientos administrativos que se sustancien en las siguientes materias: 1.^a tributaria y aduanera; 2.^a Seguridad Social y desempleo; 3.^a procedimientos sancionadores por infracciones del orden social; 4.^a procedimientos sancionadores por infracciones de tráfico; y 5.^a extranjería y asilo.

En todos estos casos, la Disposición Adicional 1.^a remite a la normativa específica de cada una de esas materias y declara la aplicación supletoria de la propia LPAC. Otras Leyes han completado esta lista de exclusiones. Así, la Ley de Defensa de la Competencia declara en general supletoria a la LPAC respecto a lo establecido en ella.

Como novedad de la LPAC hay que señalar que no excluye de su ámbito de aplicación a los procedimientos disciplinarios que la Administración sustancie contra los funcionarios y demás personal a su servicio. La Ley 30/1992 sí los excluía por completo en su Disposición Adicional octava.

El conjunto de esas exclusiones, establecidas siempre por el legislador estatal y en materias de su competencia exclusiva, es de gran amplitud y, además de que no todas ellas están justificadas, pone en entredicho la idea misma de procedimiento común pues, como se comprende, no es muy común lo que deja fuera a tantas cosas. Se ha llegado incluso a cuestionar su constitucionalidad; así Ezquerro que parte de que en el artículo 149.1.18.^a CE hay un «mandato al legislador estatal para que articule un procedimiento administrativo común sin exclusiones sectoriales completas o generales».

Cuarta. La LPAC no ha agotado la competencia exclusiva del Estado sobre el procedimiento administrativo común que también se ha ejercido en otras leyes, sobre todo, en la propia LRJSP.

Además, también hay normas sobre procedimiento administrativo común en la Ley de Transparencia; en la Ley de Garantía de la Unidad de Mercado; etc. También las hay en leyes que regulan tipos de actividades administrativas: así en la LGS hay normas estatales sobre procedimientos subvencionales que han de ser respetadas por cualquier Administración y la STC 130/2013 lo aceptó acudiendo al concepto de «procedimiento administrativo común singular»: se trataría de una «regulación singular común... de su *iter* procedimental (que) se incardina en el concepto de procedimiento administrativo común». Incluso se ha aceptado que la competencia sobre procedimiento administrativo común permite al Estado aprobar normas procedimentales en determinados sectores (p. ej., el TC ha admitido que el Estado imponga ciertas normas sobre el procedimiento de elaboración de los planes de urbanismo para garantizar la participación ciudadana o la coordinación entre Administraciones, normas que se contienen en el Texto Refundido de la Ley de Suelo).

Quinta. La LPAC no ha alterado mucho la regulación del procedimiento administrativo común que contenía la Ley 30/1992. Desde luego, no lo ha hecho en esencia en cuanto al panorama descrito sobre el ámbito subjetivo —salvo la sorprendente exclusión de las Universidades públicas—, sectores excluidos —salvo la novedosa inclusión de los procedimientos disciplinarios contra empleados públicos— y normas sobre procedimiento administrativo común que subsisten fuera de ella y de la LRJSP.

En este Tomo II estudiaremos la regulación sobre procedimiento administrativo común establecida en la LPAC con sólo alguna alusión a la ya derogada Ley 30/1992.

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y UNIÓN EUROPEA

Cuando el Derecho de la Unión es ejecutado por órganos propios de la Unión (Comisión, agencias...) evidentemente no es aplicable la LPAC ni las demás normas españolas sobre procedimiento sino las mismas normas europeas. Hay diversas normas europeas sobre procedimiento, empezando por la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión, con su derecho a una buena administración (art. 41); e incluso se está planteando actualmente elaborar un código de procedimiento europeo. Pero, además, de acuerdo con lo que ya se explicó (Tomo I, lección 15):

— Las Administraciones españolas, como las de los otros Estados miembros, actúan frecuentemente como Administración de la Unión («Administración indirecta») y en tal caso quedan sometidas al Derecho Administrativo de la Unión. En concreto, a sus normas sobre procedimiento. Así, la LPAC y las demás normas españolas sobre procedimiento sólo son de aplicación cuando haya lagunas en las normas europeas o éstas sólo establezcan algunos principios o reglas.

— Incluso sin actuar como Administraciones de la Unión, las diversas Administraciones nacionales deben respetar ciertas normas sobre procedimiento que les impone la Unión (el ejemplo paradigmático es el de las normas sobre procedimiento para la celebración de contratos por las Administraciones nacionales).

En uno y otro caso, las normas españolas sobre procedimiento, además de estar condicionadas por el respeto al conjunto del Derecho de la Unión («principio de primacía»), deberán ser interpretadas y aplicadas en el sentido que sea más conforme a éste («principio de interpretación conforme»).

III. CLASES DE PROCEDIMIENTOS

Pueden utilizarse muchos criterios distintos para clasificar los diversos procedimientos administrativos que existen, pero interesa resaltar aquí sólo el que los distingue por razón de la forma jurídica de la actividad administrativa que pretenda adoptarse. Según este criterio, cabe diferenciar entre:

A) Procedimientos administrativos en relación con los actos.

- a) Procedimientos declarativos: su objetivo es la elaboración y adopción de una decisión. Puede tratarse de un procedimiento para adoptar una primera decisión sobre alguna cuestión o de un procedimiento para reconsiderar esa primera decisión. A su vez, la decisión puede reconsiderarse en vía de revisión de oficio o en vía de recurso administrativo.
- b) Procedimientos de ejecución: pretenden ejecutar o hacer efectiva esa decisión anterior.

B) Procedimientos administrativos para aprobar reglamentos.

C) Procedimientos administrativos para celebrar convenios (en especial, contratos).

El objeto predominante de la presente lección es el procedimiento administrativo para dictar actos y, dentro de él, el declarativo para adoptar una primera decisión. El procedimiento para la elaboración de reglamentos se estudió en el Tomo I, lección 8. Los demás se estudiarán en las siguientes lecciones de este Tomo II: el procedimiento de ejecución en la lección 4; el de revisión de oficio en la lección 6; en vía de recurso en la lección 7; y el contractual en la lección 10. Pero, en realidad, al estudiar aquí las previsiones de la LPAC sobre procedimiento administrativo común iremos analizando reglas o principios generales y piezas que tienen un ámbito general y que, con adaptaciones, valen para todos los procedimientos.

IV. PRINCIPIOS GENERALES

El procedimiento administrativo está presidido por un conjunto de principios generales que se reflejan y proyectan en la LPAC. Los más importantes son los siguientes:

1. IMPULSIÓN DE OFICIO

La impulsión de oficio, que rige todas las fases del procedimiento administrativo, genera el deber de la Administración de realizar por sí misma toda la actividad que sea precisa para hacer avanzar el procedimiento y obtener todos los datos necesarios hasta llegar a una decisión final, sin necesidad de que sea excitada en este sentido por los interesados. La LPAC consagra la impulsión de oficio de todo el procedimiento administrativo (art. 71.1), de toda la fase de instrucción (art. 75.1) y del periodo de prueba cuando existan hechos controvertidos (art. 77.2). También lo consagra el artículo 111.2 LAJA.

Frente a la oficialidad, que responde a la finalidad esencial del procedimiento administrativo de garantizar el interés general, su principio antagónico, el dispositivo o de aportación de parte, es el que inspira el proceso civil (art. 216 LEC) y la fase de enjuiciamiento del proceso penal (art. 728 LECR).

Además, interesa destacar que, aunque la doctrina trate la oficialidad y el carácter inquisitivo del procedimiento como principios equivalentes y se refiera a ellos de forma indistinta, en puridad no significan lo mismo. Frente a la oficialidad, que supone que la tarea de hacer avanzar el procedimiento corresponde a la Administración, el carácter inquisitorial, que sólo preside los procedimientos administrativos sancionadores, entraña que quien decide y dicta la resolución es el mismo sujeto que antes ha sostenido la acusación.

2. SIMPLIFICACIÓN (CELERIDAD, ECONOMÍA, ANTIFORMALISMO Y ACCESO PERMANENTE)

El procedimiento administrativo debe ser más sencillo y menos formalista que los procesos judiciales. En algunos de nuestros textos clásicos, se decía que la Administración debía tramitar y resolver «sin estrépito de juicio». Pero, aun así, existe el riesgo, a veces materializado, de convertir los procedimientos en una especie de laberinto interminable para la Administración y sobre todo para el ciudadano con infinidad de trámites, formalidades y «papeleo» mucho mayor del necesario para lo que se quiere decidir, que, para colmo, en ocasiones se desenvuelve con lentitud exasperante.

Aparte del coste material y personal que ello supone para la Administración y para el ciudadano, constituye una traba injusta para el desarrollo personal, un despilfarro de recursos y una rémora para las iniciativas privadas con lamentables consecuencias de todo orden, incluso dañando el desarrollo económico. Ninguna de esas trabas burocráticas aisladamente considerada es insoportable, pero en conjunto pueden ser paralizantes. Ese martirio se plasma en la regulación misma de muchos procedimientos elaborada por burócratas parapetados en sus despachos y

ensimismados en su pequeña parcela y también, más incluso, en su aplicación práctica por funcionarios atrincherados en su expedienteo sin conciencia de su misión ni del significado del procedimiento. La solución no está en suprimir la intervención administrativa cuando realmente sea necesaria sino en que los procedimientos correspondientes sean tan simples y rápidos y tan poco gravosos y formales como sea posible. Y es eso lo que, contra viento y marea, y con poco éxito, han intentado las grandes leyes sobre procedimiento.

La Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 es buen exponente de ese esfuerzo. Decía su artículo 29.1: «La actuación administrativa se desarrollará con arreglo a normas de economía, celeridad y eficacia». Después imponía a los superiores que velasen para que sus inferiores respetasen estos principios que, decía, servirán también de «criterio interpretativo para resolver las cuestiones que puedan suscitarse en la aplicación de las normas de procedimiento». Asimismo estas ideas debían presidir las tareas de racionalización de los procedimientos que esa misma Ley ordenaba. Y otros muchos preceptos de aquella Ley caminaban en esa dirección en la que hacía hincapié su Exposición de Motivos.

La CE debería de haber significado una profundización en esa dirección. El mismo principio de eficacia (art. 103.1) da fundamento, aunque sólo sea porque también esos procedimientos tortuosos son impedimento para que la Administración logre sus objetivos. También el principio de eficiencia, pariente del anterior, porque esas tramitaciones engorrosas consumen inútilmente los recursos públicos. Pero es que, desde el otro punto de vista, el del particular que sufre el procedimiento, la posición misma del ciudadano que se deriva de la CE debería marcar la senda hacia un aligeramiento de las cargas burocráticas y la aniquilación de las desproporcionadas.

Esos principios están presentes en la LPAC que ha consagrado expresamente el principio de simplificación administrativa.

Se habla en primer lugar de un principio de celeridad (proclamado en el art. 71.1 LPAC) que aspira a que los procedimientos se tramiten tan rápido como sea posible, esto es, con la debida diligencia para que se terminen cuanto antes y sin dilaciones indebidas. Recuérdese que el derecho a una buena administración incluye el de que los asuntos sean tratados «dentro de un plazo razonable». Algunas reglas concretas tienen claramente esta finalidad. La LPAC tiene un artículo, el 72, que aparece bajo el rubro «Concentración de trámites», con dos reglas: 1.^a deben impulsarse simultáneamente todos los trámites que no precisen de cumplimiento sucesivo; 2.^a debe señalarse plazo al pedir algún trámite a otro órgano administrativo.

Asimismo contribuyen a esta celeridad otras reglas como la del artículo 29 LPAC que establece la obligatoriedad de los plazos; la del artículo 57 LPAC que permite

acumular y tramitar en un único procedimiento varios asuntos que guarden identidad sustancial o íntima conexión; la que establece que las cuestiones incidentales no suspenden la tramitación del procedimiento (art. 74 LPAC); etc. Además, los procedimientos tienen un plazo máximo de duración cuya superación determina la producción del silencio administrativo o la caducidad, como veremos luego. También cabe que la superación de los plazos dé origen a responsabilidad disciplinaria del personal que la haya ocasionado o a la responsabilidad patrimonial de la Administración.

Puede hablarse, en segundo lugar, de un principio de economía procedimental como mandato a quienes regulan procedimientos específicos y a quienes los instruyen en cada caso conforme al cual sólo deben establecer y realizar los trámites imprescindibles para garantizar las funciones a las que sirve el procedimiento.

También se relaciona con ello el llamado principio antiformalista del procedimiento que tiende a que los trámites se desarrollen con la máxima simplicidad sin fórmulas solemnes ni rituales.

Conectado con lo anterior está el que se ha dado en llamar principio del acceso permanente. Es lo contrario al principio preclusivo que domina los procesos judiciales en cuya virtud las partes sólo pueden alegar o proponer prueba en los trámites y plazos establecidos para ello, tras los cuales pierden esa posibilidad de defensa. Para el procedimiento administrativo hay una regla similar en el artículo 73.3 LPAC, que luego veremos. Pero aquí se suaviza por este principio de acceso permanente —que se desprende de los arts. 53.1 y 76 LPAC— que permite a los interesados conocer el expediente, formular alegaciones y presentar documentos en cualquier momento hasta el trámite de audiencia, que les da la última oportunidad.

La Exposición de Motivos de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 lo explicaba: «[...] la preclusión, piedra angular de los procedimientos judiciales, queda reducida al mínimo, dotándose al procedimiento administrativo de la agilidad y eficacia que demanda la Administración [...]».

Un reflejo de todo lo anterior es que los defectos de forma y de procedimiento no determinan por lo general un vicio invalidante (son lo que se llaman «irregularidades no invalidantes»; art. 48.2 LPAC). También que, en lo posible, la invalidez de unos trámites no suponga la invalidez de los sucesivos (art. 49.1 LPAC) que, por tanto, no habrá que repetir. Sobre ello se volverá en la lección 3. Aquí basta con apuntarlo por su conexión con estos principios.

Todos estos principios han encontrado anclaje, refuerzo y complemento

en lo que se alude como principio de simplificación administrativa que, entre otras cosas, pretende reducir los trámites y las cargas del procedimiento o, al menos, agilizarlos o aliviarlos, y así aminorar su duración y sus costes.

Se hace eco de él el artículo 133 EAA que, entre los principios de actuación de la Junta de Andalucía, cita el de «simplificación de procedimientos». Pero es un principio que preside ya todos los ámbitos y que incluso impone en gran medida la Unión Europea. En realidad, no sólo pretende aligerar los procedimientos, sino incluso suprimirlos cuando sea posible. Así, destacadamente, sustituyendo la necesidad de que los particulares obtengan autorizaciones administrativas —con el procedimiento que ello entraña— por una simple comunicación a la Administración o incluso por nada, o sea, por la simple realización de la actividad privada sin ningún control administrativo previo. En el Tomo III, cuando estudiemos las autorizaciones, nos referiremos a esa otra consecuencia de la simplificación. En este momento basta poner de relieve que esa simplificación incide en la configuración de los procedimientos administrativos que deben ser tan simples, tan breves y tan poco gravosos como sea posible. Ya en la Ley 30/1992 había algún precepto en esa dirección. Por ejemplo, decía su artículo 85.1: «Los actos de instrucción que requieran la intervención de los interesados habrán de practicarse en la forma en que resulte más cómoda para ellos y sea compatible, en la medida de lo posible, con sus obligaciones laborales o profesionales». Lo mismo dice ahora el artículo 75.3 LPAC.

Las leyes posteriores a la Ley 30/1992 dieron pasos más significativos. Es revelador, aunque pueril, el artículo 37 de la Ley 14/2013, de Apoyo a los Emprendedores, que consagró la regla «una dentro, una fuera» (*one in, one out*): «Las Administraciones Públicas que en el ejercicio de sus respectivas competencias creen nuevas cargas administrativas para las empresas eliminarán por lo menos una carga existente de coste equivalente».

Sobre todo, este principio de simplificación administrativa está muy presente en la LPAC y en la LRJSP. En esta última se proclaman los principios de «simplicidad» y de «racionalización y agilidad de los procedimientos administrativos». Y en la LPAC la simplificación administrativa aparece expresamente consagrada en el artículo 72.1 como uno de los principios ordenadores del procedimiento administrativo común. Muestra de ello es que el artículo 1.2 LPAC establece que «sólo mediante ley» y sólo «cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley».

Para la simplificación es particularmente importante que no se cargue a los ciudadanos con el deber de aportar documentos más allá de lo realmente

imprescindible.

La práctica, con demasiada frecuencia, se separa de esta regla para deleite de ciertos plumíferos y suplicio de los ciudadanos. Frente a ello la LPAC proclama —aún con más contundencia que el artículo 3.f) Ley 30/1992— el derecho «a no presentar datos y documentos no exigidos por las normas aplicables al procedimiento de que se trate, que ya se encuentren en poder de las Administraciones Públicas —no se exige que sea la actuante— o que hayan sido elaboradas por éstas» [art. 53.1.d) que se completa con el art. 28].

Pese a todo, a veces se camina en sentido contrario a la simplificación procedimental. Y es que hay factores poderosos, no siempre perversos, en dirección opuesta.

La enfatización de las garantías de los interesados, de la participación ciudadana, de la intervención de Administraciones diversas, etc., por loable y justificado que esté, marca una tendencia a procedimientos abigarrados y largos. De otro lado, el principio de simplificación procedimental choca con lo que parece una predisposición natural de los burócratas. Vencer esa tendencia y conseguir que interioricen este principio es más importante que su proclamación legal.

3. OBJETIVIDAD: IMPARCIALIDAD, ABSTENCIÓN Y RECUSACIÓN

El artículo 103.1 CE establece que la Administración ha de servir «con *objetividad* los intereses generales». Este deber de objetividad tiene muy diversas consecuencias (p. ej., el régimen de conflictos de intereses de los altos cargos; el de incompatibilidades de los funcionarios; la prohibición de que ciertas personas contraten con la Administración; etc.). Pero se proyecta en especial sobre el procedimiento y eso es lo que aquí nos interesa. Recuérdese además que el derecho a una buena administración incluye el de que los asuntos sean tratados «imparcial y equitativamente».

Aun así, la objetividad e imparcialidad a la que puede aspirarse en los procedimientos administrativos nunca es ni puede ser equiparable a la que se garantiza en los procesos judiciales pues los jueces y tribunales son independientes entre sí, están sometidos únicamente al imperio de la ley y tienen garantizada por la CE su inamovilidad. Por el contrario, la Administración, aunque sometida a la ley y al Derecho, debe realizar los intereses generales y, en muchos casos puede decirse en cierto modo que es a la vez juez y parte. Por otro lado, claro está, las autoridades y personal de la Administración no tienen la inamovilidad de los jueces y además están sujetos a relaciones jerárquicas. Por todo ello la objetividad e imparcialidad que aquí se persigue y garantiza es más modesta, aunque importante.

Al servicio de esta objetividad está la regulación de la abstención y de la

recusación (arts. 23 y 24 LRJSP).

El artículo 23.2 LRJSP enumera los motivos de abstención. Aunque es una enumeración taxativa, algunos de los motivos son amplios (p. ej., «tener interés personal en el asunto»). Además, aunque algunas sentencias lo han negado, es posible y hasta aconsejable una interpretación extensiva de tales motivos para incluir todos los que puedan condicionar seriamente la voluntad de una persona media o hacer dudar a los ciudadanos de la imparcialidad. Pues a este respecto, como con la mujer del César, no sólo hay que ser honrado, sino parecerlo. La mayoría de los motivos pretenden impedir la intervención de autoridades y empleados administrativos que por diversas causas (su propia situación, su parentesco, sus relaciones de servicio...) tengan conflictos de intereses de modo que carezcan de objetividad o pueda dudarse de ella. Pero también hay causas de abstención por los prejuicios que pueda tener la autoridad o funcionario al haber intervenido en actuaciones anteriores (p. ej., «haber tenido intervención como perito o testigo en el procedimiento de que se trate»).

En la misma línea de esto último —de garantizar la objetividad—, el artículo 63.1 LPAC establece que las fases de instrucción y de resolución de los procedimientos administrativos sancionadores estén atribuidas a dos órganos administrativos diferentes. Ello para que quien resuelva no esté contaminado por su previa instrucción. Pero esto no está exactamente configurado como causa de abstención, además de resultar de dudoso acierto. Volveremos sobre esto en la lección 8.

Si concurre alguno de los motivos de abstención, el incurso en ellos no debe intervenir en el procedimiento: no es sólo que no deba resolver sino tampoco informar ni tramitar el procedimiento ni tener ninguna otra participación capaz de condicionar el resultado. No impide, por el contrario, otras actuaciones, como la de hacer el registro de los documentos, notificaciones, etc.

Si la causa de abstención concurre en un funcionario que debiera intervenir individualmente, habrá de actuar en su lugar otro que reúna los requisitos necesarios. Si se trata del titular de un órgano unipersonal intervendrá el mismo órgano pero actuará como su titular otra persona por medio de la suplencia (art. 13 LRJSP). Y si se trata del miembro de un órgano colegiado, será este mismo órgano el que decidirá pero sin que contribuya a la formación de la voluntad colegial ese miembro: lo correcto no es sólo que se abstenga en la votación ni sólo que no intervenga en la deliberación, sino que se ausente de la sesión cuando se trate el asunto que le afecta.

La autoridad o empleado afectado debe abstenerse *motu proprio*. Si no lo

hace, se lo impondrá su superior de oficio o por recusación formulada por cualquier interesado.

Lo hará por propia iniciativa «y lo comunicarán a su superior inmediato, quien resolverá lo procedente» (art. 23.1 LRJSP). Incluso si no lo hace espontáneamente, el superior puede imponérselo (art. 23.3). Y, además, cualquier interesado puede formular recusación que resolverá el superior con una tramitación sencilla (art. 24.3 y 4) durante la cual queda suspendido el procedimiento principal (art. 74 LPAC). El artículo 97 LAJA dice que en el caso de los Consejeros resolverá el Consejo de Gobierno. Según el artículo 24.1 LRJSP, la recusación se puede producir «en cualquier momento de la tramitación del procedimiento». Esto, sin embargo, se presta a abusos (así, interesados que sólo recusan cuando ya, muy avanzado el procedimiento, vislumbran que la resolución les será desfavorable). Por ello, se tiende a considerar que, conforme al principio de buena fe, se debe recusar desde que se conoce la causa de abstención. Contra la resolución de este incidente de recusación no cabe recurso directo (art. 24.5 LRJSP).

Una vez terminado el procedimiento principal y dictada, por tanto, la resolución, los interesados (hayan formulado recusación o no) podrán recurrirla alegando precisamente la participación de quien debió abstenerse (art. 24.5, *in fine*). Pero dice el artículo 23.4 LRJSP que la intervención de las personas que debieron abstenerse «no implicará, necesariamente, y en todo caso, la invalidez de los actos en que hayan intervenido». El artículo 76 LRBRL es más expresivo cuando dice que la intervención de los concejales que debieron abstenerse «implicará, *cuando haya sido determinante*, la invalidez de los actos». Lo más razonable es entender que el artículo 23.4 LRJSP debe interpretarse en ese mismo sentido. Ello lleva a un análisis probabilístico de cada caso para dilucidar si la intervención fue determinante o no.

Afecte o no a la validez, «la no abstención en los casos en que concurra alguna de esas circunstancias dará lugar a la responsabilidad que proceda».

Así lo establece el artículo 23.5 LRJSP. En concreto, en la legislación de funcionarios está tipificada como infracción grave «intervenir en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención...». Por su parte, la Ley 19/2013 de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno, en una regulación que es aplicable a los altos cargos de la Administración del Estado y sus entes institucionales, así como a sus equivalentes autonómicos y locales (art. 25), impone a todos ellos respetar «el principio de imparcialidad, de modo que mantengan un criterio independiente y ajeno a todo interés particular». Asimismo establece que «no se implicarán en situaciones, actividades o intereses incompatibles con sus funciones y se abstendrán de intervenir en los asuntos en los que concurra alguna

causa que pueda afectar a su objetividad». Finalmente tipifica como infracción grave de estos altos cargos «la intervención en un procedimiento administrativo cuando se dé alguna de las causas de abstención...». Hay que tener en cuenta también la Ley 3/2015, reguladora del Ejercicio del Alto Cargo de la Administración del Estado [sobre todo su art. 12, sobre «sistema de alerta para la detección temprana de conflictos de intereses» y, por tanto, de causas de abstención, y su art. 25.2.c), que califica como infracción grave «el incumplimiento reiterado del deber de abstenerse»]. Para Andalucía, téngase en cuenta la Ley 3/2005, sobre Incompatibilidades de Altos Cargos, en especial, sus artículos 7, sobre el deber de abstención, y 15.1.a) y 2.a) que tipifican las infracciones correspondientes.

Hay otras normas que también sirven a la objetividad. Por ejemplo, la que impone que en la tramitación de los procedimientos se guarde el orden riguroso de su incoación (art. 71.2 LPAC), o sea, que no se dé preferencia a unos, que lleven vertiginosa rapidez, frente a otros que duermen, en función de criterios espurios.

4. CARÁCTER PREDOMINANTEMENTE ESCRITO Y ELECTRÓNICO

Frente a lo que en general se preconiza de los procesos judiciales que deben ser predominantemente orales (art. 120.2 CE), los procedimientos administrativos son fundamentalmente escritos: la inmensa mayoría de los actos de trámite son escritos como en general lo son también las resoluciones (art. 36.1 LPAC); los actos procedimentales de los ciudadanos son igualmente escritos (solicitudes, proposición de prueba, alegaciones...); la prueba reina es la documental; etc. No hay en los procedimientos administrativos «vistas»; las comparecencias personales son excepcionales; sólo alguna vez es necesario practicar pruebas con presencia física de las personas; etc. Así que de ordinario la tramitación consiste, como se dijo alguna vez, en «papel va, papel viene». Ahora, la utilización de medios electrónicos evita el papel pero no niega el carácter escrito del procedimiento. Los actos administrativos, dice el artículo 36.1 LPAC, «se producirán por escrito a través de medios electrónicos»; los ciudadanos pueden o hasta deben relacionarse con la Administración por medios electrónicos (art. 14 LPAC) pero de forma igualmente escrita. Y por ello los expedientes no serán legajos cosidos o encuadernados, sino que tendrán formato electrónico (art. 70.2 LPAC): no habrá papel que vaya ni venga, pero habrá documentos circulando por la red y el procedimiento seguirá siendo mayoritariamente escrito.

5. CONTRADICCIÓN

Muchísimos procedimientos administrativos, aunque no todos, afectan a los derechos o intereses legítimos de concretos sujetos. Cuando así sucede, esos sujetos, en tanto que adquieran la condición de interesados en el procedimiento, no tienen una posición meramente pasiva a la espera de la resolución final para después, si acaso, combatirla ante los tribunales. Lejos de ello, se les garantiza la posibilidad de su defensa en el mismo procedimiento administrativo. A ello se alude como principio de contradicción. Hay múltiples manifestaciones de este principio en la regulación del procedimiento que lo atraviesa de principio a fin. Ya hemos visto alguna (p. ej., facultad de recusar a las autoridades o empleados administrativos; posibilidad de acceder al expediente y de hacer alegaciones y presentar documentos en todo momento) e iremos viendo muchas más (a los interesados se les notifican los actos; pueden proponer pruebas; hay que darles audiencia; pueden actuar asistidos de asesores, etc.). Y, además de ello, hay un mandato general en el artículo 75.4 LPAC para que este principio tenga la máxima efectividad:

«En cualquier caso, el órgano instructor adoptará las medidas necesarias para lograr el pleno respeto a los principios de contradicción y de igualdad de los interesados en el procedimiento».

Tan esencial es este principio que los defectos o vicios de procedimiento que mermen seriamente la posibilidad de contradicción son los que se considera que causan indefensión y los que suelen ser determinantes de invalidez de la resolución final (art. 48 LPAC).

Pese a todo, conviene advertir que en los procedimientos administrativos no está en juego el derecho fundamental de defensa del artículo 24 CE, sino otros de contenido similar pero sin rango constitucional; por tanto, ante la vulneración del principio de contradicción no caben los medios de reacción específicos de los derechos fundamentales. Esos derechos del artículo 24 CE son característicos de los procesos judiciales y el TC sólo los ha extendido —y, aun así, con muchos matices— a un único tipo de procedimientos administrativos, los sancionadores (como veremos en lección 8), no a los demás.

6. *IN DUBIO PRO ACTIONE*

Comporta que, en caso de duda, debe acogerse una interpretación favorable al ejercicio de acciones por los ciudadanos ante la Administración y a su intervención en el procedimiento administrativo de modo que puedan conseguir una decisión (favorable o desfavorable) sobre el fondo del asunto.

Es un principio que rige originaria y especialmente en el ámbito procesal: pero también despliega sus efectos en el procedimiento administrativo. Entre otras consecuencias, impone tender a aceptar la legitimación de quien pretenda intervenir en un procedimiento y, por tanto, a una interpretación amplia de los conceptos de derecho subjetivo e interés legítimo; a una interpretación de las normas sobre plazos no rigurosa; a admitir la posibilidad de subsanar los defectos de las solicitudes u otros escritos y «mejorar» su contenido (arts. 68 y 73.2 LPAC); a hacer irrelevante el error en la calificación del recurso administrativo por el recurrente (art. 115.2 LPAC); a no aplicar la caducidad del procedimiento por inactividad del interesado nada más que tras advertir al interesado (art. 95 LPAC); etc.

7. GRATUIDAD

En principio, el procedimiento no comporta gastos para el interesado. Además, como nunca es obligatoria la asistencia de abogado ni de otros profesionales, tampoco incurre en gastos de ese género. Pero la gratuidad tiene notables excepciones.

Pueden citarse éstas: 1.^a Para muchos procedimientos hay previstas tasas, especialmente para los iniciados a instancia de los interesados en los que pretenden un acto favorable (p. ej., una autorización, un certificado); 2.^a Algunas pruebas que proponga el interesado tiene que costearlas él, e incluso se le pueden exigir de forma anticipada (art. 78.3 LPAC); 3.^a El ejecutado debe cargar con las costas del procedimiento de apremio que se le exigen junto con la deuda principal (arts. 113 a 115 Reglamento General de Recaudación).

V. LOS INTERESADOS EN EL PROCEDIMIENTO

El Título I de la LPAC (arts. 3 a 12) aparece bajo el rótulo «De los interesados en el procedimiento». Allí se abordan, en lo que ahora importa, tres cuestiones: la capacidad de obrar, la representación y, sobre todo, la condición de interesado o legitimación.

1. CAPACIDAD DE OBRAR

Tienen capacidad de obrar ante la Administración y, por tanto, en los procedimientos administrativos, todas las personas físicas o jurídicas que la ostenten conforme a las normas civiles. Pero también algunas más (art. 3 LPAC): los menores de edad e incluso, en algunos ámbitos, ciertos entes sin personalidad.

En concreto, se reconoce capacidad a los menores de edad, aunque no estén emancipados, para «el ejercicio y defensa de aquellos de sus derechos e intereses cuya actuación esté permitida por el ordenamiento jurídico sin la asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela».

Además, a ciertos efectos, se reconoce capacidad a ciertos entes sin personalidad jurídica. Ya estaba así reconocido en la legislación tributaria, en la de seguridad social, en la de subvenciones... El artículo 3.c) LPAC alude a ello cuando afirma que tendrán capacidad «cuando la Ley así lo declare expresamente, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos». Piénsese en las comunidades de bienes, en las herencias yacentes, en el grupo de perjudicados por un hecho dañoso, etc.

No tienen capacidad ante la Administración los incapacitados, incluidos los menores incapacitados, «cuando la extensión de la incapacitación afecte al ejercicio y defensa de los derechos o intereses de que se trate» en un concreto procedimiento — art. 3.b) *in fine* LPAC—. En tales casos, para actuar en el procedimiento administrativo tendrán que completar su capacidad con la intervención de un tercero o actuar por medio de él, todo ello conforme a lo establecido en las leyes civiles y procesales sobre patria potestad, tutela, curatela o defensa judicial.

2. LEGITIMACIÓN

Igual que no toda persona puede intervenir en cualquier proceso judicial, tampoco toda persona puede intervenir en cualquier procedimiento administrativo. Sólo lo pueden hacer los que tengan legitimación. Y se tiene legitimación por guardar cierta relación con el asunto concreto de que se trate en cada procedimiento. Por tanto, la legitimación se ostenta para cada procedimiento específico; y sólo respecto a un procedimiento específico se puede decidir quién la tiene y quién no.

Si se trata de un procedimiento para decidir si la Administración debe una indemnización al Sr. A, tendrá legitimación ese Sr. A y quizás algún otro al que afecte esa indemnización; pero los legitimados serán diferentes si se trata de la indemnización al Sr. B. Igualmente ante un procedimiento sancionador habrá que determinar quién tiene legitimación en función de a quién se pretende sancionar y de las circunstancias del caso. Y si se trata de un procedimiento expropiatorio habrá que delimitar los sujetos legitimados según cuáles sean los bienes concretos que se pretende expropiar, quiénes son sus propietarios, si hay arrendatarios o usufructuarios, si hay beneficiarios de la expropiación...

El Derecho Administrativo reconoce legitimación en función de un par de conceptos ya conocidos, el de derecho subjetivo y el de interés legítimo. Para el procedimiento administrativo lo hace el artículo 4 LPAC. Así que tienen

legitimación aquellos sujetos cuyos derechos subjetivos o intereses legítimos (individuales o colectivos) pueden verse afectados (beneficiados o perjudicados) por el procedimiento o, como dice la ley, que «puedan resultar afectados por la decisión que en el mismo se adopte». Por tanto, como ya nos consta (Tomo I, lección 7), no basta tener un interés genérico en que se cumpla la legalidad ni la simple condición de ciudadano al que importa que se realice el interés general. Es necesaria una afectación personal de derechos subjetivos o intereses legítimos.

La aceptación de la legitimación de entidades que asumen la defensa de intereses legítimos colectivos (a lo que ya nos referimos en la lección 7 del Tomo I) amplía el acceso al procedimiento y matiza el carácter individualista de una regulación tradicional presidida por la exigencia de un derecho subjetivo o interés legítimo individual afectado.

La mera legitimación no convierte siempre y automáticamente a los sujetos que la tienen en partes del procedimiento, en interesados, que es como los llama precisamente la LPAC. A este respecto, hay que distinguir según sean titulares de derechos subjetivos o de meros intereses legítimos:

— Los titulares de derechos subjetivos son siempre y por esa sola titularidad interesados: puede que sean ellos los que promuevan el procedimiento [art. 4.1.a) LPAC], por ejemplo, presentando una solicitud; pero, aunque no sea así y aunque permanezcan pasivos, la Administración debe tenerlos como interesados [art. 4.1.b) LPAC] y darles todas las oportunidades de participación en el procedimiento que la ley prevé para ellos. Son, por tanto, interesados necesarios; es decir, aun en el caso de que no se hayan personado en el procedimiento *motu proprio*, la Administración tiene el deber de identificarlos y de notificarles todas las actuaciones que les afecten.

— Los titulares de intereses legítimos —que son siempre más numerosos y más difíciles de determinar y de conocer— sólo se convertirán en verdaderos interesados si son ellos los que promueven el procedimiento [art. 4.1.a) LPAC] o si, ya iniciado éste, se personan en él [art. 4.1.c) LPAC].

Esa personación de la que se habla no supone una comparecencia física, sino que se realiza mediante un escrito en el que se manifiesta la titularidad de un interés legítimo afectado y la voluntad de constituirse en interesado en el procedimiento.

La condición de interesado es fundamental pues determina el nacimiento de una serie de derechos y facultades que la ley les atribuye a lo largo del

procedimiento para defender sus pretensiones.

Así, son los interesados los que pueden presentar solicitudes iniciadoras de procedimientos; a los que hay que notificar los actos; los que pueden hacer alegaciones y proponer pruebas o recusar a las autoridades y funcionarios que intervengan en el procedimiento; quienes pueden solicitar medidas provisionales, los que pueden desistir, etc. También son ellos los que tienen los derechos que el artículo 53 LPAC confiere precisamente al «interesado en el procedimiento administrativo». Destaquemos ahora al menos el derecho a conocer en cualquier momento el estado de la tramitación del procedimiento y el derecho a identificar a las autoridades y personal bajo cuya responsabilidad se tramita el procedimiento. También son, y esto es muy importante, los que pueden impugnar los actos [arts. 106.1 y 112.1 LPAC y 19.1.a) y b) LJCA]. El ya aludido principio *in dubio pro actione* obliga a aceptar la legitimación en caso de duda, lo que suaviza, pero no elimina, la exigencia de legitimación.

Lo expuesto necesita una serie de observaciones complementarias.

Primera. Puede distinguirse una legitimación originaria —aquella que desde el principio correspondió al sujeto que invoca el derecho o interés legítimo afectado— y una legitimación derivada. En este caso, se invoca un derecho o un interés legítimo que inicialmente era de otro pero que se ha adquirido por cualquier título (v. gr., el heredero que reclama la indemnización por los daños sufridos por el finado, el comprador de la cosa controvertida, la compañía de seguros que satisfizo la indemnización que luego reclama a la Administración, etc.). Para esos supuestos, el artículo 4.3 LPAC dice que el derechohabiente sucederá al legitimado originario en cualquier estado del procedimiento.

Segunda. En algunos casos la legitimación depende, no de tener realmente un derecho subjetivo o un interés legítimo, sino de invocar esa titularidad. Por ejemplo, tendrá legitimación para solicitar de la Administración una indemnización quien la reclame para sí por afirmar un derecho propio. Eso le bastará para actuar como interesado en el procedimiento administrativo que se siga. Si después se comprueba que no tenía tal derecho habrá que dictar una resolución desestimatoria en cuanto al fondo, no una de inadmisión por falta de legitimación.

Tercera. En algunos sectores (como urbanismo, patrimonio histórico, costas) se reconoce la acción popular (también llamada acción pública, aunque este término es equívoco) de modo que cualquier persona puede intervenir como interesado en el correspondiente procedimiento administrativo.

Por ejemplo, dice el artículo 62.1 del Texto Refundido de la Ley de Suelo de 2015 que «será pública la acción para exigir ante los órganos administrativos y los Tribunales Contencioso-Administrativos la observancia de la legislación y demás

instrumentos de ordenación territorial y urbanística». Dejando al margen lo que ello significa para el contencioso-administrativo, lo que importa aquí es que supone que cualquier persona, aunque no ostente un derecho subjetivo ni un interés legítimo afectado, puede tener en los procedimientos administrativos que se sustancien para garantizar la legalidad urbanística la misma intervención que en general está reconocida a los titulares de tales situaciones; o sea, que, en contra de la regla general de exigencia de legitimación, en este ámbito, no se exige legitimación o, si se prefiere decir así, que tienen legitimación todos o que basta el mero interés de cualquier ciudadano en el cumplimiento de la legalidad.

Cuarta. Incluso sin llegar tan lejos como en los sectores en que se consagra la acción popular, hay un trámite, el de información pública (obligatorio en algunos procedimientos y facultativo en otros), en el que, como veremos después, puede participar cualquiera aunque no tenga afectado un derecho subjetivo ni un interés legítimo.

Quinta. En principio se determina si se tiene o no legitimación en función de la situación inicial del procedimiento y a partir de ahí se mantiene hasta el final. Es lo mismo que se acepta con carácter general para los procesos judiciales (*perpetuatio legitimationis*). No obstante, igual que se aceptan algunas excepciones en los procesos judiciales, también caben en el procedimiento administrativo supuestos de falta de legitimación sobrevenida (p. ej., si quien tenía inicialmente legitimación por ser empleado de una Administración se jubila).

3. REPRESENTACIÓN

Las personas físicas capaces y legitimadas pueden actuar en el procedimiento por sí mismas. Pero pueden, si lo prefieren, actuar por representante (art. 5 LPAC).

Representante puede ser cualquier persona con capacidad (un familiar, un compañero...). No hay que ser gestor administrativo, procurador, abogado... Distinto es que si alguien realiza esa actividad profesionalmente haya de tener ciertas titulaciones, estar colegiado, cumplir unos deberes tributarios... so pena de incurrir en responsabilidad (incluso en el delito de intrusismo). Pero el hecho de no reunir esos deberes no invalida su actuación en un procedimiento administrativo concreto.

Por las personas jurídicas han de actuar sus representantes legales, o sea, el titular del órgano (director, presidente, consejero-delegado, etc.) al que corresponda tal función. Para los casos de entes sin personalidad, suele haber reglas específicas sobre su representación (p. ej., se atribuye al presidente de las comunidades de propietarios) y en su defecto se acepta la que hayan pactado sus miembros o la de quien de hecho los administren o incluso la de cualquiera de ellos. Por los incapacitados, los menores (incluso aunque

tengan capacidad para el caso y hubieran podido actuar por sí mismos) y los ausentes también pueden o deben actuar sus representantes legales que, a su vez, se pueden servir de representantes voluntarios.

En los casos de representación, todas las actuaciones del procedimiento se entenderán con el representante (art. 5.1 LPAC); así, por ejemplo, a éste habrá que dirigir las notificaciones.

Establece el artículo 5.3 LPAC los casos en que es necesario acreditar la representación: cuando en nombre de otra persona se quiera formular solicitudes, presentar declaraciones responsables o comunicaciones, interponer recursos, desistir de acciones y renunciar a derechos. Para las demás actuaciones, las de «mero trámite, se presumirá aquella representación»; por tanto, si la Administración duda de ella, podrá exigir que se pruebe. Dice el artículo 5.4 LPAC que la acreditación se hará «mediante cualquier medio válido en Derecho que deje constancia fidedigna de su existencia». Y añade el segundo párrafo del mismo precepto que «a estos efectos, se entenderá acreditada la representación realizada mediante apoderamiento *apud acta* efectuado por comparecencia personal o comparecencia electrónica en la correspondiente sede electrónica».

En realidad, hay que distinguir según se trate de la representación legal o de la voluntaria. Aquélla habrá de ser acreditada mediante los documentos en que consta tal representación. La representación voluntaria puede probarse por documento público, como es el poder otorgado ante notario o ése al que se alude específicamente en el artículo 5.4, párrafo segundo, LPAC otorgado en la oficina administrativa que tramite el procedimiento. Pero no cabe excluir el documento privado, incluso sin firma notarialmente legitimada, como puede deducirse del artículo 5 LPAC.

Un régimen peculiar está establecido en el artículo 7 LPAC. Se refiere al supuesto de que varias personas presenten y firmen (actuando, por tanto, cada una por sí) un escrito dirigido a la Administración. En ese mismo escrito pueden nombrar representante a uno de ellos, lo que la Administración debe aceptar y seguir las actuaciones con el designado. Hasta aquí sólo hay una especialidad en la forma de otorgar y acreditar la representación. Pero el artículo establece también que, aunque no se haya hecho tal declaración, la Administración se entenderá sólo con el que aparece en primer lugar al que se convierte, por tanto, en representante de los demás sin que haya ningún apoderamiento.

Cuando, siendo obligado, no se acredite la representación, la Administración puede y debe conceder al interesado plazo de diez días para hacerlo (art. 5.6 LPAC). Si éste lo hace, se seguirá el procedimiento con el representante; si no lo hace se entenderá que no hay representación y,

entonces, según los casos, o se seguirá el procedimiento directamente con el interesado o se archivará.

Todo este régimen está pensado para la acreditación de la representación en cada procedimiento debiendo reiterarla para cada uno de ellos. Pero la LPAC ha introducido una novedad relevante, respecto de la regulación de la Ley 30/1992 en la materia, con la creación de Registros electrónicos de apoderamientos (art. 6 LPAC), en los que se inscribirán los que se otorguen para toda actuación ante cualquier Administración u otros más restringidos de suerte que en los concretos procedimientos bastará incorporar documento electrónico que acredite la consulta a lo que consta en el Registro (art. 5.5 LPAC).

Cuestión distinta de la representación, pero a la que conviene hacer referencia aquí, es la de si los interesados deben intervenir con abogado o algún otro profesional que dirija su defensa o les asesore. La respuesta es negativa: nunca es necesaria esa intervención (y en muchos casos sería absurda). Por eso, tampoco tienen derecho a que se les nombre abogado de oficio, salvo excepciones (p. ej., en materia de extranjería). Pero, aunque no necesaria, es posible [art. 53.1.g) LPAC]: tienen derecho a asistirse de asesores. De hecho, en ciertos procedimientos es frecuente que intervengan con abogados, asesores fiscales... Pero, de ordinario, aunque los escritos los hayan redactado esos profesionales, no constará formalmente y aparecerán como obra del propio interesado. En cualquier caso, conviene tener en cuenta que los interesados actúan normalmente sin asistencia técnica a la hora de interpretar flexiblemente las normas y, sobre todo, para admitir que después, cuando recurran, puedan alegar lo que no alegaron inicialmente.

VI. TÉRMINOS Y PLAZOS

1. LA OBLIGATORIEDAD DE LOS TÉRMINOS Y PLAZOS. CONSECUENCIAS DE SU INCUMPLIMIENTO

Los términos y plazos previstos en las Leyes son preceptivos tanto para la Administración que tramite el procedimiento como para el interesado que intervenga en él (art. 29 LPAC). Por tanto, la Administración, sometida a los principios de oficialidad y celeridad, debe cumplir los trámites y hacer avanzar el procedimiento en el tiempo previsto; y el interesado tiene que ejercitar sus derechos y cumplir con sus cargas formales en los plazos normativamente establecidos.

Pero los efectos del incumplimiento de los plazos varían según quién sea su causante. Si es el interesado normalmente conlleva la imposibilidad de ejercitar el derecho o realizar el trámite sometido al plazo incumplido. Así, dice el artículo 73.3 LPAC que a los interesados «se les podrá declarar decaídos en su derecho al trámite correspondiente».

Esto lo consagra la LPAC pero con un matiz que es necesario resaltar, y es que el artículo 73.3 *in fine* LPAC añade que «no obstante, se admitirá la actuación del interesado (fuera de plazo) y producirá sus efectos legales, si se produjera antes o dentro del día que se notifique la resolución en la que se tenga por transcurrido el plazo». Es decir, parece que este precepto exige que la Administración, cada vez que transcurra un plazo para el interesado, dicte un acto que declare esta circunstancia que debe, además, notificar al propio interesado incumplidor. Y, mientras eso no se haga, la actuación extemporánea del interesado sería plenamente válida. Esta exigencia, que comporta una carga burocrática notable y el alargamiento de los procedimientos, no suele observarse en la práctica.

En caso de que sea la Administración la que incumpla un plazo la consecuencia es, por lo general, menor pues la actuación administrativa fuera de plazo sólo provoca la anulabilidad del acto administrativo extemporáneo «cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo» (art. 48.3 LPAC). Esto ocurrirá cuando se trate de plazos esenciales ya sea por su propia naturaleza o porque así lo disponga el legislador. Por tanto, la regla general es que el incumplimiento de plazos por la Administración constituye una mera irregularidad no invalidante —que no implica ni la nulidad ni la anulabilidad de la actuación tardía—, lo cual no impide que los funcionarios culpables del retraso incurran en responsabilidad disciplinaria, que podrá ser exigida por los interesados según establece el artículo 20 LPAC. Todo esto hay que ponerlo en relación con lo que después se explicará sobre la superación del plazo total del procedimiento y las consecuencias del silencio administrativo y la caducidad.

2. CÓMPUTO DE LOS PLAZOS

A) Cómputo de plazos expresados en días, meses o años

Cuando se prevén plazos en días, por regla general sólo cuentan los hábiles. O sea, que cuando no se dice nada, se trata de días hábiles y no computan los inhábiles que son, según el artículo 30.2 LPAC, los sábados, los domingos y los festivos.

Sí son hábiles, a diferencia de lo que sucede en los procesos judiciales, los días de agosto.

Como los días festivos son parcialmente distintos en cada Comunidad y en cada municipio, se aclara que cuando un día fuese hábil donde residiera el interesado e inhábil en la sede del órgano administrativo, o a la inversa, se considerará inhábil de todo caso (art. 30.6 LPAC). Se puede conocer con antelación qué días son hábiles o inhábiles, pues la Administración estatal y las autonómicas deben fijar y publicar cada año el calendario oficial de días inhábiles a efectos del cómputo de plazos (art. 30.7 LPAC).

Aunque la regla general es la del cómputo de los días hábiles, una norma con rango de ley o una norma europea puede prever plazos por días naturales (incluidos, por tanto, los sábados, domingos y festivos). En tal caso, se hará constar expresamente a los interesados en la notificación (art. 30.2, párrafo segundo, LPAC).

Cuando se prevén plazos en meses o años deben computarse de fecha a fecha.

Es decir, un plazo de un mes que comience el 6 de marzo termina el 5 de abril, no el 6 de abril, pues eso sería un plazo de un mes y un día; y si el plazo es de un año, acabará el 5 de marzo siguiente, no el 6 de marzo, pues eso sería un plazo de un año y un día.

El artículo 30.1 LPAC alude también a los plazos por horas en cuyo caso se entiende que sólo son las hábiles, esto es, «todas las horas del día que formen parte de un día hábil». Los plazos expresados por horas «se contarán de hora en hora y de minuto en minuto... y no podrán tener una duración superior a las veinticuatro horas, en cuyo caso se expresarán en días».

B) Momento inicial y final

Tanto se trate de plazos por días como por meses o años, el día inicial (el *dies a quo*) para los plazos de las actuaciones de los administrados es el siguiente a aquel en que se le notificó o se publicó el acto que confería el plazo (art. 30.3 y 4 LPAC).

No cuenta, pues, el día de la notificación. Hay casos en los que no hay notificación sino silencio administrativo (vid. *infra*) y en ellos el cómputo comienza, como aclaran los mismos preceptos, el día siguiente al de producción del silencio.

Como el día inicial es el siguiente a la notificación, los plazos de meses o años concluyen el mismo día en que se produjo la notificación, como ahora aclara el artículo 30.4, párrafo segundo, LPAC. Es así por la combinación de la regla sobre el

día inicial con la regla sobre el cómputo de meses y años de fecha a fecha. Supongamos que se notifica un acto el 6 de abril y que concede plazo de un mes: el cómputo empieza al día siguiente, el 7 de abril; pero un plazo de un mes que empiece ese día expirará el 6 de mayo, como ejemplificamos antes. Así que, en efecto, acabará el mismo día de la notificación en el mes o año de vencimiento, por enrevesado y hasta paradójico que resulte; tanto que en muchos supuestos ha conducido a error y a consecuencias fatales.

Si el plazo afecta a la Administración y depende de la presentación de un escrito por parte del interesado, se cuenta normalmente desde el momento en que aquél lo presentó en el registro administrativo correspondiente.

Para el futuro habrá que tener en cuenta que los plazos expresados en horas se contarán desde la hora y minuto en que tenga lugar la notificación o publicación del acto de que se trate (art. 30.1, párrafo primero, LPAC).

El momento final es el que resulta de computar los días, meses o años (u horas, en su caso) a partir del momento inicial. Salvo en el caso de los plazos por horas, ese momento final será todo un día (el *dies ad quem*), hasta que termine a las doce de la noche. Pero ello con las matizaciones de los artículos 30.5 y 30.4, párrafo segundo *in fine*, LPAC que prevén dos reglas especiales sobre el último día:

— Si el último día del plazo fuera inhábil, éste se entenderá prorrogado al primer día hábil siguiente. Esta regla la prevé el artículo 30.5 LPAC. Claro está que esto sólo resulta aplicable en los supuestos de plazos expresados en «días naturales» o en «meses o años», puesto que si el plazo se fija en «días» a secas los días inhábiles quedan excluidos del cómputo.

— En el caso de los plazos expresados en meses, «si en el mes de vencimiento no hubiera día equivalente a aquel en que comienza el cómputo, se entenderá que el plazo expira el último día del mes» (art. 30.4, párrafo segundo *in fine*, LPAC). Esta regla, que no está bien redactada en el precepto, conlleva que, si aplicando las reglas ya vistas resultase que el plazo acaba el 31 de abril, como ese día no existe, hay que entender que el plazo termina el día 30 de abril.

3. AMPLIACIÓN DE PLAZOS

La Administración puede acordar, de oficio o a petición de interesado, la ampliación de cualquier plazo previsto a lo largo del procedimiento. El artículo 32 LPAC contempla esta posibilidad para cualquier plazo individual en general, a diferencia de lo previsto en el artículo 23 LPAC que se refiere únicamente a la

ampliación excepcional del plazo máximo que tiene la Administración para tramitar el procedimiento, dictar la resolución y notificarla al interesado. A esta última posibilidad nos referiremos al final de esta lección. En todo caso, la validez de la decisión de la Administración de ampliar el plazo individual de que se trate está subordinada al cumplimiento de los siguientes requisitos (art. 32 LPAC): que no exista un precepto en contrario que prohíba la ampliación; que la ampliación del plazo no exceda de la mitad del mismo; que las circunstancias lo aconsejen y que, con ello, no se perjudiquen derechos de terceros; que la decisión de ampliación se notifique a los interesados; y que la petición de ampliación y la decisión de adoptarla se produzcan antes del vencimiento del plazo de que se trate, lo que se traduce en la prohibición de ampliar plazos ya vencidos. La decisión de ampliar el plazo o su denegación no es susceptible de recurso directo, sin perjuicio del procedente contra la resolución que ponga fin al procedimiento.

4. TRAMITACIÓN DE URGENCIA

La tramitación del procedimiento administrativo por la vía de urgencia, prevista en el artículo 33 LPAC, entraña que todos los plazos individuales establecidos para el procedimiento ordinario deben reducirse a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos que son irreducibles. La tramitación de urgencia la puede decidir la Administración siempre que «razones de interés público lo aconsejen», tanto *motu proprio* como a solicitud del interesado. Contra el acto administrativo que declare la tramitación de urgencia, dice el artículo 33.2 LPAC, no cabrá recurso directo, sin perjuicio del procedente contra la resolución que le ponga fin al procedimiento. Lo que puede plantear dudas es si la decisión de no tramitar por la vía de urgencia es susceptible de impugnación directa por el interesado que la haya solicitado. A este respecto, importa aclarar ya, aunque luego insistiremos en ello, que la tramitación de urgencia del procedimiento ordinario es algo distinto de la tramitación del procedimiento de forma simplificada que ha regulado *ex novo* el artículo 96 LPAC y que estudiaremos después.

VII. PRESENTACIÓN DE ESCRITOS Y NOTIFICACIONES (REMISIÓN)

A lo largo del procedimiento surge la necesidad de que el órgano administrativo con competencia para tramitarlo y el interesado se comuniquen entre sí para darse a conocer las diferentes actuaciones que vayan realizando cada uno de ellos. Por lo que se refiere a la comunicación de la Administración con el interesado, la forma ordinaria que tiene la Administración de poner en conocimiento del interesado los actos administrativos, de trámite y resolutorio, que puedan afectarle es la

notificación. La notificación, que puede definirse como la comunicación formal del acto administrativo, es un requisito del que depende su eficacia, no su validez; por ello su estudio se abordará en la lección 4 relativa a la eficacia de los actos, a la que ahora remitimos.

En cuanto a la comunicación del interesado con la Administración, los ciudadanos ponen en conocimiento de la Administración sus solicitudes, alegaciones, documentos y demás actuaciones que estimen pertinentes mediante la presentación de escritos.

Tanto para la recepción de escritos de los particulares como para dar curso a las notificaciones son fundamentales los registros administrativos. Los de carácter presencial han sido regulados con detalle por la normativa anterior. Ahora, la LPAC que tiene como uno de sus objetivos primordiales el logro de una «Administración sin papel» en un futuro próximo, ha regulado minuciosamente los registros electrónicos, la presentación de escritos por medios informáticos y telemáticos minuciosamente, la notificación de actos administrativos por medios electrónicos, etc. Por ejemplo, el artículo 16 LPAC se ocupa del «registro electrónico general» de cada Administración Pública que «funcionará como un portal que facilitará el acceso a los registros electrónicos de cada Organismo». No obstante, este precepto no entrará en vigor hasta octubre de 2018.

Por su parte, el artículo 16.4 LPAC ha introducido cambios sustanciales sobre los lugares en que pueden presentarse las solicitudes, escritos y comunicaciones que los ciudadanos dirijan a los órganos de cualquier Administración Pública pues, aunque cita los tradicionales de Correos y de las Oficinas diplomáticas y consulares, ha sustituido el resto de lugares que preveía el artículo 38.4 de la Ley 30/1992 —así, los registros (presenciales) de los órganos administrativos a que se dirijan; y los registros (presenciales) de cualquier órgano administrativo que pertenezca a la Administración General del Estado, a la de cualquier Administración de las Comunidades Autónomas, a la de cualquier Administración de las Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, a los Ayuntamientos de los Municipios de gran población; también al resto de Administraciones Locales si, en este último caso, se hubiese suscrito el oportuno convenio— por estos dos: «el registro *electrónico* de la Administración u Organismo al que se dirijan, así como los restantes registros *electrónicos* de cualquiera de los sujetos» del sector público; y «las oficinas (presenciales) de asistencia en materia de registros» (art. 16.4).

No obstante, y como ya hemos resaltado antes, puede entenderse que hasta el 2 de octubre de 2018 la reforma que la LPAC lleva a cabo en materia

de registros no es aplicable, permaneciendo en vigor hasta entonces el régimen jurídico anterior en lo que hace a los lugares de presentación de escritos, solicitudes y comunicaciones ante las Administraciones Públicas (disposición final séptima y disposición transitoria segunda).

Por lo que respecta a la presentación de escritos «en las oficinas de Correos, en la forma que reglamentariamente se establezca» —art. 16.4.b) LPAC—, esta previsión se completa en el artículo 14 de la Ley del Servicio Postal Universal de 2010 y en el artículo 31 del Reglamento de Servicios Postales de 1999. Establecen que puede hacerse «únicamente a través de las oficinas del operador designado para la prestación del servicio postal universal» («Sociedad Estatal Correos y Telégrafos, S. A.») y «se presentarán en sobre abierto, con objeto de que en la cabecera de la primera hoja del documento que se quiera enviar se hagan constar, con claridad, el nombre de la oficina y la fecha, el lugar, la hora y minuto de su admisión. Esas circunstancias deberán figurar en el resguardo justificativo de su admisión. El remitente también podrá exigir que se hagan constar las circunstancias del envío, previa comparación de su identidad con el original, en la primera página de la copia, fotocopia u otro tipo de reproducción del documento principal que se quiera enviar, que deberá aportarse como forma de recibo que acredite la presentación de aquél ante el órgano administrativo competente. Practicadas las diligencias indicadas, el propio remitente cerrará el sobre, y el empleado formalizará y entregará el resguardo de admisión, cuya matriz archivará en la oficina. Los envíos aceptados por el operador al que se encomienda la prestación del servicio postal universal, siguiendo las formalidades previstas en este artículo, se considerarán debidamente presentados a los efectos previstos en el artículo 38 de la Ley 30/1992».

Por último, también es posible presentar escritos «en cualquier otro (lugar) que establezcan las disposiciones vigentes», según prevé el artículo 16.4.e) LPAC.

Por ejemplo, una Universidad Pública a ciertos efectos, una sucursal bancaria para presentar la declaración de la renta, etc. El artículo 14.3.º Ley del Servicio Postal Universal dice que cabe «presentar solicitudes, escritos y comunicaciones dirigidas a las Administraciones Públicas a través de operadores postales distintos al operador designado para prestar el servicio postal universal en los términos que establece el artículo 38.4.e) de la Ley 30/1992».

En cuanto a la posibilidad de que el ciudadano presente sus escritos en registros electrónicos a través de medios informáticos y telemáticos, el artículo 14 LPAC ha introducido diferencias importantes respecto de la regulación anterior pues, a pesar de que la regla general siga siendo que comunicarse con la Administración electrónicamente constituye un derecho de los ciudadanos (art. 14.1 LPAC), también se impone a muchos sujetos determinados (personas jurídicas, entidades sin personalidad jurídica, profesionales de colegiación obligatoria, etc.) esa relación electrónica con la Administración como un deber (art. 14.2 LPAC), y se habilita al reglamento para prever más excepciones de este tipo «para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas —por ejemplo, los contribuyentes, los banqueros, los grandes empresarios— que por razón de su capacidad económica, técnica... quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios» (art. 14.3 LPAC).

Como regla general, hay que entender que el escrito llega a la Administración a la que se dirige el día en el que entra en cualquiera de esos lugares a que se refiere el artículo 16.4 LPAC.

Por tanto, si el último día para presentar un escrito ante el Ayuntamiento de Córdoba es hoy, bastará presentarlo hoy mismo en una oficina de Correos de Jaén, de Málaga o de Segovia o en la Subdelegación del Gobierno de esas ciudades o en el Consulado de Múnich, aunque llegue a su destino una semana después. Por el contrario, si el interesado envía su escrito por un medio no previsto en ese artículo 16.4 (p. ej., se sirve de una oficina postal extranjera, en vez de hacerlo en el Consulado), la Administración lo registrará cuando le llegue y será esa la fecha de recepción a todos los efectos; por tanto, si llega una semana después de expirar el plazo habrá llegado tarde. La regla de que el escrito se entiende recibido por la Administración de destino cuando tiene entrada en los lugares reconocidos en el artículo 16.4 LPAC tiene una excepción: según establece el artículo 21.3.b) LPAC, para computar el plazo máximo de duración de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado, el día inicial del cómputo es aquel en que la solicitud llega al registro electrónico del órgano competente para tramitar ese procedimiento y no el día en que el interesado presentó su solicitud en Correos o en otra Administración Pública diferente o en un Consulado.

Los ciudadanos pueden exigir el recibo de las solicitudes y escritos que presenten en cualquiera de los lugares indicados (art. 66.3 LPAC).

VIII. LAS FASES DEL PROCEDIMIENTO

ADMINISTRATIVO

El procedimiento administrativo tiene tres fases: iniciación, instrucción y finalización. De ello se ocupa el Título IV de la LPAC bajo el título: «De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común». El capítulo I se refiere a las: «Garantías del procedimiento». El capítulo II regula la fase de: «Iniciación del procedimiento». El capítulo IV regula las piezas esenciales de la fase de: «Instrucción del procedimiento». El capítulo V se ocupa de la: «Finalización del procedimiento». Y el capítulo VI: «De la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común». Por su parte, el capítulo III, que se refiere a la: «Ordenación del procedimiento», no establece una fase en sentido estricto, sino que se limita a enumerar un conjunto de principios generales —impulsión de oficio, celeridad, simplificación, carácter preceptivo de los plazos para el interesado— que ya se analizaron. Tampoco lo hace el capítulo I que sólo consta de un artículo —el art. 53.1— que se ocupa de enumerar algunos de los derechos generales que tiene el interesado en el procedimiento administrativo. A ellos también nos hemos referido anteriormente al hilo del estudio de los principios generales. Expondremos el procedimiento siguiendo el mismo esquema de la Ley.

IX. FASE DE INICIACIÓN

El procedimiento administrativo puede incoarse de dos formas, según establece el artículo 54 LPAC: de oficio, esto es, por decisión de la propia Administración, o por solicitud de persona interesada. Hay procedimientos que sólo pueden iniciarse de oficio (p. ej., el procedimiento sancionador). Hay otros que sólo tiene sentido incoar por petición de un interesado (p. ej., un procedimiento para otorgar una licencia de obras). Y, también, existen procedimientos que pueden iniciarse de las dos formas (p. ej., el procedimiento de responsabilidad patrimonial).

La diferencia esencial entre estos dos tipos de procedimientos no es que exista o no una petición del interesado porque puede haber procedimientos iniciados de oficio en los que también haya peticiones de éste antes o después. Por ejemplo, en un procedimiento sancionador puede haberse presentado antes de la iniciación una solicitud de un interesado pidiendo que se sancione al presunto infractor, pero tal petición no inicia el procedimiento; y en un procedimiento para otorgar subvenciones (que se inicia de oficio por la convocatoria) los interesados presentarán después

solicitudes para obtenerlas, pero esas peticiones no iniciarán el procedimiento que ya ha comenzado antes. La diferencia está en que los procedimientos iniciados de oficio comienzan formalmente por un acto administrativo que así lo decide, mientras que los iniciados a solicitud del interesado empiezan con la presentación de su solicitud.

1. LA INCOACIÓN DE OFICIO

De conformidad con el artículo 58 LPAC, el procedimiento se inicia de oficio por decisión del órgano que tenga competencia para ello, ya sea por su propia iniciativa (art. 59) o como consecuencia de una orden del superior jerárquico (art. 60), de una petición razonada de otro órgano administrativo (art. 61) o por denuncia (art. 62).

Por tanto, ninguno de esos actos que incitan al órgano competente para que incoe el procedimiento ni, en especial, las denuncias de particulares o de funcionarios —policías, inspectores, agentes de la autoridad— inicia de por sí el procedimiento: es necesario un acto del órgano competente decidiendo iniciarlo. Esta regla general cede en algunos casos excepcionales. Así, los boletines de denuncia que extienden los agentes encargados de la vigilancia del tráfico sí inician por sí mismos el procedimiento para sancionar dichas infracciones.

2. LAS ACTUACIONES PREVIAS

Antes de iniciar formalmente el procedimiento, la Administración cuenta con la posibilidad de abrir un período de información previa o reservada con la finalidad de indagar y conocer mejor las circunstancias del caso concreto y, con ello, la conveniencia o no de iniciar el procedimiento (art. 55 LPAC).

Muchos aspectos de estas actuaciones previas son problemáticos: no es fácil saber cómo tramitarlas ni qué contenido y duración pueden tener. Problemas similares se plantean en las actuaciones propias de la inspección administrativa (Tomo III) que en cierto modo se confunden con estas actuaciones previas. La regla general es que en estas actuaciones no deben asegurarse las garantías propias del procedimiento, que aún no ha comenzado en sentido estricto ni debe considerarse a ningún sujeto como interesado en ellas, con las facultades que ello entraña. No obstante, en la medida en que en estas actuaciones previas se anticipen algunas garantías propias del interesado en el procedimiento —información sobre su realización, posibilidad de alegar, de estar presente a lo largo de las mismas, de participar en su desarrollo— será más fácil sostener que lo averiguado en ellas puede ser utilizado por la Administración para fundamentar la decisión que tome en el procedimiento administrativo posterior.

3. LA INICIACIÓN POR SOLICITUD DE INTERESADO. REQUISITOS,

SUBSANACIÓN Y MEJORA DE SOLICITUDES

— *Requisitos.* El artículo 66.1 LPAC regula el contenido mínimo que debe incluir la solicitud o instancia de iniciación:

- Nombre y apellidos del interesado y, en su caso, de la persona que lo represente.
- Identificación del medio electrónico, o en su defecto, lugar físico en que desea que se practique la notificación.
- Hechos, razones (fundamentos de Derecho) y petición en que se concrete, con toda claridad, la solicitud.
- Lugar y fecha.
- Firma del solicitante o acreditación de la autenticidad de su voluntad expresada por cualquier medio (se refiere a la firma electrónica autenticada).
- Órgano, centro o unidad administrativa a la que se dirige y su correspondiente código de identificación.

A estos requisitos generales de toda solicitud, las normas que regulan procedimientos específicos añaden otros que imponen aportar ciertos datos o acompañar determinados documentos.

— *Modelos normalizados de solicitudes.* Cuando se trate de un asunto para el que se prevea la presentación de numerosas solicitudes que conlleven la resolución de muchos procedimientos sobre lo mismo —por ejemplo, solicitud de becas de estudio, petición de licencias de caza, matriculación en Universidades Públicas—, el artículo 66.4 LPAC atribuye a la Administración el deber de establecer modelos y sistemas normalizados de solicitudes que estarán a disposición de los ciudadanos en las dependencias administrativas. El artículo 66.6 LPAC ha previsto *ex novo* que «cuando la Administración en un procedimiento concreto establezca expresamente modelos específicos de presentación de solicitudes, éstos serán de uso *obligatorio* por los interesados», lo cual parece que no concilia bien con el principio antiformalista que, según se explicó, inspira el procedimiento.

— *Subsanación de la solicitud de iniciación.* El artículo 68.1 LPAC

establece el deber de la Administración de requerir al interesado para que subsane las solicitudes que sean defectuosas o incompletas según lo dispuesto en el artículo 66.1 LPAC. Es decir, en el caso de que la instancia presentada no reúna los requisitos mínimos que señala ese precepto —y los demás que, en su caso, exija la legislación específica aplicable—, hay que darle al interesado un plazo de diez días para subsanarla o completarla, advirtiéndole, además, que si no lo hiciera se entenderá que ha desistido de su petición.

Pero esto rige sólo para los casos en los que la solicitud no reúna los requisitos mínimos (es decir, cuando no incluya los datos necesarios o no acompañe los documentos imprescindibles), y no cuando se trata de datos o de documentos que el solicitante voluntariamente podría haber presentado en su favor (p. ej., no presenta un documento con el que probar el daño que le causó la Administración o un mérito que alega en un concurso oposición). A este respecto son de aplicación otras reglas: en unos casos quizás pueda presentarlos después espontáneamente [recuérdese los arts. 53.1.e) y 76.1 LPAC] o en trámite de prueba; en otros ya no cabrá presentarlos (es lo que a veces se entiende para acreditar méritos en pruebas de acceso a la función pública).

Se comprende con lo explicado que lo que no cabe, aunque a veces sucede, es que los simples empleados del registro se nieguen a recibir solicitudes por no tener todos los datos o documentos necesarios. Sólo son un buzón de entrada que debe admitir lo que se les presente. Después, en su caso, procederá requerir al interesado para que subsane esos defectos.

— *Mejora de la solicitud de iniciación.* También es posible, según prevé el artículo 68.3 LPAC, que la Administración inste al interesado a que mejore su solicitud de iniciación, aunque ésta sea completa y no tenga defecto alguno. Esto, que puede causar cierto asombro y que es muy poco frecuente en la práctica, lo configura el legislador como una facultad, tanto de la Administración de pedirlo como del interesado de hacerlo, y no como un deber, a diferencia de lo previsto para la subsanación de solicitudes, tal y como se acaba de señalar.

— *Referencia a las declaraciones responsables y comunicaciones.* El artículo 69 LPAC se ocupa de estos escritos de los administrados a continuación de la solicitud. Nos ocuparemos de ellas en el Tomo III. Suficiente es aquí decir que no son solicitudes ni inician de por sí un procedimiento administrativo.

4. LAS MEDIDAS PROVISIONALES

La tramitación de todo procedimiento lleva un tiempo; entretanto no hay decisión y ello puede suponer un perjuicio para el interés que esté en juego. Para paliar esa situación se prevé la posibilidad de adoptar medidas provisionales (o cautelares) en el

procedimiento administrativo (igual que hay posibilidad similar mientras se tramitan los recursos administrativos, las revisiones de oficio, los recursos contencioso-administrativos y, en realidad, todo tipo de procesos). Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo se regulan en el artículo 56 LPAC. Además, muchas leyes reguladoras de procedimientos específicos tienen reglas más concretas sobre estas medidas.

— *Momento de adopción: medidas provisionales y provisionalísimas.* En realidad, su inclusión en la fase de iniciación, como hace la LPAC y como estamos haciendo aquí, es inexacta. Es cierto que de ordinario se adoptan en el mismo acto de iniciación o inmediatamente después. Pero también se pueden acordar a lo largo de toda la instrucción o incluso en la resolución final si todavía no es ejecutiva. Y, en sentido contrario, cabe adoptarlas antes de la iniciación: el artículo 56.2 LPAC lo admite en casos de urgencia inaplazable y, a diferencia de la regulación anterior, sin necesidad de que una norma con rango de ley lo prevea expresamente en cada procedimiento concreto. Es decir, ahora basta con lo previsto en el art. 56.2 para, si se cumplen sus requisitos, poder adoptarlas. Estas medidas, denominadas «provisionalísimas», tienen que ser confirmadas en el posterior acto de incoación del procedimiento que debe dictarse en un plazo máximo de quince días. En otro caso, esto es, si no se dicta el acto de incoación en ese plazo o no contiene un pronunciamiento expreso sobre ellas, pierden automáticamente su eficacia.

— *Finalidad.* Su finalidad, dice el artículo 56.1 LPAC, es «asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer», lo que parece que hay que identificar con asegurar que, cuando llegue el momento, se podrá ejecutar esa resolución final. No obstante, a esta finalidad se han ido añadiendo otras, tales como garantizar la buena marcha del procedimiento (así, aseguramiento de pruebas que puedan perderse) o, sobre todo, atender interinamente a las necesidades del interés general que esté en juego.

Así, ante un procedimiento que se siga para privar a alguien del permiso de conducir o del de armas por haber perdido las condiciones psicofísicas necesarias, no habrá ningún riesgo para que la resolución final se pueda ejecutar cuando se dicte. Y, sin embargo, puede ser pertinente la medida provisional de prohibir al interesado la conducción o el uso de armas mientras se tramita el procedimiento para que durante ese tiempo no ponga en peligro la seguridad de las personas. De hecho, esta otra finalidad es la más frecuente. E, incluso, se apunta a ella en el artículo 56.2 cuando se dice «para la protección provisional de los intereses implicados».

— *Contenido.* El artículo 56.3 LPAC enumera las medidas provisionales

posibles que podrán acordarse «en los términos previstos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil»: suspensión temporal de actividades, prestación de fianzas, retirada o intervención de bienes productivos, embargo preventivo; etc. Pero termina con cláusula abierta: «aquellas otras medidas... que se estimen necesarias para asegurar la efectividad de la resolución». Así que no hay una enumeración cerrada ni un *numerus clausus*. Por ejemplo, en vía de recurso administrativo la medida provisional típica es la suspensión de la eficacia del acto impugnado (art. 117 LPAC).

La LPAC exige que sean adoptadas de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad (art. 56.1 *in fine*). Además, impone dos límites negativos a su contenido: no pueden causar un perjuicio al interesado que sea de imposible o difícil reparación ni pueden suponer la violación de derechos amparados por la ley (art. 56.4); límites, sin embargo, imprecisos en su significado y alcance.

Basta ver la lista ejemplificativa de la LPAC para comprobar que las medidas provisionales pueden ser de difícil reparación y muy limitativas de los derechos amparados por las leyes. Y el ejemplo máximo quizá sea el de la reclusión en los Centros de Internamiento de Extranjeros que, aunque con intervención judicial, se puede acordar como medida provisional en los procedimientos administrativos de expulsión, de devolución o de regreso por denegación de entrada.

Respecto del límite derivado de los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad (art. 56.1 *in fine*), conlleva que la medida provisional que se tome habrá de ser congruente con la finalidad específica que se persiga en cada caso y ser la menos perjudicial de entre las que consigan ese fin. Asimismo, parece razonable entender que la medida provisional no debe ser más gravosa que la resolución que pudiera llegar a recaer. Aun así, queda un cierto margen de discrecionalidad a la Administración a la hora de adoptar las medidas.

— *Aspectos formales.* La adopción de medidas provisionales ha de ser motivada como exige el artículo 56.1 LPAC. Por lo general, debe adoptarlas el competente para resolver (art. 56.1 LPAC), pero esta regla tiene muchas excepciones. Pueden adoptarse de oficio o a instancia de interesado. La cuestión dudosa es si se pueden adoptar sin ni siquiera dar audiencia previa al interesado.

La LPAC no exige nada y sólo dice que se pueden tomar cuando «existieren elementos de juicio suficiente para ello». Parece que cuando la medida se adopte exclusivamente con base en el artículo 56 LPAC u otro precepto legal que no

consagre explícita o implícitamente la audiencia al interesado, puede partirse de la innecesariedad de tal trámite. Ésta es la solución tradicional de la jurisprudencia pero con algunas excepciones. No obstante, aunque no exista el deber de hacerlo, parece lo más conveniente siempre que sea posible; no, desde luego, cuando sea urgente, lo que ocurre al menos en los supuestos de medidas provisionalísimas. Hay, no obstante, algunas normas sectoriales que prevén expresamente la previa y necesaria audiencia al interesado.

— *Duración.* Con toda lógica, dice el artículo 56.5, párrafo segundo, LPAC que las medidas provisionales «se extinguirán cuando surta efectos la resolución administrativa que ponga fin al procedimiento correspondiente». Pero además pueden cesar en su eficacia incluso antes o sin que haya tal resolución si el procedimiento termina de otra forma o si supera el plazo máximo que con acierto señalan algunas leyes. Por otra parte, pueden alzarse o modificarse durante la tramitación del procedimiento en virtud de circunstancias sobrevenidas o que no pudieron ser consideradas antes (art. 56.5 LPAC).

La adopción de medidas provisionales es un acto de trámite recurrible. Se incluye en esa categoría de los «actos de trámites cualificados» (art. 112.1 LPAC), a la que nos referiremos en lecciones posteriores, y, por ello, es autónomamente impugnabile. Además, para las medidas provisionalísimas se establece expresamente la posibilidad de recurso directo (art. 56.2, párrafo primero *in fine*).

X. FASE DE INSTRUCCIÓN

La LPAC se ocupa de la instrucción del procedimiento en los artículos 75 a 83. Estos preceptos regulan un conjunto de trámites que resultan básicos en muchos procedimientos administrativos concretos. En esencia, son los siguientes: las alegaciones (art. 76), la prueba (arts. 77 y 78), los informes administrativos (arts. 79, 80 y 81), la audiencia (art. 82) y la información pública (art. 83). Pero también aparecen allí, en sus artículos 75 y 76, algunos de los principios o reglas generales —impulsión de oficio, contradicción, acceso permanente— que rigen todo el procedimiento y a los que ya hemos aludido.

1. ALEGACIONES

El artículo 76.1 LPAC atribuye al interesado el derecho a formular alegaciones y a presentar documentos en cualquier momento del

procedimiento hasta el trámite de audiencia.

Con ello, como ya se explicó antes, el legislador ha consagrado el principio de acceso permanente en el procedimiento administrativo frente a la aplicación inflexible del principio de preclusión que rige los procesos judiciales.

Junto a esas alegaciones, el artículo 76.2 LPAC se ocupa de unas más específicas alegaciones a las que se puede llamar, como se las llamaba antes, «reclamaciones en queja», en las que el interesado expresa protesta por los defectos —sobre todo, retrasos— de tramitación.

2. PRUEBA

La LPAC sólo le dedica al trámite de prueba el artículo 77 —sobre los «medios y período de prueba»— y el artículo 78 —que se ocupa de la «práctica de prueba»—. Algunos de los problemas importantes que plantea la prueba en el procedimiento administrativo son los siguientes:

— *Objeto*. Hay que probar en cada procedimiento administrativo, tal y como establece el artículo 77.1, los hechos que sean relevantes para su decisión.

No obstante, alguna vez hay que acreditar la costumbre o el Derecho extranjero. Y, en sentido contrario, algunos hechos, aunque sean relevantes para la decisión, estarán exentos de prueba. Así, los hechos notorios, los no controvertidos —es decir, los admitidos por todas las partes del procedimiento— o los que hayan sido declarados probados por una sentencia firme que sea vinculante en un procedimiento concreto (p. ej., los que una sentencia penal firme declare probados obligan a la Administración a tenerlos por ciertos en el procedimiento sancionador que, por los mismos, sustancie después).

— *Medios de prueba y valoración*. Vale cualquiera que sea «admisibile en Derecho» (art. 77.1). Entre otros, el interrogatorio a las partes, el testimonio, la prueba pericial —ya intervengan peritos de la propia Administración (p. ej., un arquitecto municipal o un médico de la Seguridad Social) o peritos de los particulares—, la prueba documental —tanto pública (documentos judiciales, notariales o administrativos) como privada—, la prueba mediante soportes físicos de la imagen o el sonido o mediante soportes informáticos y la inspección ocular.

También es válida la prueba indiciaria o de presunciones que consiste en que a partir de un hecho probado e indubitado (por cualquier medio de prueba válido en

Derecho), que es el indicio, se llega a la certeza de la existencia de otro, que es el hecho presunto, porque entre ambos existe un enlace directo y preciso conforme a las reglas de la razón.

En principio, parece que sólo una ley puede limitar los medios de prueba. Así, la STS de 5 de junio de 2007 (Ar. 6337) anuló un precepto reglamentario porque para determinado procedimiento sólo admitía la prueba documental. No obstante, hay hechos que parece que sólo se pueden probar por determinados medios. Por ejemplo, el estado civil, el nacimiento... han de probarse con certificados del Registro Civil, no de otra forma; también parece aceptarse que el exceso de velocidad o de alcohol ha de probarse por determinados instrumentos normalizados; etc.

En cuanto a su valoración, el artículo 77.1 LPAC dice que «se realizará de acuerdo con los criterios establecidos en la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil».

— *Iniciativa e inadmisión.* Las pruebas que deban practicarse en el procedimiento administrativo puede acordarlas la Administración de oficio o a solicitud del interesado. A este respecto, importa señalar que el instructor del procedimiento sólo podrá rechazar las pruebas que el interesado proponga en tiempo y forma cuando sean improcedentes o innecesarias y ello de forma manifiesta (art. 77.3). Una prueba será pertinente si su objetivo es acreditar un hecho relevante para la resolución y útil o necesaria si sirve, además, para ello. Con relación a esto, la jurisprudencia viene declarando que es preferible incurrir en un exceso en la admisión de las pruebas propuestas por el interesado que en su indebida denegación. Además, la inadmisión de las pruebas solicitadas ha de ser motivada y la explicación que se dé racional y suficiente.

— *Práctica de la prueba.* La LPAC le dedica a este tema un solo precepto, lo cual asombra si se compara con las decenas de artículos que se ocupan de esto en la legislación procesal. El artículo 78 LPAC establece el deber del instructor de notificar al interesado el lugar, la fecha y la hora en que se va a proceder a la práctica de las pruebas, advirtiéndole, además, de que puede nombrar a un perito que le asista en su realización. Implícitamente, este precepto garantiza el derecho del interesado a presenciar la práctica de las pruebas y a intervenir activamente en su desarrollo. Con ello, trata de preservar el principio contradictorio en su realización.

Así es, además, *grosso modo*, como se asegura la contradicción en la prueba de los procesos judiciales. Pero el artículo 78 no dice nada más y, a partir de ahí, surgen dudas; por ejemplo, sobre si es necesario hacer a los testigos juramento o promesa de

decir verdad o sobre las consecuencias del falso testimonio en el procedimiento administrativo o sobre las consecuencias que se originan si un testigo se niega a prestar testimonio, etc. Es dudoso en qué medida cabe aplicar supletoriamente la legislación procesal civil o incluso la penal cuando se trate de procedimientos sancionadores.

— *Momento*. El artículo 77.2 LPAC prevé la apertura formal de un período de prueba, por un plazo de entre diez y treinta días, a fin de que puedan practicarse en él todas las que se consideren pertinentes. Lo normal es que este trámite tenga lugar después del acto de incoación y el primer escrito de alegaciones del interesado, una vez que el instructor haya emitido su juicio de pertinencia sobre las pruebas propuestas. En el mismo, tendrá sentido practicar todas las pruebas que no sean documentales, esto es, los testimonios, las pericias, los análisis contradictorios, las inspecciones oculares, los careos o el interrogatorio a las partes, puesto que los documentos los puede aportar el interesado en cualquier momento del procedimiento en virtud del principio de acceso permanente.

— *Carga de la prueba*. La LPAC no contiene reglas que repartan la carga de la prueba. Este vacío ha propiciado que la doctrina y la jurisprudencia consideren aplicables las reglas de la carga de la prueba del proceso civil contenidas en la LEC. Básicamente, hacen probar cada hecho a la parte que lo alegue en su beneficio y no a quien lo niega. Lo dicho vale para el procedimiento administrativo con carácter general. Sin embargo, para el procedimiento sancionador, en el que resulta aplicable la presunción de inocencia, hay que estar a las reglas de la carga de la prueba de los procesos penales de modo que es la Administración que sostiene la acusación la que ha de probar los hechos constitutivos de la infracción.

— *Gastos ocasionados por las pruebas*. El artículo 78.3 LPAC dispone que la Administración puede exigir al interesado que pague, incluso por anticipado, los gastos derivados de las pruebas que haya que practicar porque él lo haya solicitado. Esto sólo lo podrá hacer la Administración cuando, según el precepto, no tenga el deber de soportar su coste; así que la regla general, de conformidad con el principio de gratuidad que rige el procedimiento administrativo, es que sea ella la que sufrague los gastos de todas las pruebas, se practiquen de oficio o a petición del interesado.

3. INFORMES ADMINISTRATIVOS

— *Concepto y distinción de otras figuras*. Los informes administrativos son declaraciones de juicio sobre aspectos técnicos o jurídicos o sobre lo que es más conveniente para el interés general que emiten los órganos administrativos distintos del competente para decidir, para ilustrar o fundamentar la decisión que debe tomarse en el procedimiento. Se trata, por tanto, de actos que emite la Administración y no de dictámenes de particulares que, aunque también puedan admitirse y tenerse en cuenta en el

procedimiento, están excluidos de esta regulación.

En ocasiones, lo que se califica como «informe administrativo» es, en realidad, un acto de diferente naturaleza; por ejemplo, una prueba pericial pública —de un perito de la Administración— o un supuesto de competencia compartida sobre una materia por dos Administraciones distintas. A esto último es a lo que parece referirse el artículo 80.4 LPAC cuando alude a los informes que deban emitir Administraciones distintas de la competente para resolver el procedimiento con el propósito de «expresar el punto de vista correspondiente a sus competencias respectivas».

— *Clases*. «Salvo disposición expresa en contrario, los informes serán facultativos y no vinculantes» (art. 80.1 LPAC). Por tanto, las clases son:

- Preceptivos o facultativos, según sea obligatorio pedirlos o entrañe una mera posibilidad.

La posibilidad de pedir informes facultativos debe usarse con moderación (recuérdense los principios de simplificación, celeridad y economía) y «fundamentando... la conveniencia de reclamarlos». La omisión de informes preceptivos sólo puede constituir excepcionalmente un vicio de nulidad si se considera un trámite tan esencial que su omisión pueda asimilarse a la falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido. Sería de anulabilidad sólo si la omisión del trámite causa indefensión, lo que rara vez sucederá. Por eso se considera con frecuencia irregularidad no invalidante (SSTS de 5 de noviembre de 1998, Ar. 8124; 7 de febrero y 13 de noviembre de 2000, Ar. 10360 y 10488).

- Vinculantes o no vinculantes, según condicionen o no el sentido de la resolución final.

Por lo general, los informes vinculantes sólo lo son parcialmente, en cuanto a alguno de los aspectos de la resolución o en cuanto a uno de los sentidos de la futura decisión. Por ejemplo, el informe vinculante de la autoridad competente en materia de aguas para quien deba otorgar una autorización de industria obligará a seguir su criterio en lo que se refiere a ese aspecto del agua pero no en todos los demás por lo que, incluso con informe favorable, podrá denegar la autorización por otras razones. Y es que si un informe fuese vinculante en todos los aspectos se estaría transfiriendo la competencia para decidir a quién en principio sólo corresponde informar.

Aunque, claro está, el órgano que resuelva puede apartarse de los informes no vinculantes, debe motivar las razones por las que lo hace [art. 35.1.c) LPAC].

— *Plazo de evacuación y consecuencias de su incumplimiento*. Los informes deben ser emitidos en el plazo de diez días salvo que se establezca

otro mayor o menor (art. 80.2 LPAC). Por lo general, superado ese plazo, se podrá proseguir el procedimiento sin el informe y resolverlo (art. 80.3 LPAC).

Incluso el legislador ha previsto, con dudoso acierto, que el informe tardío puede no ser tenido en cuenta al adoptar la resolución (art. 80.4, párrafo segundo, LPAC). Aun así, se admite la posibilidad de quedar a la espera de que llegue el informe y suspender el plazo máximo para resolver el procedimiento en algunos casos. De hecho, la LPAC lo permite cuando se trate de informes de carácter preceptivo, según prevé el art. 80.3 *in fine*.

— *Impugnación*. La regla general es que, como meros actos de trámite que son, los informes administrativos no pueden recurrirse de forma directa y autónoma, sino que se podrán combatir al recurrir la resolución que ponga fin al procedimiento de que se trate (art. 112.1, párrafo segundo, LPAC). No obstante, alguna ley sectorial admite expresamente la recurribilidad autónoma de ciertos informes vinculantes emitidos por Administraciones distintas de la que resuelve. Acaso esto se pueda mantener incluso cuando no esté expresamente establecido por ley en tanto que tales informes puedan ser considerados «actos de trámite cualificados», categoría que analizaremos en la Lección 2.

4. AUDIENCIA Y VISTA DEL EXPEDIENTE

La audiencia es un trámite esencial en la instrucción del procedimiento; tanto es así que la CE la asegura directamente en el artículo 105.c): «La ley regulará: [...] el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado». Recuérdese además que el derecho a una buena administración incluye el «derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente» [art. 41.2.a) de la Carta de Derechos Fundamentales de la UE]. Se trata de un trámite básicamente escrito que atribuye al interesado la posibilidad de examinar por sí mismo el expediente, presentar su último escrito de alegaciones y aportar documentos (art. 82 LPAC).

La audiencia tiene que realizarse al final del procedimiento, esto es, una vez terminada la instrucción y, por regla general, antes de que se redacte la propuesta de resolución. En ese momento, el expediente se pondrá de manifiesto al interesado (vista del expediente) para que pueda alegar y presentar los documentos que estime pertinentes (audiencia en sentido estricto). Después, el instructor tiene que redactar la propuesta de resolución, escrito éste que procede cuando el instructor es un órgano distinto del que

resuelve (lo dice ahora el art. 88.7 LPAC).

Por tanto, como regla general, la propuesta de resolución no es conocida por el interesado ni en el trámite de audiencia, puesto que ésta es anterior, ni después. Pero esto se exceptúa en el procedimiento sancionador en el que el acusado tiene derecho a ver la propuesta de resolución y a efectuar tras ello nuevas alegaciones (lo veremos en la lección 8).

Por regla general, la audiencia es un trámite preceptivo que hay que garantizar en todos los procedimientos administrativos con la finalidad de salvaguardar el principio contradictorio, esto es, de que el interesado pueda defenderse y hacer valer sus derechos en el procedimiento.

Es especialmente relevante dar audiencia al interesado, como apunta el citado artículo 41 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión, cuando se trate de tomar «en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente». Ahora bien, en algún caso puede prescindirse de este trámite, básicamente cuando su realización no aporte ninguna garantía adicional al interesado. El artículo 82.4 LPAC dice que «se podrá prescindir del trámite de audiencia cuando no figuren en el procedimiento ni sean tenidos en cuenta en la resolución otros hechos ni otras alegaciones y pruebas que las aducidas por el interesado».

La regla general es que la falta de audiencia constituye vicio de anulabilidad de la resolución final siempre que haya causado indefensión material o efectiva al interesado (art. 48.2 LPAC).

Pero puede que sea vicio de nulidad si la audiencia en ese procedimiento concreto es tan esencial que su omisión equivale a la falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) LPAC]. Asimismo, puede causar la nulidad de la decisión si la falta de audiencia supone la lesión de un derecho fundamental [art. 47.1.a) LPAC]. Por ejemplo, la falta de audiencia en el procedimiento sancionador puede vulnerar los derechos fundamentales del imputado a la defensa o a ser informado de la acusación. En todo caso, cuando la omisión del trámite de audiencia no haya generado la indefensión real o efectiva sólo será una mera irregularidad formal sin consecuencias invalidantes (art. 48.2 *sensu contrario* LPAC). Esto podrá ocurrir, por ejemplo, si el interesado ha podido examinar el expediente y formular alegaciones antes del trámite formal de audiencia o, incluso, después, en vía de recurso administrativo, al impugnar la resolución que se dictó sin dar audiencia previa. Volveremos sobre esto en las lecciones 3 y 8.

5. INFORMACIÓN PÚBLICA

El trámite de información pública consiste en la exposición al público en general —no ya a los que sean interesados en ese procedimiento concreto—

del contenido de un expediente administrativo que se esté tramitando, con el fin de que pueda ser consultado y de que cualquier persona exprese su parecer sobre el objeto del mismo formulando las alegaciones que estime convenientes (art. 83.2 LPAC). Es un trámite facultativo, según prevé el artículo 83.1 LPAC, que algunas leyes sectoriales consagran como preceptivo para ciertos procedimientos administrativos concretos. Así, por ejemplo, en el procedimiento para aprobar reglamentos (Tomo I, lección 8) y planes urbanísticos, para conceder licencias sobre actividades molestas (bares, discotecas, tanatorios), etc. La información pública debe anunciarse en el Boletín Oficial que corresponda —del Estado, de la Comunidad Autónoma o de la provincia— según sea la Administración convocante con el fin de garantizar la publicidad y efectividad de su realización (art. 83.2 LPAC).

Como está abierto a cualquier persona física o jurídica con independencia de que tenga o no un derecho subjetivo o un interés legítimo afectado en el procedimiento de que se trate, sirve de cauce a la participación ciudadana. Ahora bien, el hecho de que un ciudadano se persone en el trámite de información pública y efectúe alegaciones no le atribuye *per se* la condición de interesado en el procedimiento ni tampoco el interesado pierde su condición por no comparecer en el mismo. Así lo establece la LPAC cuando afirma que, en tal caso, el interesado sigue conservando su derecho a recurrir la resolución final del procedimiento (art. 83.3 LPAC).

La Administración debe dar respuesta razonada a todas las alegaciones realizadas en este trámite. Eso sí, esa respuesta podrá ser común para las alegaciones que sean sustancialmente iguales (art. 83.3, párrafo segundo *in fine*, LPAC).

XI. FASE DE TERMINACIÓN

El artículo 84 LPAC enumera las formas de terminación del procedimiento administrativo: la resolución, el desistimiento, la renuncia al derecho en que se funde la solicitud, la declaración de caducidad y la imposibilidad material de continuarlo por causa sobrevenida (p. ej., muerte de quien pedía permiso de armas, destrucción de la cosa que se quería declarar bien de interés cultural, etc.).

Pero este artículo 84 LPAC puede parecer asistemático e incompleto. Asistemático al contraponer la resolución a las otras formas de terminación cuando, por el contrario, cabe decir que ante esas otras formas de terminación también hay que dictar resolución. De hecho, es lo que ordena el artículo 21 LPAC: siempre debe dictarse resolución expresa y en los casos de «prescripción, renuncia del derecho,

caducidad del procedimiento o desistimiento de la solicitud, así como de desaparición sobrevenida del objeto del procedimiento, la resolución consistirá en la declaración de la circunstancia que concurra en cada caso, con indicación de los hechos producidos y las normas aplicables». Así que hay que entender que cuando el artículo 84 LPAC opone la resolución a otras formas de terminación del procedimiento, en realidad, está refiriéndose a las resoluciones sobre el fondo del asunto, a resoluciones, digamos, en sentido estricto. También podría considerarse incompleto por no aludir ni a la terminación convencional ni al silencio administrativo. Después veremos si realmente se trata de otras formas de terminación.

1. LA RESOLUCIÓN

La forma normal de terminación del procedimiento administrativo es la resolución en sentido estricto, es decir, la decisión sobre el fondo del asunto que se esté debatiendo. El artículo 88 LPAC se refiere a ella. Ante todo, «las resoluciones contendrán la decisión», o sea, lo que se resuelve (algo así como el fallo de las sentencias). Además, en muchos casos han de contener la motivación de la decisión (la motivación se verá en la lección 2).

Añade el artículo 88.3 que las resoluciones «expresarán, además, los recursos que contra la misma procedan, órgano administrativo o judicial ante el que hubieran de presentarse y plazo para interponerlos». Pero la ley parece estar confundiendo lo que debe ser contenido de la resolución con lo que debe aparecer, más bien, en su notificación. De hecho, con más lógica, esto mismo lo señala el artículo 40.2 LPAC como indicación necesaria de las notificaciones y como tal lo analizaremos en la lección 4.

Por lo que concierne al contenido y sentido de la decisión misma, hay en el artículo 88 dos reglas claramente específicas de los procedimientos iniciados a solicitud del interesado:

— En ningún caso la resolución podrá agravar la situación inicial del solicitante, dice el artículo 88.2.

Es una aplicación de la regla general de prohibición de la *reformatio in peius*, que también rige para los recursos. Con esta prohibición se evita que se disuada a los particulares de presentar solicitudes ante el riesgo de salir malparados. Pero ello es «sin perjuicio —sigue diciendo ese art. 88.2— de la potestad de la Administración de incoar de oficio un nuevo procedimiento, si procede», en el que sí podrá agravar la situación del solicitante. Así, si se solicita la prórroga de una concesión, la Administración podrá concederla o denegarla pero no resolver ese procedimiento declarando, por ejemplo, la terminación anticipada de la concesión o el deber de pagar un canon superior. Si acaso, tras dictar resolución simplemente denegatoria de

la prórroga, podrá iniciar de oficio un procedimiento para declarar la terminación o el canon.

— La Administración puede resolver «la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el ordenamiento jurídico o manifiestamente carentes de fundamento» (art. 88.5).

Normalmente se habla de inadmisión de solicitudes (o de recursos o de demandas) cuando hay defectos formales que impiden entrar en el fondo del asunto. Se contrapone así inadmisión a desestimación que supone una resolución negativa sobre el fondo del asunto. Pero lo que el artículo 88.5 prevé es en realidad una resolución sobre el fondo por ser claramente inconsistente la solicitud. Así que lo que consagra es que en esos casos extremos se puede dictar directamente una resolución desestimatoria sin tramitar todo el procedimiento, posibilidad que hay que aplicar muy restrictivamente. Cosa distinta, como aclara el mismo precepto es que el escrito, más que una solicitud palmariamente infundada, sea ejercicio del derecho de petición del artículo 29 CE, en cuyo caso habrá que estar a lo dispuesto en la Ley reguladora de tal derecho (Tomo I, lección 7).

Por lo demás, el artículo 88 se ocupa de los aspectos que puede abordar la resolución ¿sólo los planteados en el acto administrativo de incoación o en la solicitud que lo inició? ¿Cualquier otro aspecto que sea relevante para el interés general? ¿Sólo algunos?

Este mismo problema se plantea en relación con las sentencias y el Derecho procesal lo afronta con el principio de congruencia cuyo exacto alcance es objeto de minuciosos análisis y de una rica doctrina y jurisprudencia constitucional y ordinaria que, además, tiene matices diferentes según se trate de procesos civiles, penales, contencioso-administrativos o laborales. En cambio, para el procedimiento administrativo la respuesta que ofrece el artículo 88 LPAC es oscura y burda, sin que tampoco la jurisprudencia ni la doctrina hayan aportado mucha claridad.

Lo que puede deducirse del artículo 88.1 LPAC es que, como mínimo, la resolución debe resolver todo lo planteado por los interesados. En ese sentido puede decirse que ha de ser congruente. Pero también puede abordar y resolver otras cuestiones «derivadas» del procedimiento y, en concreto, las que llama «cuestiones conexas». Así que se flexibiliza el requisito de congruencia. Eso sí, para que la resolución pueda decidir sobre una cuestión conexa es indispensable que se informe antes al interesado y se le conceda derecho a formular alegaciones y a aportar y proponer pruebas al respecto (art. 88.1, párrafo segundo). De modo que, al menos, se preserva el principio de contradicción.

Que el principio de congruencia no puede regir para las resoluciones administrativas igual que para las sentencias es lógico pues la posición del juez, neutral entre las partes, no se parece a la de la Administración que tramita un procedimiento para conseguir el interés general. Además el procedimiento administrativo está inspirado a este respecto por principios diferentes como el de la impulsión de oficio. Una muestra reveladora de cómo el principio de congruencia juega escasamente ante la Administración la ofrece el artículo 6 del RD 1.300/1995 sobre incapacidades laborales: «Los Directores Provinciales... deberán dictar resolución... sin estar vinculados por las peticiones concretas de los interesados, por lo que podrán reconocer las prestaciones que correspondan a las lesiones existentes... ya sean superiores o inferiores a las que se derivan de las indicadas peticiones». Para abordar más correctamente el posible contenido de las resoluciones administrativas sería necesario distinguir entre procedimientos iniciados por solicitud de los interesados y los iniciados de oficio. También habría que diferenciar entre lo que se debe decidir y lo que simplemente debe ser objeto de la motivación porque no vinculan lo mismo la pretensión ejercida por el interesado y su mera fundamentación. A su vez, tampoco debería ser igual el tratamiento que se diese a las resoluciones que dan al interesado más de lo que pidió o aborden cuestiones conexas que le benefician y aquellas otras que entren en cuestiones conexas que perjudican al interesado. Nada de ello hace el artículo 88 LPAC que mantiene su pobre planteamiento.

2. LA TERMINACIÓN CONVENCIONAL

Lo tradicional y lo normal es que el procedimiento administrativo, concebido precisamente para que la Administración decida sobre algo, termine con una declaración unilateral de ésta. Pero en algunos ámbitos (la fijación del justiprecio expropiatorio, urbanismo...) se conocían casos (incluso sin que una norma los previese) en los que aparecía en el procedimiento un convenio con el interesado. La LPAC le ha dedicado a ello un precepto general, el artículo 86, bajo el rubro «terminación convencional». Aunque habla de «acuerdos, pactos, convenios o contratos» celebrados por una Administración con cualquier «persona tanto de Derecho público como privado», hay que entender que este artículo 86, por su ubicación en la Ley, realmente sólo se refiere a los convenios firmados con los interesados en un procedimiento y sólo como alternativa a la pura declaración de voluntad administrativa. Y que, por tanto, quedan fuera los verdaderos contratos con intercambio de prestaciones (fundamentalmente regulados en la LCSP, que se verán en la lección 10) o los convenios de colaboración entre Administraciones (lección 9 del Tomo I). En estos otros casos, el consenso no es una alternativa a una resolución unilateral sino la única forma posible de lograr el objetivo. Tampoco parecen exactamente el objeto de este artículo 86 los acuerdos en cuya virtud un sector social (p. ej., empresarial), al margen de un procedimiento concreto, asume ciertos compromisos (p. ej., elaborar y cumplir una autorregulación de su publicidad para evitar que la Administración la regule unilateral y autoritariamente).

En realidad, no siempre esos convenios del artículo 86 LPAC terminan

definitivamente el procedimiento. El artículo 86.1 admite dos modalidades: convenios «finalizadores de los procedimientos» y convenios que «se insertan» en el procedimiento «con carácter previo... a la resolución que les ponga fin». En el primer caso, el convenio sustituye a la resolución unilateral que no será procedente dictar. En el segundo sólo se prepara la resolución unilateral final que habrá que dictar y que será la que termine el procedimiento. Dentro de esta modalidad, la ley admite convenios vinculantes (que han de trasladarse obligatoriamente a la resolución) y no vinculantes (que preparan esa resolución, liman diferencias... pero de los que motivadamente la Administración podrá apartarse al resolver).

Como límites generales de la terminación convencional, el artículo 86 señala éstos:

- que no vulnere el ordenamiento jurídico;
- que verse sobre materia que sea susceptible de transacción;
- que tenga por objeto satisfacer el interés público encomendado;
- que no suponga la alteración ni de las competencias atribuidas a los órganos administrativos ni de la responsabilidad que corresponda a las autoridades y funcionarios, relativas al funcionamiento de los servicios públicos;
- además, se establecen unos requisitos sobre su contenido formal mínimo (art. 86.2).

A decir verdad, estos límites no son nada claros. Respecto a que no se vulnere el ordenamiento podría pensarse que significa que lo que se establezca en el convenio sólo puede ser lo que podría haberse decidido unilateralmente o incluso que si la potestad es reglada no se puede pactar nada más que la única solución que lo reglado comporta. Pero, por ejemplo, parece que debe aceptarse un convenio en el que se impongan al administrado algunos deberes o condiciones más gravosos que los previstos legalmente si los acepta voluntariamente; y que, a cambio, la Administración podrá ceder en algún aspecto en el que la legalidad le daría mayores ventajas. Llevar hasta sus últimas consecuencias el principio de legalidad administrativa en relación a esta terminación convencional reduce demasiado sus posibilidades. Tampoco es seguro aquello sobre lo que se puede o no se puede transigir. El CC establece algunas materias no susceptibles de transacción (arts. 1.813 y 1.814). Y señala que «las corporaciones... sólo podrán transigir en la forma y con los requisitos que necesiten para enajenar sus bienes» (art. 1.812). En la legislación administrativa, más que materias cerradas a la transacción, las hay severamente

condicionadas a requisitos. Así el artículo 31 LPAP dice que «no se podrá transigir [...] sobre los bienes y derechos del Patrimonio del Estado [...] sino mediante real decreto acordado en Consejo de Ministros, a propuesta del de Hacienda, previo dictamen del Consejo de Estado en pleno». Lo mismo dispone el artículo 7.3 de la Ley 47/2003, de 26 de noviembre, General Presupuestaria para transigir sobre «los derechos de la Hacienda Pública estatal». Así que, hasta sobre eso se puede transigir, aunque sea dificultosamente. Ante estos preceptos, quizás pueda mantenerse que la regla general es la posibilidad de transacción (y, por tanto, de terminación convencional) salvo prohibición legal expresa.

Regulación tan abierta y parca sobre materia tan delicada encuentra un desarrollo pormenorizado en diversas leyes y reglamentos sobre específicos procedimientos.

Veremos algunas de esas regulaciones al estudiar la responsabilidad patrimonial de la Administración, la expropiación, las subvenciones, la gestión urbanística, etc. Puede verse ahora como ejemplo el artículo 46 Ley 26/2007, de Responsabilidad Medioambiental.

La cuestión más importante que puede suscitar el artículo 86 LPAC —y que ya suscitó su homólogo en la Ley 30/1992— es si basta con este artículo para que cualquier procedimiento pueda ser objeto de uno de estos convenios o si, por el contrario, este artículo sólo habilita a las normas reguladoras de procedimientos específicos para prever tal forma de terminación pero que, sin ellas, o sea, sin una previsión expresa en la regulación de cada procedimiento, no cabe esta posibilidad. Aunque la respuesta es discutible y ha sido muy discutida, puede afirmarse: *a)* desde luego, estos convenios, incluso los finalizadores del procedimiento que hacen improcedente la resolución unilateral, pueden estar previstos en simples reglamentos; *b)* sin ninguna norma —ni siquiera reglamentaria— que lo prevea concretamente, caben convenios que se inserten en el procedimiento sin prescindir de ningún trámite, sin sustituir a la resolución final y sin carácter vinculante; *c)* pueden aceptarse más ampliamente cuando versen sobre aspectos en los que la Administración tenga discrecionalidad.

Las posturas contrarias a la admisión de convenios sin expresa previsión normativa invocaban, entre otros argumentos, que el artículo 88.1 de la Ley 30/1992 decía que los convenios tendrían «el alcance, efectos y régimen jurídico específico que *en cada caso prevea la disposición que lo regule*». De ahí deducían que siempre era necesaria esa disposición específica que lo regulara. Pero ese argumento puramente literal parece desvanecerse con el artículo 86.1 LPAC —que ha sustituido al anterior de la Ley 30/1992— que ya sólo habla del «alcance, efectos y régimen jurídico que, *en su caso*, prevea la disposición que lo regule». Admitir estos

convenios, aunque entraña riesgos, tiene ventajas pues facilita la ejecución voluntaria de lo consensuado y evita conflictos y pleitos.

3. EL DESISTIMIENTO DE SOLICITUDES Y LA RENUNCIA DE DERECHOS

Tradicionalmente, tanto el desistimiento como la renuncia han sido únicamente aplicables a los procedimientos que se hayan iniciado por solicitud del interesado, no a los incoados de oficio. No obstante, el artículo 93 LPAC ha introducido como novedad, respecto de la regulación anterior, la posibilidad de que la Administración desista motivadamente en los procedimientos incoados de oficio «en los supuestos y con los requisitos previstos en las Leyes».

Centrándonos ya en los iniciados por solicitud del interesado, el desistimiento y la renuncia son dos formas de terminación del procedimiento diferentes que tienen consecuencias muy distintas. Los regula el artículo 94 LPAC. Así, a través del desistimiento el interesado declara su voluntad de poner fin al procedimiento que ha iniciado (de abandonar su solicitud) pero sin afectar al derecho o interés que trata de hacer valer; por tanto, podrá volver a plantear la misma pretensión con posterioridad en una nueva solicitud. Por el contrario, con la renuncia, el interesado declara su voluntad de que se extinga el derecho esgrimido en ese procedimiento, lo que conlleva su finalización como consecuencia de la desaparición de su objeto. En tanto que el desistimiento es absolutamente libre, esto es, carece de limitaciones, la renuncia sólo es posible cuando no esté prohibida por el ordenamiento jurídico (art. 94.1 LPAC y art. 6 CC). Desistimiento y renuncia pueden efectuarse por cualquier medio que permita su constancia, «siempre que incorpore las firmas que correspondan de acuerdo con lo previsto en la normativa aplicable» (art. 94.3 LPAC).

La regla general es que la Administración tiene el deber de aceptar de plano tanto el desistimiento como la renuncia del interesado y dictar resolución dando por terminado el procedimiento (art. 94.4 LPAC). Pero esto tiene dos excepciones: *a)* cuando existan otros interesados en el procedimiento que insten su continuación una vez que se les notifique el desistimiento o la renuncia; *b)* cuando en el procedimiento haya de decidirse una cuestión que afecte al interés general, caso en el que la Administración puede limitar los efectos del desistimiento o la renuncia al interesado y continuar con el procedimiento hasta resolverlo.

Recuérdese que, además del desistimiento expreso aquí analizado, la falta de subsanación en plazo de la solicitud de iniciación que sea defectuosa se considera un desistimiento (art. 68.1 LPAC), según ya vimos.

4. LA CADUCIDAD POR INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN (REMISIÓN) Y DEL INTERESADO

Hay dos formas de terminación del procedimiento por caducidad. Una de ellas se produce por la pasividad de la Administración y únicamente en los procedimientos iniciados de oficio. De ella se ocupa el artículo 25.1.b) LPAC y se estudiará en el último epígrafe de esta lección. La otra se produce por la inactividad del interesado y sólo en los procedimientos iniciados por solicitud de éste. La regula el artículo 95 LPAC y es la que nos ocupará ahora.

Se produce por paralización del procedimiento debido a que el interesado no realiza una actuación indispensable para que la Administración pueda dictar la resolución (en otro caso, la inactividad del interesado sólo supondrá que se le declare decaído en su derecho al trámite, continuando el procedimiento; art. 95.2 concordante con el art. 73.3 LPAC ya estudiado). Antes es necesario que la Administración advierta al interesado de su omisión y le dé tres meses para realizar la actuación de que se trate. Tras ello, la Administración declarará expresamente la caducidad (art. 95.1), salvo que «la cuestión suscitada afecte al interés general, o fuera conveniente sustanciarla» (art. 95.4).

Con relación a sus efectos, la caducidad, como el desistimiento, es sólo del procedimiento y, por tanto, no afecta a los derechos o intereses que podrán volver a ejercerse en otro procedimiento mediante nueva solicitud. Ni siquiera supone por sí sola la prescripción de derechos ni de acciones. Ahora bien, «los procedimientos caducados no interrumpirán el plazo de prescripción» (art. 95.3).

XII. LA TRAMITACIÓN SIMPLIFICADA DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMÚN

En los epígrafes anteriores se ha estudiado la tramitación ordinaria del procedimiento administrativo común y, con ello, todas las fases y los trámites que pueden integrarla según prevén los artículos 54 a 95 LPAC. Esta es la regla general o forma ordinaria de tramitar los procedimientos administrativos.

Pero la LPAC ha previsto como novedad otra forma más simple y más breve de tramitarlos, esto es, en menos tiempo y con menos trámites, y la ha denominado «la tramitación simplificada del procedimiento administrativo común». De ella se ocupa un solo precepto de la LPAC: el artículo 96.

Los procedimientos administrativos tramitados de manera simplificada deberán ser resueltos en treinta días, a contar no desde la iniciación sino desde el día siguiente a la notificación al interesado del acuerdo de tramitación simplificada, y constarán únicamente de algunos de los trámites del procedimiento ordinario. El artículo 96.6 LPAC los enumera así:

- Inicio del procedimiento de oficio o a solicitud del interesado.
- Subsanación de la solicitud presentada, en su caso.
- Alegaciones iniciales durante un plazo de cinco días.
- Trámite de audiencia, únicamente cuando la resolución vaya a ser desfavorable para el interesado.
- Informe del Servicio Jurídico, cuando éste sea preceptivo.
- Informe del CGPJ, cuando éste sea preceptivo.
- Dictamen del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma en los casos en que sea preceptivo. Desde que se solicite el dictamen hasta que sea emitido se producirá la suspensión automática del plazo para resolver.
- Resolución.

La tramitación simplificada procede, según el artículo 96.1 LPAC, cuando razones de interés público o la falta de complejidad del procedimiento así lo aconsejen. Podrá decidirse de oficio o a solicitud del interesado pero si se decide de oficio y el interesado se opone deberá seguirse la tramitación ordinaria (art. 96.2). En el caso de que sea el interesado quien la pida, el órgano competente podrá declararla, pero si decide desestimar la petición no habrá posibilidad de recurso contra ella. Por tanto, para que el procedimiento pueda tramitarse de forma simplificada es requisito *sine qua non* que la Administración y el interesado estén de acuerdo. Si transcurren cinco días desde la solicitud del interesado sin

resolución expresa de la Administración se entenderá desestimada por silencio administrativo (art. 96.3).

La LPAC que ha regulado expresamente en su articulado tanto el procedimiento sancionador común como el procedimiento común de responsabilidad patrimonial prevé expresamente en el artículo 96.4 y 5 la tramitación simplificada de ambos. De hecho, en la regulación anterior a la LPAC se estableció un procedimiento simplificado de responsabilidad patrimonial (art. 143 Ley 30/1992) y un procedimiento sancionador simplificado para infracciones leves (arts. 23 y 24 RD 1.398/1993). Pero con relación al sancionador la tramitación simplificada del artículo 96.5 LPAC puede plantear problemas pues elimina los trámites de la propuesta de resolución y de la prueba que son indispensables en este tipo de procedimientos para garantizar los derechos de defensa que tiene el acusado. Además, para el sancionador el artículo 96.5 prevé que el imputado no puede oponerse a la tramitación simplificada decidida de oficio, al contrario de lo que, como ya se ha señalado, establece el artículo 96.2 con carácter general.

En general, puede afirmarse que la llamada tramitación simplificada es oscura y deficiente y está inspirada sobre todo por el precedente de procedimiento simplificado o abreviado establecido antes en materia de responsabilidad patrimonial. Al menos en su aplicación a los procedimientos sancionadores, es un engendro pésimamente perfilado que, más que una ayuda para la Administración y para la simplificación y la eficacia, será un engorro (Rebollo).

Por último, importa aclarar que la tramitación simplificada del artículo 96 LPAC es distinta de la tramitación del procedimiento administrativo por la vía de urgencia, prevista en el artículo 33 LPAC, que entraña que todos los plazos individuales establecidos para el procedimiento ordinario deben reducirse a la mitad, salvo los relativos a la presentación de solicitudes y recursos que son irreducibles. Es decir, en la tramitación de urgencia no se elimina ningún trámite del procedimiento ordinario, sino que sólo se acortan los plazos individuales de cada uno de ellos, a diferencia de la tramitación simplificada que sólo puede durar un plazo máximo de 30 días y que únicamente contiene algunos de los trámites del procedimiento ordinario: los enumerados en el artículo 96.6 LPAC.

XIII. PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN DEL

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

— La Administración tiene el deber de resolver expresamente todos los procedimientos ya los haya incoado de oficio o se hayan iniciado por solicitud de interesado. Lo establece el artículo 21.1 LPAC cuando dice que «está obligada a dictar resolución expresa y a notificarla en todos los procedimientos cualquiera que sea su forma de iniciación». El artículo 88.5 LPAC insiste en que la Administración en ningún caso puede abstenerse de resolver un procedimiento so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los preceptos legales aplicables al caso.

— Además, ese deber de resolver todos los procedimientos lo tiene que cumplir la Administración en un plazo determinado (art. 21.2 LPAC). El plazo máximo de duración del procedimiento será el que en cada caso prevea la norma sectorial que lo regule (estatal, autonómica...). Ese plazo no podrá exceder de seis meses salvo que una norma con rango de Ley —no basta con norma reglamentaria— o una norma europea establezca uno mayor. En el caso de que la norma sectorial aplicable no fije ninguno, el plazo máximo será de tres meses (art. 21.2 y 3 LPAC). Obviamente, nos referimos aquí al plazo máximo de duración del procedimiento ordinario pues, como ya se analizó, la tramitación simplificada del procedimiento tiene una duración máxima de treinta días según dispone el artículo 96.6 LAPC.

— ¿Desde cuándo se computa el plazo? El *dies a quo* o día inicial del cómputo es:

- En los procedimientos incoados de oficio, el día del acto de iniciación. Y no el día en que el acto de iniciación se notifique al interesado [art. 21.3.a) LPAC].

- En los procedimientos iniciados a instancia del interesado, el día en que la solicitud haya tenido entrada en el registro del órgano administrativo con competencia para su tramitación.

Esto también rige cuando el interesado haya presentado su solicitud previamente en una oficina de Correos o en una Administración Pública distinta de la competente para resolver el procedimiento —art. 21.3.b) LPAC—. Como, en este caso, el interesado no conocerá esa fecha, el artículo 21.4, párrafo segundo *in fine*, LPAC dispone que hay que comunicarle cuál es el día en que su solicitud ha entrado en el registro electrónico del órgano competente para la tramitación del procedimiento (demasiadas complicaciones, quizá, para algo que podría haberse resuelto más

fácilmente).

— ¿Qué debe producirse dentro del plazo? En el plazo máximo de duración del procedimiento debe producirse no sólo la resolución expresa, sino también su notificación (según disponen los arts. 21.2, 22.1, 24.1 y 25.1 LPAC).

A estos efectos, de conformidad con el artículo 40.4 LPAC, bastará para considerar que se ha resuelto y notificado en plazo —y, con ello, evitar la producción del silencio o de la caducidad— con el intento de notificación frustrada debidamente acreditado o con la notificación defectuosa que contenga, al menos, el texto íntegro de la resolución.

— El artículo 22.1 LPAC enumera los supuestos en que el transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento *puede* suspenderse y establece cuál debe ser la duración de la suspensión en cada uno de esos casos. Son los siguientes:

- Cuando deba requerirse al interesado para que subsane deficiencias, complete su solicitud o aporte cualquier tipo de documento.
- Cuando deba obtenerse un pronunciamiento previo y preceptivo de un órgano comunitario.
- Cuando exista un procedimiento no finalizado en el ámbito de la Unión Europea que condicione directamente el contenido de la resolución de que se trate.
- Cuando deban solicitarse informes preceptivos.
- Cuando haya que practicar pruebas técnicas o análisis contradictorios a solicitud del interesado.
- Cuando se inicien negociaciones que puedan desembocar en la terminación convencional del procedimiento según prevé el artículo 86 LPAC.
- Cuando para resolver sea indispensable la obtención de un previo pronunciamiento de un órgano jurisdiccional.
- El artículo 25.2 LPAC también prevé como causa de suspensión en los procedimientos incoados de oficio que sean susceptibles de producir consecuencias desfavorables —p. ej., el sancionador— la paralización del mismo por causa que sea imputable al interesado.

— El artículo 22.2 LPAC enumera los supuestos en que el transcurso del plazo máximo para resolver el procedimiento *debe* suspenderse y establece cuál debe ser la duración de la suspensión en cada uno de esos casos. Son los siguientes:

- Cuando una Administración requiera a otra para que anule o revise un acto que

entiende ilegal y que constituya la base para el que la primera haya de dictar en el ámbito de sus competencias de conformidad con el artículo 39.5 LPAC.

- Cuando el órgano competente para resolver decida realizar alguna actuación complementaria de las previstas en el artículo 87 LPAC.

- Cuando el interesado promueva una recusación en cualquier momento de la tramitación del procedimiento.

— El artículo 23 LPAC prevé la posibilidad de que la Administración amplíe el plazo máximo de resolución y notificación —no se refiere aquí el legislador a la ampliación de plazos individuales a lo largo del procedimiento ordinario que es una posibilidad expresamente prevista como ya se analizó en el artículo 32 LPAC— siempre que se motiven con claridad las circunstancias concurrentes. Esta facultad tiene carácter excepcional pues, según el artículo 23, sólo puede utilizarse «cuando se hayan agotado los medios personales y materiales disponibles». En cualquier caso, la ampliación no podrá exceder del plazo máximo de duración del procedimiento (art. 23.1 *in fine*). Contra la decisión de ampliación, que debe notificarse al interesado, no cabrá recurso alguno (art. 23.2).

XIV. CONSECUENCIAS DE LA SUPERACIÓN DEL PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN SIN RESOLUCIÓN EXPRESA: EL SILENCIO ADMINISTRATIVO Y LA CADUCIDAD

Para los casos en que la Administración incumpla su deber de dictar y notificar la resolución en plazo los artículos 24 y 25 LPAC prevén una serie de consecuencias jurídicas que son diferentes según que el procedimiento pendiente de resolución se haya iniciado a solicitud del interesado o de oficio.

1. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS INICIADOS A INSTANCIA DEL INTERESADO

En estos casos, el vencimiento del plazo sin resolución expresa y notificación no exime a la Administración de su deber de resolver tardíamente pero produce el silencio administrativo, que puede ser positivo o negativo (art. 24 LPAC). El silencio positivo conlleva que el interesado puede entender estimada su solicitud una vez que transcurra el último día del plazo sin notificación de la resolución; y el silencio negativo que puede

considerarla desestimada. Pero, ¿cuándo es positivo y cuándo negativo? El artículo 24 dispone lo siguiente:

— La regla general es el silencio administrativo positivo. El artículo 24.1 LPAC establece como regla general que «el vencimiento del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa legitima al interesado o interesados para entenderla estimada —su solicitud— por silencio administrativo», en principio, en los mismos términos que la plantearon.

— No obstante, el propio artículo 24.1 LPAC prevé las siguientes excepciones a la regla general en las que el silencio será negativo:

- Procedimientos en los que se ejercite el derecho fundamental de petición del artículo 29 CE (Ley Orgánica 4/2001, de 12 de noviembre).
- Procedimientos cuya estimación tuviera como consecuencia que se transfirieran al solicitante o a un tercero facultades relativas al dominio público o al servicio público.
- Procedimientos cuya estimación implique el ejercicio de actividades que puedan dañar el medio ambiente.
- Procedimientos de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.
- Procedimientos de impugnación de actos y disposiciones, esto es, recursos administrativos y revisión de oficio iniciada a solicitud de interesado.

Nos ocuparemos de este último supuesto de silencio en las lecciones 5 y 6. Adelantemos que a este respecto, y sólo con relación al recurso administrativo de alzada, la LPAC ha previsto una excepción a la excepción en el artículo 24.1, párrafo tercero *in fine*: en el caso de que el recurso de alzada se interponga contra la desestimación por silencio de una solicitud ha de entenderse que —para evitar que el interesado sufra dos silencios negativos consecutivos— el silencio será positivo si vence el plazo máximo de duración del procedimiento en vía de recurso —tres meses— sin resolución expresa del mismo. Ahora bien, esta excepción a la excepción no resultará aplicable si la alzada versa sobre las materias enumeradas en el artículo 24.1, párrafo segundo, esto es, ejercicio del derecho de petición, transferencia de facultades relativas al dominio público o al servicio público, actividades que puedan dañar el medio ambiente o responsabilidad patrimonial de la Administración (art. 24.1, párrafo tercero *in fine*).

- Cuando así lo disponga una norma con rango de Ley o una norma de Derecho europeo.

O sea que, además de los casos enumerados en el propio artículo 24.1 LPAC de silencio negativo, este mismo precepto permite que otras normas establezcan supuestos de silencio negativo. Nada hay que añadir si se trata de normas de la Unión Europea que libremente pueden prever supuestos de silencio negativo. Pero respecto a las normas nacionales (estatales o autonómicas), sí hay que aclarar que el legislador —primero en la Ley 30/1992 y ahora en la LPAC— ha ido endureciendo las condiciones en que es posible establecer el silencio negativo para evitar que, como sucedió, muchísimas normas sectoriales, estatales y autonómicas, lo consagrasen. Por lo pronto, sólo lo pueden hacer las normas con rango de ley (no los reglamentos). Y, además, las normas con rango de ley, al menos en los casos en que de ello dependa que un particular pueda realizar una actividad privada, sólo pueden consagrar el silencio negativo cuando para ello concurran «razones imperiosas de interés general» (art. 24.1 LPAC). Se volverá sobre ello y sobre el significado de esa expresión de razones imperiosas de interés general en el Tomo III al estudiar las autorizaciones. Por ahora baste dejar constancia de que, aunque las Leyes pueden prever otros casos de silencio negativo, no lo pueden hacer con completa libertad.

Sobre la naturaleza jurídica del silencio administrativo, hay que aclarar que difiere radicalmente según sea positivo o negativo:

— El silencio positivo es un verdadero acto administrativo, aunque no expreso sino presunto. Lo dice el artículo 24.2 LPAC: «la estimación por silencio administrativo tiene a todos los efectos la consideración de acto administrativo finalizador del procedimiento». Por eso, «la resolución expresa posterior a la producción del acto (presunto) sólo podrá dictarse de ser confirmatoria del mismo» [art. 24.3.a) LPAC].

Si se dictara una resolución expresa tardía denegatoria sería ilegal. Si la Administración quiere resolver en sentido opuesto al silencio positivo tendría que revocar el acto presunto estimatorio como si fuese un acto favorable expreso (a través de la revisión de oficio o de la previa declaración de lesividad y posterior impugnación en el contencioso-administrativo, como se verá en la lección 6). Pese a todo, aunque el legislador trate el silencio positivo como un acto administrativo, es un acto muy peculiar. Por ejemplo, no cabrá impugnarlo por haberse dictado con falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido o sin motivación alguna, lo que sería absurdo. Otros vicios de invalidez (arts. 47 y 48 LPAC) sí le son aplicables; incluso el del artículo 47.1.f) se refiere justamente a los actos presuntos.

— El silencio negativo, por el contrario, no es un acto administrativo, sino una mera ficción para permitir que el interesado interponga recurso. Por eso, dice el artículo 24.2 LPAC que «la desestimación por silencio

administrativo tiene los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso-administrativo que resulte procedente». En estos casos, la Administración, que sigue teniendo el deber de resolver expresamente el procedimiento aunque sea fuera de plazo, no resulta vinculada en su decisión posterior por el sentido del silencio negativo previo, esto es, puede dictar resolución tardía tanto estimatoria como desestimatoria de la solicitud [art. 24.3.b) LPAC].

Por eso, el interesado solicitante, aunque ya puede recurrir contra ese silencio negativo, puede optar tranquilamente por seguir esperando a que se dicte la resolución expresa, que acaso le sea favorable; y, si quiere, puede, además de esperar, hacer una de esas quejas a las que se refiere el artículo 76.2 LPAC para recordar a la Administración su mora y su deber de resolver. Esa espera no tiene el riesgo de que se le pase el plazo para recurrir contra el silencio negativo porque ahora, como bien establecen los artículos 122.1, párrafo segundo, y 124.1, párrafo segundo, LPAC y ha declarado la jurisprudencia del TC (STC 52/2014), no hay plazo para recurrir el silencio administrativo. Lo estudiaremos con más detalle en la lección 5.

El silencio administrativo puede acreditarse «por cualquier medio de prueba admitido en Derecho, incluido el certificado... Este certificado se expedirá de oficio por el órgano competente para resolver en el plazo de quince días», aunque el interesado podrá pedirlo después en cualquier momento (art. 24.4 LPAC).

Cabe que, tras interponer contencioso-administrativo contra el silencio, se produzca resolución expresa. Incluso aunque tenga el mismo sentido que el silencio, normalmente expresará al menos una motivación de la que carecerá aquél. Ante ello, el artículo 36.3 LJCA permite varias posibilidades. Entre ellas nos interesa destacar ahora la de ampliar el recurso inicialmente interpuesto contra el silencio a la resolución expresa. Pero aunque no se haga esta ampliación, no se considera que el acto expreso haya sido consentido (STC 98/1988 y STS de 16 de febrero de 2009).

2. PROCEDIMIENTOS ADMINISTRATIVOS INCOADOS DE OFICIO

La falta de resolución expresa en el plazo establecido tampoco exime a la Administración, en estos casos, de su deber de resolver, aunque sea de forma extemporánea, pero produce los siguientes efectos:

— En el caso de que el procedimiento sea susceptible de producir consecuencias favorables para el interesado —por ejemplo, procedimiento de concesión de subvenciones— se origina el silencio administrativo negativo [art. 25.1.a) LPAC].

— En los procedimientos administrativos sancionadores y, en general, en todos aquellos que puedan originar consecuencias desfavorables para el interesado se produce la caducidad [art. 25.1.b) LPAC].

En estos supuestos de caducidad, el procedimiento se da por terminado y la Administración debe dictar una resolución que así lo declare y que ordene el archivo de las actuaciones.

Esta caducidad (también llamada perención) es distinta de la que ya vimos para procedimientos iniciados por solicitud de interesado y producida por inactividad de este mismo (art. 95 LPAC). Pero el artículo 25.1.b) *in fine* remite los efectos de esta caducidad a los establecidos para la otra. La consecuencia que se deduce de ello es que, una vez caducado el procedimiento iniciado de oficio, la Administración puede acordar la incoación de otro con el mismo objeto y pretensión.

Este resultado final es sorprendente y perturbador pues no se comprende qué ventajas tiene para nadie (ni tampoco para la eficacia, la celeridad, la simplificación...) el que, cuando quizá se estaba a punto de terminar un procedimiento, se tire por la borda todo lo hecho para empezar de nuevo. Pero los tribunales, con alguna excepción, confirman esta contraproducente consecuencia. Al menos, el procedimiento caducado no interrumpe la prescripción de manera que la cadena de procedimientos frustrados no será eterna.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*, Marcial Pons, 1999.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, 2007.
- «La indefensión material y los vicios del procedimiento sancionador», en *Homenaje a Cosculluela*, Iustel, 2015.
- ARANA GARCÍA, E.: «La huida del procedimiento administrativo común y sus garantías en la Ley Orgánica 14/2003 de Extranjería», *REDA*, n.º 122 (2004).
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: «Apogeo y crisis del silencio administrativo positivo», *REDA*, n.º 170, 2015.

- BAÑO LEÓN, J. M.: «La reforma del procedimiento. Viejos problemas no resueltos y nuevos problemas no tratados», *DA*, n.º 2, (2015).
- «El silencio administrativo: notas sobre una regulación anacrónica», en *Homenaje a Martín Mateo*.
- «Las garantías de los particulares en la Ley 39/2015», en *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.): *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, 1993.
- «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Global Law Press, 2006.
- (coord.), *Las transformaciones del procedimiento administrativo*, Global Law Press, 2008.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La prueba en el procedimiento administrativo*, Aranzadi, 3.ª ed., 2006.
- «De nuevo sobre la “crisis de la participación administrativa”», en *Homenaje a Pérez Moreno*.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «La denuncia en el Anteproyecto de Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas», *DA*, n.º 2, (2015).
- BLASCO ESTEVE, A.: «El cierre de establecimiento como medida cautelar», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- BUENO ARMIJO, A.: «La distribución de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas en materia de subvenciones y la irrupción de las actividades jurídicas típicas de la Administración y los procedimientos administrativos comunes singulares en la doctrina constitucional», en *Homenaje a Cosculluela*, Iustel, 2015.
- BULLINGER, M.: «Procedimientos administrativos al ritmo de la economía y de la sociedad (directivas constitucionales para una reforma)», *RAP*, n.º 69 (1991).
- BUSTILLO BOLADO, R.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 2.ª ed., 2004.
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill, 1999.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A.: *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo*, Comares, 2007.
- CANO CAMPOS, T.: «Silencio administrativo y plazos para recurrir: un estudio crítico de la normativa vigente a la luz de la reciente doctrina constitucional», *REDA*, n.º 122 (2004).
- «El plazo para recurrir el silencio negativo de la Administración: de una normativa contradictoria a una jurisprudencia confusa», *REDA*, n.º 139 (2008).
- «La vuelta del “administrado”», en *Homenaje a J.L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- CANTÓ LÓPEZ, M. T., voz «Desistimiento», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- CARBONELL PORRAS, E.: voz «Abstención», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- voz «Recusación», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho*

- Administrativo*, Iustel, 2005.
- «La pérdida sobrevenida de la legitimación: la revisión de la doctrina de la *perpetuatio legitimationis*», en *REDA*, n.º 153 (2012).
 - CARRILLO DONAIRE, J. A.. «Buena administración, ¿un principio, un mandato o un derecho subjetivo?», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
 - CASTILLO BLANCO, F.: «¿Es de aplicación el artículo 71 LRJAP a los procesos selectivos en el empleo público?», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
 - CIERCO SIERA, C.: *La participación de los interesados en el procedimiento administrativo*, Publicaciones del Real Colegio de España, 2002.
 - «El ejercicio extemporáneo de la función consultiva», *RAP*, n.º 158 (2002).
 - «La reducción de la carga de presentación de documentos ante la Administración Pública», *RAAP*, n.º 48, 2002.
 - «La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso. Reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales», *RAP*, n.º 170 (2006).
 - *La inadmisión en el procedimiento administrativo*, Iustel, 2009.
 - «El principio de audiencia y contradicción», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
 - «La petición de informes y la suspensión del plazo para resolver el procedimiento administrativo», *REDA*, n.º 145 (2010).
 - «De la gratuidad del procedimiento administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, 2011.
 - «Breves consideraciones sobre la regulación del informe en el Proyecto de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *DA*, n.º 2 (2015).
 - COSCULLUELA MONTANER, L.: «La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma», en *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, 1993.
 - «Influencias del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento administrativo español», en *Homenaje a J.L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
 - DELGADO PIQUERAS, F.: *La terminación convencional del procedimiento administrativo*, Aranzadi, 1995.
 - DOMÉNECH PASCUAL, G.: «La abstención en el procedimiento administrativo», en *Homenaje a Boquera*.
 - DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: *El procedimiento administrativo común y la doctrina constitucional*, Civitas, 1992.
 - ENTRENA CUESTA, R.: «La obligación de resolver y la nueva regulación del procedimiento administrativo», en *Homenaje a Boquera*.
 - EZQUERRA HUERVA, A.: «Reflexiones acerca de la disponibilidad del procedimiento administrativo común», en *Homenaje a Cosculluela*.
 - FERNÁNDEZ RAMOS, S., y PÉREZ MONGUIÓ, J. M.: *La imparcialidad en el procedimiento administrativo: abstención y recusación*, Aranzadi, 2012.
 - FUENTETAJA PASTOR, J. A.: «El derecho a la buena administración en la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea», *Revista de Derecho de la Unión*

- Europea*, n.º 15, 2008.
- FUERTES, M. (coord.): *Un procedimiento administrativo para Europa*, Aranzadi, 2012.
- GALLARDO CASTILLO, M. J.: «La creciente decadencia jurisprudencial del principio de audiencia al interesado en el procedimiento administrativo: una visión crítica», *RAAP*, n.º 57 (2005).
- Los vicios de procedimiento y el principio de conservación del acto: doctrina jurisprudencial», *RAP*, n.º 171 (2006).
- (dir.): *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, 2016.
- *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, 2016.
- GAMERO CASADO, E.: «La simplificación del procedimiento administrativo: *better regulation, better administration*», *REDA*, n.º 160 (2013).
- (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación. Una metodología para la eficacia y el derecho a la buena administración*, Tirant lo Blanch, 2014.
- (dir.): *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, dos tomos, Tirant lo Blanch, 2017.
- GARRIDO FALLA, F.: «El procedimiento administrativo de 1950 a hoy», *RAP*, n.º 150 (1999).
- GARRIDO FALLA, F., y FERNÁNDEZ PASTRANA, J. M.: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*, Civitas, 2000.
- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «El silencio administrativo desde la perspectiva constitucional», *Documentación Administrativa*, n.º 208 (1986).
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «La llamada caducidad del procedimiento administrativo», *RAP*, n.º 45 (1964).
- *Derecho Administrativo español. El acto y el procedimiento administrativos*, vol. III, Eunsa, 1997.
- voz «Silencio administrativo», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- *Cincuenta años de procedimiento administrativo en un mundo cambiante*, Iustel, 2009.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F., y GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, vol. II, 3.ª ed., Civitas, 2004.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H. (dir.): *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, 2016.
- (dir.): *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones locales*, CEMCI, 2016.
- GUAITA, A.: *La revisión de la Ley de Procedimiento Administrativo*, ENAP, 1964.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F. L.: *La caducidad del procedimiento administrativo*, Montecorvo, 1998.
- HUERGO LORA, A.: *Los contratos sobre los actos y las potestades administrativas*, Civitas, 1998.

- voz «Terminación convencional», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Las Leyes 39 y 40/2015. Su ámbito de aplicación y la regulación de los actos administrativos», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 63 (Las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público) (2016).
- IZU BELLOSO, M. J.: «Las causas de abstención y recusación en el procedimiento administrativo común», *Revista Jurídica de Navarra*, n.º 49, (2009).
- «La fijación de los días inhábiles en el ordenamiento español», *RAP*, n.º 186 (2011).
- JIMÉNEZ BLANCO, A.: «Silencio administrativo y justicia civil: todo puede empeorar», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- JIMÉNEZ PLAZA, M. I.: *El tratamiento jurisprudencial del trámite de audiencia*, Atelier, 2004.
- LEGUINA VILLA, J., y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.): *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993.
- LOPERENA ROTA, D.: voz «Terminación anormal del procedimiento administrativo», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M., FUENTETAJA PASTOR, J., y RODRÍGUEZ-CAMPOS, S. (dirs.): *Las reformas administrativas de la crisis*, Aranzadi, 2017.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Los principios generales del procedimiento administrativo», *RAP*, n.º 129 (1992).
- (dir.): *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del sector público*, Instituto García Oviedo, 2016.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Reflexiones sobre el ámbito de aplicación de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», *RAP*, n.º 130 (1993).
- «La caducidad del procedimiento de oficio», *RAP*, n.º 194 (2014).
- MARINA JALVO, B.: *Medidas provisionales en la actividad administrativa*, Lex Nova, 2007.
- «Las medidas provisionales. Novedades incorporadas por el artículo 56 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas», *RVAP*, n.º 109 (2017).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: «Reflexiones sobre el procedimiento administrativo común», *RAP*, n.º 131 (1993).
- MARTÍN REBOLLO, L.: «El procedimiento como garantía (una reflexión sobre el fortalecimiento de las formas y la reducción de los principios)», en *Homenaje a Pérez Moreno*.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.^a: *Las garantías del interesado en el procedimiento electrónico. Luces y sombras de las nuevas Leyes 39 y 49/2015*, Tirant Lo Blanch, 2017.
- MESEGUER YEBRA, J.: *Las medidas provisionales en vía administrativa*, Bosch, 2000.
- MIR PUIGPELAT, O.: «La codificación del procedimiento administrativo en la Unión

- administrativa europea», en la obra colectiva, *La Unión administrativa europea*, Marcial Pons, 2008.
- *et alli* (dirs.): *Código ReNEUAL de procedimiento administrativo de la Unión Europea*, INAP, 2015.
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J. I.: «Hacia una nueva configuración del silencio administrativo», *REDA*, n.º 49 (1986).
- «El silencio administrativo tras la reforma de la 1999. Un cambio inadvertido y unas posibilidades inéditas», *RAP*, n.º 159 (2002).
- «La reforma del silencio administrativo en la Ley de procedimiento administrativo común desde la perspectiva del silencio administrativo», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española», *REDA*, n.º 75 (1992).
- NAVAJAS REBOLLAR, M.: «Las novedades en la regulación del procedimiento administrativo común en la Ley 39/2015», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 63 (2016).
- NIETO GARRIDO, E.: «Silencio administrativo y acceso a la jurisdicción en la reciente jurisprudencia del TC», *RAP*, n.º 170 (2006).
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «El principio de economía procesal», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- NÚÑEZ LOZANO, M. C.: «Las declaraciones responsables y las comunicaciones en el Proyecto de Ley del procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas», *DA*, n.º 2 (2015).
- PALMA DEL TESO, A. DE: *Los acuerdos procedimentales en el Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, 2000.
- PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido. Las bases constitucionales del procedimiento administrativo y del ejercicio de la discrecionalidad*, Lex Nova, 2001.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*, 2.ª ed., Marcial Pons, 1999.
- PIZARRO NEVADO, R.: «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», en *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, 2016.
- «Significación y claves de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público», *Revista Gallega de Administración Pública* (en prensa).
- QUINTANA LÓPEZ, T. (coord.): *El silencio administrativo: urbanismo y medio ambiente*, Tirant lo Blanch, 2006.
- REBOLLO PUIG, M.: «Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en *Homenaje a González Pérez*, vol. I, Civitas, 1993.
- voz «Acción pública», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial», *Revista Española de la Función Consultiva*, n.º 16 (2011).
- REGO BLANCO, M. D.: *La acción popular en el Derecho Administrativo y, en*

- especial, en el urbanístico*, IAAP, 2005.
- «La presentación de solicitudes, escritos y documentos ante las Administraciones Públicas», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El expediente administrativo. De los legajos a los soportes electrónicos*, Aranzadi, 2007.
- «Principio de celeridad», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- «El procedimiento administrativo europeo y la nueva legislación española», en *Homenaje a J. L. Martínez López- Muñiz*, Reus, 2017.
- RIVERO YSERN, E., y RIVERO ORTEGA, R.: «El derecho al procedimiento administrativo», en *Homenaje a L. Martín-Retortillo*.
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: «Principio *pro actione*», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: «El derecho a una buena administración», en *Homenaje a Pérez Moreno*.
- SÁNCHEZ MORÓN, M., y MAURANDI GUILLÉN, N. (coords.): *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova, 2013.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.; SÁNCHEZ BLANCO, A., y TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación de los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, IVAP, 1995.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Los Proyectos de Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y de Régimen Jurídico del Sector Público: una primera evaluación», *DA*, n.º 2, (2015).
- SANZ RUBIALES, I.: «Contenido y alcance de la prohibición de *reformatio in peius* en el procedimiento administrativo», *RAP*, n.º 190 (2013).
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «Silencio administrativo e impugnación jurisdiccional: la resurrección de un Lázaro administrativo», *RAP*, n.º 151 (2000).
- TARDÍO PATO, J. A.: voz «Caducidad del procedimiento administrativo», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- voz «Medidas provisionales en el procedimiento administrativo», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- voz «Procedimiento administrativo», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «El principio constitucional de audiencia del interesado y el trámite del artículo 84 de la Ley 30/1992», *RAP*, n.º 170 (2006).
- ¿Tiene sentido que las Universidades públicas dejen de ser Administraciones Públicas en las nuevas Leyes del Sector Público y de Procedimiento Administrativo Común?, *DA*, n.º 2 (2015).
- TOLIVAR ALAS, L.: «Principio de participación», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- TOMÁS MALLÉN, B.: *El derecho fundamental a una buena administración*, INAP, 2004.
- TORNOS MAS, J. (coord.): *Administración Pública y procedimiento administrativo*,

Bosch, 1994.

— «La simplificación administrativa», *RAP*, n.º 151 (2000).

— «El principio de buena administración o el intento de dotar de alma a la Administración Pública», *Homenaje a L. Martín-Retortillo*.

VVAA: *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, Iustel, n.º 63 (*Las nuevas Leyes de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico del Sector Público*), (2016).

WEBER, A.: «El procedimiento administrativo en el Derecho comunitario», *El procedimiento administrativo en el Derecho comparado*, Civitas, 1993.

* Por Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P (MINE-CO/FEDER, UE).

LECCIÓN 2

EL ACTO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO, ELEMENTOS Y CLASES^{*}

I. ORÍGENES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, como declaración unilateral de la Administración, es una de las nociones cruciales del Derecho Administrativo.

En la lección 2 del Tomo I ofrecimos una clasificación de las diversas formas jurídicas de la actividad administrativa (reglamentos, convenios...). Pero la más característica y normal es la del acto administrativo.

Históricamente, el concepto de acto administrativo es hijo de la Revolución francesa. Por un lado, era resultado del principio de legalidad administrativa pues se presentaba como la aplicación que la Administración hace de la Ley y de la norma al caso concreto. El acto administrativo es la concreción última de una potestad que previamente ha sido atribuida a la Administración por la norma. De ahí que el acto encuentre en el sometimiento a la Ley y al Derecho no sólo un límite, sino el fundamento y su razón de ser, en cuanto emanación de una potestad.

Las concomitancias que en este punto guarda el acto administrativo con las sentencias que dictan los jueces, resultan estrechas. También su fuerza vinculante. Hasta el punto que no han faltado teorías que han tratado de construir el régimen del acto administrativo a imagen y semejanza del de la sentencia judicial. No obstante, pese a la coincidencia que la sentencia y el acto administrativo muestran en ser manifestaciones genéricas de la aplicación del Derecho, ni la posición de los Jueces y la Administración es igual ni las formas en que unos y otra aplican el Derecho guardan similitud.

Resalta Maurer como principales diferencias las siguientes: la sentencia resuelve un litigio en aras del logro de la paz jurídica; el acto, en cambio, es un medio de configuración en manos de la Administración. La sentencia es —y sólo debe ser— una decisión jurídica; el acto puede incorporar, si se lo permite la norma, consideraciones también de oportunidad. Por lo general, los Tribunales sólo actúan a instancia de parte; en cambio, la Administración puede actuar de oficio en innumerables ocasiones. En fin, los procedimientos judiciales y los administrativos

difieren en trámites, en garantías, en finalidades y en objetivos.

Pero, al mismo tiempo, el concepto de acto administrativo nació para delimitar lo que quedaba fuera de la intervención judicial y estaba confiado sólo a los propios órganos administrativos.

Ya explicamos en la lección 6 del Tomo I que la Revolución francesa excluyó a la Administración del control de los jueces. El concepto de acto administrativo nació para completar esa exclusión y concretar aquellas decisiones que sólo podían ser impugnadas ante los órganos administrativos. Por eso, afirmó García-Trevijano que el origen del acto es procesal y trata de defender a los administradores de los jueces. Uniendo las dos ideas, destacó Garrido Falla la gran paradoja del acto administrativo: siendo una expresión de la sumisión de la Administración al Derecho, en sus orígenes surgió precisamente para calificar aquellas actuaciones de la Administración que quedaban excluidas del control de los Tribunales judiciales ordinarios.

II. CONCEPTO DE ACTO ADMINISTRATIVO

En un sentido muy genérico, podemos concebir el acto administrativo como una declaración unilateral ejecutoria de la Administración, en la que se concreta el ejercicio de una potestad (Cosculluela). A partir de esta genérica conceptualización, en cuyos rasgos convergen una gran parte de los autores, cada doctrina científica ha evolucionado de manera distinta a la hora de construir un concepto de acto administrativo válido para su propio ordenamiento. En este sentido, la definición que ha hecho fortuna en nuestra doctrina y jurisprudencia es distinta a la que se baraja en otros lugares, muy influidos por la existencia de una definición legal de acto administrativo, que en España, para nuestra fortuna o desventura, no existe.

Como ejemplo de ordenamiento en el que existe una definición legal de acto administrativo se cita usualmente al alemán. Allí, gracias al primer inciso del § 35 de la Ley de Procedimiento Administrativo (VwVfG), el acto administrativo se define como «cualquier disposición, decisión u otra medida de autoridad, que un órgano adopta para la regulación de un caso concreto en la esfera del Derecho público y que está orientada a producir efectos inmediatos en el exterior». Tal noción que, siguiendo a Maurer, supone destacar una serie de elementos (regulación, de autoridad, caso concreto, órgano administrativo y efectos externos), excluye del concepto de acto administrativo, actuaciones de la Administración que, como después vamos a ver, en nuestro ordenamiento son tenidas como actos administrativos. En particular, la nota «regulatoria» entraña negar la condición de actos administrativos, entre otros, a los actos de trámite. Por su parte, la eficacia externa o inmediata hacia terceros, implica dejar fuera del concepto de acto administrativo las órdenes de servicio, así como las aprobaciones que un ente u órgano administrativo hace de los actos dictados por otro órgano o ente de nivel inferior. Tales exclusiones son objeto

además de muchos matices que la jurisprudencia va estableciendo a través de un detallado casuismo. Sin embargo, como destaca Bocanegra, «una noción de acto administrativo [...], tan conceptualmente restringida, cuadra perfectamente con un sistema jurisdiccional sostenido en un sistema de acciones, desprendido de la necesidad de impugnación de actos administrativos cada vez que se pretenda el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa [...] La importación entre nosotros de este concepto plantearía ciertamente problemas de gran calado [...], porque nuestro procedimiento contencioso-administrativo (y ello pese a la reforma operada por la Ley Jurisdiccional de 1998...), sigue básicamente anclado en el modelo francés, revisor de actos administrativos y en el que acto administrativo *prelable* es condición de acceso a la jurisdicción».

Sin embargo, aun sin aceptarla expresamente, hay manifestaciones en nuestro ordenamiento que resaltan la importancia del elemento «regulador» de cara a la caracterización del acto. Para empezar, el concepto legal de «órgano» administrativo, como se vio en la lección 9 del Tomo I, se viene construyendo en nuestro Derecho sobre esa idea: sólo es órgano el que realiza funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros (art. 5.1 LRJSP), lo que supone resaltar el carácter decisorio y externo de las actuaciones del órgano frente a aquellas otras no decisorias e internas. En segundo lugar, el carácter decisorio y externo es, como veremos a propósito de las clasificaciones del acto, la circunstancia que determina en muchos casos la naturaleza impugnabile o no del acto en cuestión, o, al menos, la posibilidad de impugnarlo autónoma y directamente sin tener que acumularlo a la impugnación de la resolución final. Incluso, no faltan sentencias que han declarado que es esencia del acto administrativo «constituir una especie de acto jurídico emanado de un órgano administrativo en manifestación de voluntad creadora de una situación jurídica [...] Estas notas excluyen de aquel concepto cualquier otra declaración o manifestación que, aunque provenga de órganos administrativos, no sea por sí misma creadora o modificadora de situaciones jurídicas, es decir carezca de efectos imperativos o decisorios. Así, no pueden merecer el calificativo de actos impugnables, los dictámenes e informes, manifestaciones de juicio, que siendo meros actos de trámite provienen normalmente de órganos consultivos, ni tampoco las contestaciones a consultas de los administrados. Aunque éstas provengan de órganos decisorios, por su propia naturaleza carecen de los elementos esenciales definitorios de una resolución y por tanto de la trascendencia creativa consustancial del acto administrativo propiamente dicho» (STS de 7 de mayo de 1979). En definitiva, como concluye Fernández Farreres, de quien se toma esa sentencia, la concepción amplia del acto, que entre nosotros ha hecho fortuna, tiene sus inconvenientes, pero también conlleva ventajas: en especial, garantiza con más amplitud el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa frente a determinadas actuaciones que, en otro caso, quedarían excluidas del control jurisdiccional.

A falta de una definición legal de acto administrativo, en nuestra doctrina y jurisprudencia ha hecho fortuna y ha sido aceptada casi unánimemente, la definición que elaboró Zanobini, con las adaptaciones y matices introducidos aquí por el magisterio de García de Enterría.

Acto administrativo es, pues, para nosotros, «la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración Pública en el ejercicio de una potestad administrativa distinta de la potestad reglamentaria». Antes de proceder al desbroce de los distintos elementos que conforman esta definición, conviene aclarar previamente algunos extremos:

A) Aunque las nociones de acto administrativo y de jurisdicción contencioso-administrativa estén relacionadas, hay actos administrativos en sentido estricto que no se impugnan ante la jurisdicción contencioso-administrativa, sino ante otros órdenes jurisdiccionales y, en sentido contrario, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de procesos que no versan sobre actos administrativos.

Ejemplo de lo primero: gran parte de los actos que dicta la Administración Pública en materia social que se impugnan ante la jurisdicción social (Ley 36/2011, de 10 de octubre). Ejemplos de los segundo: la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de actuaciones administrativas que no son actos sino, por ejemplo, reglamentos; o conoce también de actos que no son administrativos porque proceden de órgano constituciones no integrados en el Poder Ejecutivo [art. 1.3.a) LJCA].

B) El carácter unilateral del acto administrativo no constituye un obstáculo para que, en ocasiones y dentro de ciertos límites, haya actos administrativos que dan cobertura formal o integran un previo acuerdo, pacto, convenio o contrato concluido entre la Administración Pública y un particular (art. 86 LPAC, al que nos hemos referido en la lección anterior).

C) La fuerza expansiva del acto administrativo es tanta en nuestro ordenamiento que, incluso, con respecto a las formas de actividad administrativa caracterizadas por la concurrencia de un concurso de voluntades entre la Administración y los administrados, los procedimientos a través de los cuales se dilucidan tales acuerdos, se integran y componen básicamente de actos administrativos.

III. EL ACTO ADMINISTRATIVO COMO DECLARACIÓN

Conforme a la definición avanzada, la primera característica que presenta el acto administrativo es que se trata de una declaración unilateral de la Administración.

Hemos dicho que puede tratarse, en primer lugar, de una declaración de voluntad. O sea, aquélla mediante la cual la Administración crea, modifica o extingue unilateralmente una relación jurídica. Éste es el caso de las resoluciones o actos definitivos que culminan un procedimiento administrativo (arts. 88 LPAC) y también de algunos actos administrativos que, aun no poniendo fin al procedimiento, sí que afectan, siquiera sea provisionalmente, al estatus o al círculo vital del administrado (p. ej., los actos mediante los que se adoptan medidas provisionales). Los actos que contienen declaraciones de voluntad de la Administración son los más relevantes y aquellos de los que con más propiedad puede predicarse la presunción de validez, la ejecutividad y la ejecutoriedad, como manifestaciones de la autotutela administrativa (lección 6, Tomo I).

En segundo lugar, la declaración del acto administrativo puede entrañar un juicio mediante el cual un órgano distinto del que tramita o resuelve el procedimiento, ilustra a éste sobre determinados aspectos (legales, socio-económicos, o de otra índole) que deben ser tenidos en cuenta por el competente a la hora de dictar la resolución final.

Los dictámenes e informes previos a la resolución —que, en numerosos supuestos, se imponen con carácter preceptivo por el ordenamiento, como se vio en la anterior lección— representan, sin duda, el paradigma de este tipo de actos administrativos que encierran una declaración de juicio.

No obstante, existen también actos de juicio, como los de fiscalización o de intervención, que si bien pueden producirse en el marco de un procedimiento administrativo en curso (la fiscalización previa que se hace, por ejemplo, del expediente de contratación —art. 109 LCSP—), pueden producirse igualmente con posterioridad a la resolución, ya que su objeto mismo es emitir un juicio acerca de la legalidad o ilegalidad de la resolución dictada.

Dentro de un procedimiento administrativo, los órganos que lo tramitan, una vez concluida la instrucción, expresan a través de la propuesta de resolución (art. 88.7 LPAC) el sentido que, a su parecer y tras el examen del expediente instruido, debería tener la resolución final. Tal deseo constituye el tercero de los contenidos posibles que puede adoptar el acto administrativo.

Finalmente, hay un conjunto de actos administrativos muy variados que contienen una declaración de conocimiento.

Así, las actas en las que se reflejan los acuerdos adoptados y las circunstancias acontecidas durante las sesiones de los órganos colegiados; o las actas de inspección

en cuanto se limitan a reflejar hechos. También pueden incluirse aquí las certificaciones y otros actos mediante los cuales la Administración informa sobre datos que ella tiene; comunica por medio de notificaciones y publicaciones la producción de determinados actos administrativos, etc.

Todos estos actos, que contienen declaraciones administrativas de conocimiento, se pueden considerar actos administrativos según esa concepción amplia que hemos acogido aunque su régimen difiere del de los demás y no es uniforme entre sí; por ejemplo, las actas de las sesiones de los órganos colegiados tienen una regulación muy diferente de la de los actos de notificación y publicación o de la que tienen los actos de diligenciamiento de las informaciones contenidas en los archivos y registros administrativos.

El hilo que cose toda esta amplia amalgama de contenidos del acto administrativo es que en todos estos casos estamos, precisamente, ante declaraciones unilaterales de la Administración, entendidas éstas como declaraciones intelectuales, opuestas a las simples actuaciones materiales o técnicas de aquélla. Aun así esta última afirmación requiere alguna matización adicional para poner de relieve que, en ocasiones, de la pura actividad o inactividad material de la Administración puede deducirse la existencia de actos administrativos. Así se habla de actos administrativos tácitos y presuntos.

A veces, al igual que ocurre en el negocio jurídico, la voluntad de la Administración puede obtenerse y deducirse claramente de *facta concludentia*, esto es, de hechos realizados por la Administración que revelan su inequívoca voluntad de que se produzcan determinados efectos jurídicos.

Ejemplo: como veremos al estudiar los bienes públicos, los hay demaniales (los afectados al uso general o al servicio público) y patrimoniales (los demás); y para que un bien patrimonial se convierta en demanial es necesario un acto administrativo por el que se decide afectar el bien al uso general o al servicio público. Pues bien, si la Administración utiliza de manera pública, notoria y continuada como dispensario de salud un edificio que tiene naturaleza patrimonial, tal dedicación está desvelando clara e inequívocamente la voluntad de la Administración de afectar dicho bien a un servicio público, modificando consiguientemente su naturaleza jurídica, que pasaría a ser demanial, sin necesidad de que mediase acto administrativo expreso de afectación. De los hechos, se deduce un acto administrativo.

Asimismo, hay supuestos en que el ordenamiento presume la existencia de un acto administrativo del propio comportamiento omisivo de la Administración (el caso del silencio administrativo positivo, visto en la

lección anterior, constituye un claro ejemplo).

Si en esos casos de acto administrativo tácito o presunto se deduce la voluntad de la Administración de un comportamiento de la misma Administración, añadamos que, por otra parte, también resulta posible que esa voluntad de la Administración se entienda implícitamente expresada en otro acto administrativo.

Por seguir con el ejemplo del dominio público, cuando la Administración expropia el inmueble de un particular para erigir sobre él un museo, un cuartel o cualquier otro servicio público, la voluntad administrativa de afectar el referido inmueble al dominio público se entiende implícita en la misma *causa expropriandi* de la expropiación practicada, sin que la Administración tenga que proceder ulteriormente a dictar de manera expresa un acto de afectación.

Aclaremos por último que la exclusión del concepto de acto administrativo de las meras actuaciones materiales y técnicas de la Administración, no significa que éstas o las puras inactividades sean jurídicamente relevantes; ni niega que haya una estrecha relación entre muchas de las actividades administrativas materiales y los actos administrativos.

Lo primero ya lo advertíamos en la lección 2 del Tomo I y lo comprobaremos en otras muchas, como, por ejemplo, al estudiar la responsabilidad patrimonial de la Administración (que puede surgir de la actividad o inactividad material de la Administración) o cuando veamos que pueden ser objeto del contencioso-administrativo la mera actividad material o la simple inactividad material de la Administración. Respecto a lo segundo, esto es, la relación entre actuación material y actos administrativos, se manifiesta de manera clara e intensa en muchos casos: a) Porque, como acabamos de ver, de ciertas actuaciones materiales de la Administración se deducen actos administrativos; b) Porque ciertas actividades materiales o técnicas de la Administración están enderezadas a la producción de un posterior acto administrativo, como ya se apuntó en la lección anterior; y c) Porque buena parte de la actuación material se realiza para convertir en realidad lo declarado en un acto administrativo e incluso necesita precisamente que exista previamente un acto administrativo (art. 97 LPAC); así, la Administración demuele materialmente el ático o arranca la vid o embarga un bien tras un acto administrativo que ordena esa demolición, ese arranque o el pago de una deuda y si el particular no lo cumple por sí mismo, como se verá en la lección 4.

IV. ELEMENTOS SUBJETIVOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO

El acto administrativo, decimos en la definición, debe proceder de la Administración Pública.

Por no proceder de la Administración, no son actos administrativos los dictados por órganos constitucionales no integrados en la Administración.

Cosa distinta es que, aun no siendo actos administrativos, algunos pocos actos de esos órganos constitucionales no administrativos (cuando actúan al margen de las funciones constitucionales típicas que tienen asignadas) se impugnen ante la jurisdicción contencioso administrativa [art. 1.3.a) LJCA] o que incluso tengan en parte un régimen similar al de los actos administrativos, fenómeno que ya se explicó en la lección 1 del Tomo I.

Por no proceder de la Administración, tampoco son actos administrativos los actos de los administrados, aunque los dirijan a la Administración y se rijan por el Derecho Administrativo.

Los actos de los administrados (solicitudes, alegaciones, autoliquidaciones, comunicaciones, declaraciones responsables, denuncias, peticiones, proposiciones de prueba, recursos, reclamaciones, etc.) no son actos administrativos aun cuando puedan haber sido facilitados por la Administración (borradores de impuestos o solicitudes, por ejemplo, para la petición de ayudas agrarias ya precumplimentadas por la Administración a reserva de la firma del interesado), y aunque puedan igualmente producir determinados efectos jurídico-administrativos: por ejemplo, las solicitudes y los recursos son aptos para iniciar el procedimiento administrativo; las declaraciones y comunicaciones responsables permiten el inicio de la actividad privada de que se trate y activan las potestades de fiscalización y control de la Administración; las denuncias otorgan ciertos derechos al denunciante, etc.

Diferente es el caso en el que ciertos sujetos o entidades privados aparecen revestidos de funciones públicas, bien porque el ordenamiento se las ha atribuido directamente, bien porque la Administración ha delegado en ellos el ejercicio de determinadas funciones administrativas (lección 2 del Tomo I). Y singular es también el caso de las Corporaciones sectoriales de Derecho público que ocasionalmente pueden producir actos administrativos o asimilables a ellos, según lo que se vio en las lecciones 1 y 14 del Tomo I, a las que nos remitimos.

Asimismo, finalmente, por igual razón no son actos administrativos los procedentes de entes instrumentales de la Administración que no son ellos mismos Administración.

Nos ocupamos de ellos en la lección 13 del Tomo I; por ejemplo, los actos de una sociedad anónima cuya capital sea íntegramente de una Administración.

La procedencia de la Administración constituye una condición *sine qua*

non para que podamos hablar con propiedad de acto administrativo. Sin embargo, no es una condición suficiente, puesto que puede haber actos que provengan de la Administración y no revistan la calidad de actos administrativos. Nótese que, según la definición dada, el acto administrativo tiene que producirse en ejercicio de una potestad administrativa y, además, una potestad no reglamentaria.

Así, quedan fuera cualesquiera actos jurídicos de la Administración que no sean ejercicio de una potestad administrativa. Por ejemplo, cuando la Administración formula demanda o hace la contestación a una demanda o propone prueba en cualquier tipo de juicio. También se excluyen los actos jurídicos de la Administración que se producen en aquellos ámbitos y casos que el ordenamiento ha decidido someter a normas iguales a las de Derecho privado poniendo, por tanto, a la Administración, a ciertos efectos, en situación similar a la de los particulares; situación similar que comporta que no pueda dictar auténticos actos administrativos. Ocurre destacadamente cuando se está ante los llamados contratos privados de la Administración: si ésta requiere al contratista para que cumpla sus obligaciones o pretende que se declaren las consecuencias del incumplimiento no puede para ello dictar actos administrativos. Ahora bien, hasta en esos ámbitos existen lo que se conocen como «actos separables», o sea, actos relativos al contrato pero que se separan del resto de Derecho privado y sí se consideran actos administrativos. Son generalmente previos o constitutivos del contrato. Los artículos 2.b) LJCA, 21 LCSP y 110.3 LPAP sujetan a la jurisdicción contencioso-administrativa esos actos de preparación y adjudicación relativos a dichos contratos privados de las Administraciones.

Incluso proviniendo de la Administración y siendo ejercicio de una potestad administrativa, quedan fuera del concepto los reglamentos, aunque también proceden de la Administración. Remitimos a la lección 8 del Tomo I la distinción entre reglamentos y actos administrativos.

No sólo es que el acto administrativo haya de ser producido por una Administración, sino que, en concreto, ha de serlo por la Administración y el órgano competente para cada acto según las reglas de asignación de la competencia.

Y ello salvo de los casos de delegación, avocación, etc. En caso de incompetencia, el acto dictado incurrirá en un supuesto de invalidez (arts. 47 y 48 LPAC), como veremos en la lección siguiente.

Ni siquiera basta con que el acto administrativo aparezca dictado por el órgano competente. Como el órgano es, a la postre, una estructura que precisa de una persona física, se requieren también ciertas condiciones en esa

persona física.

En primer lugar esa persona física titular del órgano habrá de estar debidamente investida, lo que implica que tiene que ostentar un nombramiento legítimo, haber tomado posesión efectiva del cargo y no haber cesado en él.

No son supuestos de laboratorio los casos en que una persona sin nombramiento o con nombramiento irregular ejerce las funciones propias del órgano (vid. STS de 28 de junio de 1994), ni los supuestos en que el titular del órgano anticipa o prorroga indebidamente el ejercicio de sus funciones. Los problemas sobre la validez de los actos así dictados suelen solventarse por la jurisprudencia primando la seguridad jurídica y la creencia objetiva y de buena fe que los destinatarios del acto tuviesen en la legalidad del nombramiento.

La cuestión, como nos relata García Trevijano, se planteó ya en el Derecho romano, en relación con un esclavo —Barbario Felipe—, que solicitó la pretura y fue designado pretor. Cuando se destapó su condición, el problema más crucial que se suscitó fue el concerniente a la validez o invalidez de los actos que había dictado durante el tiempo en el que estuvo ejerciendo como pretor. Ulpiano (*Digesto* Tít. XIV, L, I, 3) lo abordó de la siguiente manera: «¿qué diremos en el caso de que siendo esclavo hubiera desempeñado la dignidad pretoral mientras lo ocultó? Lo que edictó, lo que decretó, ¿carecerá quizá de validez? ¿O la tendrá por la utilidad de aquellos que demandaron ante él en virtud de la Ley o de otro derecho? Y pienso, en verdad, que nada de aquello debe invalidarse, pues esto es más humano, dado que el pueblo romano pudo también encomendar a un esclavo este poder, pero siempre que hubiera sabido que era esclavo lo habría hecho libre». Nuestra jurisprudencia se ha hecho eco de esta solución, invocando expresamente el caso relatado, en la STS de 30 de enero de 1990 para sentar las diferencias entre el funcionario de hecho y el usurpador.

Al margen de las consecuencias jurídico-administrativas, quedan las consecuencias penales. El artículo 402 CP castiga al usurpador de funciones, esto es, al que ilegítimamente ejerce actos propios de una autoridad o funcionario público atribuyéndose carácter oficial.

En segundo lugar, la persona física que actúe por el órgano al dictar el acto administrativo ni puede padecer vicios que invaliden su voluntad ni puede tener con respecto al fondo del asunto intereses personales que le priven o puedan poner en cuestión su objetividad e imparcialidad. Para garantizarlo se establecen causas de abstención y de recusación que han de hacerse efectivas en cada caso por los cauces previstos. De ello se ocupan los artículos 23 y 24 LRJSP, estudiados en la lección anterior.

V. ELEMENTOS OBJETIVOS DEL ACTO

No existe acuerdo doctrinal ni con respecto al número de componentes que se integran dentro de los denominados elementos objetivos, ni en relación tampoco a la necesidad de seguir manteniendo esta categoría. Incluso no faltan autores que, apurando aún más, distinguen entre elementos objetivos y elementos teleológicos del acto administrativo y otros, en fin, que se limitan a exponerlos sin mayores pretensiones clasificatorias.

Como exponente de una concepción lata de los elementos objetivos del acto administrativo, García de Enterría, en una posición ampliamente compartida en la doctrina española, estudia, por un lado, el presupuesto de hecho (con los matices que, luego, se dirán), el fin, la causa y los motivos del acto, y, por otro lado, la declaración, su contenido y objeto. Cosculluela diferencia, en cambio, entre el objeto (que identifica plenamente con el contenido del acto, postura en la que coincide, entre otros, con Sánchez Morón) y el elemento teleológico (dentro del cual aborda el arduo problema de la causa). Bocanegra que hasta la 2.^a edición de sus *Lecciones sobre el acto administrativo*, estructuraba los elementos del acto en un sentido muy similar al de García de Enterría, a partir de la 3.^a edición, en lugar de los elementos del acto prefiere hablar de las condiciones de validez de los mismos. Finalmente, García Trevijano, dentro del capítulo que dedica a los requisitos de los actos administrativos, desarrolla sucesivamente el objeto, el contenido, la causa y la motivación. Por nuestra parte, sin ánimo de terciar en esta polémica, nos limitaremos a considerar brevemente los elementos a los que convencionalmente se alude dentro de este apartado.

A) El *presupuesto de hecho* (que algunos autores identifican con la causa del acto administrativo) no es, como bien dice García de Enterría, un elemento del acto, sino de la potestad. Como toda potestad viene, según nos consta, atribuida por una norma jurídica y el acto no es sino el ejercicio de una potestad, el presupuesto de hecho del acto coincide necesariamente con el supuesto de hecho previsto por la norma para el ejercicio de la potestad. Como tal, es un elemento reglado, perfectamente controlable por el juez. Incluso si la norma atributiva de la potestad permitiera una valoración discrecional del supuesto de hecho, la existencia o inexistencia de esa realidad que puede ser valorada discrecionalmente resultará en sí misma reglada y plenamente fiscalizable.

Si una norma jurídica permite, por ejemplo, que la Administración conceda discrecionalmente ayudas a aquellos proyectos agroforestales que posean un mayor interés para el desarrollo económico de una comarca, los actos administrativos que, en aplicación de esa potestad, se dicten, partirán de la necesidad de constatar que se presenten proyectos y que los proyectos que se soliciten respondan al contenido agroforestal (no industrial, de servicios o de cualquier otra índole) demandado por la

norma atributiva de la potestad actuada. Aún resulta más fácilmente constatable esta exigencia en relación con el ejercicio de potestades regladas: para dictar un acto jubilando a un funcionario por haber cumplido la edad reglamentaria, es necesario que el funcionario en cuestión haya alcanzado tal edad; de lo contrario el acto carecerá de los presupuestos necesarios.

B) También suele existir confusión en lo atañadero al *fin* y a la *causa* del acto administrativo. Hay quienes identifican ambos elementos y hay quienes, en la misma línea ya expresada para el presupuesto de hecho, consideran que el fin es un componente de la potestad, no del acto (Coscolluela). Como sabemos, cada potestad tiene un fin típico atribuido por la norma, de tal manera que la utilización de una potestad para un fin distinto del especificado por la norma produce en el acto así dictado el vicio de la desviación de poder (arts. 48.1 LPAC y 70.2 LJCA). Operando sobre este esquema, el ordenamiento da un paso más y requiere que el contenido de los actos administrativos sea *adecuado* o *congruente* con los fines de la potestad (arts. 34.2 LPAC, 6 RSCL y 4 LRJSP). De este modo, a esta adecuación o congruencia a los fines propios de la potestad que debe mostrar cada acto administrativo que se dicte en ejercicio de aquélla es a lo que el sector doctrinal que admite su existencia denomina propiamente la *causa* del acto administrativo. La congruencia y adecuación del acto dictado supone, como destaca García de Enterría, la realización de un juicio de efectividad, de coherencia, de proporcionalidad, y de racionalidad sobre el acto dictado para dilucidar si éste resulta adecuado al fin público específico que la norma atributiva de la potestad que se ejercita ha considerado.

Con carácter general, la doctrina que admite la causa como elemento del acto administrativo suele afirmar que la falta de adaptación del acto al fin de la potestad implica como consecuencia la anulabilidad del acto por desviación de poder. Sin embargo, hay que notar que, al menos, con respecto a determinados actos administrativos, la causa continúa operando después de dictado el acto administrativo y produciendo también otras consecuencias jurídicas distintas a la anulabilidad del acto. Por ejemplo, en la expropiación forzosa, la *causa expropriandi*, llamada precisamente así, determina que el bien expropiado tenga que seguir destinado, en los términos y durante el tiempo establecido por el artículo 54 LEF, al fin o servicio público para el que se expropió, funcionando en caso contrario institutos particulares como el de la reversión del bien expropiado.

Evidentemente, examinar la adecuación y congruencia de cada acto al fin específico de la potestad supone investigar los motivos que han impelido a la Administración a dictar dicho acto; unos motivos que, a diferencia de lo que acontece en el ámbito del negocio civil, están siempre incorporados a la

causa y no remiten a intenciones particulares y subjetivas de la Administración, puesto que «la Administración no tiene otra actuación ni otra vida psicológica que la estrictamente legal» (García de Enterría).

Sucede además, que nuestro Derecho impone ampliamente expresar esos motivos; a esa expresión formal de los motivos se llama motivación. La función esencial de la motivación es, pues, detectar el *interna corporis* del acto (García Trevijano): determinar la finalidad y razones por la que el acto ha sido dictado. Aunque en última instancia los motivos y la adecuación o inadecuación del acto al fin de la potestad puede inducirse del expediente administrativo, el artículo 35 LPAC impone la motivación obligatoria de ciertos actos administrativos, sin que ello signifique que, con carácter facultativo, no pueda ser motivado cualquier otro acto administrativo.

El artículo 35 LPAC impone la motivación de: a) los actos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos; b) los actos que resuelvan procedimientos de revisión de oficio de disposiciones o actos administrativos, recursos administrativos, reclamaciones previas a la vía judicial y procedimientos de arbitraje, y los que declaren su inadmisión; c) los actos que se separen del criterio seguido en actuaciones precedentes o del dictamen de órganos consultivos; d) los acuerdos de suspensión de actos, cualquiera que sea el motivo de ésta, así como la adopción de medidas provisionales previstas en el artículo 56 LPAC; e) los acuerdos de aplicación de la tramitación de urgencia, de ampliación de plazos y de realización de actuaciones complementarias; f) los actos que rechacen pruebas propuestas por los interesados; g) los actos que acuerden la terminación del procedimiento por la imposibilidad material de continuarlo por causas sobrevenidas, así como los que acuerden el desistimiento por la Administración en procedimientos iniciados de oficio; h) las propuestas de resolución en los procedimientos de carácter sancionador, así como los actos que resuelvan procedimientos de carácter sancionador o de responsabilidad patrimonial; e i) los actos que se dicten en el ejercicio de potestades discrecionales, así como los que deban serlo en virtud de disposición legal o reglamentaria expresa.

Muchos autores suelen analizar la motivación como uno de los elementos formales del acto administrativo. Pero lo cierto es que la motivación representa un importantísimo instrumento para que los particulares, los jueces (y también la Administración en vía de recurso) puedan conocer las razones y finalidades del acto dictado y su adecuación a los fines de la potestad. El TS ha señalado que la exigencia de motivación está muy en consonancia con la salvaguarda de los principios de

seguridad jurídica y de interdicción de la arbitrariedad (STS de 2 de noviembre de 1999).

Para los casos en que se impone la motivación, el artículo 35 LPAC exige que incluya «sucinta referencia de hechos y fundamentos de derecho».

Según la jurisprudencia, ello no impone una determinada forma de motivar, pero sí requiere que la motivación tenga la amplitud necesaria para que los interesados tengan el debido conocimiento de los motivos del acto de cara a poder entablar la defensa de sus derechos e intereses (STC 37/1982, de 16 de junio y STS de 15 de diciembre de 1999). De este modo, como sintetiza Sánchez Morón, la jurisprudencia no admite motivaciones mediante fórmulas puramente convencionales y abstractas aplicables a cualquier supuesto (SSTS de 27 de enero, 4 de febrero y 25 de noviembre de 2003), ni las basadas en genéricas invocaciones del interés público ni en las citas rutinarias de preceptos legales, salvo que su interpretación y aplicación al caso sean diáfanas (SSTS de 16 de junio de 2010 y de 5 de mayo de 1999).

En materia de procedimientos selectivos y de concurrencia competitiva, el artículo 35.2 LPAC señala que la motivación se efectuará de conformidad con lo que dispongan las normas que regulen sus convocatorias, «debiendo, en todo caso, quedar acreditados en el procedimiento los fundamentos de la resolución que se adopte», previsión que está siendo objeto en los últimos años de una interpretación bastante rigorista por parte de la jurisprudencia (SSTS de 10 de noviembre de 2010 y 10 de abril de 2012).

Según el artículo 88.6 LPAC, «la aceptación de informes o dictámenes servirá de motivación a la resolución cuando se incorporen al texto de la misma».

Se recoge, así, una práctica administrativa tradicional conocida como la motivación *in aliunde*, que admite, no obstante, distintas formulaciones: cabe que la resolución transcriba íntegramente como motivación propia el contenido del informe o dictamen; o cabe igualmente que el cuerpo de la resolución se remita como motivación a él y lo una o anexe a la propia Resolución. En cambio, mayores dudas ofrece, a la luz del artículo 88.6, que la resolución se remita como motivación a un informe o dictamen que consta en el expediente (lo admite, p. ej., Bocanegra, aunque con el matiz de que no se produzca con ello indefensión material al administrado).

Por último, como recuerda Cosculluela, la jurisprudencia constitucional considera que el deber de motivación es cuestión de legalidad ordinaria que no da acceso al recurso de amparo, salvo cuando limite o restrinja derechos fundamentales (SSTC 66/1995, 127/1997 y 7/1998).

C) Además de dar expresión a la causa del acto administrativo, el artículo

34.2 LPAC), se refiere también a su *contenido*: «El contenido de los actos se ajustará a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico y será determinado y adecuado a los fines de aquéllos». Dentro de esa concepción amplia de acto administrativo que baraja nuestro ordenamiento jurídico, el contenido del acto alude, en esencia, a lo que el acto dispone, ordena, permite, certifica o atestigua (Zanobini); un contenido que, por la estrecha vinculación que el acto tiene con la potestad y que ésta mantiene con el ordenamiento jurídico, debe desarrollarse dentro de los términos que el ordenamiento le prescriba o permita según la naturaleza reglada o discrecional de la potestad ejercida. En este sentido, se habla de la *tipicidad* de los actos administrativos: frente a la capacidad que tienen los particulares de «inventar» negocios jurídicos en virtud del principio de autonomía de la voluntad, la Administración se encuentra, como sabemos, vinculada a la Ley y al Derecho y sólo puede valerse de aquellas categorías de actos administrativos previamente diseñadas por el ordenamiento jurídico. No obstante, los distintos grados o formas en que la norma puede atribuir la potestad a la Administración determina también que pueda hablarse de distintas clases de contenidos del acto administrativo. Así, jugando un tanto con el paralelismo de la teoría del negocio jurídico, la doctrina suele distinguir tres clases de contenidos del acto administrativo: necesario, implícito y eventual.

El contenido *necesario* (también denominado natural) es aquella parte del acto que sirve para individualizarlo y diferenciarlo de otro acto, perteneciente a una categoría distinta.

Por ejemplo, lo que, en materia de bienes públicos, diferencia el desahucio de la recuperación de oficio es que el primero presupone la posesión de un bien demanial amparada en un título que ha decaído, mientras que, con respecto a la recuperación, la posesión del bien o derecho —demanial o patrimonial— es indebida, esto es, carecía en todo momento de título que cobijase tal posesión.

El contenido *implícito* del acto es aquella parte del mismo que, aunque no se exprese, queda sobreentendida.

Por ejemplo, las licencias de obras son otorgadas por la Administración —aunque no se haga constar expresamente— con la salvaguarda de que no prejuzgan sobre el derecho de propiedad que puedan tener sobre el mismo solar otras personas distintas de las peticionarias de la licencia.

El contenido *eventual* es el que puede ser introducido por la Administración, y, por influencia de la doctrina del negocio jurídico, se concreta en la introducción de los denominados elementos accidentales o

cláusulas accesorias del acto administrativo: el término, la condición, el modo y las reservas de revocación.

Aunque la introducción de estos elementos accidentales no es privativa de los actos discrecionales, sí es con respecto a éstos donde se manifiesta con mayor frecuencia: quien puede lo más puede lo menos; así que se afirma que si la Administración, en virtud de su discrecionalidad, podía denegar la pretensión del particular, podrá con mayor razón otorgarla sujeta a alguna de las cláusulas accesorias aludidas. Sin embargo, como subrayó García de Enterría, tal idea no puede ser admitida como un principio irrefutable y de extensión universal: la Administración, a través de la introducción de tales cláusulas, no podrá imponer un régimen contrario a la ley ni romper el marco legal típico del acto administrativo de que se trate. Bocanegra añade que la libre admisión de condiciones resolutorias, términos finales o reservas de revocación, entrañaría que, a través de tales inclusiones, la Administración recibiría una autorización para hacer algo que generalmente le está vedado (revocar actos favorables), colocando al particular en una situación peor y más gravosa que la que tenía en el momento anterior a la producción del acto administrativo así condicionado, razón por la que «la posibilidad de una cláusula de esta naturaleza, debe supeditarse a la existencia de una habilitación normativa expresa, que convierta *de facto* al derecho reconocido por el acto en una situación de precario».

Estos tres tipos de contenidos suele decirse que tienen diferentes orígenes o procedencias. Mientras que, para los contenidos necesario e implícito, se señala que su origen es la norma, para el contenido eventual, su inclusión se hace depender de la voluntad de la Administración. Sin embargo, esto último sólo puede aceptarse con matices, pues resulta obvio que si la Administración por su voluntad puede incluir contenidos eventuales es porque previamente la norma que le atribuye la potestad le ha permitido hacerlo.

Por lo demás, los actos deben tener un contenido determinado y posible, posibilidad que hay que entenderla en términos físicos (la imposibilidad jurídica es ilegalidad). Si el contenido es imposible estaremos, según se verá, en un supuesto de nulidad de pleno de derecho [art. 47.1.c) LPAC].

VI. ELEMENTOS FORMALES

Uno de los límites generales de la Administración es que debe producir sus actos siguiendo un procedimiento, no cualquiera, sino el específicamente establecido por el ordenamiento [arts. 34.1 y 47.1.e) LPAC]. Lo hemos visto

en la lección anterior y en la siguiente expondremos que los defectos de procedimiento pueden determinar la invalidez del acto.

Junto a esa exigencia, el artículo 36 LPAC obliga asimismo a que los actos administrativos se exterioricen y manifiesten a través de una determinada forma. Por razones básicamente de seguridad jurídica, los actos administrativos deben producirse por escrito, a menos que su naturaleza exija o permita otra forma más adecuada de expresión y constancia (art. 36.1 LPAC). La producción por escrito del acto administrativo no prejuzga, en cambio, el soporte en que tal circunstancia se exprese: sin embargo, a medida que la informática ha ido extendiendo sus dominios al ámbito de la Administración, se ha ido imponiendo la exigencia de que los actos administrativos se produjesen y documentasen siguiendo estas técnicas, hasta llegar a la regla general que en la actualidad proclama el artículo 36.1 LPAC: «los actos administrativos se producirán por escrito a través de medios electrónicos».

Distinta del acto administrativo que se recoge o documenta en forma electrónica es la actuación administrativa automatizada a la que se refiere el artículo 41 LRJSP. Según este precepto, se entiende por actuación administrativa automatizada, «cualquier acto o actuación realizada íntegramente a través de medios electrónicos por una Administración Pública en el marco de un procedimiento administrativo y en la que no haya intervenido de forma directa un empleado público». Esto es, a diferencia del acto administrativo recogido en soporte electrónico, el acto administrativo automatizado únicamente existe cuando la resolución (y cabe pensar que también los correlativos actos de trámite y de comunicación hasta llegar a ella) han sido producidos y redactados mediante una máquina, que es la que se encarga también de generar automáticamente las correspondientes notificaciones. Al margen de su definición, pocos datos más proporciona la LRJSP de cara al esclarecimiento de su régimen jurídico: por un lado, habla de la necesidad de establecer previamente el órgano u órganos competentes, según los casos, para la definición, especificaciones, programación, mantenimiento, supervisión y control de calidad, y, en su caso, auditoría del sistema de información y de su código de fuente, y, por otro lado, sienta igualmente el deber de determinar el órgano que debe considerarse responsable a efectos de impugnación del acto de esta manera producido (art. 41.2 LRJSP). A mayores, el artículo 43.1 LRJSP sustituye la firma electrónica del titular del órgano por alguno de los sistemas de firma propuestos para la actuación administrativa automatizada por el artículo 42 LRJSP. Tan escueta regulación suscita, no obstante, numerosos interrogantes, por lo demás comunes a los que están planteados también en otros ordenamientos, como el alemán, que contienen una regulación de esta tipología de actos administrativos [parágrafos 28.II.4; 37 y 39 de su Ley de Procedimiento Administrativo]. Interrogantes que afectan a aspectos tan relevantes del régimen jurídico de estos actos, como su carencia o insuficiencia de motivación;

la inexistencia del trámite de audiencia; o el desconocimiento de la persona física que ejerce la titularidad del órgano a los efectos de su abstención y recusación y de la exigencia de responsabilidad por el ejercicio del cargo (Maurer). Cuestiones que, como propuso Isaac Martín Delgado a la luz de la regulación contenida en el artículo 10 de la derogada Ley 11/2007, tal vez deban ser respondidas, partiendo, por un lado, de la premisa de que «acto administrativo convencional y acto administrativo totalmente electrónico coinciden en cuanto a régimen jurídico», y exigiendo, por otro lado, que el recurso a este tipo de actos se encuentre amparado en una habilitación normativa previa, distinta de la habilitación genérica contenida en la LRJSP.

Además de lo que se acaba de indicar, tampoco hay que confundir la forma escrita de producción con forma escrita de constancia del acto. El artículo 36.2 LPAC recoge la posibilidad de que el órgano administrativo ejerza su competencia verbalmente, de modo que sea el titular del órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, quien la ponga por escrito y la firme empleando para ello en la comunicación que realice la tradicional fórmula «de orden de». De igual modo, los órganos colegiados toman sus acuerdos verbalmente, aunque después quede constancia de las decisiones tomadas en el acta —típico acto administrativo de conocimiento— que se levante de la sesión correspondiente (art. 18 LRJSP).

Entre los actos verbales están las órdenes que se dan en el ámbito de las relaciones especiales de sujeción y de la policía, que normalmente no se documentan por escrito y pueden acreditarse por cualquier medio de prueba. Asimismo, existen actos administrativos que no se manifiestan ni por escrito ni verbalmente, sino mediante gestos (las indicaciones empleadas por los agentes de tráfico) o por medios mecánicos (semáforos o señales de tráfico, aunque respecto a éstas se ha dudado si reflejan actos administrativos generales o reglamentos, como se verá en el Tomo III).

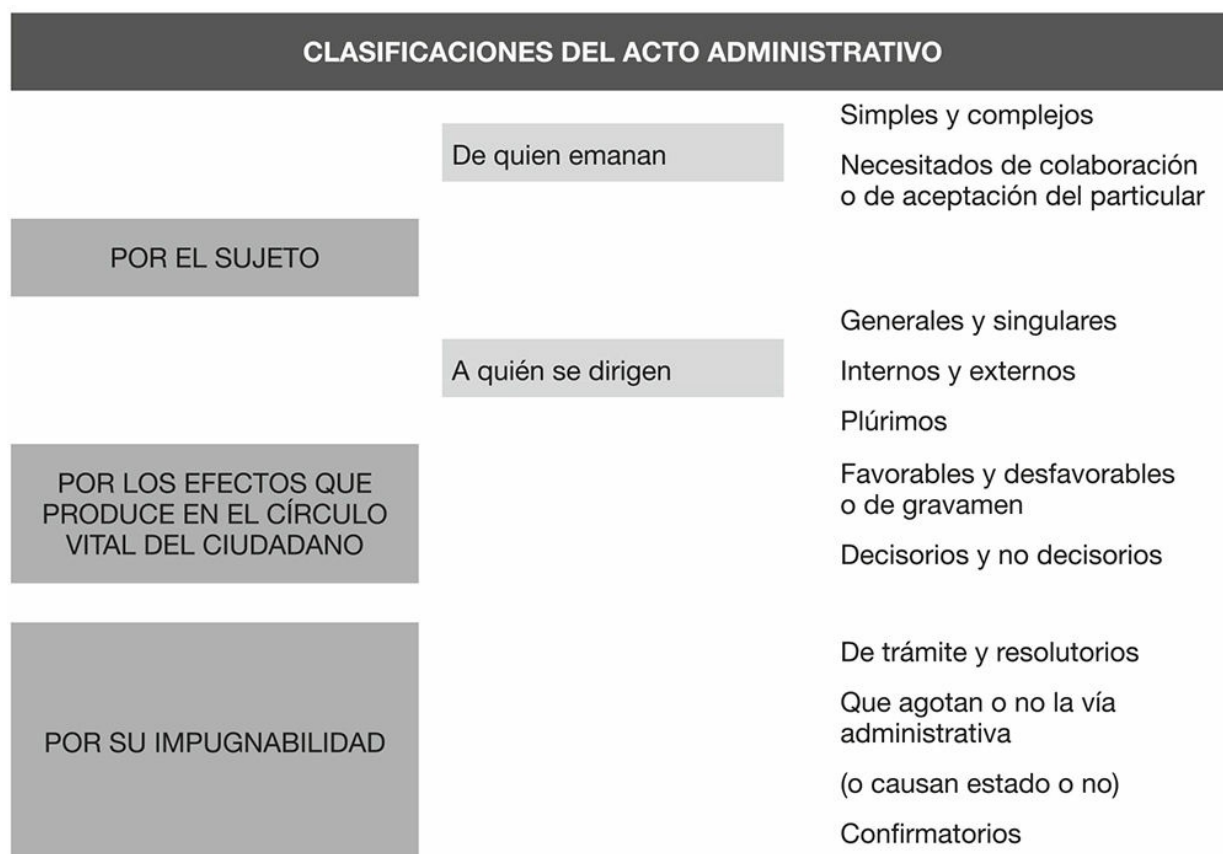
La LRJAP no impone un modelo de redacción para los actos administrativos, pero la práctica ha ido imponiendo, particularmente para las resoluciones, un esquema que, en esencia, es éste: un *encabezamiento* en el que se expresa el órgano autor del acto; un *preámbulo* en el que se indican las normas de competencia y de fondo que resulten aplicables al caso, y los actos preparatorios y de instrucción que se hayan realizado (con particular mención, en los casos en que así se requiera legalmente, de la petición del dictamen del Consejo de Estado —art. 2 LOCE— o del órgano consultivo autonómico y de si ha seguido o no); la *motivación* en los casos y términos exigidos por el artículo 35 LPAC; la parte propiamente *dispositiva* (o sea, la decisión en sentido estricto); y, finalmente, las circunstancias de lugar, fecha y firma (si se dicta por «orden de», por delegación, etc.) con expresión de la concreta persona que ha actuado.

Sorprendentemente, o en aplicación del axioma de que lo que abunda no daña, la ley obliga a que la resolución incorpore el denominado «pie de recurso» (art. 88.3, *in fine* LPAC), cuando ello es también contenido de su notificación (art. 40.2 LPAC), lo que resulta más lógico.

Conviene, por último, recordar que los actos administrativos y los reglamentos se presentan externamente con el mismo envoltorio formal. Por ejemplo, las declaraciones del Consejo de Ministros adoptan la forma de Reales Decretos, ya contengan un reglamento o un acto administrativo; y las de los Ministros adoptan la forma de órdenes ministeriales, sean reglamentos o actos administrativos. Aludimos ya a ello en la lección 8 del Tomo I.

VII. CLASES DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Son numerosas las clasificaciones que se han establecido en torno al acto administrativo. Aludiremos únicamente a aquellas que aportan elementos de interés para su régimen jurídico.



1. ACTOS SIMPLES Y COMPLEJOS

Acto simple es aquel que procede de un único órgano. Complejo es, en

cambio, el acto en cuya declaración concurren las declaraciones de dos o más órganos (sean de una misma o de dos Administraciones). La consecuencia más importante es que en el caso de los actos complejos los vicios de la declaración de uno de los órganos afectan a la validez del conjunto, o sea, del acto.

Ejemplo de actos complejos en que intervienen dos órganos de una misma Administración son las órdenes de dos Consejeros de la Junta de Andalucía que, según el artículo 46.4 LGA, han de ser firmadas por ambos. También lo son las órdenes de dos Ministros, aunque en este caso el artículo 24.1.f) LG determina que, a los solos efectos de su ropaje externo, tal acto se presente como Orden del Ministro de la Presidencia, dictada a propuesta de los Ministros interesados. Típico acto complejo proveniente de dos Administraciones son las Resoluciones conjuntas del Servicio Autonómico de Salud y de una Universidad pública concreta convocando (o resolviendo) concursos de acceso a plazas docentes vinculadas.

Por el contrario, no son actos complejos, sino simples, los de los órganos colegiados: provienen de un solo órgano, aunque en él se integran varias personas y aunque la voluntad del único órgano autor del acto se forma con la intervención de todas ellas de acuerdo a reglas especiales [arts. 15 a 22 LRJSP y 47.1.e) LPAC] que estudiamos en la lección 9 del Tomo I. Tampoco son complejos los actos dictados por un órgano aunque en el procedimiento haya tenido que intervenir otro o aunque para su plena eficacia debe intervenir otro órgano con posterioridad.

2. ACTOS NECESITADOS DE COLABORACIÓN O DE ACEPTACIÓN DEL PARTICULAR

Dentro de esta clasificación, suelen incluirse tanto los actos que, para producirse, requieren como presupuesto la previa petición del particular (una licencia de obras, el otorgamiento de una ayuda, la admisión en un centro universitario), como aquellos que, una vez dictados, precisan para que surtan todos sus efectos de la aceptación por parte del administrado.

Por ejemplo, la toma de posesión del nombrado para un cargo o función, que exige el artículo 62.1.d) EBEP. Suele considerarse que los actos precisados de aceptación posterior constituye un supuesto de eficacia demorada en el sentido del artículo 39.2 LPAC, a lo que nos referiremos en la lección 4. Pero, cabe matizarlo, como lo hace Bocanegra, porque la misma aceptación es ya consecuencia de la eficacia del acto.

3. ACTOS GENERALES Y SINGULARES; REFERENCIA A LOS ACTOS PLÚRIMOS

La distinción entre actos generales y singulares está clara y las

implicaciones jurídicas que la distinción posee también.

Según se dirijan a una pluralidad indeterminada de destinatarios o a un sujeto o sujetos concretos, los actos son generales o singulares. Al estar determinado su destinatario, los actos singulares se notifican (art. 40.1 LPAC), mientras que los generales requieren ser publicados [art. 45.1.a) LPAC]. Por descontado, como los actos generales son actos y no reglamentos, siguen el régimen de impugnación de aquéllos y no de éstos.

Se habla por otra parte de actos plúrimos (Cosculluela) o de actos plurales (García Trevijano) para referirse a la serie de actos singulares que aparecen reflejados en una misma relación o publicación (actas de calificaciones académicas, relaciones de aprobados en unas oposiciones, relaciones de beneficiarios de becas de estudios, etc.), pero que conservan su vida jurídica diferenciada al tratarse no de un solo acto, sino de varios independientes. A ellos alude el artículo 36.3 LPAC.

No obstante, a veces se habla de actos plúrimos en un sentido distinto identificándolos con los actos generales o que se refieren a una pluralidad determinada de destinatarios. Así, la STS de 5 de febrero de 2014, que, cerrando un arduo debate, considera las relaciones de puestos de trabajo (RPT) como actos generales o plúrimos y no como reglamentos.

4. ACTOS INTERNOS Y EXTERNOS

Los actos internos son los que agotan su eficacia en el interior de la organización administrativa y abrazan una serie muy variada de actos que van desde los actos de instrucción del procedimiento administrativo (informes, propuestas, etc.) hasta los actos tendentes a regular la actividad de los órganos (órdenes de servicio, inclusive el ejercicio de la potestad disciplinaria). Tal clasificación, aunque está estrechamente conectada con la concepción del acto que se tenga y, en particular, con su conceptualización como acto regulador, ha perdido entre nosotros gran parte de su interés, habida cuenta de que muchos de los actos que hemos mencionado (sanciones disciplinarias, o regulación, por ejemplo, del horario de las oficinas administrativas) revisten efectos externos y afectan, por tanto, a los ciudadanos, o inciden sobre la relación de servicios del funcionario y son consiguientemente recurribles.

5. ACTOS FAVORABLES Y DESFAVORABLES O DE GRAVAMEN

Los actos favorables amplían el patrimonio o de cualquier forma benefician al administrado, otorgándole un derecho, una facultad, o liberándole de un deber, de una obligación o de cualquier otra limitación

desventajosa; por el contrario, los actos de gravamen reducen o restringen el patrimonio o círculo vital del administrado, cargándole con obligaciones y prohibiciones, privándole de algún derecho o facultad o imponiéndole sanciones. Sin mucho esfuerzo en la mente de todos nosotros afloran los ejemplos de uno y otro signo.

La distinción es importante porque arrastra consecuencias jurídicas importantes. Se sintetizan en cuatro aspectos: primero, los actos de gravamen deben estar motivados, como establece el artículo 35.1.a) LPAC que se refiere a ellos como actos que «limitan derechos subjetivos o intereses legítimos». Segundo, los actos de gravamen son más fácilmente revocables por la Administración que los actos favorables. Se deduce esto de los artículos 106, 107 y 109.1 LPAC que estudiaremos en las lecciones siguientes. Tercero, los actos favorables excepcionalmente pueden ser retroactivos (art. 39.3 LPAC). Y, cuarto, los actos de gravamen necesitan por lo general basarse en preceptos de rango legal.

No obstante, en ocasiones no es fácil adscribir los actos a una u otra categoría. Incluso se habla en la doctrina alemana y en la española (Bocanegra) de «actos de doble efecto». Se comprenden allí dos tipos: por un lado, los actos administrativos con efectos frente a terceros (*Drittwirkung*) de distinto signo a los que produce en su destinatario directo (caso de la licencia de actividad que se otorga a una persona, pero perjudica a sus vecinos); y, por otro lado, los actos administrativos con efecto mixto (*Mischwirkung*), que, con respecto a la misma persona, producen a la vez efectos beneficiosos y perjudiciales (el acto sancionador que impone una sanción menor que la que legalmente cabría).

La STS de 9 de febrero de 2010 suministra un ejemplo de esta categoría de los actos de doble efecto. En las elecciones a los órganos de gobierno de la Cofradía de Pescadores de una localidad del litoral coruñés, el censo electoral publicado excluía a una serie de trabajadores por cuenta ajena enrolados en embarcaciones dedicadas a la actividad pesquera o marisqueras que no tenían su base en un puerto del ámbito territorial de la Cofradía. Éstos suscitaron recurso de alzada consiguiendo a través de él la rectificación del censo y, consiguientemente, su inclusión. No obstante, la Administración autonómica, a instancia de la Cofradía, revocó este último acto por la vía del artículo 109.1 LPAC, por entender que el acto revocado era un acto desfavorable. Primero el TSJ y después el TS, desestimando la casación planteada por la Administración autonómica, rechazan este argumento y, entendiendo que estamos ante un acto de doble efecto, determinan que la vía pertinente para revocar el acto era la de la acción de nulidad: «Realmente el acto revocado no es un acto de gravamen o limitativo de derechos subjetivos y tampoco un acto desfavorable para su destinatario.

En puridad se trata de un acto administrativo de doble efecto, desfavorable para quien instó de la Administración la revocación, concretamente el Patrón de la Cofradía de Pescadores codemandada, y favorable para la recurrente que junto con otras personas en vía de recurso de alzada había conseguido la rectificación del censo».

6. ACTOS DECISORIOS Y NO DECISORIOS

Los actos decisorios son fundamentalmente las resoluciones, esto es, aquellos actos que, como indica García de Enterría, se caracterizan porque encierran una declaración de voluntad dirigida a un sujeto por la cual se define ejecutoriamente una situación jurídica individualizada de dichos sujetos o de la Administración respecto de ellos. Por el contrario, los actos no decisorios se relacionan con aquellos actos que tienen carácter informativo o acreditativo o que comprenden declaraciones de juicio o deseo. La consecuencia fundamental de esta distinción es que, en principio, sólo los actos decisorios —y, más en particular, las resoluciones— son impugnables autónomamente. Pero para nuestro Derecho positivo a estos efectos es más relevante la siguiente clasificación.

7. ACTOS RESOLUTORIOS Y DE TRÁMITE; LOS ACTOS DE TRÁMITE CUALIFICADOS

Actos resolutorios o simplemente resoluciones son los que ponen fin a un procedimiento administrativo. Actos de trámite son aquellos que van concatenándose en el procedimiento administrativo y que son instrumentos que sirven para que pueda producirse la resolución o acto final del procedimiento (el que decide iniciar el procedimiento, practicar prueba, pedir un informe, el informe mismo, dar audiencia a un sujeto...). La clasificación es importante porque, como establecen los artículos 112.1 LPAC y 25.1 LJCA, como regla general son recurribles autónoma y directamente las resoluciones. En cambio, no lo son los actos de trámite: sus defectos «podrá(n) —como dice el art. 112.1 LPAC— alegarse por los interesados para su consideración en la resolución final» y podrán igualmente, aunque no se haya hecho oposición expresa a los mismos durante el procedimiento, ser alegados al recurrir la resolución como argumentos para conseguir la anulación de la resolución.

Ello obedece a un principio de concentración procedimental, evitando que el procedimiento administrativo pueda sufrir todas las vicisitudes y paralizaciones que pudieran derivarse de una paulatina y reiterada impugnación de cada uno de los actos de trámite que lo conforman.

No obstante, los propios artículos 112.1 LPAC y 25.1 LJCA reconocen

que ciertos actos de trámite sí pueden ser recurridos autónomamente: los que decidan directa o indirectamente el fondo del asunto, determinen la imposibilidad de continuar el procedimiento, o produzcan indefensión o perjuicios irreparables a derechos e intereses legítimos. Son los que se conocen como «actos de trámite cualificados».

Evidentemente, la cuestión más importante y compleja estriba en determinar cuándo se está ante alguno de esos actos de trámite cualificados que permiten una impugnación autónoma y directa porque la enumeración legal no es muy precisa. Por ejemplo, ¿cuándo un acto de trámite decide directa o indirectamente el fondo del asunto?, ¿cuándo produce perjuicios irreparables? La jurisprudencia resuelve casuísticamente. Alguna vez se considera que ciertos informes vinculantes son recurribles porque deciden indirectamente el fondo del asunto; o que impiden continuar el procedimiento los que no admiten una solicitud de uno de los interesados aunque el procedimiento continúe para los otros; o que son recurribles por producir indefensión los que niegan el acceso al expediente o los que imponen una medida provisional... En general, como afirma Bocanegra, hay una tendencia a admitir la impugnación de todos aquellos trámites que revisten un carácter regulador o decisor. Así, se admite con una cierta normalidad la impugnación de determinados actos de iniciación del procedimiento que tienen efectos ya muy severos sobre la esfera jurídica de los administrados. Es el caso del acto de incoación de un procedimiento de declaración de un bien como bien de interés cultural, que supone desde ese instante la aplicación al inmueble de todo el régimen jurídico propio del acto de incoación de un deslinde de costas —STS de 18 de noviembre de 2002—; de la incoación de un expediente de expulsión de un extranjero que conlleva como medida provisional su internamiento en un centro; etc. También se admite la impugnación autónoma de los actos que dan inicio a procedimientos selectivos o concurrenciales (convocatorias de oposiciones). En materia de contratación pública, la previsión del recurso especial de contratación ha abierto la posibilidad también de recurrir determinados actos de trámite cualificados, como los actos de exclusión de licitadores (y, tras la importante STJUE de 5 de abril de 2017, as. C-391/15, también los actos de admisión). En cambio, se viene negando esa condición de acto de trámite cualificado a las adjudicaciones provisionales, las propuestas de adjudicación y, en general, a todas las actuaciones previas realizadas por la Mesa de Contratación. Por otra parte, la STS de 11 de noviembre de 2016 considera que carece de la condición de acto de trámite cualificado el acto por el que se decide remitir al Ministerio Fiscal un expediente sancionador con suspensión de la tramitación de éste.

8. ACTOS QUE PONEN FIN A LA VÍA ADMINISTRATIVA Y ACTOS QUE NO PONEN FIN A TAL VÍA

Son expresiones sinónimas las de actos que ponen fin a la vía administrativa (expresión que es la que sobre todo usan las leyes), que agotan la vía administrativa y que causan estado en vía administrativa. Y son igualmente sinónimas las de sus

contrarios: actos que no ponen fin a la vía administrativa, que no agotan la vía administrativa o que no causan estado en vía administrativa.

Partiendo de que, como sabemos, las Administraciones tienen en general una estructura jerárquica, se dice que un acto administrativo pone fin a la vía administrativa cuando es la declaración del órgano al que, dentro de esa estructura jerárquica, le corresponde decir la última palabra de la Administración en ese asunto. No pone fin a la vía administrativa si el acto proviene de un órgano al que no le corresponde esa última palabra de la Administración en ese asunto, lo que está atribuido a alguno de sus superiores jerárquicos.

La consecuencia de la distinción es ésta: sólo cabe interponer recurso contencioso-administrativo (por tanto, sólo cabe la impugnación ante los Jueces y Tribunales) contra actos que pongan fin a la vía administrativa (art. 25.1 LJCA). Los otros actos —los que no ponen fin a la vía administrativa— no pueden ser objeto de contencioso-administrativo. No es que el asunto sobre el que versen no pueda alguna vez llegar al contencioso-administrativo (eso sería contrario a los arts. 24.1 y 106.1 CE); pero no por ahora; no hasta que no se haga lo necesario para poner fin a la vía administrativa, hasta que se pronuncie aquel órgano que tiene la última palabra. Por ahora, habrán de ser primeramente objeto de un recurso administrativo —el recurso de alzada— para que se pronuncie un superior jerárquico de quien dictó el acto. La resolución de ese recurso de alzada pronunciada por ese superior jerárquico ya sí podrá ser recurrida en vía contencioso-administrativa. Dicho de otra forma: los actos que no ponen fin a la vía administrativa, antes de llegar al contencioso-administrativo, deben ser objeto de recurso de alzada. Por el contrario, los actos que ponen fin a la vía administrativa no sólo es que no necesiten recurso de alzada, sino que no pueden ser objeto de recurso de alzada.

Aun así, ante el acto que pone fin a la vía administrativa se da al interesado una opción: o interponer directamente el recurso contencioso-administrativo o, si lo prefiere, interponer antes el recurso de reposición (que resolverá el mismo órgano que dictó el acto impugnado).

La distinción, por tanto, tiene importantes consecuencias prácticas y se entenderá en su plenitud cuando se estudien los recursos administrativos de alzada y de reposición (lección 5).

Ahora bien ¿cuándo un acto es de un tipo o de otro? La respuesta la da el Derecho positivo. La respuesta general está en el artículo 114 LPAC. En

concreto, ponen fin a la vía administrativa: *a)* las resoluciones de los recursos de alzada; *b)* las resoluciones de los procedimientos de impugnación a que se refiere el artículo 112.2 LPAC; *c)* las resoluciones de los órganos administrativos que carezcan de superior jerárquico, salvo que la Ley establezca lo contrario; *d)* los acuerdos, pactos, convenios o contratos que tengan la condición de finalizadores del procedimiento; *e)* las resoluciones administrativas de los procedimientos de responsabilidad patrimonial, cualquiera que fuese el tipo de relación, pública o privada, de que derive; *f)* las resoluciones de los procedimientos complementarios en materia sancionadora a los que se refiere el artículo 90.4 LPAC; y *g)* las resoluciones de órganos administrativos cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

De este precepto destaquemos ahora que las resoluciones de los recursos de alzada ponen fin a la vía administrativa. Por tanto, contra ellas ya no cabrá recurso contencioso-administrativo; o sea, que contra la resolución de un recurso de alzada nunca procederá otro recurso de alzada hasta alcanzar la cúspide jerárquica de la Administración: basta un recurso de alzada [art. 122.3 LPAC].

En desarrollo de este precepto, las normas organizativas de las distintas Administraciones pormenorizan los órganos cuyos actos ponen fin a la vía administrativa. Así, para la Administración General del Estado, el artículo 114.2 LPAC determina que ponen fin: los actos administrativos de los miembros y órganos del Gobierno; los emanados de los Ministros y los Secretarios de Estado en el ejercicio de las competencias que tienen atribuidas los órganos de los que son titulares; y los emanados de los órganos directivos con nivel de Director General o superior, en relación con las competencias que tengan atribuidas en materia de personal.

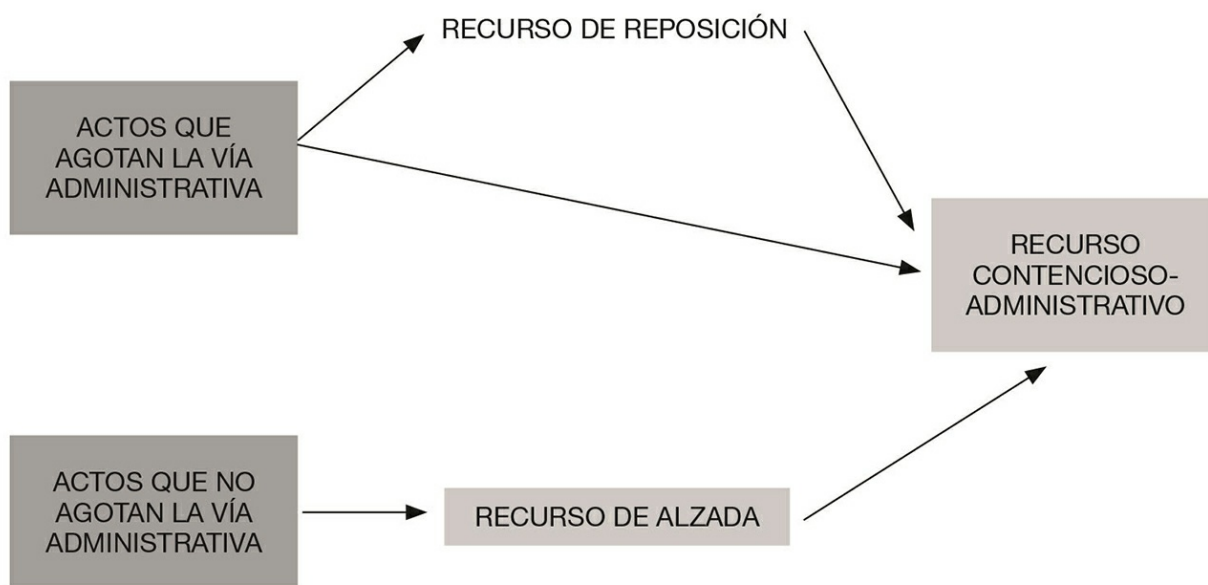
En parecidos términos, el artículo 112 LAJA preceptúa que agotan la vía administrativa: *a)* los de la persona titular de la Presidencia de la Junta de Andalucía, así como los del Consejo de Gobierno y sus Comisiones Delegadas; *b)* los de las personas titulares de las Consejerías, salvo que una ley prevea específicamente un recurso ante el Consejo de Gobierno; *c)* los de las autoridades de rango inferior al de la persona titular de la Consejería que resuelvan por delegación de ésta o de otro órgano cuyas resoluciones agoten la vía administrativa; *d)* los de los órganos con nivel de Dirección General o superior cuando se dicten en materia de personal; y *e)* los de los demás órganos y autoridades cuando una disposición legal o reglamentaria así lo establezca.

En el ámbito de la Administración local, el artículo 52 LRBRL, otorga tal consideración a: *a)* los actos del Pleno, los Alcaldes o Presidentes y las Juntas de Gobierno, salvo en los casos excepcionales en que una Ley sectorial requiera la aprobación ulterior de la Administración del Estado o de la Comunidad Autónoma, o

cuando proceda recurso ante éstas en los supuestos del artículo 27.2; b) los actos de autoridades y órganos inferiores en los casos en que resuelvan por delegación del Alcalde, del Presidente o de otro órgano cuyas resoluciones pongan fin a la vía administrativa; y c) los actos de cualquier otra autoridad u órgano cuando así lo establezca una disposición legal. Por su parte, la LAULA establece también cuándo los actos de las llamadas entidades locales autónomas (que, recuérdese, son aquí, las prototípicas entidades inframunicipales) agotan la vía administrativa o son recurribles ante órganos del respectivo municipio.

Con respecto a la Administración institucional, hay que estar, en lo concierne a los Organismos Públicos adscritos a la Administración General del Estado, a lo que dispone el artículo 114.2.d) LPAC y a las numerosas excepciones determinadas por el artículo 82 de la Ley 50/1998, de 30 de diciembre; por lo concerniente a la Administración Institucional de la Junta de Andalucía, debe tenerse en cuenta lo dispuesto en los artículos 64 y 115 LAJA. Para las Universidades lo determina el artículo 6.4 LOU. Y respecto a las Corporaciones sectoriales de Derecho público remitimos a lo expuesto en la lección 14 del Tomo I.

No obstante, algunas leyes sectoriales establecen reglas especiales en materias determinadas.



9. ACTOS FIRMES

En varias ocasiones la Ley habla de actos firmes o de firmeza de los actos administrativos. Así, en los artículos 106.4, 113, 112.1, 125 LPAC; y en el artículo 29.3.d LRJSP. También se habla de actos firmes en el artículo 28 LJCA y en otras leyes a diversos efectos.

Se dice que un acto administrativo es firme cuando, aunque era

inicialmente recurrible, por circunstancias posteriores a su producción, ya no cabe recurso contra él. Por tanto, ningún acto administrativo es por sí y desde el principio firme, sino que se convierte en firme; o sea, deviene firme o, como suele decirse, adquiere, gana o alcanza firmeza.

A ese respecto hay una diferencia entre acto administrativo firme y sentencia firme: hay algunas sentencias que son irrecurribles desde que se dictan y que, por tanto, son firmes desde su origen; por el contrario, los actos administrativos (salvo que sean de mero trámite) son siempre inicialmente recurribles por alguna vía de modo que nunca son firmes desde el principio, sino que sólo se convierten en firmes por circunstancias posteriores.

Las circunstancias posteriores por las que un acto administrativo se convierte en firme son éstas: *a)* el acto no fue recurrido en el plazo establecido para interponer el recurso procedente; *b)* el acto fue recurrido en vía administrativa pero se resolvió negativamente sin que contra esta resolución se interpusiera en plazo el recurso contencioso-administrativo; y *c)* el acto fue recurrido incluso en vía contencioso-administrativa, pero se produjo sentencia desestimatoria irrecurrible desde el principio o por el transcurso del plazo para recurrirla. Se comprende con lo dicho que la interposición en plazo del recurso procedente impide que el acto gane firmeza en tanto que no se resuelva el recurso.

Como el acto puede devenir firme por no interponerse los recursos procedentes se habla también de «acto consentido» (es tácitamente consentido precisamente por esa falta de recurso). Así que el acto consentido es en realidad un tipo —el tipo más normal— dentro de la categoría de actos firmes.

En principio, se dice que un acto es firme (firme sin más, firme a secas) cuando no es susceptible de recurso administrativo ni contencioso-administrativo.

Pero en algunos casos las leyes hablan de actos firmes en la vía administrativa. Entonces parece que hay que entender que se trata de actos que ya no son susceptibles de recurso administrativo aunque sí de recurso contencioso-administrativo. Se trata de un concepto equívoco y quizá desafortunado.

Por otra parte, podría pensarse que el acto administrativo firme es ya absolutamente inatacable. Pero ello no es del todo exacto.

Por ejemplo, pueden ser objeto del recurso extraordinario de revisión que los artículos 113 y 125.1 LPAC dicen exactamente que procede «contra los actos firmes en vía administrativa». Asimismo los actos firmes pueden ser objeto muchas veces de las distintas formas de revisión que regulan los artículos 106 ss. LPAC. Así, quizá sea más exacto decir que los actos administrativos firmes son aquellos contra los que ya no caben los recursos ordinarios pero sí otras vías de impugnación.

Los actos firmes no pueden ser confundidos con los resolutorios ni con los que ponen fin a la vía administrativa, que potestativamente son susceptibles aún de recurso de reposición y, en todo caso, de recurso contencioso-administrativo.

Aclaremos por último que, como el silencio administrativo negativo no es propiamente un acto y que, además, es en todo momento recurrible (según se explicó en la lección posterior), no puede dar lugar en ningún caso a firmeza.

10. ACTOS ORIGINARIOS Y CONFIRMATORIOS

El artículo 28 LJCA declara inadmisibles los recursos contencioso-administrativos que tengan por objeto un acto confirmatorio de acto consentido. Acto confirmatorio es aquel que se limita a reproducir o confirmar otro dictado sobre el mismo asunto, idénticos sujetos e iguales pretensiones. Acto originario es, en cambio, el que pone fin a un procedimiento que se plantea por vez primera. La justificación de esta categoría de acto, que permite invocar una excepción procesal, es evitar que quien no recurrió un acto en tiempo —y con su inacción determinó la firmeza del acto— pueda reabrir los plazos de impugnación reiterando su petición en los mismos términos en que originariamente fue realizada.

La STS de 26 de mayo de 2000 sintetiza bien los requisitos para que pueda hablarse de acto confirmatorio: «[...] identidad de contextos, que se trate de los mismos hechos y argumentos y que el acto dictado últimamente no amplíe o restrinja el inicialmente adoptado en su contenido y fundamento». Esto es, que «el segundo acto o decisión administrativa no represente la más mínima novedad del anterior, del que debe constituir una simple reiteración. La identidad de ambos acuerdos debe ser absoluta para poder entender que revela un aquietamiento con una decisión administrativa anterior, aunque no se exija la coincidencia literal entre el primer acto y el segundo».

En puridad, esta categoría del acto confirmatorio se encuentra muy entrelazada con la del acto firme y consentido, lo que explica que todas ellas se contemplen como excepciones de inadmisibilidad al recurso contencioso-administrativo (art. 28 LJCA). Como resalta Sánchez Morón, la excepción procesal del artículo 28 LJCA se aplica igualmente cuando al socaire de la impugnación de un acto *derivado* de otro firme y consentido o de *ejecución* de éste, se pretenda reabrir la posibilidad de impugnación

del acto inicial u originario.

11. LOS ACTOS POLÍTICOS O DE GOBIERNO

Bajo la controvertida figura de los actos políticos o de gobierno, la temprana jurisprudencia del Consejo de Estado francés caracterizó una serie de actos, que tenían que ser excluidos del control contencioso-administrativo por haberse dictado con un «móvil político», noción que en la vocación originaria de esta jurisprudencia abrazaba todos aquellos actos que dictasen los gobernantes y que tuviesen que ver o se relacionasen con la extinción del régimen napoleónico y con los cambios y pugnas políticas que sucedieron al mismo (*arrêt Laffite* de 1 de mayo de 1822 sobre supresión de una renta vitalicia a la hermana de Napoleón). Sin embargo, los perfiles inicialmente amplios de esta doctrina del móvil político fueron objeto de una importante y progresiva poda por parte del propio Consejo de Estado, quien, a partir de su importante *arrêt Prince Napoléon* de 19 de febrero de 1875 (referido al cese como general de división del príncipe Jerónimo Napoléon), redujo las dimensiones del acto político a una serie concreta y cerrada de materias (las relaciones internacionales, las relaciones constitucionales del Ejecutivo con los demás poderes del Estado y las cuestiones de gracia y amnistía), que son las que lucen en la actualidad en el Derecho francés.

Nuestro ordenamiento jurídico asimiló sin grandes esfuerzos la doctrina del móvil político. Aunque la Ley Santamaría de Paredes no aludía expresamente a los actos políticos, su amplia exclusión con respecto al conocimiento de los actos discrecionales englobaba los actos dictados con un móvil político, dando lugar a una jurisprudencia excesivamente generosa en la categorización de estos actos. Sí aludía, en cambio, a los actos políticos, la LJCA de 1956, cuyo artículo 2.b) excluía del conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa, «las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, seguridad interior del Estado y mando y organización militar». Pese al reconocimiento legal de tal exención, la jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo progresivamente fue delimitando y restringiendo notablemente los términos de dicha exclusión (sólo los actos del *Gobierno* referidos «a asuntos trascendentes dentro del ámbito general»), hasta llegar a entender, tras la aprobación de la Constitución, que dicho artículo 2.b) LJCA había devenido derogado por ésta (STS de 28 de junio de 1993 y varias de 4 de abril de 1997).

El arrumbamiento definitivo de la vieja doctrina del acto político se ha producido entre nosotros con la vigente LJCA de 1998, la cual considera contradictorio con la «cláusula regia del Estado de Derecho», concretada en el sometimiento pleno de todos los poderes públicos al ordenamiento jurídico, que el ordenamiento delimitase «genéricamente un ámbito en la actuación del poder ejecutivo regido sólo por el Derecho constitucional, y exento del control de la jurisdicción contencioso-administrativa». De este modo, su artículo 2 sujeta al conocimiento de la jurisdicción

contencioso-administrativa «la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos».

De este modo, incluso con respecto a aquellos actos que en su fondo reflejen decisiones de hondo calado político que sólo puedan resultar controlables por otras instancias —jurisdiccionales o políticas— distintas de la jurisdicción contencioso-administrativa, ésta devendrá, sin embargo, competente para escudriñar y controlar los posible elementos reglados que el acto pueda contener y para «comprobar también si en cuanto al fondo se da ese contenido político no controlable» (Bocanegra). Pues, como enfatiza el artículo 29.3 LG, «los actos del Gobierno y de los órganos y autoridades regulados en la presente Ley son impugnables ante la jurisdicción contencioso-administrativa, de conformidad con lo dispuesto en la Ley reguladora». Fiel a estas premisas, la jurisprudencia contencioso-administrativa, a la vez que ha ponderado el menoscabo que pueden experimentar los derechos fundamentales cuando entran en contacto con otros intereses públicos (SSTS de 4 de abril de 1997 sobre la desclasificación de los papeles del CESID), ha controlado asimismo el que en determinados actos se diesen efectivamente las condiciones y requisitos reglados exigibles legalmente en actos como el otorgamiento de un indulto (STS de 20 de febrero de 2013), la convocatoria de elecciones (STS de 15 de julio de 1997), el nombramiento del Fiscal General del Estado (STS de 28 de junio de 1994).

Sin embargo, frente a lo que acaba de decirse, hay que reseñar aquí que la STC 83/2016, de 28 de abril, parece resucitar de algún modo la arrumbada doctrina del acto político para calificar al Acuerdo del Consejo de Ministros de 14 de diciembre de 2010, mediante el que se solicitó al Congreso de los Diputados autorización para prorrogar en sus propios términos el estado de alarma declarado para la normalización del servicio público esencial del transporte aéreo por el RD 1.673/2010, de 4 de diciembre. La citada decisión del Tribunal Constitucional, que desestima el amparo solicitado contra el Auto del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011, inadmitiendo el recurso contencioso-administrativo contra el citado Acuerdo del Consejo de Ministros, declara, con recordatorio de su jurisprudencia anterior, que el «referido Acuerdo, que no tiene otra virtualidad que la de activar el procedimiento de solicitud por el Gobierno al Congreso de los Diputados de la autorización para prorrogar el estado de alarma, cuyo contenido y efectos se circunscriben y se agotan en el estricto ámbito de las relaciones entre ambos órganos constitucionales». Al mismo tiempo, deniega el amparo solicitado tanto contra el RD 1.673/2010 (que declaró el estado de alarma), como sobre el RD 1.717/2010, de 17 de diciembre, por el que se prorrogó, por entender que, al tomar conocimiento de los mismos el Congreso de los Diputados, adquirirían la naturaleza de «actos con fuerza o valor de Ley», de conocimiento reservado al Tribunal Constitucional y, por tanto, sustraído a la jurisdicción contencioso-administrativo (salvo en lo que dicta relación con sus respectivos actos de aplicación).

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MÁS, M. J.: «La modulación del acto consentido en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional», *REDA*, n.º 103 (2009).
- ARCENEGUI, I.: «Modalidades del acto administrativo», *RAP*, n.º 84 (1977).
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: *Concepto y régimen jurídico del acto administrativo comunitario*, IVAP, 1998.
- BALLBÉ, M.: «Actos administrativos», *NEJ*, Seix, 1950.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *La teoría del acto administrativo*, Iustel, 2005.
- *Lecciones sobre el acto administrativo*, Thomson-Reuters, 2012.
- BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J.: «Los actos administrativos transnacionales», *RAP*, n.º 177 (2008).
- BOQUERA OLIVER, J. M.^a: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 1988.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La desviación de poder*, Civitas, 2004.
- DESDENTADO DAROCA, E.: «La motivación de los actos administrativos y su control. Reflexiones críticas sobre las últimas orientaciones», *RVAP*, n.º 84 (2009).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Silencio negativo, actos firmes y actos confirmatorios», *RAP*, n.º 53 (1967).
- FERNANDO PABLO, M. DE: *La motivación del acto administrativo*, Tecnos, 1993.
- GALLEGO ANABITARTE, A., y MENÉNDEZ REXACH, A.: *Acto y procedimiento administrativo*, Marcial Pons, 2001.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Los actos administrativos*, Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ RIVAS, J. J.: *Estudio jurisprudencial del acto administrativo*, Comares, 1989.
- HUERGO LORA, A.: «Irrecurribilidad de los actos confirmatorios y reproducción y prescripción de derechos», *REDA*, n.º 104 (1999).
- MARTÍN DELGADO, I.: «Naturaleza, concepto y régimen jurídico de la actuación administrativa automatizada», *RAP* n.º 180 (2009).
- MARTÍN MATEO, R.: «Actos tácitos y actividad autorizante», *REDA*, n.º 4 (1975).
- MODERNE, F.: «Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado», *REDA*, n.º 4 (1975).
- NAVARRO GONZÁLEZ, R.: *La motivación de los actos administrativos*, Aranzadi, 2017.
- PAREJO ALFONSO, L.: «Algunas reflexiones sobre la vigencia de la noción de acto administrativo en el Derecho Administrativo español», *Homenaje a Cosculluela*.
- REBOLLO PUIG, M.: «La presunción de validez», *REDA*, n.º 128 (2005).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Muerte y transfiguración de la desviación de poder: sobre las sentencias anulatorias de planes urbanísticos», *RAP*, n.º 195 (2014).
- VELASCO CABALLERO, F.: *Las cláusulas accesorias del acto administrativo*, Tecnos, 1996.
- «El acto administrativo: concepto, clases y contenido», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- VILLAR EZCURRA, J. L.: «Los actos administrativos de trámite: el acto reiterativo y la indefensión del particular», *RAP*, n.º 86 (1978).

VILLAR PALASÍ, J. L.: «La doctrina del acto confirmatorio», *RAP*, n.º 8 (1952).

* Por Mariano LÓPEZ BENÍTEZ. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695.

LECCIÓN 3

LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO^{*}

I. ACTO ADMINISTRATIVO VICIADO, ANTIJURÍDICO E INVÁLIDO

Los actos administrativos deben ser plenamente conforme con el ordenamiento jurídico. Y deben de serlo en todos sus elementos, que hemos analizado en la lección anterior: no sólo en su contenido, sino también en su fin, en el procedimiento seguido, en el momento en que se ha dictado, en la competencia del órgano que lo ha dictado, etc.

No se trata sólo de los aspectos jurídicos del acto, esto es, de su concreta aplicación de normas, sino también de sus elementos fácticos que, claro está, repercuten en los jurídicos. Así, una sanción por exceso de velocidad será contraria al ordenamiento no ya sólo porque se dicte por órgano incompetente o sin seguir el procedimiento o aplicando equivocadamente un precepto..., sino también si realmente no hubo tal exceso de velocidad o no incurrió en él la persona a la que se sanciona, etc. Es más, estos aspectos fácticos son normalmente los más importantes y discutidos.

En cuanto alguno de sus elementos no sea tal y como lo quiere el ordenamiento se dice que el acto administrativo tiene un vicio (vicio de fondo o de forma, de procedimiento, de competencia, etc.) y que el acto está viciado. Igualmente puede hablarse de acto ilegal o, mejor, puesto que no se trata sólo de su contradicción con la ley sino con el ordenamiento jurídico, de acto ilícito o antijurídico.

El mismo ordenamiento establece distintas consecuencias ante los actos administrativos ilícitos: puede que establezca que la Administración deba indemnizar a quien haya sufrido daños por el acto viciado; o que prevea la responsabilidad disciplinaria o hasta penal de la autoridad o funcionario que ha llevado a incurrir en el vicio...

Pero, entre otras cosas, y es lo que aquí nos interesa, puede prever su

invalidéz; esto es, puede privar al acto administrativo de su fuerza jurídica normal —la que le corresponde según las previsiones generales del ordenamiento y según el concreto contenido de la declaración en que consiste— y hacerlo precisamente por ser contrario al ordenamiento jurídico; es decir, por no ser como el ordenamiento quiere que sea. En la medida en que esto ocurra, el acto administrativo viciado (o sea, ilícito o antijurídico) será un acto inválido.

II. GRADOS DE INVALIDEZ E IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES

1. DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD, ANULABILIDAD E IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES EN LA LPAC

En la LPAC aparecen dos formas o grados de invalidez, a saber, la nulidad de pleno derecho (art. 47.1) y la anulabilidad (art. 48.1). Más aún: todos sus artículos 47 a 52 aparecen bajo el rubro: «Nulidad y anulabilidad». Por otro lado, se deduce que hay actos que, aunque con ciertos vicios, no serán inválidos, o sea, ni nulos ni anulables (art. 48.2 y 3). En este último caso se habla de irregularidades no invalidantes.

2. SUPUESTOS DE NULIDAD DE PLENO DERECHO

Los supuestos de nulidad de pleno derecho son los que concretamente dice la Ley. Se aborda en el artículo 47.1 LPAC que importa reproducir y retener.

«Artículo 47. *Nulidad de pleno derecho.*—1. Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes:

a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.

b) Los dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.

c) Los que tengan un contenido imposible.

d) Los que sean constitutivos de infracción penal o se dicten como consecuencia de ésta.

e) Los dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

f) Los actos expresos o presuntos contrarios al ordenamiento jurídico por

los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición.

g) Cualquier otro que se establezca expresamente en una disposición de rango de Ley».

Se prevé otra causa de nulidad en su artículo 37.2 para los actos que vulneren un reglamento. Esta innovación es de acierto más que dudoso porque da una amplitud desmesurada a los supuestos de nulidad. Pero es que, además, parece absurdo que sean nulos los actos contrarios a un reglamento y no los contrarios a una ley o a la misma Constitución; entonces cabría pensar que también son nulos los actos contrarios a las leyes y a la Constitución; y si esto se acepta la nulidad sería ya amplísima y casi no quedaría espacio para la anulabilidad.

Entre esos otros supuestos de nulidad a que se refiere el punto g) establecidos por las leyes son destacables por su carácter más general éstos: 1.º el establecido en el artículo 103.4 LJCA a cuyo tenor «serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento»; 2.º el establecido en el artículo 46 LGP según el cual son nulos de pleno derecho los actos y reglamentos que entrañen compromisos de gasto o adquisición de obligaciones por cuantía superior a los créditos establecidos en los estados de gastos de los presupuestos.

Pero hay otros casos dispersos en diversas leyes. Así, el artículo 9 de la Ley de Costas dice que son nulos de pleno derecho los actos administrativos que permitan la existencia de propiedad privada en la zona marítimo-terrestre. Igualmente el artículo 55 TRLS dice que «serán nulos de pleno derecho los actos administrativos... que se dicten con infracción de la ordenación de las zonas verdes o espacios libres». También las leyes autonómicas pueden prever nuevos supuestos de nulidad; por ejemplo, en la Ley de Ordenación Urbanística de Andalucía, artículos 52.1.A), 68.2 y 169.5.

Por tanto, los supuestos de nulidad están tasados. Además, según la jurisprudencia, deben interpretarse restrictivamente. Pero son extensos y cualquier norma con rango de ley (Ley, Decreto legislativo, Decreto-Ley, estatal o autonómica) los puede ampliar con gran libertad.

Acaso merezca crítica la amplitud de la nulidad en el Derecho Administrativo español (máxime con el artículo 37.2 LPAC). Pero esta amplitud de las causas de nulidad del acto administrativo es un dato incuestionable de nuestro Derecho positivo que a este respecto se diferencia de otros. No sólo se diferencia de la solución tradicional del Derecho Civil, que reservaba la nulidad para los actos, negocios y contratos con vicios intrínsecos y esenciales, sino también de la acogida por el Derecho Administrativo de otros países. Por ejemplo, en Alemania sólo son nulos los

actos administrativos cuando incurren en una infracción del ordenamiento especialmente grave y manifiesta. Ésa es la causa de nulidad de pleno derecho según la ley alemana: aunque completa esa cláusula general con la especificación de algunos supuestos concretos de infracción grave y manifiesta y aunque también señala otros que nunca se considerarán nulos, lo esencial es que haya esa infracción grave y manifiesta. Frente a esta solución alemana, que es similar a la de otros ordenamientos, el Derecho español opta por otra muy distinta: de ninguna forma podrá decirse aquí que sólo son nulos de pleno derecho los actos con infracción grave y manifiesta del ordenamiento. Si acaso, alguno de los supuestos de nulidad del artículo 47.1 LPAC reflejan esa misma idea, pero hay otros muchos casos de nulidad en que en absoluto habrá infracción manifiesta ni, tal vez, grave. Por el contrario, puede haber actos con infracción manifiesta y grave de la Constitución o de leyes que sean de meramente anulables. Es importante notarlo porque es una premisa relevante para comprender el régimen de la nulidad y de la anulabilidad de los actos administrativos en el Derecho Español que, por ello, tampoco puede ser igual que el establecido en Alemania.

3. SUPUESTOS DE IRREGULARIDADES NO INVALIDANTES

Según el artículo 48.2 LPAC, «el defecto de forma sólo determinará la anulabilidad cuando el acto carezca de los requisitos formales indispensables para alcanzar su fin (lo que es un supuesto extremo muy inusual) o dé lugar a indefensión de los interesados». De donde se deduce que los defectos formales (esto es, tanto los que se refieren a la expresión formal de la declaración como a los del procedimiento seguido) no serán causa ni siquiera de anulabilidad en muchos casos: siempre que tengan los requisitos formales mínimos para alcanzar su fin y no causen indefensión a los interesados serán meras irregularidades no invalidantes.

Y el artículo 48.3 LPAC dice: «La realización de actuaciones administrativas fuera del tiempo establecido para ellas sólo implicará la anulabilidad del acto cuando así lo imponga la naturaleza del término o plazo». De la misma redacción legal se desprende que lo raro es que la actuación administrativa extemporánea determine la anulabilidad. Lo normal, pues, es que la extemporaneidad sea una irregularidad no invalidante.

El que sean defectos o vicios no invalidantes no significa que sean irrelevantes: puede, por ejemplo, que den lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración o que supongan una infracción del funcionario responsable, etc. Pero, por lo que ahora interesa, no suponen ni nulidad ni anulabilidad y, por tanto, un recurso que pretenda la invalidez de un acto basándose en tales vicios será desestimado.

Otra posible irregularidad no invalidante se deduce del artículo 23.4 LRJSP, que ya analizamos en la lección 1: caso de que la intervención de quien debió abstenerse no determine la invalidez del acto dictado, estaríamos ante una de las irregularidades no invalidantes. Lo que tampoco en este caso supone que no tenga consecuencias: daría lugar a la responsabilidad de quien no observó su deber de abstención, como también se vio allí.

Con estas irregularidades no invalidantes se rompe la secuencia «acto antijurídico-acto inválido» pues habrá actos antijurídicos (con algún defecto) que, no obstante, son válidos.

4. SUPUESTOS DE ANULABILIDAD

Dispone el artículo 48.1 LPAC que «son anulables los actos de las Administraciones que incurran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder». Prescindiendo de esta alusión particularizada a la desviación de poder, que obedece a razones históricas y que acaso sea hoy innecesaria, lo que ahora hay que resaltar es que la anulabilidad está establecida como la regla general para los actos viciados: son causas de anulabilidad todas las infracciones del ordenamiento jurídico que no estén expresamente previstas como causas de nulidad ni como irregularidades no invalidantes. La vulneración material de la Constitución o de una ley o de un reglamento..., incluso aunque sean evidentes y graves, son causas de anulabilidad salvo que entren en alguno de los casos de nulidad. Ciertamente que no son reducidos los vicios de nulidad ni los casos de irregularidades no invalidantes, pero, en cualquier caso, la anulabilidad es la regla general.

III. RÉGIMEN DE LA NULIDAD Y DE LA ANULABILIDAD

1. EL PUNTO DE PARTIDA: DISTINCIÓN ENTRE NULIDAD Y ANULABILIDAD EN LA TEORÍA CLÁSICA

Pero, aceptado que hay dos grados de invalidez, ¿en qué se diferencian? O sea, suponiendo que un acto tenga un vicio invalidante, ¿qué trascendencia tiene decir que el vicio es de nulidad o de anulabilidad? ¿Qué importa decidir si el acto es nulo o anulable?

Por ejemplo, si llegamos a la conclusión de que el acto fue dictado por órgano incompetente, ¿qué importa que se trate de una incompetencia manifiesta por razón de la materia o del territorio —determinante de nulidad, como hemos visto— o de otra incompetencia determinante de mera anulabilidad? Y si se trata de un vicio de procedimiento, ¿qué importa que entrañe su falta total y absoluta y, por ende, su nulidad, o de un defecto menos grave determinante sólo de anulabilidad?

En realidad, las diferencias entre nulidad y anulabilidad del acto administrativo no son demasiado grandes en nuestro actual Derecho Administrativo, menores que las que le atribuía la teoría clásica de la invalidez en el Derecho Civil o de las que se mantienen en el Derecho Administrativo de otros países.

En aquella teoría clásica se reservaba la nulidad de pleno derecho para los actos con defectos intrínsecos en sus elementos esenciales de tal gravedad que para el Derecho es como si no existieran. Por eso el acto nulo, según esta teoría, no puede tener efectos: ninguno, nunca y para nadie. Es la consecuencia indefectible de partir de que jurídicamente no hay tal acto. Con tal premisa, ninguna opción tiene la ley: ante el supuesto de hecho de un acto que no es jurídicamente tal, aunque presente esa apariencia, no puede menos que disponer su total carencia de valor, de fuerza, de eficacia. Con ese punto de partida, las consecuencias son, no ya lógicas, sino ineludibles. El aforismo *quod nullum est nullum effectum producit* se convierte así en mucho más que expresión de un régimen legal: es una especie de conclusión inexorable que la teoría clásica lleva hasta sus últimos extremos. Y así todos pueden seguir actuando como si el acto nulo, aunque su nulidad no haya sido declarada, no se hubiera producido.

Todos los aspectos del régimen de la nulidad son sólo concreciones de esta no producción de ningún efecto: por eso nunca se podrá convalidar ni por el paso del tiempo (la nulidad es imprescriptible: *quod ab initio vitiosum est tractu temporis convallescere non potest*) ni por ninguna otra causa (*quod nunquam fuit, convallescere non potest*), ya sea por reparar su defecto (insubsanable) o por voluntad de los afectados (imposibilidad de confirmación y de ratificación, irrenunciabilidad de la acción); por eso lo es para todos (*erga omnes*); por eso comporta una ineficacia *ab initio*, esto es, que desde el principio y sin necesidad de declaración ya no tiene efectos jurídicos, o sea, fuerza de obligar, de manera que todos se pueden comportar como si no hubiera acto; por eso, la nulidad de un acto, aun no declarada, supone la invalidez de los posteriores que tengan fundamento en aquél (*titulus invalidus non potest aliquem effectum validum operari*); por eso opera automática e inmediatamente (*ipso iure*) y no necesita que haya sido pronunciada por el juez (no es *ope iudicis* sino *ope legis*); por eso las sentencias que la pronuncian son sólo declarativas, no constitutiva; y por eso, finalmente, la nulidad escapa a los normales

condicionamientos procesales —como los de justicia rogada y principio dispositivo, congruencia de las sentencias y hasta el principio de contradicción— de forma tal que, no sólo la pueda alegar cualquier interesado en cualquier trámite y posición procesal (desde luego, también como demandado mediante excepción procesal y sin que ello se considere reconvención), sino que incluso puede ser apreciada *ex officio* por el juez sin ni siquiera exigir que estén en el proceso todos los afectados por el acto (sin litisconsorcio pasivo necesario).

De todo esto resulta un régimen completo de la nulidad de pleno derecho con una serie de características inseparables: todas van juntas; si se da una, se dan todas. Son inescindibles porque todas derivan de la misma idea —el acto nulo es como si no existiera— y, en ese contexto, cada una de ellas arrastra las demás. Si hay nulidad se dará el régimen de la nulidad de pleno derecho con todos sus aditamentos y consecuencias, todas ellas consideradas esenciales al concepto, sin que, según esta teoría clásica que estamos exponiendo, quepa su relativización. De esta forma, la nulidad es siempre de pleno derecho, absoluta, o sea, *erga omnes*, radical, es decir, *ab initio* y *ex tunc*, *ipso iure* y *ope legis*, y puede ser apreciada de oficio, es imprescriptible e insubsanable. Hasta tal punto es así, que se entienden sinónimas las expresiones de nulidad de pleno derecho, absoluta y radical.

Por el contrario, se considera que la anulabilidad es más bien una creación legal de modo que también la ley es más libre para configurar su régimen. Pero, por su contraposición a la nulidad de pleno derecho, se ha tendido a atribuirle una serie de características que suelen ser el reverso de las que se predicen de aquélla: el acto anulable es inicialmente válido y producirá efectos si quien puede invocar el vicio no lo hace; sólo se puede alegar la anulabilidad por determinados sujetos (no por cualquiera ni es apreciable de oficio) y en determinados plazos (pasados tales plazos prescribe); se puede convalidar por subsanación; necesita ser acordada de modo que las sentencias que la declaran son constitutivas; etc.

No obstante, esa oposición tajante entre nulidad y anulabilidad no se da en lo que se refiere a sus consecuencias: en ambos casos no sólo se negarán al acto inválido sus efectos para el futuro, sino que se tenderá a deshacer los ya producidos; es decir, tanto la declaración de nulidad como la anulación tienen, según la teoría clásica del Derecho Civil, efectos retroactivos (*ex tunc*, no *ex nunc*). Esto, desde luego, es cierto en caso de nulidad, pero también de anulabilidad: aunque el acto anulable es inicialmente válido y produce lícitamente efectos, si finalmente es anulado perderá todos sus efectos, no sólo los futuros, sino también los pasados, de manera que se tenderá a aniquilar los ya producidos.

El Derecho Administrativo hereda esa construcción pero, al menos en

España, la modifica sustancialmente. Sobre todo suaviza el régimen de la nulidad y, por tanto, relativiza sus diferencias con la anulabilidad. Seguramente cabe decir que esto es congruente con la amplitud dada a las causas y supuestos de nulidad: ya que, como hemos visto, aquí no son nulos únicamente los actos administrativos que presentan vicios graves, intrínsecos, esenciales y evidentes, sino que la nulidad tiene mayor extensión, es lógico que su régimen no sea tan severo como el que le atribuía la teoría clásica. Veamos esa relativización.

2. NULIDAD Y ANULABILIDAD FRENTE A LA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA

Por lo pronto, y esto es crucial, la autotutela administrativa, empezando por la presunción de validez de los actos administrativos, que beneficia también a los actos nulos, matiza sustancialmente la ineficacia *ab initio* que predica la teoría clásica de la nulidad: en tanto no se declare la nulidad o se anule, el acto administrativo se presumirá válido, será ejecutivo y, en su caso, susceptible de ejecución forzosa, de modo que nadie, ni siquiera ante el acto nulo de pleno derecho, podrá actuar simplemente como si no existiera. Tendrá que impugnarlo y, mientras esa impugnación no termine con éxito, el acto, en principio, incluso el aquejado de vicios de nulidad, sigue siendo presumido válido, ejecutivo y susceptible de ejecución forzosa.

Por ello, aunque lo que se impugne sea un acto nulo de pleno derecho, para que el acto cese en sus efectos habrá que obtener, entretanto se declara su nulidad, su suspensión. No hay excepción en nuestro Derecho para el acto nulo: no la hay cuando se recurre en vía contencioso-administrativa (arts. 129 ss. LJCA) ni cuando se procede a su revisión de oficio (art. 108 LPAC) ni cuando es objeto de recurso administrativo (art. 117 LPAC). Es cierto que en este último caso se establece una regla proclive a la suspensión del acto nulo [art. 117.2.b) LPAC]. Pero ello, además de resultar en la práctica poco operativo, no hace sino demostrar que también el acto nulo necesita suspensión para que cesen sus efectos y que, por tanto, si no se acuerda la suspensión, también el acto nulo produce efectos.

Por tanto, la real pérdida de valor y fuerza del acto administrativo inválido, incluido el nulo, dependerá de que se declare nulo o sea anulado (o eventual y transitoriamente sea suspendido) por las vías que correspondan.

3. VÍAS PARA CONSEGUIR LA DECLARACIÓN DE NULIDAD Y LA ANULACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Afirmado que la pérdida de valor y fuerza del acto administrativo viciado depende de que se declare inválido (sea nulo o anulable), la cuestión es ésta, ¿hay distintas vías para imponer la nulidad y la anulabilidad? Respuesta: en nuestra legislación esas vías son iguales para la nulidad y para la anulabilidad (los mismos recursos administrativos y el mismo contencioso-administrativo) con una excepción que se produce en la llamada revisión de oficio.

En efecto, en los recursos administrativos se pueden alegar por igual los vicios de nulidad y los de anulabilidad sin ninguna diferencia.

Lo dice expresamente el artículo 112.1 LPAC: los recursos administrativos de reposición y alzada se podrán «fundar en cualquiera de los motivos de nulidad o anulabilidad previstos en los artículos 47 y 48 de esta Ley». Algunos recursos administrativos extraordinarios no se pueden fundar en cualquier vicio. Pero tampoco en estos casos la distinción se establece entre vicios de nulidad y de anulabilidad.

Asimismo, el recurso contencioso-administrativo también se puede fundar indistintamente en vicios de nulidad o de anulabilidad.

Más aún, no hay en la LJCA ninguna diferenciación entre unos u otros vicios ni vestigios siquiera de distinción alguna entre nulidad y anulabilidad que son categorías ignoradas en su regulación del proceso y de la sentencia. Ambos pueden alegarse indistintamente y conseguirán lo mismo. Son inequívocos sus artículos 70.2 y 71.1.a): la sentencia estimará el recurso contencioso-administrativo cuando el acto incurriera en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poner; en tal caso, la sentencia «anulará total o parcialmente» el acto recurrido.

Sólo hay que matizar esto en el sentido de que hay un proceso contencioso-administrativo especial para proteger los derechos fundamentales (arts. 114 a 122 LJCA) en el que sólo se puede alegar la violación de tales derechos, lo que coincide con una de las causas de nulidad [la del art. 47.1.a) LPAC]. Pero esto es irrelevante para el conjunto y no desmiente lo afirmado como regla general: en el contencioso-administrativo se alegan por igual y con idéntico resultado vicios de nulidad y de anulabilidad.

La excepción a esos cauces comunes está en la llamada revisión de oficio. A este respecto, los artículos 106 y 107 LPAC sí que distinguen entre nulidad y anulabilidad estableciendo cauces muy diferentes para la revisión según haya vicios de nulidad (art. 106) o de anulabilidad (art. 107).

De la revisión de oficio nos ocuparemos en la lección 6. Ahora digamos sólo que las diferencias que establecen esos artículos 106 y 107 LPAC son las que reflejan mejor la distinción entre nulidad y anulabilidad en nuestro Derecho. Con todo,

incluso respecto a la revisión de oficio, hay reglas comunes; los artículos 108 a 110 LPAC no vuelven a distinguir entre nulidad y anulabilidad; sobre todo es importante notarlo respecto al artículo 109.1 que se refiere a cualquier revocación de actos desfavorables.

El artículo 109.1 LPAC alberga distintas figuras y posibilidades que iremos viendo: puede ser cauce para revocar un acto desfavorable por motivos de oportunidad; puede serlo también para revocar un acto desfavorable con ilegalidad sobrevenida; y puede ser también un medio por el que la Administración declara la nulidad o anula sus actos desfavorables nulos o anulables con invalidez originaria. Esto último es lo que nos importa ahora. Pues bien, este artículo 109.1, otra vez, vuelve a tratar igual a actos nulos y a los anulables, siempre que sean desfavorables.

4. IGUALDAD DE NULIDAD Y ANULABILIDAD EN CUANTO A LOS SUJETOS QUE PUEDEN INVOCARLAS Y A SU APRECIACIÓN DE OFICIO

Recordábamos que según la teoría clásica los vicios de nulidad los puede alegar cualquier interesado e incluso pueden ser apreciados de oficio por el juez mientras que los de anulabilidad sólo pueden ser invocados por determinados sujetos (aquellos a quienes trata de proteger la norma violada) sin que puedan ser apreciados de oficio. Esta diferencia desaparece en Derecho Administrativo.

Tanto los vicios de nulidad como los de anulabilidad los puede invocar cualquiera que tenga legitimación y a este respecto las reglas de legitimación son las mismas en ambos casos.

Incluso cuando se establecen singularidades y se restringen o se aumentan los sujetos legitimados, ninguna de esas singularidades abonan distinción alguna entre nulidad o anulabilidad. Así: 1.º se admite que ciertos vicios de nulidad no pueden ser alegados por cualquiera (p. ej., la vulneración de derechos fundamentales la puede alegar el titular del derecho vulnerado) de modo que hay casos de nulidad que desde esta perspectiva se asemejan al régimen clásico de la anulabilidad; y 2.º cuando se consagra la acción popular, todos pueden alegar por igual vicios de nulidad o de anulabilidad de suerte que desaparece aún más radicalmente cualquier atisbo de distinción y cualquier resto de la teoría clásica.

Sí hay en el artículo 115.3 LPAC una diferencia concordante con las de la teoría clásica: «Los vicios o defectos que hagan anulable un acto no podrán ser alegados por quienes los hubieren causado». Late aquí una idea similar a la del artículo 1.302 CC que enumera una serie de vicios de anulabilidad que no pueden invocar quienes los produjeron. En Derecho Administrativo se recibe la misma idea aunque sólo es aplicable a los particulares que han originado la anulabilidad de un acto administrativo (p. ej., indujeron a error a la Administración), no a la propia Administración que sí que puede invocar los vicios originados por ella. Como ese artículo 115.3 LPAC se refiere sólo a los vicios de anulabilidad, sí que hay una

diferencia con la nulidad, y una diferencia que refleja las ideas clásicas. En cualquier caso, conste que esta limitación sólo es aplicable a los particulares que recurren actos administrativos, no a la propia Administración que, por la vía del artículo 107 LPAC, sí que puede alegar con éxito vicios de anulabilidad que ella misma haya causado.

En cuanto a la posibilidad de la apreciación de oficio del vicio por el órgano encargado de resolver un recurso, tampoco hay diferencias entre nulidad y anulabilidad.

Aclaremos que, por supuesto, en ningún caso un Tribunal puede de oficio empezar un proceso por su cuenta ante un acto administrativo que considere viciado sino sólo si un sujeto se lo pide (principio de justicia rogada). Se trata sólo de saber si, ante un recurso contencioso-administrativo interpuesto por algún sujeto legitimado contra determinado acto administrativo, puede el Tribunal apreciar de oficio vicios no alegados por aquél. La LJCA lo admite dentro de ciertos límites (arts. 33.2 y 65.2) pero, sin entrar en detalles (de lo que nos ocuparemos en la lección 12 al analizar la congruencia de las sentencias), lo que importa aquí es que a este respecto no se distingue entre vicios de nulidad y de anulabilidad: el Tribunal puede introducir en el debate procesal vicios no alegados por las partes; y puede hacerlo por igual sean de nulidad o de anulabilidad.

Menos todavía hay diferencias cuando se impugna el acto en vía administrativa: el órgano administrativo encargado de resolver tiene igual facultad de apreciar causas de nulidad y causas de anulabilidad no alegadas por el recurrente (art. 119.3 LPAC).

5. LA IMPRESCRIPTIBILIDAD DE LA NULIDAD Y SU RELATIVIZACIÓN

Por lo que se refiere a la imprescriptibilidad de la nulidad, aunque no desaparece, se matiza profundamente. Y es que cuando se recurre un acto nulo, igual que si es sólo anulable, hay que hacerlo en el plazo —bastante breve (uno o dos meses)— establecido para ello, plazo que es de caducidad y, por tanto, sin posibilidad de interrupción.

En caso contrario —o sea, si no se interpone recurso en plazo— el acto devendrá firme (art. 122.1, *in fine*, LPAC) de manera que no será susceptible de recurso ordinario como tampoco será recurrible el acto que sólo lo reproduzca o confirme (art. 28 LJCA). El recurso interpuesto fuera de plazo será inadmisibile: es decir, será rechazado sin entrar en el fondo del asunto. Y todo esto sucede no sólo en caso de actos anulables, sino también, por igual, en caso de actos nulos.

La imprescriptibilidad de la nulidad, no obstante, sí tiene otras consecuencias. Sobre todo se observan en la de la revisión de oficio de los actos nulos, que sí se puede producir «en cualquier momento» (art. 106.1 LPAC).

Lo veremos en su momento (lección 6). Adelantemos sólo que, pese a esa denominación de «revisión de oficio», el mismo artículo 106.1 admite que la puede solicitar cualquier interesado; y que ese mismo interesado, si no consigue en esa vía que la Administración declare la nulidad pretendida, podrá acudir después a pedirla ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Así que, en realidad, todo esto sí que da una vía seria para invocar la nulidad en cualquier momento, esto es, para su imprescriptibilidad.

Hay quizás otras posibles consecuencias de la imprescriptibilidad de la nulidad que no chocan con los cortos plazos para interponer los recursos ordinarios (alegación de la nulidad como excepción procesal, alegación ante la jurisdicción penal, alegación para exigir la reparación de los daños causados por el acto nulo, etc.) pero son cuestionables y, en cualquier caso, no procede explicarlas aquí.

Lo que sí es cierto es que, pasados los fugaces plazos de recurso, los particulares no tendrán una acción para conseguir la anulación de los actos meramente anulables.

Para los actos anulables, por tanto, rigen sin matices los artículos 122.1, *in fine*, LPAC y 28 LJCA que cierran a los particulares la posibilidad de impugnar los actos anulables pasados los plazos de recurso. Sin embargo, la posición de la Administración es distinta. Ella no está sometida a los breves plazos de caducidad de los recursos: si se trata de actos anulables favorables tiene cuatro años para atacarlos por la vía del artículo 107.2 LPAC; y si se trata de actos anulables desfavorables puede hacerlo, según dice el artículo 109.1 LPAC, «mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción». Sea lo que fuere lo que signifique esta expresión (sobre la que se volverá en la lección 6, II), lo que es seguro es que la Administración, para utilizar esta vía del artículo 109.1 LPAC, no está sometida a los breves plazos de caducidad de los recursos.

6. LA NEGACIÓN DE EFECTOS PARA EL FUTURO Y LA DESTRUCCIÓN DE LOS EFECTOS YA PRODUCIDOS TANTO DEL ACTO NULO COMO DEL ANULABLE; SUS MODULACIONES

Sí puede decirse que, como en la teoría clásica del Derecho Civil, la sentencia o resolución administrativa que pronuncie la nulidad de un acto administrativo será meramente declarativa mientras que, si había vicio de anulabilidad, será constitutiva.

Se refleja esto en las palabras utilizadas por la LPAC. Así, en su artículo 51 se dice «el órgano que declare la nulidad o anule»: en el primer caso, simplemente declara la nulidad, que se supone que ya existía; en el segundo anula, o sea, convierte en nulo lo que no lo era por sí y, por tanto, su pronunciamiento es constitutivo. La LJCA prescinde de tales sutilezas —en realidad, intrascendentes— y sólo dice que,

de estimarse el recurso, la sentencia «anulará» el acto [art. 72.1.a)].

Pero su valor declarativo o constitutivo no tiene consecuencias prácticas: si no se impugna con éxito el acto inválido, todo transcurrirá como si fuese válido, tanto si aquél era nulo como si era anulable; y si se impugna con éxito —esto es, si se declara la nulidad o se anula el acto— las consecuencias serán las mismas pues en ambos casos, trátase de nulidad o de anulabilidad, se aspirará a que la realidad se restablezca como si el acto inválido no se hubiese producido; no sólo se niegan al acto sus efectos para el futuro, sino que se tiende a aniquilar los efectos producidos antes; o sea, tanto la nulidad como la anulabilidad tienen efectos retroactivos o *ex tunc* (no *ex nunc*).

Aunque hay cierta confusión doctrinal, es indudablemente así. Por ejemplo, si se trata de un acto por el que la Administración decide pagar a alguien mensualmente 1.000 euros, tanto su declaración de nulidad como su anulación supondrán no sólo que no se cobrarán las mensualidades futuras, sino que habrá que devolver lo cobrado entre que el acto empezó a producir efectos y su declaración de nulidad o anulación. Y si se trata de una expropiación, habrá que devolver la cosa expropiada y, en su caso, el justiprecio cobrado; y si de una licencia de obras ilegal no sólo no se podrá seguir construyendo, sino que habrá que demoler lo ya edificado; etc.

Todas estas consecuencias de la declaración de nulidad o de la anulación pueden ser a veces objeto de modulaciones por diversas razones para evitar sus resultados injustos o inconvenientes en el caso concreto.

Imagínese que, en virtud de una convocatoria de oposiciones ilegales, se constituye una comisión para evaluar a los candidatos y se nombra funcionario a uno de ellos que, en efecto, mientras se declara la nulidad o se anula aquella convocatoria, trabaja para la Administración durante un año. Aunque luego se declare o se anule, por mucho que se nieguen efectos a aquella convocatoria y a todos los actos que derivan de ella, lo cierto es que hay hechos que pueden tener consecuencias: el hecho de que los miembros de la comisión se reunieron y tuvieron gastos que habrá que abonarles (dietas); el hecho de que el nombrado ha trabajado efectivamente para la Administración durante un año y que ese trabajo merecerá alguna compensación (quizás equivalente al sueldo que hubiera correspondido de haber sido nombrado legalmente); tal vez sea posible que esa misma persona pueda alegar en el futuro como mérito su experiencia durante un año, etc. Piénsese en el supuesto de que se haya hecho ya una carretera sobre el terreno expropiado ilegalmente; o que el edificio construido con una licencia ilegal es ahora disfrutado por un tercero que lo compró sin poder conocer tal ilegalidad o que la demolición de la parte ilegal sea ahora imposible o muy inconveniente; etc. Quizás principios como los de seguridad jurídica, protección de la confianza legítima, prohibición del enriquecimiento injusto, continuidad de los servicios públicos..., con los valores que latan en ellos y que son

tan queridos para el ordenamiento jurídico como los lesionados por el acto inválido, puedan hacer que se moderen las consecuencias devastadoras de la nulidad y la anulabilidad: que no haya que devolver los euros cobrados, que no haya que devolver la finca expropiada, que no haya que demoler el edificio... y se busquen otras soluciones. La simple equidad puede aconsejarlo y justificarlo. Hasta puede llegar a aceptarse que esos mismos principios y valores lleven, no ya a moderar los efectos de la nulidad o de la anulabilidad, sino incluso a que no se declare la invalidez y a que el acto permanezca incólume. Lo demuestra el artículo 110 LPAC que se estudiará después (lección 6). Así, cabe concluir que es un principio general que la declaración de nulidad y la anulación de un acto deben conducir a la exclusión de todos sus efectos; pero que hay otros principios generales que en el caso concreto juegan en sentido contrario: entonces habrá que ponderar todos los principios en juego hasta alcanzar la solución concreta correcta.

Pero reconocido todo esto, hemos de subrayar aquí que esas moderaciones de las consecuencias aniquiladoras de la invalidez se producen al margen del régimen de invalidez y pueden darse por igual ante el acto con vicios de nulidad y de anulabilidad. Tampoco a este respecto, por tanto, hay diferencias entre uno y otro tipo de invalidez.

En esto se diferencian estos dos tipos de invalidez de los supuestos de extinción de la eficacia de los actos a partir de un determinado momento (que estudiaremos en la siguiente lección) que, por su propio significado, no ya por la ponderación de otros principios, no siempre niegan ni tratan destruir los efectos producidos con anterioridad. Tampoco los casos de ilegalidad e invalidez sobrevenida, a los que se aludirá de inmediato, tendrán normalmente los efectos *ex tunc* que hemos predicado aquí.

7. INVALIDEZ PARCIAL DE UN ACTO

Dispone el artículo 49.2 LPAC: «La nulidad o anulabilidad en parte del acto administrativo no implicará la de las partes del mismo independientes de aquélla salvo que la parte viciada sea de tal importancia que sin ella el acto administrativo no hubiera sido dictado».

La LJCA alude a ello cuando dice en su artículo 71.1.a) que la sentencia «anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido...». Así, en un acto puede haber varias declaraciones y puede suceder que el vicio afecte a una pero no a la otra u otras. Por ejemplo, el mismo acto impone a un sujeto una sanción, el pago de una indemnización a la Administración y la reposición de la realidad alterada: podría suceder que sólo fuese contraria al ordenamiento una de esas tres declaraciones y que las otras sean independientes de aquélla y puedan subsistir. O puede que se otorgue una autorización con condiciones y que sea lícita la autorización misma y no las condiciones o no todas las condiciones, de modo que se declare la nulidad o se anule

la parte contraria al ordenamiento y permanezca lo demás. También es posible que incluso en una sola declaración haya una parte lícita y un exceso ilícito: se impone a alguien el pago de 1.000 euros cuando debió imponérsele sólo el pago de 600; se otorga una concesión de ocupación del dominio público de 1.000 metros cuadrados cuando el máximo legal era de 600. También en estos casos podría pensarse en una invalidez parcial, sólo del exceso. Para decidir si se mantienen o no las partes no viciadas hay que analizar, según el precepto transcrito, si son independientes de las viciadas y si se habrían dictado sin la parte sí viciada. A este respecto habrá que analizar caso por caso teniendo en cuenta diversos factores, entre ellos si el acto era reglado o discrecional. En cuanto el contenido del acto sea reglado, lo lógico es que permanezca todo aquello que, no sólo no será ilícito, sino que, en realidad, venía impuesto por el ordenamiento. Si había discrecionalidad habrá que valorar predominantemente si tiene sentido y es adecuada al interés público la parte no afectada por el vicio.

Sea como fuere, obsérvese que esta posibilidad de invalidez parcial, tal y como la establece el artículo 49.2 LPAC, es idéntica ante vicios de nulidad y de anulabilidad.

Distinta de la invalidez parcial de un acto es la de la de alguno de los actos reflejados en el mismo documento (recuérdese lo que antes se dijo de los actos plúrimos): habrá invalidez de un acto y validez de todos los demás, no invalidez parcial de ninguno de ellos.

8. INVALIDEZ DE UN ACTO Y SU REPERCUSIÓN SOBRE OTROS RELACIONADOS

Dice el artículo 49.1 LPAC: «La nulidad o anulabilidad de un acto no implicará la de los sucesivos en el procedimiento que sean independientes del primero». *Sensu contrario*, sí implicarán la invalidez de los sucesivos en el procedimiento cuando dependan de aquél. Se completa ello en el artículo 51 LPAC: «El órgano que declare la nulidad o anule las actuaciones dispondrá siempre la conservación de aquellos actos y trámites cuyo contenido se hubiese mantenido igual de no haberse cometido la infracción».

Estos preceptos regulan de manera incompleta el problema de la repercusión de la declaración de nulidad o anulación de un acto sobre la validez de otros. Y es que están pensando sólo en los casos en que, declarado nulo o anulado un acto por vicios en el procedimiento, haya que repetir éste. Imaginemos un concurso-oposición en el que la fase de oposición consta de dos pruebas sucesivas y eliminatorias, una teórica y otra práctica; y supongamos que el nombramiento definitivo como funcionario del candidato vencedor se anula porque hubo vicios en la celebración de la prueba teórica. Parece que el artículo 51 LPAC permitirá conservar la convocatoria del concurso-oposición, la lista de admitidos y excluidos y todo lo relativo a la fase de

concurso con la puntuación de los méritos y el suspenso de los que no superaron el mínimo exigido. Todo ello, anterior a la comisión del vicio, es independiente del vicio y se habría desarrollado igual aunque no se hubiera incurrido en éste: por eso debe conservarse. Por el contrario, habrá que repetir la prueba teórica (quizá no la de todos los candidatos) puesto que allí se produjo el vicio. Y respecto a la prueba práctica, combinando lo que dicen los artículos 49.1 y 51, puede que haya que repetirla totalmente o que quepa conservarla en todo o en parte y que sólo haya que completarla para algún candidato que quedó ilegalmente excluido tras la teórica. Piénsese ahora en un procedimiento sancionador en el que tras su correcta iniciación y escrito de alegaciones, se negó ilegalmente la realización de todas las pruebas menos una, tras lo cual se emitió propuesta de resolución, se dio audiencia al interesado y se dictó resolución; ésta se anuló precisamente porque no se practicaron pruebas solicitadas y pertinentes: se podrá conservar todo lo anterior al vicio relativo a la prueba, incluso se podrá conservar la prueba que sí se practicó, pero habrá que repetir lo demás relativo a la prueba y todo lo posterior porque estará condicionado por el resultado de esas nuevas pruebas. Incluso, supóngase, que en cualquier momento se pidió certificado al registro correspondiente para saber si tenía antecedentes de otras infracciones: también este certificado se conservará porque su contenido no queda afectado por el vicio.

Nótese otra vez que, como expresamente dicen esos artículos 49.1 y 51 LPAC, esto se produce por igual sea el vicio de nulidad o de anulabilidad.

9. CONVERSIÓN DEL ACTO INVÁLIDO

Según el artículo 50 LPAC, «los actos nulos o anulables que, sin embargo, contengan los elementos constitutivos de otro distinto producirán los efectos de éste». El acto inválido se convertirá, pues, en otro acto válido. A este respecto tampoco hay diferencias entre acto nulo y anulable.

Por ejemplo, la comisión encargada de juzgar unas oposiciones hace nombramiento del aspirante mejor calificado, siendo así que sólo le compete hacer una propuesta de nombramiento. Este artículo 50 permite convertir aquel acto inválido de nombramiento en una mera propuesta, ésta sí válida. O se otorga una concesión para el uso del dominio público cuando lo legal era otorgar una autorización; o se nombra ilegalmente funcionario cuando procedía nombrar a esa misma persona como personal laboral de la Administración. Esta posibilidad de conversión de actos inválidos debe usarse con prudencia y normalmente dependerá de que el órgano competente para emitir el acto en que se convierte el viciado así lo quiera y declare. Pero ha habido algunos casos en que los mismos Tribunales han optado por, en vez de anular simplemente el acto impugnado e inválido, mantenerlo convertido en otro; v. gr., han mantenido el acto que imponía un deber como si fuera una sanción convirtiéndolo en un acto que imponía el mismo deber pero sin carácter sancionador.

10. CONVALIDACIÓN DEL ACTO INVÁLIDO

Se ocupa de ello el artículo 52 LPAC. Dice su apartado 1: «La Administración podrá convalidar los actos anulables, subsanando los vicios de que adolezcan». Se trata de la convalidación por subsanación, esto es, por reparación del vicio producido. El mismo artículo 52 cita dos casos concretos: si el vicio es el de incompetencia jerárquica la convalidación la podrá realizar el superior competente con una declaración de voluntad en que hace suyo el acto del inferior (apartado 3); si el vicio consiste en la falta de autorización de un órgano administrativo distinto del autor del acto, la emisión de esa autorización *a posteriori* convalidará el acto (apartado 4). Pero no debe creerse que éstos son los dos únicos casos en que cabe la convalidación. El artículo 52 se completa en su apartado 2 con la alusión a la posibilidad de retroactividad: «El acto de convalidación producirá efecto desde su fecha, salvo lo dispuesto en el artículo 39.3 para la retroactividad de los actos administrativos».

El artículo 52.1 sólo habla de actos anulables. Y el apartado 3 dice «no determinante de nulidad». Aquí, pues, a este respecto sí hay diferencia entre nulidad y anulabilidad.

Una diferencia que concuerda con la doctrina clásica (que, ya vimos, negaba la convalidación de actos nulos) pero de acierto discutible y discutido. Más aún, una diferencia negada por algunos autores pese al tenor de la ley porque entienden que el hecho de que ese artículo 52 se refiera sólo a casos de anulabilidad no excluye que pueda darse en algunos casos de nulidad y porque, además, no toda anulabilidad es subsanable. La diferencia estaría más bien, no en que el vicio sea de nulidad o de anulabilidad, sino en que afecte al contenido de la declaración del acto, en cuyo caso debería ser insubsanable, o sólo a aspectos formales (competencia, procedimiento, etc.), que sí serían subsanables.

La convalidación no está sometida a formalidades especiales e incluso puede producirse con ocasión de la resolución de un recurso contra el acto anulable (art. 119.2 LPAC).

Se puede hablar de otras modalidades de convalidación; así, la que se produce respecto al acto anulable por el transcurso de los plazos para impugnarlo. Además, existe la posibilidad de convalidación legislativa tanto de actos anulables como nulos.

La convalidación legislativa es una figura peculiar que, más que en la teoría de la invalidez, descansa únicamente en la de la fuerza de la ley. Es relativamente habitual en otros países (Francia) y no por completo desconocida en el nuestro. Ejemplo

ofrece la Disposición Adicional 15.^a de la Ley de Residuos y Suelos Contaminados de 2011: «Se convalidan todas las obras y actuaciones relativas a la ordenación de los recursos hídricos en las cuencas del Guadiana, Guadalquivir y Ebro, derivadas de la ejecución del RD 1.419/2005, de 25 de noviembre, declarado nulo por STS de 24 de noviembre de 2009». Aunque no lo diga expresamente se convalidan así diversos actos administrativos que permitieron aquellas obras y actuaciones. En estos casos no es la Administración sino el legislador quien decide qué actos administrativos inválidos —incluso así declarados por los Tribunales— se convierten en válidos. Los límites a estas leyes de convalidación han de deducirse de la Constitución (así, de la interdicción de la arbitrariedad, del derecho a la tutela judicial efectiva, etc.).

IV. CONSIDERACIONES COMPLEMENTARIAS

1. LA RELEVANCIA RELATIVA DE ACOTAR LOS CASOS DE NULIDAD

Tras todo lo visto se comprenderá que es normalmente intrascendente, tanto en los recursos administrativos como en los contencioso-administrativos, decidir si se está ante alguna de las causas de nulidad o ante cualquier otra infracción del ordenamiento determinante de anulabilidad: el éxito del recurso no depende de ello sino de la existencia de cualquier vicio, de cualquier infracción del ordenamiento, determinante de cualquier grado de invalidez. Y como tampoco cambian las reglas sobre legitimación ni sobre plazos ni sobre las consecuencias de la invalidez es de ordinario un esfuerzo estéril —aunque habitual— empeñarse en demostrar que se está ante alguno de los supuestos de nulidad de pleno derecho.

Sólo tiene trascendencia determinar si se está ante una causa de nulidad o de mera anulabilidad para aplicar o no el artículo 52 o el artículo 115.3 LPAC y, sobre todo, para determinar si es posible el cauce de la revisión de oficio de actos nulos del artículo 106 LPAC.

A este respecto sí que es capital deslindar los casos de nulidad y por ello es justamente al hilo de la aplicación de este artículo 106 cuando se desarrolla la doctrina y la jurisprudencia más afinada sobre los supuestos en que hay nulidad y en los que hay mera anulabilidad. No es poca cosa pues recuérdese que ese artículo 106 permite combatir al acto nulo «en cualquier momento». Además, como se verá en la lección 6 y hemos anticipado, pese a ese nombre de «revisión de oficio», es una vía que puede poner en marcha no sólo la Administración autora del acto, sino cualquier interesado y que a la postre reabre la posibilidad de acudir al contencioso-administrativo.

2. ¿HAY ALGO MÁS GRAVE QUE LA NULIDAD? ALUSIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO INEXISTENTE

Como se ha venido exponiendo el régimen de la nulidad es relativamente suave en nuestro Derecho. Sobre todo porque, debido a la autotutela administrativa, que también beneficia al acto nulo, debe ser cumplido y es susceptible en su caso de ejecución forzosa de modo que, mientras no se declare su nulidad, se comporta sustancialmente como un acto válido. Hasta el extremo de que se ha llegado a decir, aunque no sea exacto, que en nuestro Derecho Administrativo la nulidad se ha convertido en un tipo de anulabilidad. Ante ello, cabe plantear si no puede hacerse un lugar a un tercer tipo de invalidez: junto a la anulabilidad y a la nulidad, podría hablarse del «acto administrativo inexistente». Sería el que tienen los vicios más graves —los más lesivos de los valores más elevados— y los presenta de forma indiscutible, manifiesta, grosera. Su régimen sería el que daba la teoría clásica y el que le da el Derecho Administrativo de otros países al acto nulo: no tendría presunción de validez, no sería obligatorio para nadie ni susceptible de ejecución forzosa..., aunque no se haya declarado formalmente por nadie esta ilegalidad e invalidez extrema.

La tesis cuenta con avales en el Derecho comparado y en nuestra propia doctrina. Además, presenta ventajas. Pero también tiene inconvenientes por introducir una categoría completamente al margen de las previsiones legales. Además, crearía confusión e inseguridad. Desde luego hay supuestos en los que cabe hablar de inexistencia del acto administrativo, es decir, casos en que realmente no hay una declaración de la Administración (sólo la hay de alguien que se atribuye la voluntad de la Administración sin poder hacerlo, por ejemplo, el concesionario de un servicio público decide expropiar bienes para ampliar sus instalaciones; o de nadie, por ejemplo, realmente el órgano colegiado no llegó a tomar el acuerdo). Pero pasar de ahí a admitir actos administrativos inexistentes, como grado máximo de invalidez, es de más dudoso acierto. Con todo, y aunque no cabe aquí un desarrollo completo, no descartamos totalmente este grado adicional y extremo de invalidez para los casos de vicios tan evidentes y de tal envergadura que pueda decirse sin exageración ni ficción de ningún género que no hay realmente un acto administrativo; por ejemplo, la decisión expropiatoria de un conserje del Ministerio o las notas puestas por un bedel o el nombramiento como funcionario de un muerto... Pero en cuanto salimos de tales supuestos casi absurdos surgen las dudas.

3. LA RELEVANCIA INVALIDANTE DE LOS VICIOS DE PROCEDIMIENTO

Donde sí hay una frontera capital es entre vicios invalidantes (sean de nulidad o de anulabilidad) e irregularidades no invalidantes. Pero el deslinde

es en ocasiones dificultoso. Merecen especial atención las dificultades que se plantean ante los vicios de procedimiento.

De conformidad con lo que hemos visto, tales vicios son en unos casos determinantes de nulidad, en otros de anulabilidad y en otros son irregularidades no invalidantes.

Los de nulidad son los establecidos en el artículo 47.1.e) LPAC. En realidad, allí hay dos tipos de vicios. De un lado son nulos cuando se han dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido. De otro, cuando se han dictado sin observar las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados.

De este segundo caso ya nos ocupamos en la lección 9 del Tomo I, al estudiar los órganos colegiados. A ella nos remitimos. Recordemos sólo que no exige que se haya prescindido absolutamente de todo el procedimiento con el que forman su voluntad los órganos colegiados. Basta que no se haya observado cualquiera de sus reglas esenciales.

Por el contrario, en el primer caso, que es el que nos interesa ahora, sólo hay nulidad si se ha prescindido por completo del procedimiento legalmente establecido, no ante otros defectos.

A veces —y lo admite la jurisprudencia— la omisión de un trámite esencial se puede asimilar a la falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido; por ejemplo, se siguió el procedimiento para selección de funcionarios menos la publicación de la convocatoria; pero sin ella el resto del procedimiento es una farsa: la ausencia de esa publicación debe considerarse falta total del procedimiento. Pero se trata de una excepción que debe aplicarse restrictivamente y con medida.

Por tanto, si no se ha practicado algún trámite o se ha practicado mal, el vicio será de mera anulabilidad o, incluso, una irregularidad no invalidante. La línea divisoria entre anulabilidad e irregularidad no invalidante está, según el artículo 48.2 LPAC, sobre todo en que tal vicio haya causado o no indefensión; es decir, en que haya impedido o perjudicado las posibilidades de defensa del sujeto interesado. Así, si no se le permitió proponer prueba o no se aceptó la propuesta o no se practicó la aceptada; si no se le permitió ver el expediente o hacer alegaciones; etc. Todo eso excluyó o, al menos, mermó sus posibilidades de defensa, o sea, le causó indefensión. En tal caso el acto es anulable.

Lo que queda fuera de esta causa de anulabilidad es mucho y quizás nada

razonable. Por ejemplo, la falta de un informe preceptivo será, según estas reglas, una mera irregularidad no invalidante y, de hecho, como se vio en la lección 1, así lo ha entendido normalmente el TS. Además, esta solución legal parece estar partiendo de que el procedimiento es sólo un instrumento de defensa del interesado. Pero el procedimiento, como se explicó en aquella misma lección 1, también es un instrumento para asegurar el acierto de la Administración o para dar participación al público en general o a otros órganos, incluso a órganos de otras Administraciones, que el legislador ha impuesto que intervengan mediante diversos trámites. Considerar todos estos defectos irregularidades no invalidantes no tiene justificación. Acaso por eso, a falta de otra solución, los tribunales hayan tratado de esquivar esta conclusión por la vía de calificar a ciertos trámites como esenciales y de asimilar su omisión a la falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido para así poder declarar la nulidad. Pero esto no es muy satisfactorio e introduce inseguridad.

En todos los casos en que los vicios de procedimiento comportan la invalidez del acto se plantea si tiene sentido anularlo cuando se comprueba que, pese a todo, su contenido es correcto y habría sido el mismo en caso de haberse cumplido con el trámite omitido. También se suscita esta duda cuando se observa que quien no pudo defenderse en su momento sí ha podido hacerlo plenamente con posterioridad (sea por haber interpuesto un recurso administrativo o uno contencioso-administrativo). Los tribunales tienden a no anular el acto en estos casos. Sobre todo en los supuestos de indefensión cuando consideran que tal indefensión ha quedado superada porque, a fin de cuentas y en conjunto, el particular sí ha podido defenderse.

Así, a la postre, los vicios de forma acaban teniendo una relevancia más modesta de la ya limitada que le da la ley. Si el particular no recurre contra el acto con vicio procedimental está claro que el acto permanecerá como válido. Pero si recurre invocando tal vicio tampoco tendrá éxito: o se le contestará que no le causó indefensión o que, aunque se la causó inicialmente, ha podido defenderse al interponer el recurso. Incluso la mayoría de las sentencias, si el recurrente se limita a invocar el vicio de forma pero no a defenderse materialmente (p. ej., no hace alegaciones sobre los vicios de fondo o no propone la prueba que en su momento se le denegó ilegalmente), contestan que también se ha superado la indefensión porque, aunque no lo ha hecho, sí ha podido defenderse. Hay una tercera posibilidad: gracias a la defensa que en vía de recurso hace el inicialmente indefenso demuestra que no procedía dictar ese acto (así, con la prueba que se practica en vía de recurso demuestra que sí que tenía derecho a lo que pidió o que no estaba obligado a lo que la Administración le impuso); pero en tal caso no se anulará el acto recurrido por los vicios de forma, sino por los de fondo que ahora se han evidenciado.

De esta jurisprudencia parecían haberse librado los actos administrativos sancionadores. Se volverá sobre esto en la lección 8. Anticipemos sólo que recientemente hay sentencias que también para las sanciones admiten esta peculiar

subsanción de la indefensión en vía de recurso administrativo (más dudosamente en vía de recurso contencioso-administrativo).

Asimismo se plantea si, al anular el acto por sus vicios formales, debe hacerse sólo eso o si, además, debe sustituirse por otro que resuelva el fondo del asunto. La solución es distinta según se esté ante un recurso administrativo o ante un recurso contencioso-administrativo: debe ser más proclive a aceptar que se pueda resolver la cuestión de fondo por el órgano administrativo que deba resolver aquél y menos a que lo pueda hacer un Tribunal al resolver un contencioso-administrativo.

En el caso del recurso administrativo la respuesta general está en el artículo 119.2 LPAC: «Cuando existiendo vicio de forma no se estime procedente resolver sobre el fondo del asunto se ordenará la retroacción del expediente (del procedimiento) al momento en que el vicio fue cometido...».

Por tanto: a) si el órgano administrativo que deba resolver el recurso tiene competencia y datos para ello, no se limitará a anular el acto viciado, sino que también decidirá sobre el fondo produciendo un acto que sustituye al anterior, aunque quizá con el mismo contenido; b) si no le es posible porque considere que sólo otro órgano puede hacerlo o porque los vicios de forma no se han superado y le impiden un conocimiento suficiente sobre el fondo, tampoco se limitará a anular el acto, sino que además acordará que se continúe el procedimiento allí donde se cometió el vicio y ello teniendo en cuenta los artículos 49 y 51 LPAC antes analizados.

Si se trata de un recurso contencioso-administrativo la respuesta es más complicada. Depende, al menos, por una parte, de que se tratara de un acto reglado o discrecional y, por otra, de que el recurrente, además de la pretensión de anulación, haya ejercido otras.

Recuérdese que los Tribunales no pueden determinar el contenido discrecional de los actos anulados (art. 71.2 LJCA). Y en cuanto a los aspectos reglados, como siempre tienen que juzgar dentro de las pretensiones de las partes (art. 33.1 LJCA), dependerá de lo solicitado por éstas el que la sentencia se limite a la anulación o resuelva el fondo del asunto o condene a la Administración a dictar un nuevo acto. Lo cierto es que, incluso al margen de todo esto, no es extraño que ante vicios de forma los Tribunales procedan, al igual que prevé para los recursos administrativos el artículo 119.2 LPAC, a anular el acto y retrotraer el procedimiento al momento en que se cometió el vicio. Aunque esto ha merecido las críticas doctrinales, es una práctica judicial habitual y no carente siempre de todo sentido.

V. LA INVALIDEZ SOBREVENIDA

Por lo general, para decidir si un acto administrativo es válido o inválido hay que atender al momento en que el acto se produjo. La teoría general de la invalidez y los preceptos que hemos ido analizando están contruidos sobre esa idea: se ocupan de los actos originariamente conformes o contrarios al ordenamiento y, por ende, sobre los originariamente válidos o inválidos. Pero puede suceder que un acto administrativo cuyos efectos se prolonguen a lo largo del tiempo (la autorización para el funcionamiento de una fábrica o un banco, la concesión de uso de un bien demanial, una prohibición, etc.) fuese legal y válido cuando se dictó pero se convierta con el tiempo en ilegal ya sea por cambio en el ordenamiento o por cambio de circunstancias. Entonces se produce una ilegalidad sobrevenida. Y parece que puede hablarse también en tal hipótesis de una invalidez sobrevenida, como ha sostenido con especial lucidez Cano Campos. Si la invalidez, dijimos, supone negar a un acto administrativo su fuerza normal por su disconformidad con el ordenamiento, ahora se trataría de negarle esa fuerza, y por tanto excluir sus efectos, pero no desde el principio, sino a partir del momento en que deviene contrario al ordenamiento.

Esta idea de la invalidez sobrevenida tiene un indudable fondo de verdad y responde a problemas y necesidades reales. Pero es problemática y necesita un tratamiento distinto del de la invalidez originaria que nuestro Derecho no ha abordado de manera general. Sobre todo no están claras las vías con las que se pueda combatir el acto originariamente válido que después deviene ilegal.

Es prematuro explicar las posibles vías y sus dificultades, que sólo se pueden comprender cuando estudiemos todas las formas de reacción contra actos ilegales. Adelantemos sólo algunas ideas que podrán comprenderse mejor posteriormente.

Puede aceptarse que la vía del artículo 109.1 LPAC, que estudiaremos en las lecciones posteriores, permite a la Administración dejar sin efectos los actos desfavorables con ilegalidad sobrevenida: como este precepto claramente permite a la Administración dejar sin efectos los actos desfavorables por simples razones de oportunidad, con mayor razón ha de entenderse que le permite hacerlo por razones de ilegalidad, aunque sea ilegalidad sobrevenida.

Pero los problemas empiezan cuando la Administración quiera revisar actos favorables por considerar que han devenido ilegales con posterioridad a su producción. Para tales supuestos no es fácil determinar qué vía podrá seguir la Administración ni si ello dará derecho a indemnización de los particulares beneficiarios de ese acto que, confiados en su estabilidad, hicieron gastos e inversiones que ahora no podrán amortizar. A veces, la legislación sectorial ofrece soluciones específicas para determinados tipos de actos pero es difícil extraer de ellas

una solución general.

Sobre todo las dificultades suben de grado si es un particular el que pretende que se anule un acto que le perjudica y que era inicialmente válido pero ha devenido posteriormente ilegal. Por lo pronto se topará con el hecho de que el acto ya habrá ganado firmeza y, por tanto, no cabrá interponer contra él los recursos ordinarios (parece difícil admitir que se reabran los plazos para interponer los recursos a partir del momento en que sobreviene la ilegalidad). Tampoco tendrá abierto el cauce del artículo 107 LPAC (además de tener un plazo de cuatro años, sólo puede iniciarse por decisión de la Administración). Y rara vez esta pretensión anulatoria podrá canalizarse por la vía del artículo 106 LPAC pues, aunque sí cabe a solicitud de interesado y en cualquier momento, está constreñida a los vicios de nulidad de pleno derecho, en los que no encajarán los de ilegalidad sobrevenida. Acaso lo más razonable sería que el interesado pidiera a la Administración que revoque el acto por su invalidez sobrevenida y, después, si es denegada, recurriera contra esa denegación, denegación que, en realidad, sería un nuevo acto administrativo, éste sí originariamente inválido y no firme. Pero esta solución, casi acrobática, choca con algunos preceptos o con su interpretación tradicional o con la inercia.

En definitiva, para mejorar la situación parece necesaria alguna modificación legislativa que asiente el concepto de ilegalidad sobrevenida y le dé vías generales para hacerla efectiva. Pero la LPAC, pudiendo y debiendo hacerlo, no lo ha hecho.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *El alcance de la invalidez de la actuación administrativa*, Actas del XII Congreso de la Asociación Española de Derecho Administrativo, La Laguna, 3 y 4 de febrero de 2017, en F. LÓPEZ RAMÓN y F. VILLAR ROJAS (coors.), INAP, 2017.
- ALENZA GARCÍA, J. F.: «Límites de la invalidez y conservación de los actos», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- ARANA GARCIA, E.: «La indefensión como vicio de invalidez de los actos administrativos», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- BACA ONETO, V. S.: *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, 2006.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La retroacción de actuaciones: ¿denegación de justicia o garantía del justiciable?», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- BELADÍEZ ROJO, M.: «Una nueva concepción de las irregularidades no invalidantes en la doctrina del Tribunal Supremo», *REDA*, n.º 57 (1988).
- *Validez y eficacia de los actos administrativos*, Marcial Pons, 1994.
- BLANQUER CRIADO, D.: «Digresiones sobre la invalidez de los actos administrativos», *Homenaje a Santamaría*.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: *Lecciones sobre el acto administrativo*, Civitas, 4.^a ed., 2012.
- «La anulación en incidente de ejecución de sentencia de decisiones

- administrativas que infringen lo ejecutoriado», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- «La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos», *REDA*, n.º 152 (2011).
- BOIX PALOP, A.: *Las convalidaciones legislativas*, Iustel, 2004.
- BOQUERA OLIVER, J. M.: *Estudios sobre el acto administrativo*, Civitas, 7.ª ed., 1993.
- «Grados de ilegalidad del acto administrativo», *RAP*, n.ºs 100-102 (1983).
- BOTO ÁLVAREZ, A.: «Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio», *RVAP*, n.º 96 (2013).
- CANO CAMPOS, T.: «Invalidez sobrevenida de los actos administrativos», *RGDA*, n.º 1 (2002).
- *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Civitas, 2004.
- «La invalidez de los actos administrativos y sus consecuencias», *RGDA*, n.º 8 (2005).
- «La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- «Validez e invalidez de los actos administrativos: teoría general», en *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «La invalidez sobrevenida de un retracto forestal...», en *Homenaje a T. R. Fernández* y en *JA*, n.º 54 (2011).
- CIERCO SIERA, C.: «La subsanación de la indefensión administrativa en vía de recurso. Reflexiones a la luz de las últimas aportaciones jurisprudenciales», *RAP*, n.º 170 (2006).
- DÍEZ SÁNCHEZ, J. J.: «El principio de conservación de los actos», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A., *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: «Sobre la conversión de los actos administrativos», *Homenaje a Martín Mateo*.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La doctrina de los vicios de orden público*, Instituto de Estudios de Administración local, 1970. Publicado también en *RAP* n.ºs 56, 58 y 59 (1968 y 1969).
- GALÁN VIOQUE, R., «Aulabilidad e irregularidades no invalidantes», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- GALLARDO CASTILO, M.ª J., «Los vicios de procedimiento y el principio de conservación de los actos: doctrina jurisprudencial», *RAP*, n.º 171 (2006).
- «Validez y eficacia del acto administrativo», *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, 2016.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La nulidad de actos administrativos que sean constitutivos de delito ante la doctrina del TC sobre cuestiones prejudiciales administrativas apreciadas por jueces penales», *Homenaje a Martín Mateo*.
- GARCÍA LUENGO, J.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, Civitas, 2002.

- «Las validaciones legislativas», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- *Las infracciones formales como causas de invalidez del acto administrativo*, Iustel, 2016.
- GARRIDO FALLA, F.: «Los motivos de impugnación del acto administrativo (nulidad y anulabilidad) en Derecho Administrativo», *RAP*, n.º 17 (1955).
- JORDANO FRAGA, J.: *Nulidad de los actos administrativos y derechos fundamentales*, Marcial Pons, 1997.
- «La nulidad de los actos que lesionan derechos fundamentales», *Homenaje a Pérez Moreno*.
- MELLADO RUIZ, L.: «De los actos administrativos: su eficacia y validez», en GOSÁLBEZ PEQUEÑO H. (dir.), *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwer, 2016.
- «Supuestos de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- MORENO FUENTES, R.: «Precedentes de la nulidad de los actos administrativos por vulneración de los derechos fundamentales y su incidencia en la regulación actual», *Homenaje a L. Martín-Retortillo*.
- NIETO, A.: «Las consultas: una aportación jurisprudencial a los conceptos de acto administrativo y de acto inexistente», *REDA*, n.º 8 (1976).
- NUÑEZ LOZANO, M.^a C.: «La nulidad de resoluciones administrativas que vulneran lo establecido en una disposición reglamentaria», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- REBOLLO PUIG, M.: «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *DA*, n.º 263-264 (2002); y *RGDA*, n.º 4 (2003).
- «La nulidad en Derecho Administrativo», *JA*, n.º 44 (2009); y *Homenaje a L. Martín-Retortillo*.
- SANTAMARÍA ARINAS, R. J.: «La reforma del artículo 105.1 de la Ley de Procedimiento Común y la revocación de los actos administrativos», *RAP*, n.º 151 (2000).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos. Contribución a una teoría de la ineficacia en el Derecho público*, Instituto de Estudios Administrativos, 1972.
- SANTIVÁÑEZ ANTÚNEZ, J. J.: «Nulidad de los actos administrativos cuando lesionan derechos fundamentales», *RGDA*, n.º 9 (2005).
- TARDÍO PATO, J. A.: «Los efectos ex tunc de la anulabilidad», *REDA* n.º 184 (2017).
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «Las causas de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos en la LRJAP», *Homenaje a González Pérez*.

* Por Manuel REBOLLO PUIG. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de

LECCIÓN 4

EFICACIA Y EJECUCIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS^{*}

I. CONCEPTO DE EFICACIA; DISTINCIÓN DE LA VALIDEZ

Si en la lección anterior nos ocupamos de la validez del acto administrativo, corresponde ahora analizar su eficacia. Validez y eficacia deben distinguirse. La validez, como se ha explicado, es la capacidad de un acto para producir los efectos jurídicos que le corresponden según su contenido y las previsiones generales del ordenamiento. La eficacia ya comporta la producción misma de tales efectos. Aquélla es una eficacia en potencia; ésta opera concretamente en los hechos o, al menos, en la realidad jurídica. Tanto la validez como la eficacia de los actos, en tanto que ambas hacen referencia a los efectos previstos por el ordenamiento, se conectan con la fuerza singular de los actos administrativos que se deriva de la autotutela. Pero, además, dependerán del significado y contenido concreto de cada acto.

Dada la distinción entre ambos conceptos, validez y eficacia no tienen que coincidir siempre. Por el contrario, cabe encontrar las cuatro combinaciones imaginables:

— actos válidos y eficaces, es decir, que produzcan efectos de manera real e inmediata, lo que será el supuesto normal;

— actos válidos que no produzcan efectos, como veremos que ocurre en los supuestos de eficacia demorada, suspendida o terminada;

— actos inválidos (nulos o anulables) que produzcan efectos, lo que ocurrirá en tanto no se declare su invalidez;

— actos inválidos que no produzcan efectos, bien porque concurra alguno de los supuestos de eficacia demorada, suspendida o terminada; bien porque ya haya sido declarada su invalidez.

También se estaría ante esta última hipótesis en los casos de acto administrativo inexistente, si es que se acepta tal categoría extrema de invalidez, que supondría, como se ha explicado, la negación *ab initio* de efectos sin necesidad de declaración alguna.

II. LA EFICACIA TERRITORIAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

Algunos actos administrativos, por su propia naturaleza, únicamente pueden producir efectos en lugares o ubicaciones concretos.

Por ejemplo, la licencia de segregación sólo producirá efectos en el lugar en el que se encuentra la finca cuya segregación se autoriza; la concesión demanial para ocupar parte de una calle con un puesto de flores sólo producirá efectos en relación con el lugar en el que se autoriza la colocación del puesto; etc.

Sin embargo, existen otros muchos actos administrativos susceptibles de desplegar efectos en más de un lugar (v. gr., una licencia de armas, una licencia de caza o de pesca, una licencia de taxi o una orden de retirada de un producto del mercado por considerarse peligroso para la salud). En relación con ellos, se plantea el problema de su eficacia territorial. Esto es, si tales actos administrativos tienen eficacia en cualquier lugar o si, por el contrario, limitan sus efectos a algunas partes del territorio.

En principio, y según se ha afirmado tradicionalmente, un acto administrativo tendrá eficacia en el ámbito espacial sobre el que ejerza su competencia el órgano que lo dictó. Es una consecuencia de su competencia territorial. Y, a la inversa, en ese ámbito espacial no tendrán efectos los actos dictados por órganos cuya competencia territorial no alcanza allí (cfr. Tomo I, lección 3, epígrafe XII y lección 4, epígrafe IV de esta obra).

De este modo, y en principio, los actos que dicte la Administración del Estado (como un título universitario o una licencia de armas) tendrán validez en España, pero no más allá de nuestras fronteras. Y viceversa, los actos dictados por Administraciones de otros Estados (un título universitario japonés; una licencia de armas concedida por el gobierno de Canadá) no tendrán efectos en España. Lo mismo podría decirse en relación con los actos dictados por las Administraciones de unas Comunidades Autónomas respecto a otras (p. ej., una licencia de caza únicamente tendrá eficacia en el territorio de la Comunidad Autónoma que la concedió) o por las Entidades que integran la Administración local (p. ej., una licencia de taxi, una autorización para instalar puestos de venta ambulante o para acceder con el coche a

áreas de circulación restringida sólo tendrán efectos en el término municipal del Ayuntamiento que los dictó).

Esta regla general, sin embargo, conoce excepciones. Las dividiremos en dos supuestos, según se vean afectados o no terceros Estados:

1. En relación con la eficacia «transnacional» de los actos administrativos, es decir, la que se extiende a varios Estados, no son infrecuentes los Tratados Internacionales por los que España se obliga a reconocer los efectos de los actos dictados por otros países a cambio, generalmente, de que estos países actúen de manera recíproca (p. ej., reconocimiento mutuo de licencias de conducir entre España y Australia). Sin embargo, los principales casos de eficacia «transnacional» se producen en el ámbito de la Unión Europea y en virtud de sus normas de Derecho derivado, sin necesidad de Tratados entre los Estados miembros.

En algunos casos los actos que dictan las Administraciones nacionales se adoptan en el ejercicio de sus funciones como Administración de la Unión y en aplicación del Derecho de la Unión [p. ej., concesión a una mercancía no comunitaria del régimen de despacho a libre práctica por las autoridades aduaneras españolas, lo que permite a esa mercancía circular libremente por todo el territorio aduanero de la Unión; cfr. artículo. 26 Reglamento (UE) n.º 952/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de octubre de 2013, por el que se establece el Código Aduanero de la Unión].

En otras ocasiones se da la eficacia transnacional porque la normativa de la Unión obliga al reconocimiento automático de actos de las Administraciones nacionales dictados de conformidad con norma nacionales (p. ej., reconocimiento de autorizaciones para la prestación de servicios concedidas por las autoridades de otros Estados miembros; art. 16 Directiva 2006/123/CE, de 12 de diciembre de 2006, conocida como «Directiva servicios»).

2. De manera similar, y sin salir de España, también es posible encontrar actos administrativos dictados por Administraciones infraestatales que surten efectos fuera del ámbito territorial en el que ejercen sus competencias.

Puede deberse, primero, a la existencia de un acuerdo entre Administraciones (p. ej., Convenio entre Comunidades Autónomas para establecer una licencia interautonómica de caza, que permite que la licencia emitida por una Comunidad tenga efectos en el territorio de las demás firmantes).

En segundo lugar, puede venir impuesta por una norma estatal. Por ejemplo, el artículo 22 Real Decreto-Ley 7/1996, de 7 de junio, estableció que la autorización concedida por un Ayuntamiento a un prestador de servicios de transporte funerario tiene validez en todo el territorio nacional, poniendo fin a la práctica anterior que

obligaba a estas empresas a solicitar autorización a los Ayuntamientos de cada uno de los municipios por los que pasaban.

Finalmente, y aunque no se recoja expresamente en ningún lugar de nuestro ordenamiento jurídico, más allá de estar implícita en el principio de lealtad institucional [arts. 3.1.e) y 140.1.a) LPAC], parece existir también un reconocimiento mutuo y automático de los certificados emitidos por una Administración Pública por parte de todas las demás Administraciones, lo que tiene una grandísima importancia práctica.

III. LA EFICACIA TEMPORAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: COMIENZO DE LA EFICACIA

1. LA REGLA GENERAL Y SUS EXCEPCIONES

La regla general está contenida en los artículos 39.1 y 98.1 LPAC y es la eficacia inmediata: los actos administrativos producirán efectos «desde la fecha en que se dicten», es decir, «serán inmediatamente ejecutivos». Es el mismo momento a partir del cual se presume su validez. No es necesario, por tanto, que el acto sea firme (no es necesario que hayan pasado los plazos para interponer contra él recursos ordinarios ni, si se han interpuesto, esperar a que se resuelvan) ni que haya puesto fin a la vía administrativa.

No obstante, puede haber dos tipos de excepciones: en primer lugar, que el acto empiece a producir efectos en un momento posterior al de su fecha de adopción (supuestos de eficacia demorada); en segundo lugar, que se le atribuyan efectos al acto antes incluso de la fecha en que fue dictado (supuestos de eficacia retroactiva).

2. EFICACIA DEMORADA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Los mismos artículos 39.2 y 98.1 LPAC, que consagran la regla de la eficacia inmediata, prevén también hasta seis supuestos de eficacia demorada. De este modo, el artículo 39.2 LPAC establece que «la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el contenido del acto o esté supeditada a su notificación, publicación o aprobación superior». Por su parte, el artículo 98.1 LPAC añade tres casos más. Sistematizando el contenido de ambos artículos podemos señalar, en consecuencia, los siguientes seis supuestos de eficacia demorada del acto administrativo:

Primero, la eficacia quedará demorada cuando así lo exija el «contenido del acto» (art. 39.2 LPAC), lo que cabe identificar no sólo con su contenido necesario, sino con las determinaciones o cláusulas accesorias que puedan acompañarlo (condición, término, modo).

No es infrecuente que los actos administrativos señalen, por sí mismos, una fecha cierta y exacta a partir de la cual comenzarán a surtir efectos (v. gr., concesión demanial para ocupar parte de la playa con hamacas a partir del 1 de junio), lo que constituye un término inicial. También es posible someter el inicio de la eficacia de un acto al cumplimiento de una condición suspensiva (v. gr., licencia de apertura de un local que cumple con todos los requisitos necesarios menos el de tener un número determinado de extintores, lo que permite que la licencia se conceda supeditando el inicio de su eficacia a que el solicitante cumpla el requisito pendiente). Hasta que tales términos no se alcancen o tales condiciones no se cumplan, el acto no comenzará a producir sus plenos efectos.

En segundo lugar, con frecuencia la eficacia del acto administrativo está supeditada a su notificación o publicación (art. 39.2 LPAC), a lo que luego nos referiremos.

En tercer lugar, puede retrasar también el comienzo de la eficacia de un acto administrativo la exigencia de una «aprobación o autorización superior» [arts. 39.2 y 98.1.d) LPAC].

Se trata de supuestos en los que se establecen esas aprobaciones o autorizaciones como expresión de la jerarquía entre órganos, aunque también los hay que canalizan el control o tutela de una Administración sobre otra (cfr. Tomo I, lección 9). En realidad, no siempre se trata de requisitos de eficacia y, por tanto, de eficacia demorada, pues a veces esas aprobaciones o autorizaciones están configuradas como requisitos de validez del acto. Hay que analizar la norma que los exija para decidir si son una cosa u otra.

En cuarto lugar, el artículo 98.1.a) LPAC señala que también quedará demorada la eficacia del acto cuando «se produzca la suspensión de la ejecución del acto», de lo que nos ocuparemos más adelante de manera expresa.

En quinto lugar, y de acuerdo con el artículo 98.1.b) LPAC, el acto tampoco tendrá eficacia inmediata cuando se trate «de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición». Es decir, las resoluciones sancionadoras no serán ejecutivas en tanto no hayan agotado la vía administrativa y, además, sean firmes. De ello nos ocuparemos con más

detenimiento en el epígrafe V de la Lección 8 de este tomo.

Finalmente, el artículo 98.1.c) LPAC admite que otras normas pueden establecer también supuestos de eficacia demorada del acto administrativo.

3. EFICACIA RETROACTIVA DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Junto a los supuestos de eficacia demorada, cabe también la excepción inversa: la retroacción de los efectos del acto a un momento anterior al de su adopción. La LPAC contempla tres supuestos en los que resulta posible la retroactividad. Dos de ellos en el artículo 39.3 LPAC; el tercero en el artículo 52.2 LPAC.

En primer lugar, el artículo 39.3 LPAC admite que podrá otorgarse eficacia retroactiva a los actos «cuando se dicten en sustitución de actos anulados».

Por ejemplo, un acto por el que se denegara una pensión a la que en realidad tenía derecho el solicitante podría ser objeto de anulación y podría ser sustituido por un nuevo acto en el que se declarase correctamente la pensión que debía recibir. A este segundo acto se le podrían reconocer efectos retroactivos desde que debió tenerlos el acto inicial anulado.

En segundo lugar, y de manera complementaria al supuesto anterior, el artículo 52.2 LPAC admite el mismo resultado pero acudiendo a la convalidación del acto anulable, en lugar de a su anulación y posterior sustitución por otro válido.

Finalmente, el artículo 39.3 LPAC admite también la retroactividad de los actos administrativos «cuando produzcan efectos favorables al interesado, siempre que los supuestos de hecho necesarios existieran ya en la fecha a que se retrotraiga la eficacia del acto». En este caso no se trata de sustituir o convalidar ningún acto previo, sino que se piensa, más bien, en situaciones en las que la Administración tarda en resolver en favor del administrado de modo que éste acaba sufriendo indebidamente la tardanza de la Administración.

Por ejemplo, una resolución de concesión de una beca mensual a estudiantes universitarios, reconocida para todo un curso académico, de septiembre a julio, pero que no se concede hasta diciembre. En este supuesto, cabría retrotraer sus efectos al 1 de septiembre y permitir, así, que el beneficiario reciba las mensualidades ya vencidas.

Del artículo 39.3 LPAC parecen poder deducirse también algunos límites al reconocimiento de la eficacia retroactiva de los actos administrativos. En primer lugar, la retroactividad únicamente sería posible en el caso de actos administrativos favorables, lo que guarda remoto parentesco con el artículo 9.3 CE, que establece la irretroactividad de las «disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales». En segundo lugar, aunque íntimamente vinculado a lo anterior, el artículo 39.3 LPAC también exige que el acto cuyos efectos se retrotraigan «no lesione derechos o intereses legítimos de otras personas». El artículo parece referirse a lo que hemos llamado actos de doble efecto.

IV. LA EFICACIA TEMPORAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: SUSPENSIÓN DE LA EFICACIA

Desde el momento en que el acto administrativo comienza a producir efectos hasta el momento en que cesan definitivamente, lo habitual será que el acto haya estado desplegando sus efectos de manera ininterrumpida. Sin embargo, cabe la interrupción temporal de la eficacia del acto, esto es, ciertos períodos durante los cuales un acto que estaba produciendo efectos, y que podría seguir produciéndolos en el futuro, deja de hacerlo. Se habla en estos casos de suspensión de la eficacia del acto administrativo, lo que supone, sencillamente, la cesación temporal de sus efectos.

Nada impide, sin embargo, que la suspensión de los efectos se acuerde antes incluso de que el acto comience a desplegar efectos. En esos casos, como recoge ahora expresamente el artículo 98.1.a) LPAC, y según indicamos más atrás, nos encontraremos ante un supuesto de eficacia demorada.

Nuestro ordenamiento recoge diversos supuestos de suspensión de la eficacia. Muchos se producen en el seno de un procedimiento administrativo o de un proceso judicial en el que se está cuestionando la validez del acto, aunque no tiene por qué ser necesariamente así.

En primer lugar cabe la posibilidad de que la suspensión de la eficacia del acto venga determinada por el propio contenido del acto (incluyendo dentro del contenido, una vez más, sus cláusulas o determinaciones accesorias).

Por ejemplo, un acto que permite a una cafetería ocupar parte de una vía pública con mesas y sillas que prevé, expresamente, que dicha ocupación quedará suspendida durante los días de la Semana Santa, o entre el 13 de diciembre y el 5 de enero por la mayor afluencia de peatones por las compras de Navidad.

En segundo lugar, la concurrencia de exigencias superiores (orden público, normal prestación del servicio público) podría justificar también que, al margen de todo procedimiento, se adopten medidas que supongan la suspensión temporal de la eficacia de un acto administrativo.

Por seguir con el anterior ejemplo, la orden de retirar de la vía pública las mesas y sillas de la cafetería por haber sido convocada una manifestación que transcurrirá por dicha vía.

En tercer lugar, y como ya se adelantó, lo más habitual será que la suspensión se acuerde en el seno de procedimientos o procesos en los que se cuestiona la validez del acto o se ejerce alguna forma de control sobre el mismo.

En estos supuestos, la suspensión es un ejemplo más de las diversas medidas cautelares o provisionales que pueden adoptarse en estos procedimientos y que pueden adoptar muchas otras formas. De este modo, se prevé expresamente respecto a la revisión de oficio (art. 108 LPAC), los recursos administrativos (art. 117 LPAC) o los recursos contencioso-administrativos (arts. 129 ss. LJCA), el control de las Entidades que integran la Administración local por parte de otras Administraciones (art. 67.1 LRBRL) o el control de inconstitucionalidad de los actos administrativos (art. 161.2 CE). Todos estos supuestos son objeto de atención en otros lugares de esta obra y a ellos procede remitirse ahora.

En último lugar, mención especial merece la posibilidad de que un acto administrativo pierda su eficacia al venir la Administración (o un órgano jurisdiccional) obligado a inaplicarlo por resultar contrario al Derecho de la Unión. Se trata de un supuesto poco habitual, pero posible, consecuencia del principio de primacía del Derecho de la Unión que fue objeto de estudio en la lección 15 del Tomo I. Tal y como allí se expuso, con el fin de garantizar la plena eficacia del Derecho de la Unión, los órganos jurisdiccionales y administrativos nacionales están obligados a inaplicar, por su propia iniciativa, cualquier disposición de Derecho interno contraria al Derecho de la Unión, ya se trate de «disposiciones legislativas o administrativas». Inaplicación que no significa, por sí misma, la eliminación de tales disposiciones que, en principio, siguen existiendo y podrían volver a desplegar sus efectos en un momento posterior, si la incompatibilidad con el Derecho de la Unión desapareciera. Pues bien, entre las «disposiciones administrativas» que deben inaplicarse se incluyen no sólo «normas generales y abstractas, sino también las resoluciones administrativas individuales y concretas». En consecuencia, y a modo de ejemplo, «una resolución administrativa individual y concreta que ha adquirido firmeza y que es contraria a la libre prestación de servicios, debe dejarse inaplicada» (STJUE de 29 de abril de 1999, *Ciola*, as. C-224/97, aps. 32-34, y STJUE de 14 de junio de 2012, *ANAFE*, as. C-606/10, ap. 75).

V. LA EFICACIA TEMPORAL DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: EXTINCIÓN DE LA EFICACIA

1. CUADRO GENERAL DE LOS SUPUESTOS DE EXTINCIÓN DE LA EFICACIA

Frente a la suspensión de la eficacia, que supone un cese transitorio en la producción de efectos, la extinción de la eficacia supone su fin definitivo. Puede deberse a muchas y heterogéneas causas, pero mayoritariamente encuadrables en tres categorías.

En primer lugar, se puede producir, en los casos de invalidez originaria, por declaración de nulidad o anulación del acto.

En tal caso, lo hagan los Tribunales o la Administración, no se tratará sólo de que el acto deje de producir efectos a partir de ese momento, sino que se tenderá, según ya nos consta, a aniquilar los ya producidos. Por eso y por todo su significado es una causa de extinción de la eficacia que merece una consideración aparte que ya hemos realizado en la lección anterior. Dejémosla ahora al margen.

En segundo lugar, se puede producir la extinción de la eficacia por eliminación del acto mismo acordada mediante otro acto administrativo. Aun dentro de la confusión terminológica reinante, llamemos a esa operación y sólo a ella revocación. Así que por revocación entendemos la retirada definitiva por la Administración de un acto suyo anterior mediante otro nuevo y de signo contrario por razones distintas de su invalidez originaria. Puede producirse porque el acto revocado haya devenido ilegal (ilegalidad sobrevenida, puesto que la originaria daría lugar a la declaración de nulidad o a la anulación, no a la revocación en el sentido que aquí damos a ese término) o porque el acto revocado se considere ahora inoportuno, inconveniente. Hay, pues, revocaciones por motivos de legalidad (de ilegalidad sobrevenida) y por motivos de oportunidad. De la revocación ante la ilegalidad sobrevenida nos ocupamos en la lección anterior. Ahora sólo nos referiremos a la revocación por motivos de oportunidad.

En tercer lugar, cabe que el acto deje de producir efectos de manera definitiva sin eliminarlo, sin revocarlo. Es decir, en ciertas ocasiones, a pesar de que el acto administrativo sigue existiendo, de que no es atacado y de que nadie pone en cuestión su legalidad ni su oportunidad, el acto deja de producir efectos de manera definitiva.

2. LA REVOCACIÓN POR MOTIVOS DE OPORTUNIDAD

La revocación por motivos de oportunidad supone que la Administración puede eliminar actos administrativos plenamente legales y válidos sólo por considerarlos contrarios al interés general o inoportunos. La revocación por motivos de oportunidad es frecuentemente llamada «revocación», a secas, y puede considerarse algo similar a un «derecho de arrepentimiento»: la Administración, tras analizar de nuevo los intereses en juego (y sin necesidad de que haya cambiado la situación) considera que su actuación debe (o debió) ser otra distinta y decide cambiarla.

La regulación de la revocación por motivos de oportunidad en nuestro ordenamiento es mínima. Parece necesario distinguir de nuevo entre dos supuestos:

— En primer lugar, la revocación de actos por motivos de oportunidad resulta admisible en relación con los actos desfavorables y de gravamen, por aplicación del artículo 109.1 LPAC, que parece pensado sobre todo para tal supuesto.

— En segundo lugar, la revocación por motivos de oportunidad en relación con los actos favorables resulta mucho más problemática, pues su compatibilidad con las garantías esenciales de nuestro ordenamiento es muy cuestionable.

No existe ningún precepto que reconozca esta potestad de la Administración con carácter general. Aún más, la doctrina mayoritaria y una jurisprudencia muy consolidadas afirman que debe partirse del principio justamente contrario, del llamado «principio de intangibilidad» de los actos favorables, conforme al cual la Administración no puede revocar sus actos administrativos favorables por motivos de oportunidad (sólo por motivos de legalidad). De otro modo, se afirma, se estaría abriendo una inaceptable brecha en el principio de legalidad y, especialmente, en el de seguridad jurídica. En efecto, si se aceptara que cualquier acto favorable, aun siendo plenamente conforme con el ordenamiento, pudiera ser libremente retirado por la Administración por considerarlo inconveniente, se estaría afirmando, en el fondo, que todos los actos administrativos son dictados «en precario», lo que resulta inadmisibles.

Ahora bien, sin perjuicio de lo anterior, lo cierto es que nuestro ordenamiento acepta, e incluso consagra en ocasiones de forma expresa, la

posibilidad de que la Administración pueda revocar sus actos favorables por motivos de oportunidad.

Por un lado, algunas leyes reconocen expresamente la potestad revocatoria de la Administración por exigencias del interés general, de oportunidad, bien con derecho a indemnización [p. ej., rescate de concesiones demaniales, art. 100.d) LPAP], bien sin derecho a ella (revocación de autorizaciones demaniales, art. 92.4 LPAP).

Por otro lado, nuestro ordenamiento parece aceptar también la revocación por motivos de oportunidad en caso de un cambio de apreciación de las exigencias del interés público que motivaron el acto y, generalmente, previa indemnización a los interesados de los daños y perjuicios que se le irroguen. Estos supuestos, sin duda los más problemáticos, se circunscribirían únicamente a actos discrecionales, esto es, aquellos en los que el ordenamiento ha considerado que la apreciación de lo que se considera más beneficioso para el interés general debe ser determinado por la Administración en cada caso. Precisamente por ello, el ordenamiento admitiría también que un cambio sobrevenido en las circunstancias que la Administración tuvo en cuenta para tomar su decisión o incluso un cambio en la apreciación de la Administración sin que concurren circunstancias nuevas, permitiría eliminar un acto administrativo anterior y, con ello, poner fin a sus efectos.

La revocación por motivos de oportunidad basada estrictamente en una nueva apreciación de los hechos (sin hechos sobrevenidos), generará, por regla general, que la Administración deba indemnizar, porque la revocación tendrá frecuentemente, en el fondo, una naturaleza expropiatoria. No es tan seguro, sin embargo, que sea exigible la indemnización si la revocación es el resultado de una nueva valoración originada por nuevos hechos, ajenos a la Administración.

No se puede decir mucho más con carácter general respecto al régimen de la revocación de actos administrativos favorables por motivos de oportunidad. No obstante, puede resultar útil remitirse al artículo 16 RSCL, de aplicación muy limitada pero capaz de sistematizar en cierta medida todo lo anterior:

— el artículo 16.1 RSCL establece que las licencias «*deberán ser revocadas* cuando desaparecieran las circunstancias que motivaron su otorgamiento o sobrevinieran otras que, de haber existido a la sazón, habrían justificado la denegación, y *podrán serlo* cuando se adoptaren nuevos criterios de apreciación»: parece distinguir entre ilegalidad sobrevenida (que implica la retirada obligatoria del

acto, por exigencias del principio de legalidad) e inconveniencia para los intereses públicos (que habilita para la retirada del acto, pero no la impone);

— el artículo 16.3 RSCL dispone que «la revocación fundada en la adopción de nuevos criterios de apreciación [...], comportará el resarcimiento de los daños y perjuicios que se causaren»: sólo habría derecho a indemnización, por tanto, cuando se produce un «arrepentimiento» de la Administración en su apreciación (discrecional), pero no cuando la Administración actúa por exigencias del ordenamiento o, quizá, por un cambio en las circunstancias. Es decir, como regla general, sólo la revocación por motivos de oportunidad daría lugar a indemnización.

3. EXTINCIÓN DE LA EFICACIA DEL ACTO SIN ELIMINACIÓN DEL ACTO

Junto con la eliminación del acto, es posible también que éste deje de producir efectos de manera definitiva sin que se cuestione ni su legalidad ni su oportunidad. En estos casos, no hay ninguna intervención de los Tribunales ni de la Administración orientada a retirar el acto administrativo del mundo jurídico. Por el contrario, éste sigue existiendo, pero ya no producirá más efectos. Señalemos tres supuestos destacados y distintos en los que puede darse esta situación:

En primer lugar, el cese definitivo de la eficacia del acto administrativo puede ser un resultado de su propio contenido o de su naturaleza.

En algunos casos ello se deberá a que el acto se cumple por completo, agotando todos sus efectos. Por ejemplo, una vez pagada la sanción de multa, la resolución sancionadora que la impuso no produce más efectos, en el sentido de que no crea más derechos y obligaciones que sean exigibles; de igual modo, la autorización que permite a un funcionario abandonar su puesto de trabajo para realizar un viaje, agota todos sus efectos una vez realizado éste.

En otros casos, y como ya hemos indicado, el acto administrativo puede venir acompañado de cláusulas accesorias, como un término o una condición resolutorias, cuyo cumplimiento determina el fin de los efectos del acto. Por ejemplo, los términos resolutorios que acompañan al permiso de conducir o al DNI que determinan que éste expire o deje de producir efectos a los diez años.

Ejemplo de actos que cesan en su eficacia en determinado momento por su naturaleza son las medidas provisionales del procedimiento administrativo (art. 56 LPAC) que están sometidas a término aunque no lo expresen, pues como muy tarde extinguen sus efectos cuando sea ejecutiva la resolución final o cuando termine de cualquier modo el procedimiento en el que se han adoptado.

En segundo lugar, el cese definitivo de los efectos del acto administrativo

puede producirse también, en ciertos casos, por la renuncia de su destinatario.

Por ejemplo, renuncia a una subvención por su beneficiario después de haberla aceptado. O renuncia del titular de una autorización o una concesión demanial [aunque el art. 100.e) LPAP parezca exigir, a su vez, la aceptación de la renuncia por la Administración concedente].

La renuncia no convierte al acto administrativo en un acto contrario al ordenamiento ni al interés general. Simplemente, el acto deja de producir efectos. Evidentemente, la renuncia sólo será posible respecto a actos administrativos declarativos de derechos y, ello «cuando no esté prohibido por el ordenamiento jurídico» (art. 94.1 LPAC).

En tercer lugar, el fin de la eficacia del acto administrativo podrá venir también causado por el incumplimiento, por parte del destinatario, de aquellas obligaciones que justificaban la concesión del beneficio en que consistía el acto. Nos encontramos aquí ante la llamada «caducidad de los efectos del acto».

Se habla a veces para referirse a la misma realidad de «sanción rescisoria» o de «revocación-sanción». Términos, sin embargo, equívocos porque no se trata de verdaderas sanciones.

Habitualmente se produce en aquellos supuestos en que se concede una ventaja a un particular a través de un acto administrativo con la finalidad de que éste adopte un determinado comportamiento, al cual se encuentra afecta la ventaja concedida.

Por ejemplo, una beca para ir a estudiar al extranjero o una cesión gratuita de un terreno patrimonial de la Administración General del Estado a un municipio para que construya un parque público.

El incumplimiento de las obligaciones que justificaban la concesión de la ventaja permitirá a la Administración otorgante declarar la extinción de los efectos del acto. El acto sigue siendo conforme con el ordenamiento y la Administración sigue considerando bueno conceder la ventaja porque sería deseable que su beneficiario realizara la actividad. Pero, en la medida en que dicha actividad no se realiza, la Administración tiene que retirar la ventaja, lo que supone dejar sin efectos el acto de concesión, porque ya no hay nada que la justifique.

Ello daría lugar, en los ejemplos antes vistos, al reintegro de la subvención (art. 37

LGSub, pues esa beca tiene naturaleza de subvención) o a la reversión del terreno cedido (art. 150.1 LPAP).

En ninguno de los tres supuestos (fin de los efectos por exigencias del contenido del acto, por renuncia o por incumplimiento de las obligaciones que justificaban la concesión de la ventaja) la Administración ha pasado a considerar que el acto sea contrario a los intereses generales (al contrario, sigue queriendo que el estudiante use la beca para ir al extranjero o que el municipio use el terreno para construir el parque). Asimismo, si analizamos los elementos del acto (los requisitos de validez) vemos que en ninguno de los casos anteriores éstos se ven afectados: los elementos subjetivos no se alteran (los órganos siguen siendo competentes), los elementos objetivos no se alteran (el acto sigue siendo conforme al ordenamiento, siguen reuniéndose los presupuestos de hecho para dictarlo, sigue teniendo un contenido posible y determinado) y los elementos formales no se alteran (el procedimiento ya se ha realizado, la estructura del acto no está alterada, la motivación del acto sigue siendo válida). El fin de la eficacia en estos casos, por tanto, no tiene nada que ver con la desaparición del acto administrativo.

Finalmente, cabe añadir que en los tres supuestos indicados la extinción de los efectos del acto se produce de modo casi automático. No obstante, eso no significa que la Administración no tenga que tramitar, en ocasiones, un procedimiento para declarar la extinción de los efectos y para fijar su alcance. Así ocurrirá, especialmente, en el caso de incumplimiento de las obligaciones asumidas por el destinatario de una ventaja afectada (dando lugar, p. ej., al procedimiento de reintegro de subvenciones, art. 42 LGSub).

VI. LA NOTIFICACIÓN Y LA PUBLICACIÓN DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

En la lección 1 nos referimos ya a la notificación como medio de comunicación de la Administración con los interesados. También se vio allí que los plazos se cuentan de ordinario desde el día siguiente al de la notificación de los actos. En la lección 2 hemos vuelto a aludir a la notificación de los actos. Y ahora acabamos de indicar que en muchos casos el comienzo de la eficacia de los actos depende de su notificación o de su publicación (art. 39.2 LPAC). Es ya momento de abordar frontalmente este aspecto de la notificación y la publicación en el que confluyen tantos otros cruciales. Y lo hacemos al hilo de la eficacia de los actos que es justamente donde lo sitúa la LPAC.

1. CONCEPTO Y FINALIDAD DE LA NOTIFICACIÓN

La notificación es el acto formal por el que la Administración pone en conocimiento de un interesado, individualizadamente, el contenido de un acto administrativo anterior que le afecta.

Esta puesta en conocimiento supone una garantía básica para el administrado cuando el acto notificado le impone deberes u obligaciones, le retira ventajas que antes tenía, le deniega una solicitud o una petición que hubiera presentado o, más sencillamente, cuando supone el inicio de un procedimiento o unas actuaciones de los que podrían derivarse consecuencias perjudiciales para él. En tales supuestos, es esencial que el administrado tenga conocimiento de dicho acto, no sólo para poder darle cumplimiento, en su caso, sino para poder reaccionar contra él mediante las vías que el ordenamiento pone a su disposición. Ésa es la justificación de que los actos administrativos, habitualmente, deban ser objeto de notificación para comenzar a producir sus efectos externos.

Ahora bien, esta garantía no puede volverse en contra del administrado. El administrado tiene no sólo derecho a ser notificado, sino también a darse por notificado. En consecuencia, en caso de actos favorables, éstos podrán comenzar a surtir efectos desde el momento en que su destinatario tenga conocimiento de ellos por cualquier medio, aunque la notificación se haya practicado incorrectamente o incluso aunque no haya habido notificación alguna. De otro modo, se dotaría a la Administración del poder, absolutamente injustificado, de retrasar los efectos de los actos favorables al administrado con el simple ardid de retrasar su notificación.

2. ACTOS QUE DEBEN SER NOTIFICADOS Y EFECTOS QUE PRODUCE SU NOTIFICACIÓN

De conformidad con el artículo 40.1 LPAC, «el órgano que dicte las resoluciones y actos administrativos los notificará a los interesados cuyos derechos e intereses sean afectados por aquéllos». En consecuencia, deben ser objeto de notificación todas las resoluciones (cfr., también, art. 21.1 LPAC) y, además, ciertos actos de trámite.

Respecto a estos últimos, debemos entender que deben ser objeto de notificación, al menos, los actos de trámite «cualificados» que pueden ser objeto de recurso en vía administrativa a los que se refiere el artículo 112 LPAC. Es decir, los que «deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento [o] producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos e intereses legítimos».

Asimismo, también deben ser objeto de notificación todos aquellos actos de trámite que requieran o posibiliten alguna actuación del destinatario (comparecencia,

emplazamiento, requerimiento, declaración de testigos, o peritos, etc.), especialmente en los trámites que constituyen garantías de los destinatarios: trámite de vista y audiencia, de prueba, etc.

Si la notificación reúne todos los requisitos que marca la ley, producirá sus efectos normales. Por un lado, el acto notificado comenzará a producir efectos, lo que implicará, por ejemplo, que los particulares puedan reclamar frente a la Administración el derecho que, en su caso, les haya sido reconocido o que queden obligados a cumplir las obligaciones impuestas por el acto notificado (dando lugar, si no lo hicieran, a la ejecución forzosa por parte de la Administración). Por otro lado, empezará a computar el plazo para recurrir el acto notificado.

Frecuentemente se insiste en la idea de que la notificación no afecta a la validez del acto notificado, sino a su eficacia. Ciertamente, la notificación no aporta nada al acto notificado; simplemente lo pone en conocimiento de su destinatario y permite que comience, así, a producir efectos. En consecuencia, se afirma que los posibles defectos de la notificación (o incluso su ausencia total) afectarían a la eficacia del acto notificado, pero no a su validez. Sin negar lo anterior, debe retenerse, sin embargo, que en algunas ocasiones la falta de notificación dentro del plazo concedido a la Administración para tramitar un procedimiento puede dar lugar a la caducidad de dicho procedimiento y que los actos dictados o notificados una vez caducado el procedimiento sí podrían ser inválidos. Así ocurre, por ejemplo, con los procedimientos administrativos sancionadores, según una constante jurisprudencia.

3. DESTINATARIO Y RECEPTOR DE LA NOTIFICACIÓN

Los destinatarios de la notificación son todos los «interesados» a cuyos derechos e intereses afecte el acto (art. 40.1 LPAC). En principio, cabe identificar a estos «interesados» del artículo 40.1 LPAC con los «interesados» en el procedimiento contenidos en el artículo 4 LPAC. No obstante, también es normal que algunos actos puedan tener como destinatarios a sujetos que no sean interesados en el procedimiento.

Por ejemplo, una citación de comparecencia dirigida a un testigo para que aporte su testimonio en el seno de un procedimiento o también, paradigmáticamente, la comunicación al denunciante de la incoación de un procedimiento administrativo sancionador a results de su denuncia (art. 64.1.2.º LPAC), sin necesidad de que el testigo o el denunciante tengan, necesariamente, la condición de interesados en el procedimiento.

Una vez identificados los destinatarios del acto, la regla general es que la notificación debe hacerse a todos y cada uno de ellos. No obstante, y sin

perjuicio de lo que pueda preverse en la normativa sectorial, existen ciertas excepciones a la anterior regla general en la propia LPAC:

— el artículo 7 LPAC establece que «cuando en una solicitud, escrito o comunicación figuren varios interesados, las actuaciones a que den lugar se efectuarán con el representante o el interesado que expresamente hayan señalado, y, en su defecto, con el que figure en primer término». Esto permite a la Administración notificar los distintos actos del procedimiento a uno solo de los interesados y no a todos ellos;

— los artículos 41.1 y 41.5 LPAC admiten, asimismo, de manera implícita que la notificación puede ir dirigida al representante del interesado.

No deben confundirse el destinatario y el receptor de la notificación. El destinatario de la notificación es la persona a la que se dirige la notificación, es decir, la persona a quien afecta el acto notificado y en cuyo conocimiento se debe poner su contenido. El receptor es, más sencillamente, la persona que recibe la notificación, lo que tiene especial importancia en el caso de notificaciones en papel.

La ley no impone que el receptor de la notificación tenga que ser necesariamente su destinatario para entender que se ha practicado válidamente, pero tampoco resuelve, con carácter general, la cuestión de quién puede hacerse cargo de la notificación. Únicamente lo regula en el supuesto de que la notificación se practique en papel y se realice en el domicilio del interesado. En este caso, podrá hacerse cargo de la notificación cualquier persona mayor de catorce años que se encuentre en él y haga constar su identidad (art. 42.2 LPAC), presumiéndose la entrega al destinatario. Por tanto, podrá hacerse cargo de la notificación un hijo, un empleado doméstico, un familiar e incluso un vecino o el portero del edificio, según los casos. Conviene retener, sin embargo, que estos sujetos pueden hacerse cargo de la notificación, pero no están obligados a ello, a diferencia de lo que ocurre con el destinatario o su representante, lo que tendrá importantes consecuencias respecto a una posible notificación rechazada.

4. CONTENIDO DE LA NOTIFICACIÓN Y NOTIFICACIONES DEFECTUOSAS

El artículo 40.2 LPAC exige que la notificación contenga «el texto íntegro de la resolución» objeto de notificación (cfr. art. 88 LPAC). De otro modo, el destinatario del acto no podría ni cumplir adecuadamente el mandato que éste le imponga ni, en su caso, defenderse frente a él. Por este mismo motivo, resulta especialmente importante incluir la motivación del acto en aquellos casos en que ésta sea exigible (art. 35 LPAC). Asimismo, la

notificación debe indicar el llamado «pie de recurso»: si el acto pone fin a la vía administrativa, qué recursos cabe interponer contra él, ante qué órgano deben presentarse y en qué plazo debe hacerse, lo que supone, parcialmente, una reiteración de lo establecido con carácter general para todas las resoluciones en el artículo 88.3 LPAC.

Las consecuencias de que la notificación sea defectuosa por no presentar todo el contenido exigido por el artículo 40.2 LPAC varían en cada caso y deben establecerse teniendo en cuenta la finalidad de toda notificación, así como el principio fundamental de que no se cause indefensión al administrado. Dado que la notificación no afecta, en principio, a la validez del acto, sino a su eficacia, en cuanto se demuestra que el acto notificado es conocido por el destinatario, los defectos de la notificación pueden volverse irrelevantes si ésta ha cumplido su función. En consecuencia, y sin perjuicio de la posibilidad de repetir o subsanar la notificación, el artículo 40.3 LPAC dispone que las notificaciones que, conteniendo el texto íntegro del acto, omitiesen alguno de los demás requisitos surtirán efecto a partir de la fecha en que el interesado realice alguna actuación que suponga el conocimiento del contenido y alcance del acto o cuando interponga cualquier recurso que proceda.

5. MEDIOS Y PLAZOS PARA PRACTICAR LA NOTIFICACIÓN

Tradicionalmente la normativa administrativa reconocía a los administrados la posibilidad de elegir el medio a través del cual deseaban que se les practicasen las notificaciones. Sin embargo, como parte de la apuesta decidida por el funcionamiento electrónico de las Administraciones, la LPAC concede preferencia a las notificaciones por medios electrónicos (art. 41.1 LPAC), limitando enormemente la libertad de los administrados para elegir el medio que debe emplear la Administración.

En la actualidad, sólo las personas físicas tienen derecho a elegir el medio de comunicación con la Administración Pública (art. 14.1 LPAC) pero, como veremos a continuación, se trata de un derecho limitado. Las personas jurídicas y las entidades sin personalidad jurídica están obligadas a relacionarse con la Administración por medios electrónicos (art.14.2 LPAC). Esto supone que también las notificaciones deben practicarse por ese medio.

Las personas físicas están obligadas a relacionarse con la Administración Pública a través de medios electrónicos en determinados supuestos. De

conformidad con el artículo 14.2 LPAC, tendrán que hacerlo así quienes ejerzan una actividad profesional para la que se requiera colegiación obligatoria (p. ej., abogacía, arquitectura), para los trámites y actuaciones que realicen con las Administraciones Públicas en ejercicio de dicha actividad profesional [art. 14.2.c) LPAC], así como los empleados de las Administraciones Públicas para los trámites y actuaciones que realicen con ellas por razón de su condición de empleado público, en la forma en que se determine reglamentariamente por cada Administración [art. 14.2.e) LPAC]. También están obligados a utilizar medios electrónicos quienes representen a un interesado que esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración [art. 14.2.d) LPAC].

Además, el artículo 14.3.5.º LPAC habilita a las Administraciones Públicas para que establezcan reglamentariamente «la obligación de relacionarse con ellas a través de medios electrónicos para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios».

Lo que no cabe en ningún caso es que mediante simples actos administrativos generales se imponga obligatoriamente el canal electrónico, como podrían ser las convocatorias de subvenciones de procesos selectivos de empleo público, etc. En tanto que son actos administrativos (a diferencia de sus bases reguladoras) carecen de fuerza normativa para imponer a los interesados el deber de participar en ellos únicamente por medios electrónicos.

Aun cuando las personas físicas no estén obligadas a recibir las notificaciones por medios electrónicos, salvo en los casos indicados, en cualquier momento pueden señalar dicho medio como preferente o consentir su utilización a requerimiento de la Administración (art. 14.1.4.º LPAC). También se les reconoce el derecho a cambiar en cualquier momento el canal de comunicación.

No obstante, incluso cuando los administrados hayan ejercido este derecho a ser notificados por medios electrónicos, las Administraciones podrán practicar las notificaciones por medios no electrónicos en los siguientes supuestos (art. 41.1.2.º LPAC):

a) Cuando la notificación se realice con ocasión de la comparecencia espontánea del interesado o su representante en las oficinas de asistencia en materia de registro y solicite la comunicación o notificación personal en ese momento.

b) Cuando para asegurar la eficacia de la actuación administrativa resulte necesario practicar la notificación por entrega directa de un empleado público de la Administración notificante.

De conformidad con el artículo 40.2 LPAC «toda notificación deberá ser cursada dentro del plazo de diez días a partir de la fecha en que el acto haya sido dictado». No obstante, la superación de este plazo, con carácter general, sólo constituirá una irregularidad no invalidante, salvo que la naturaleza del acto imponga otra cosa (art. 48.3 LPAC).

En todo caso, la notificación sí que deberá producirse dentro del plazo máximo de resolución y notificación al que se refiere el artículo 21 LPAC, dado que el procedimiento no termina con la resolución, sino con su notificación. Si se superase dicho plazo, resultarán de aplicación las previsiones relativas al silencio y la caducidad contenidas en los artículos 24 y 25 LPAC. Para facilitar el cumplimiento de esta exigencia, el artículo 40.4 LPAC admite que: «[...] a los solos efectos de entender cumplida la notificación dentro del plazo máximo de duración de los procedimientos, será suficiente la notificación que contenga, cuando menos, el texto íntegro de la resolución, así como el intento de notificación debidamente acreditado». En los supuestos en que la notificación se practique por medios electrónicos, no será necesario ni siquiera que el interesado acceda al contenido de la actuación notificada. De conformidad con el artículo 43.3 LPAC basta con la puesta a disposición del interesado de la notificación en la sede electrónica de la Administración actuante o en la dirección electrónica habilitada única para entender cumplida la obligación de notificar dentro del plazo máximo para resolver.

A) Práctica de la notificación por medios electrónicos

En cuanto a la práctica de la notificación por medios electrónicos hay que indicar que la legislación permite que cada Administración u organismo público configure y mantenga su propio servicio de notificaciones electrónicas. El artículo 43.1 LPAC contempla dos modalidades: la Dirección Electrónica Habilitada única (DEH) y la notificación por comparecencia electrónica.

Para hacer uso de la primera, se proporciona al interesado que lo solicite una dirección electrónica en la que recibir las notificaciones que por vía telemática puedan practicar las Administraciones Públicas. Asociado a la

Dirección Electrónica Habilitada (DEH) se crea un buzón electrónico en el que el titular de la DEH recibirá las notificaciones electrónicas correspondientes a aquellos procedimientos a los que voluntariamente decida suscribirse. La notificación por comparecencia electrónica se realiza mediante el acceso del interesado o su representante al contenido de la notificación en la sede electrónica del órgano que notifica.

Para facilitar la práctica de la notificación por estos medios la LPAC ha previsto que los interesados puedan identificar un dispositivo electrónico (un número de teléfono móvil, por ejemplo) o una dirección de correo electrónico privada para que la Administración les envíe avisos informándoles de la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica del organismo correspondiente o en la Dirección Electrónica Habilitada única (arts. 41 y 66 LPAC). Lógicamente, la notificación no se entenderá válidamente practicada hasta que el interesado no acceda a su contenido. Es una previsión acertada, que refuerza la seguridad jurídica del interesado, por lo que sorprende que el propio legislador la desactive estableciendo que «la falta de práctica de este aviso no impedirá que la notificación sea considerada plenamente válida» (art. 41.6 LPAC).

Además, el artículo 43.4 LPAC reconoce a los interesados el derecho a «acceder a las notificaciones desde el Punto de Acceso General electrónico de la Administración, que funcionará como un portal de acceso». Debe advertirse sin embargo que las previsiones relativas al punto de acceso general electrónico de la Administración y a otras exigencias muy relevantes sobre el funcionamiento electrónico del sector público no son exigibles hasta el 2 de octubre de 2018 (disposición final séptima LPAC).

Sea cual sea el medio empleado, debe configurarse de forma que se pueda acreditar la fecha y hora en que se produce la puesta a disposición del interesado del acto objeto de notificación, la fecha y hora de acceso a su contenido y disponer de mecanismos de autenticación para garantizar la exclusividad de su uso y la identidad del usuario. Las notificaciones por medios electrónicos se entienden practicadas en el momento en que se produce el acceso a su contenido (art. 43.2 LPAC). Para que el interesado tome conciencia de ello, es obligatorio advertirle inmediatamente antes del acceso al contenido de la actuación administrativa que ese hecho supone que la notificación se ha practicado correctamente.

B) Práctica de la notificación por otros medios

Cuando el interesado no esté obligado a relacionarse electrónicamente con la Administración, serán válidas las notificaciones practicadas por cualquier medio siempre que permitan tener constancia de su envío, de la

recepción por el interesado o su representante, de sus fechas y horas, del contenido íntegro y de la identidad fidedigna del remitente y destinatario (art. 41.1.5.º LPAC). Existe, por tanto, un amplio abanico de posibilidades que incluye, al menos:

— la notificación por correo certificado con acuse de recibo, que ha sido históricamente el medio más habitual de notificación, sin perjuicio de otras vías también ofrecidas por Correos, como el burofax;

— la notificación personal, realizada por empleados de la propia Administración que se desplazan al lugar en que debe practicarse la notificación y la comunican personalmente al interesado;

— la notificación por comparecencia, en la que se requiere al interesado para que comparezca en una dependencia administrativa para entregarle allí la notificación (o se aprovecha su «comparecencia espontánea», como expresamente prevé el art. 41.1 LPAC).

Debe recordarse, sin embargo, que el artículo 19.1 LPAC establece que los ciudadanos sólo tendrán obligación de comparecer ante las oficinas públicas cuando así lo prevea una norma con rango de ley, por lo que este tipo de notificación por comparecencia deberá estar prevista expresamente por el legislador.

Uno de los principales problemas en la práctica de la notificación en papel es la determinación del lugar en el que ésta debe producirse. En los procedimientos iniciados a solicitud de interesado, la notificación debe practicarse en el lugar que éste haya señalado a tal efecto en su solicitud [arts. 66.1.b) y 115.1.c) LPAC]. En caso de que no indique lugar alguno o no resulte posible realizar allí las notificaciones, éstas se practicarán «en cualquier lugar adecuado a tal fin». En relación con los procedimientos iniciados de oficio la norma guarda silencio, pero la regla debe seguir siendo la misma: la notificación deberá practicarse en el lugar que indique el interesado. En su defecto, la notificación deberá practicarse en cualquier lugar adecuado a tal fin, en tanto que el administrado no señale otro sitio. No es fácil saber qué debe entenderse por «cualquier lugar adecuado a tal fin», concepto jurídico indeterminado que puede incluir el domicilio del interesado o el de su representante, el lugar de trabajo, etc.

Para facilitar a la Administración la tarea de la notificación, el artículo 41.4 LPAC prevé (aunque sólo para los procedimientos iniciados de oficio) que «las Administraciones Públicas podrán recabar, mediante consulta a las bases de datos del Instituto Nacional de Estadística, los datos sobre el domicilio del interesado recogidos

en el Padrón Municipal».

Aunque la notificación se practique en papel, la LPAC incluye un conjunto de reglas para promover el uso de medios electrónicos en estos casos. El artículo 42.1 LPAC obliga a que la notificación también se ponga a disposición del interesado en la sede electrónica de la Administración actuante para que pueda éste acceder a su contenido de forma voluntaria. Para advertirle de esa posibilidad la Administración le enviará un aviso al dispositivo electrónico y/o a la dirección de correo electrónico del interesado que éste haya comunicado, informándole de la puesta a disposición de la notificación en la sede electrónica del organismo correspondiente o en la dirección electrónica habilitada única (art. 41.6 LPAC). En estos supuestos, «se tomará como fecha de notificación la de aquélla que se hubiera producido en primer lugar» (art. 41.7 LPAC). Además, cuando el interesado accediera al contenido de la notificación en sede electrónica, se le ofrecerá la posibilidad de que el resto de notificaciones se realicen a través de medios electrónicos (art. 42.3 LPAC).

6. NOTIFICACIÓN INFRUCTUOSA Y NOTIFICACIÓN RECHAZADA

En el caso de las notificaciones en papel, la notificación infructuosa se produce cuando, intentada la práctica de la notificación en el lugar adecuado a tal fin, nadie pudiera hacerse cargo de ella. En tal supuesto, de conformidad con el artículo 42.2 LPAC, «se hará constar esta circunstancia en el expediente, junto con el día y la hora en que se intentó la notificación, intento que se repetirá por una sola vez y en una hora distinta dentro de los tres días siguientes».

Hasta la aprobación de la LPAC, se desarrolló una nutrida y vacilante jurisprudencia sobre cómo debía interpretarse la expresión «en hora distinta», pudiendo encontrarse algunos pronunciamientos que exigían que debía haber, por lo menos, sesenta minutos de diferencia respecto a la hora en que se intentó la primera notificación y otros pronunciamientos, mayoritarios, que consideraban que la segunda notificación debía hacerse en una franja horaria distinta: a primera hora de la mañana, a última hora de la mañana, etc. El artículo 42.2 LPAC resuelve esta situación estableciendo que «En caso de que el primer intento de notificación se haya realizado antes de las quince horas, el segundo intento deberá realizarse después de las quince horas y viceversa, dejando en todo caso al menos un margen de diferencia de tres horas entre ambos intentos de notificación».

Si aun así no resultara posible practicar la notificación, ésta se sustituirá

por la notificación mediante anuncio en el *BOE*, de la que nos ocuparemos en el siguiente epígrafe.

En realidad, y aunque la ley no diga nada al respecto, en el caso de notificaciones a través de Correos, cuando nadie puede hacerse cargo de la notificación se deja un aviso al destinatario en su buzón, dándole un plazo de varios días para que pase a recoger la notificación en la oficina de Correos correspondiente. Sólo si se agota este plazo sin que el administrado se haya personado en Correos se pasará a la notificación mediante anuncio en el *BOE* (art. 42.3 Real Decreto 1829/1999, Reglamento regulador de la prestación de los servicios postales).

Distinto a la notificación infructuosa es el rechazo de la notificación. El interesado, o su representante, pueden entorpecer o frustrar por su mera voluntad que el acto comience a surtir efectos, negándose a recibir la notificación. Para evitar esta posibilidad, el artículo 41.5 LPAC prevé expresamente que «cuando el interesado o su representante rechace la notificación de una actuación administrativa, se hará constar en el expediente, especificándose las circunstancias del intento de notificación y el medio, dando por efectuado el trámite y siguiéndose el procedimiento».

En el caso de las notificaciones por medios electrónicos, éstas se entienden practicadas desde el momento del acceso al contenido del acto que ha sido previamente puesto a disposición del interesado. Pero el interesado no dispone de un tiempo indefinido para acceder a la misma, sino que debe hacerlo en un plazo no superior a diez días naturales contados desde la puesta a disposición. Si transcurre dicho plazo sin que el interesado acceda al contenido de la actuación, la notificación se entenderá rechazada (art. 43.2 LPAC).

7. LA NOTIFICACIÓN POR ANUNCIOS PUBLICADOS EN EL *BOLETÍN OFICIAL DEL ESTADO*

La notificación por anuncios publicados en el *Boletín Oficial del Estado* (*BOE*), también conocida en ocasiones como «notificación edictal», es un sustitutivo del medio normal de comunicación de los actos a los interesados, que es la notificación personal. En rigor, este procedimiento no garantiza suficientemente que el interesado tenga conocimiento del acto que se le pretende comunicar, actuando más bien como una «ficción legal». Por ello mismo, únicamente puede admitirse en los supuestos tasados que marca la ley (art. 44 LPAC):

— cuando los interesados en un procedimiento sean determinados, aunque desconocidos;

— cuando se ignore el lugar de la notificación;

— cuando, intentada la notificación de conformidad con las reglas del artículo 42.2 LPAC, no se hubiese podido practicar (notificación infructuosa).

La notificación mediante anuncios en cualquier otro supuesto distinto a los anteriores es inválida y no producirá efectos. De este modo, si se conocía al interesado o su lugar de domicilio u otro lugar expresamente señalado para recibir la notificación y, a pesar de ello, no se intentó la notificación en dicho lugar, pasándose directamente a la notificación mediante anuncios, dicha notificación será inválida y, consecuentemente, el acto desfavorable que se pretendía notificar no se entenderá notificado en plazo, no comenzará a surtir efectos o, en el peor de los casos, los plazos para su impugnación no comenzarán a correr. Eso sí, en caso de que los supuestos marcados por la Ley efectivamente concurren, la práctica de la notificación se hará mediante publicación de anuncios en el *BOE*, incluso aunque la normativa específica del procedimiento indique otra cosa (Disposición Adicional tercera LPAC).

El artículo 44, párrafo primero, LPAC dispone que la notificación se hará por medio de un anuncio publicado en el *BOE*, con independencia de cuál sea el ámbito territorial de la Administración autora del acto. En consecuencia, son publicadas en el *BOE* las notificaciones de actos administrativos procedentes de la Administración General del Estado, de las Administraciones de las Comunidades Autónomas y de las Entidades que integran la Administración local, así como de sus respectivas Administraciones instrumentales, en su caso. Para todas ellas, eso sí, la publicación en el *BOE* tendrá carácter gratuito (Disposición Adicional 3.^a LPAC). Este tratamiento unificado permite a los administrados conocer todas las notificaciones por anuncios que les afecten, con independencia de la Administración de la que provengan, sólo con consultar el «tablón edictal único» (https://www.boe.es/tablon_edictal_unico/).

Los párrafos segundo y tercero del artículo 44 también admiten que, previamente y con carácter facultativo, las Administraciones podrán publicar un anuncio en el boletín oficial de la comunidad autónoma o de la provincia, en el tablón de edictos del Ayuntamiento del último domicilio del interesado o en el del consulado o sección consular de la Embajada correspondiente. Asimismo, las Administraciones Públicas podrán establecer otras formas de notificación complementarias a través de cualquier otro medio de difusión (p. ej., a través de anuncios insertados en la prensa escrita),

pero éstos no excluirán en ningún caso la obligación de publicar el correspondiente anuncio en el *BOE*.

Aunque no se indique expresamente, el contenido de las notificaciones publicadas en el *BOE* debe ser el mismo que el señalado, con carácter general, en el artículo 40.2 LPAC: texto íntegro del acto notificado, si pone o no fin a la vía administrativa, qué recursos caben contra él, ante quién hay que interponerlos y el plazo para ello. No obstante, si la notificación por medio de anuncios pudiera lesionar derechos o intereses legítimos (p. ej., por afectar a la intimidad del interesado), únicamente será objeto de publicación una somera indicación del contenido del acto y el lugar donde los interesados podrán comparecer, en el plazo que se establezca, para conocer su contenido íntegro artículo 46 LPAC .

8. PUBLICACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS

Sin perjuicio de la posibilidad de realizar notificaciones mediante anuncios publicados en el *BOE*, el artículo 39.2 LPAC prevé como una técnica distinta a la notificación la práctica de la publicación. Esta técnica es desarrollada en el artículo 45 LPAC. De conformidad con este precepto, procede la publicación de los actos administrativos cuando así lo establezcan las normas reguladoras del procedimiento o cuando lo aconsejen razones de interés público.

Del primer supuesto hay un ejemplo, precisamente, en el artículo 45.1 LPAC en el que se recogen varios casos en los que procede la publicación del acto:

— cuando se trate de actos que tengan por destinatarios a una pluralidad indeterminada de personas (p. ej., el acto por el que se abre un período de información pública);

— cuando la Administración estime que la notificación efectuada a un solo interesado es insuficiente para garantizar la notificación a todos (p. ej., para el supuesto, antes indicado, del artículo 7 LPAC, que permite a los interesados que aparecen en una misma solicitud señalar expresamente a cuál de ellos debe practicar la Administración las notificaciones);

— cuando se trate de actos integrantes de un proceso de selección o concurrencia competitiva de cualquier tipo (p. ej., licitación de contratos,

selección de personal, concesión de subvenciones, etc.). Dado que estos procedimientos se inician siempre de oficio a través del acto de convocatoria, éste deberá indicar el tablón de anuncios o medio de comunicación donde se efectuarán las sucesivas publicaciones.

El acto publicado deberá tener nuevamente el mismo contenido que el previsto en el artículo 40.2 LPAC antes señalado. Sin embargo, cuando deban publicarse actos que tengan elementos comunes, podrán publicarse conjuntamente los elementos coincidentes, especificándose los aspectos individuales de cada caso (p. ej., una tabla con los documentos que no han entregado los aspirantes a una plaza que han sido excluidos del procedimiento, indicando cuál le falta a cada uno). Asimismo, deberán tenerse en cuenta las mismas limitaciones contenidas en el artículo 46 LPAC que, según vimos, rigen en el caso de notificaciones por anuncios en el *BOE*.

El artículo 45.3 LPAC señala que la publicación se realizará «en el diario oficial que corresponda, según cuál sea la Administración de la que proceda el acto a notificar»: fundamentalmente el *Boletín Oficial del Estado* para la Administración del Estado, el *Boletín Oficial de la Junta de Andalucía* para la Administración andaluza y el *Boletín Oficial de la Provincia* para las Entidades locales en cada provincia.

Para completar la regulación de la publicación de actos, el artículo 45.4 LPAC ha incluido una utilísima ficción jurídica: cuando las normas del procedimiento exijan que la publicación de los actos deba hacerse «en tablón de anuncios o edictos» esta obligación se entenderá cumplida con su publicación en el diario oficial correspondiente.

VII. LA EJECUCIÓN FORZOSA DE LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS

1. CONSIDERACIONES GENERALES

Muchos actos administrativos —no todos— exigen llevar a la realidad material lo que requiere la declaración de voluntad que contienen. Si impone un determinado comportamiento a la Administración autora del acto, ésta debe sin más proceder a realizar todo lo necesario para la eficacia del acto. Si no lo hiciere, el interesado en su ejecución podrá exigirla, incluso, en su caso, por la vía del artículo 29 LJCA. Pero lo que ahora nos interesa son los

actos que imponen un comportamiento a un administrado.

A este respecto ya se explicó en la lección 6 del Tomo I que la Administración tiene potestad para su ejecución forzosa sin necesidad de acudir a los Tribunales. Siempre que se trate de actos singulares, que sean eficaces (hayan sido notificados, no estén suspendidos, etc.) y que no se esté ante alguna de las excepciones en que la ley impone la ejecución judicial de actos administrativos, excepciones que no existen propiamente en la actualidad.

Cosa distinta es que a veces la ejecución forzosa administrativa —o, más exactamente, algunas de las actuaciones en que se descompone— sí necesiten una autorización judicial. A uno de esos casos se refiere el artículo 100.3 LPAC, el de los supuestos en que sea necesaria la entrada en «el domicilio del afectado o en los restantes lugares que requieran la autorización de su titular»; pero hay otros, como también se vio entonces. Casos todos ellos en los que la autorización judicial supone sólo un control superficial limitado a comprobar que el acto administrativo ejecutado goza de una apariencia de legalidad, que procede su ejecución forzosa y que para ella es necesaria la entrada en el domicilio o la afectación de otro derecho así protegido. A ello ya nos referimos en aquella lección 6 y a ella nos remitimos. Ahora se trata de analizar cómo se desarrolla concretamente la ejecución forzosa administrativa. Se regula en los artículos 97 y siguientes LPAC, en el último capítulo de su Título IV, bajo la rúbrica: «Ejecución».

Mención especial merece el supuesto de actos en los que una Administración impone una obligación a otra Administración. Suele afirmarse que en tal caso no hay propiamente posibilidad de ejecución forzosa y que la Administración interesada tendrá que acudir a la vía judicial. Pero esta regla tiene muchas excepciones y matizaciones. Por lo menos conviene tener en cuenta que muchas veces las deudas entre Administraciones se ejecutan mediante compensación de modo que la acreedora podrá cobrarse deduciendo lo que, a su vez, deba pagar a la deudora por cualquier otro concepto.

Otra cuestión previa es la determinación de las Administraciones que tienen potestad de ejecución forzosa. Desde luego la tienen las Administraciones territoriales.

Pero en general se reconoce también a los entes institucionales de Derecho público. Es más, la tiene más que nadie la Agencia Española de la Administración Tributaria. Cosa distinta es que algunas Administraciones tengan escasos medios para llevar a cabo la ejecución forzosa de sus actos y se sirvan de otras Administraciones

en virtud de convenios u otras fórmulas. Así, es habitual que muchas Administraciones se sirvan de la Agencia Tributaria para la ejecución por vía de apremio de los actos que imponen el pago de cantidad líquida; o que los Municipios utilicen los servicios que a tal fin establecen las Diputaciones, o que las que no cuentan con policía propia hayan de pedir el auxilio de otras Administraciones para el uso de la fuerza para ejecutar sus actos. Pero, aun así, no siempre es claro si todas las Administraciones tienen esta potestad. Por ejemplo, en principio sería dudoso si la tienen las Universidades. La Ley de Universidades de Andalucía (TR aprobado por Decreto legislativo 1/2013) se la reconoce [art. 30.1.e)]. Sí es seguro que no pueden tener esta potestad los entes instrumentales de Derecho privado.

La potestad de ejecución forzosa entraña muchas veces actividades materiales y técnicas (el uso de la fuerza física, la realización de un proyecto de obras para realizar una ejecución subsidiaria, la ejecución física de la obra, etc.) pero también nuevos actos administrativos (la decisión misma de pasar a la ejecución forzosa, la imposición de multas coercitivas, la contratación de una empresa para realizar la ejecución subsidiaria, la liquidación de los gastos generados por la ejecución subsidiaria, etc.), todo lo cual conlleva, en realidad, la tramitación de un nuevo procedimiento administrativo distinto del declarativo, el procedimiento de ejecución forzosa. En cualquier caso, frente a estas actuaciones materiales y jurídicas no está indefenso el ejecutado. Tiene nuevas posibilidades de interponer recursos contra esos actos de ejecución. Incluso cuando la ejecución tenga los vicios más graves y groseros, se considera que la Administración habrá incurrido en vía de hecho frente a lo que tenía el remedio tradicional de los interdictos y ahora el del recurso administrativo contra la vía de hecho (art. 30 LJCA, que será estudiado en la lección 11).

En algunas sentencias se afirma que los actos de ejecución no son recurribles. Por otro lado, el artículo 105 LPAC prohíbe las acciones posesorias contra las ejecuciones administrativas. Pero nada de eso se opone a lo que se acaba de afirmar. En realidad, lo que aquellas sentencias quieren decir es que no cabe utilizar la impugnación de la ejecución y de los concretos actos que se producen en el procedimiento de ejecución para combatir el acto ejecutado; pero sí cabe el recurso contra el procedimiento y la actividad de la ejecución alegando los vicios propios de ésta. Y en cuanto a la prohibición de acciones posesorias recordemos que, como se explicó en la lección 6 del Tomo I, esa prohibición estaba destinada a preservar la autotutela administrativa ejercida conforme a la legalidad, pero que no impedía combatir las vías de hecho y, menos todavía, obsta al recurso contencioso-administrativo especial contra ellas que ahora consagra el artículo 30 LJCA.

La potestad de ejecución forzosa no sólo faculta a la Administración, sino que la obliga. Por tanto, ni puede permanecer pasiva ante el incumplimiento

del obligado ni puede acudir a los Tribunales para que sean ellos los que declaren y ejecuten lo que a ella ha atribuido el ordenamiento.

Cosa distinta es que la Administración pueda no ejecutar su acto si decide revocarlo o revisarlo de oficio o si suspende su eficacia. Pero salvo esos supuestos, en principio la inactividad administrativa en la ejecución forzosa de sus actos es ilícita y podría ser combatida por un tercero interesado en la ejecución (que incluso puede tener a su alcance el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad, art. 29 LJCA). Además, podría dar lugar a responsabilidad patrimonial de la Administración en cuanto esa inejecución cause daños a un sujeto.

2. REQUISITOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

Ante todo, cualquier ejecución forzosa precisa de un título ejecutivo que imponga a un determinado sujeto una obligación cierta de dar, hacer, no hacer o soportar algo, sin el cual aquélla sería radicalmente nula (*nulla executio sine titulo*). Con ese sentido el artículo 97.1 LPAC dispone que las Administraciones Públicas «no iniciarán ninguna actuación material de ejecución de resoluciones que limite derechos de los particulares sin que previamente haya sido adoptada la resolución que le sirva de fundamento jurídico».

Para que el título ejecutivo sea suficiente para proceder a la ejecución es necesario que sean ciertos y concretos su contenido y destinatario, además de su conocimiento por el obligado. Para ello es imprescindible que el acto que se quiere ejecutar haya sido correctamente notificado o publicado, pues la ejecución forzosa únicamente se justifica si el obligado tiene «un conocimiento claro, terminante y completo de lo ordenado» (STS de 9 de febrero de 1990).

En relación con la certeza de su contenido la jurisprudencia ha sostenido que se considera cierto el contenido que dispense de la necesidad de una previa interpretación de su alcance y de su extensión y que permita su realización inmediata (STC 137/1985). De no darse esa condición no podría imputarse incumplimiento alguno al interesado, pues éste no sabría a qué atenerse. Por ello se ha rechazado la ejecución forzosa de órdenes genéricas o imprecisas que no permiten al administrado saber a ciencia cierta qué debe hacer para ajustarse al mandato administrativo (SSTS de 28 de noviembre de 1977, 18 de septiembre de 1989, 12 de septiembre de 1997 o 9 de febrero, 3 de marzo y 14 de abril de 1998).

Además de tener un contenido cierto, el acto administrativo que se quiere ejecutar debe ser eficaz, aunque para ello no es necesario, como hemos

explicado, que sea firme ni que haya agotado la vía administrativa.

Claro está que si se suspende la eficacia del acto administrativo no cabe su ejecución forzosa. Pero la jurisprudencia constitucional ha ido más allá y ha limitado la posibilidad de ejecución forzosa ante la simple solicitud de suspensión para no comprometer el derecho a la tutela judicial efectiva. Así lo ha hecho respecto a los actos administrativos que imponen sanciones. Afirma el TC que el derecho a la tutela judicial se vería comprometido si el afectado solicita la suspensión de una decisión ejecutiva y la Administración procediese a su ejecución forzosa antes de que el Tribunal se pronunciase sobre la suspensión (SSTC 66/1984, 148/1993 o 78/1996). Por tanto, ante la simple petición de suspensión de la eficacia del título ejecutivo, la Administración debería abstenerse de utilizar cualquier medio de ejecución forzosa hasta que los Tribunales se pronuncien al respecto. Si se deniega la suspensión, la Administración podría entonces proceder a la ejecución. Pero, aunque la jurisprudencia constitucional es oscura, parece que este régimen es sólo aplicable a los actos administrativos sancionadores.

Para que la ejecución sea procedente también es necesario que el interesado haya dispuesto de un plazo suficiente para cumplir con su obligación. Si a pesar de ello el obligado no lo hiciera, el artículo 99 LPAC habilita a la Administración para «proceder, previo apercibimiento, a la ejecución forzosa de los actos administrativos». El apercibimiento constituye la advertencia al interesado de que si no cumple lo ordenado en un plazo señalado al efecto se pondrá en marcha un determinado procedimiento de ejecución. Es pues un acto necesariamente distinto del título de ejecución, que recuerda al obligado la obligación incumplida y que le concede una nueva oportunidad para el cumplimiento voluntario. Si a pesar de todo lo anterior persiste el incumplimiento, la Administración podrá proceder a la ejecución forzosa.

3. PRINCIPIOS DE LA EJECUCIÓN FORZOSA

El procedimiento de ejecución y las operaciones materiales de la ejecución administrativa deben desarrollarse respetando los siguientes principios generales:

— Respeto a la dignidad de la persona y a sus derechos fundamentales. Expresamente se ha contemplado en el artículo 104 LPAC en relación con la compulsión sobre las personas, pero debe extenderse al resto de los medios de ejecución forzosa, porque todos ellos pueden potencialmente entrar en conflicto con derechos fundamentales.

— Principio de legalidad. Se manifiesta aquí en la sujeción de la ejecución forzosa a los medios que la LPAC tipifica en su artículo 100 y en la necesidad de habilitación legal expresa para la imposición de multas coercitivas (art. 103 LPAC) o para ejercer la compulsión sobre las personas (art. 104.1 LPAC); es decir, aquellos medios que implican cargas nuevas sobre el administrado no contenidas en la obligación principal que se quiere ejecutar.

— Principio de adecuación o de ejecución «en línea directa de continuación del previo acto administrativo» (SSTS de 14 de abril de 1977 y 3 de mayo de 2004). Esto significa que la ejecución se dirige a la realización de la obligación contenida en el acto, sin innovarla ni sustituirla.

Como regla general, pues, el procedimiento de ejecución debería encaminarse a cumplir exactamente lo mismo que el acto ordenaba al obligado, sin que la Administración pueda imponer soluciones distintas, ni cargas nuevas, ni siquiera modificar el alcance de lo incumplido. Pero, aunque esto es así con carácter general, también es cierto que en ocasiones la ejecución forzosa puede hacer caer sobre el ejecutado algunas obligaciones que no derivan directamente del título. Así sucede por ejemplo con la multa coercitiva, en la que se impone una obligación pecuniaria nueva, distinta de aquella cuya ejecución pretende, y cuyo pago no libera del cumplimiento de la obligación principal. También puede darse en los casos de apremio sobre el patrimonio, en el que el deudor tiene que pagar unos recargos y unos intereses. Incluso en algunos supuestos de ejecución subsidiaria, pues el ejecutado tiene que hacer frente a los «gastos» ocasionados por la ejecución forzosa y a los daños y perjuicios que hubiera causado (art. 102.3 LPAC). Por otra parte, a veces las leyes establecen sistemas adicionales para que los interesados cumplan los actos administrativos. Por ejemplo, no se acepta por la Administración el cambio de titularidad de ciertos vehículos con los que se hayan cometido infracciones cuando no se hayan satisfecho las multas correspondientes, lo que se aleja bastante de la ejecución en línea directa.

— Principio de menor onerosidad. Dice el artículo 100.2 LPAC: «si fueran varios los medios de ejecución admisibles se elegirá el menos restrictivo de la libertad individual».

Normalmente el medio a aplicar vendrá ya predeterminado por la Ley, como en el caso de la vía de apremio para la realización de obligaciones pecuniarias. Pero también cabe que el ordenamiento jurídico permita varios medios para la ejecución de determinadas decisiones administrativas porque cualquiera de ellos es adecuado (p. ej., la ejecución subsidiaria y la imposición de multas coercitivas para la ejecución de una orden de demolición de un edificio). En tales supuestos, este principio obliga a utilizar el menos gravoso. El principio impide también que se utilicen dos o más medios simultáneamente. Cosa distinta es que uno pueda desembocar sucesivamente

en otros (p. ej., si el obligado no reacciona ante la imposición de las sucesivas multas coercitivas procede recurrir a la ejecución subsidiaria).

— Principio de proporcionalidad. Dice el artículo 100.1 LPAC que «la ejecución forzosa [...] se efectuará, respetando siempre el principio de proporcionalidad».

Este principio no sólo rige la ejecución forzosa, pero es especialmente adecuado en esta materia. Ha servido, por ejemplo, para poner límites al embargo de bienes excesivos en relación al importe de la deuda en los procedimientos de apremio sobre el patrimonio, o para ponderar la cuantía de las multas coercitivas, dentro de los márgenes que la Ley establece, en función de la importancia de lo incumplido.

4. MEDIOS DE EJECUCIÓN FORZOSA

El artículo 100 LPAC enumera cuatro medios de ejecución forzosa: apremio sobre el patrimonio, ejecución subsidiaria, multa coercitiva y compulsión sobre las personas.

A) Apremio sobre el patrimonio

Es el medio de ejecución forzosa que permite el cobro por la Administración de las cantidades líquidas que se le adeudan como consecuencia de obligaciones pecuniarias, sean o no de naturaleza tributaria (multas, indemnizaciones, etc.) mediante la ejecución individualizada sobre el patrimonio del deudor.

Puede emplearse incluso para resarcirse de las obligaciones de pago que pueden surgir de los demás medios de ejecución, como las multas coercitivas impagadas o los gastos en que incurre la Administración en el procedimiento de ejecución subsidiaria.

El artículo 101 LPAC exige para utilizar este medio de ejecución la existencia de un acto previo en el que se declare la existencia de una deuda a favor de una Administración por «cantidad líquida», esto es, que fije la cuantificación exacta de la deuda.

En cuanto al procedimiento, el artículo 100 LPAC se remite a «las normas reguladoras del procedimiento de apremio». Dicha regulación se contiene en los artículos 163 y siguientes LGT y en Reglamento General de Recaudación (RD 939/2005, de 29 de julio).

El procedimiento es complejo. Suele estudiarse con más detenimiento en Derecho

tributario y tiene muchos aspectos comunes con el que se verá en Derecho procesal para la ejecución de sentencias que condenen al pago de cantidad líquida, con la diferencia fundamental, claro está, de que aquí actúa la Administración, no los Tribunales. Aun así, demos aquí una idea elemental de este procedimiento.

Cuando termine el período de cumplimiento voluntario sin que se haya satisfecho la deuda, comienza propiamente el período ejecutivo de apremio que se inicia con la providencia de apremio y que comporta automáticamente el incremento de la obligación principal con el llamado recargo de apremio. Esa providencia, entre otros extremos, debe indicar la cuantía de la deuda y del recargo correspondiente, así como contener un requerimiento para efectuar el pago en un nuevo plazo con la advertencia de que, si tampoco ahora se paga, se procederá al embargo de los bienes del obligado.

La providencia de apremio puede impugnarse, pero sólo por una serie de motivos tasados que enumera el artículo 167.3 LGT: que la deuda esté extinguida o prescrita; que esté suspendida o no notificada o anulada; que la providencia tenga errores u omisiones que impidan la identificación de la deuda. Lo que sobre todo se quiere evitar es que mediante la impugnación de la providencia de apremio se combata más bien el acto que se ejecuta.

Notificada la providencia de apremio y transcurrido el nuevo plazo de cumplimiento sin pago, se procede al embargo de bienes suficientes para cubrir la deuda principal, intereses, recargos y gastos del procedimiento. El embargo puede recaer, en un orden establecido legalmente (artículo 169 LGT), sobre dinero y cuentas en bancos; créditos, valores y derechos; sueldos y pensiones; inmuebles (con anotación preventiva, en su caso, en el Registro de la Propiedad), establecimientos mercantiles e industriales; metales preciosos, joyas, antigüedades; etc.

Salvo que se trate de dinero, se valoran después los bienes embargados y se procede a su venta, generalmente en pública subasta, aunque en determinados supuestos puede adjudicárselos la misma Administración.

El dinero obtenido con la venta servirá para cubrir la deuda y los gastos del procedimiento y, en caso de exceso, se entregará al ejecutado.

El procedimiento puede terminar sin que se encuentren bienes suficientes para cubrir la deuda, o sea, comprobando la insolvencia del deudor y declarando fallido el crédito. No obstante, en ocasiones hay responsables solidarios o subsidiarios contra los que la Administración podrá dirigirse.

Existe también una regulación específica para las deudas con la Seguridad Social, pero el procedimiento es sustancialmente igual.

B) Ejecución subsidiaria

La ejecución subsidiaria permite a la Administración realizar las

obligaciones contenidas en un acto administrativo por sí misma o a través de un tercero a costa del obligado, cuando éste no las cumpla de forma voluntaria. El artículo 102 LPAC habilita a la Administración para utilizar este medio para la ejecución de obligaciones que por no ser personalísimas puedan ser realizadas por un sujeto distinto al obligado, como la realización o demolición de obras o la reposición a su estado anterior de cosas indebidamente alteradas (p. ej., la restauración de la cubierta forestal eliminada ilegalmente).

En principio, la ejecución subsidiaria no supone para el interesado la creación de un nuevo deber, puesto que la Administración ejecutará exactamente la obligación contenida en el acto incumplido. Lo único que cambia es el sujeto que materialmente la ejecuta. Por ello para recurrir a este medio de ejecución forzosa es suficiente con el artículo 102 LPAC sin que se requiera ninguna otra previsión legal más específica.

La ejecución subsidiaria se realiza «a costa del obligado» (art. 102.2 LPAC), lo que permite a la Administración liquidar y exigir al ejecutado el importe de los gastos en que se incurra como consecuencia de la ejecución forzosa y de los daños y perjuicios ocasionados por el incumplimiento. En caso de que el interesado no abone la liquidación practicada, prevé el artículo 102.3 que le sea exigida por la vía de apremio.

El artículo 102.4 LPAC permite a la Administración exigir el pago de esa liquidación antes de llevar a cabo las distintas actuaciones que supongan la ejecución subsidiaria. En tal supuesto se realiza una primera liquidación provisional sobre una estimación de los costes en que se va a incurrir, todo ello a reserva de la liquidación definitiva que se realice una vez concluida la ejecución y determinados exactamente los perjuicios causados por el incumplimiento y los costes reales de la ejecución.

C) Multa coercitiva

La multa coercitiva es un medio de ejecución forzosa que consiste en la imposición de sucesivas multas, reiteradas en lapsos de tiempo, con el fin de vencer la resistencia del obligado a cumplir el mandato cuya ejecución se persigue. Entraña en definitiva una carga económica que se impone al obligado para forzarle a cumplir lo ordenado en una decisión administrativa previa.

Para la imposición de multas coercitivas es necesario que el obligado se resista al cumplimiento voluntario (SSTC 137/1985 o 239/1988), bien

porque se niegue abiertamente a ello o simplemente porque adopte una conducta pasiva. Se requiere por tanto una conducta culpable.

Consecuentemente, por no existir una verdadera voluntad de desobedecer no cabría imponer multas coercitivas cuando al interesado le resulte imposible ejecutar la orden administrativa.

Según el artículo 103 LPAC, pueden imponerse multas coercitivas «cuando así lo autoricen las leyes» para la ejecución de actos personalísimos en que no proceda la compulsión directa sobre el obligado; actos en que, procediendo la compulsión, la Administración no la estimara conveniente; o actos cuya ejecución pueda el obligado encargar a otra persona. Pero lo importante es que una ley lo prevea.

La jurisprudencia ha precisado que la expresión «cuando así lo autoricen las leyes» debe entenderse referida a leyes en sentido formal (SSTS de 16 de mayo de 1981, 14 de mayo de 1997 y 26 de junio de 1998). Además, para satisfacer unas mínimas exigencias de certeza, la misma ley debe determinar la cuantía de la multa, su periodicidad y el procedimiento para su imposición, pues sólo de esa forma se da adecuada satisfacción a los principios de legalidad y de seguridad jurídica (arts. 9.3 y 103 CE).

Es habitual que las leyes sectoriales permitan que, dentro de los límites mínimo y máximo que la propia ley establece, sea la Administración la que fije en cada caso la cuantía de la multa coercitiva en proporción a la gravedad de las circunstancias del caso y el plazo de tiempo para su reiteración.

Sobre el primero de los extremos el TS ha indicado que las multas coercitivas «deben adecuarse a la [...] trascendencia negativa que al interés público represente el incumplimiento de una obligación» (STS de 20 de octubre de 1992), considerando específicamente la relevancia de la prestación debida y del interés general afectado.

En relación con el plazo de tiempo concedido, las multas coercitivas únicamente pueden reiterarse por lapsos de tiempo que sean suficientes para cumplir lo ordenado, entendiendo por tal «adecuados o proporcionados para que en el ínterin quepa al obligado realizarlo» (STS de 6 de abril de 1982).

En caso de impago de las multas coercitivas la Administración podrá acudir a la vía de apremio para hacerlas efectivas.

Las multas coercitivas no son sanciones y, por ello su régimen no es de ninguna forma el de las sanciones administrativas y son compatibles con

ellas.

La multa coercitiva añade un plus al contenido del acto que se quiere ejecutar, supone un gravamen económico nuevo para el obligado que no deriva directamente del título de ejecución. Esa circunstancia y el hecho de que se impongan únicamente cuando se dé un incumplimiento voluntario y consciente del título de ejecución, les da un cierto parecido con las verdaderas sanciones; en concreto, con las sanciones de multa. Pero tienen diferente naturaleza porque persiguen fines muy diferentes. Las multas coercitivas son un instrumento inscrito en el ámbito de la potestad ejecutoria de la Administración para hacer efectivos sus actos; lo que con ellas se pretende es únicamente llevar al obligado al cumplimiento directo de su obligación. No tienen una finalidad represiva, retributiva o de castigo por la realización de una conducta que se considere ilícita, que es lo característico de las multas-sanción. Por ello el TC concluyó que las multas coercitivas no se inscriben «en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora, sino en el de la autotutela ejecutiva de la Administración» (SSTC 239/1988 y 276/2000); y por la misma razón el artículo 103.2 LPAC sienta la regla de que «la multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ellas».

Esa distinta naturaleza jurídica supone básicamente que a las multas coercitivas no le son aplicables las garantías que para el ejercicio de la potestad sancionadora establecen los artículos 25.1 y 24.2 CE.

Y esto tiene importantes consecuencias. La primera, con expreso reflejo en el apartado segundo del artículo 103 LPAC, es la compatibilidad entre multas coercitivas y sanciones administrativas sin quebranto del principio *non bis in idem*. Así, por ejemplo, en una resolución administrativa podría imponerse una sanción de multa por la realización de una obra ilegal y además prever multas coercitivas si no se procede voluntariamente a la demolición de lo indebidamente construido.

Tampoco podría valorarse la multa coercitiva en un posterior procedimiento sancionador para apreciar la agravante de reincidencia, puesto que no es una sanción, sino un medio de ejecución de los actos administrativos (STS de 22 de abril de 1992) y en el procedimiento para su imposición no se declara la existencia de una infracción administrativa después de una tramitación con las garantías del procedimiento sancionador. En el procedimiento de ejecución simplemente se constata que se ha producido un incumplimiento de un mandato exigible por la Administración y se adoptan medidas para su cumplimiento.

Tampoco se vería afectada la imposición de multas coercitivas por la circunstancia de que los hechos sean constitutivos de delito. En tal caso bastaría con que la Administración actuante diera cuenta de ello al Ministerio Fiscal a los efectos de la exigencia de la responsabilidad penal que pudiera proceder, pero sin paralizar las actuaciones para ejecutar forzosamente el acto incumplido, puesto que éstas no tienen naturaleza sancionadora.

D) Compulsión sobre las personas

La compulsión sobre las personas supone el ejercicio de la fuerza física sobre el obligado o las personas a su servicio con el fin de asegurar el cumplimiento del acto administrativo.

No debe confundirse el recurso a la fuerza física para la ejecución de un acto administrativo que previamente ha impuesto o declarado una obligación o un deber a un particular con la posibilidad de utilizar la coacción administrativa directa, que permitiría a la Administración cambiar la realidad material usando la fuerza sin que exista previamente un acto administrativo declarativo ni un período de cumplimiento voluntario. Así, por ejemplo, cuando retira de la vía pública un coche que la está obstaculizando.

La compulsión sobre las personas sólo cabe cuando exista una previa habilitación legal, como establece el artículo 104.1 LPAC: «Los actos administrativos que impongan una obligación personalísima de no hacer o soportar podrán ser ejecutados por compulsión directa sobre las personas en los casos en que la Ley expresamente lo autorice».

Se recurre a este medio para la ejecución forzosa de obligaciones personalísimas de no hacer o de soportar (impedir la entrada de personas en un lugar, obligarlas a soportar ciertas intervenciones médicas, etc.). En cambio, no cabe hacer uso de la compulsión sobre las personas para la ejecución de obligaciones personalísimas de hacer, que por su propia naturaleza no son susceptibles de un cumplimiento eficaz mediante la coacción física. Para este segundo tipo de obligaciones la LRJAP únicamente dispone que, en caso de incumplimiento, el obligado debe resarcir los daños y perjuicios causados (art. 104.2 LPAC), para cuya liquidación y cobro se procederá en vía administrativa.

A veces se señala como un quinto medio de ejecución forzosa el desahucio administrativo que consiste en la expulsión —«lanzamiento»— por la propia Administración de los particulares que estén ocupando un bien inmueble después de haberse extinguido su derecho.

Así, como se verá, se prevé en los casos en que se extingue una concesión de dominio público. Pero también está previsto por la ley cuando el expropiado no abandona voluntariamente el bien o para otros supuestos (desahucio administrativo en ciertos casos de viviendas de protección oficial).

En realidad, sin embargo, en ese procedimiento de desahucio se mezcla un procedimiento declarativo y una ejecución forzosa que, en el fondo, no es más que una aplicación especial de la compulsión sobre las personas.

BIBLIOGRAFÍA

- ABERASTURI GORRIÑO, U.: «La diligencia debida en la práctica de las notificaciones en persona de los actos administrativos y la protección de datos de carácter personal. Valoración crítica de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional al respecto», *REDA*, n.º 161 (2014).
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: «La eficacia y la ejecución de las sanciones de tráfico», *Documentación Administrativa*, n.ºs 284-285 (mayo-diciembre 2009).
- ALMEIDA CERREDA, M.: «El principio de irrevocabilidad de los actos favorables», *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- ÁLVAREZ FERNÁNDEZ, M.: «Nuevos planteamientos jurisprudenciales sobre la práctica de las notificaciones administrativas», *RAP*, n.º 194 (2014).
- BARCELONA LLOP, J.: *Ejecutividad, ejecutoriedad y ejecución forzosa de los actos administrativos*, Servicio de Publicaciones de la Universidad de Cantabria, 1998.
- «Cuestiones sobre la ejecutividad de los actos administrativos en la doctrina del Tribunal Constitucional», en *Homenaje a Cosculluela*.
- «La ejecución forzosa de los actos administrativos: régimen general. La prohibición de acciones posesorias», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: «La notificación de los actos administrativos», en *Innovaciones en el procedimiento administrativo común y el régimen jurídico del Sector Público*, EUS-IGO, 2016.
- BELANDO GARÍN, B.: *La eficacia retroactiva de los actos administrativos*, Aranzadi, 2008.
- «Los actos administrativos retroactivos por naturaleza», *REDA*, n.º 137 (2008).
- BOCANEGRA SIERRA, R.: «La distinción entre la eficacia interna y la eficacia externa de los actos administrativos», *REDA*, n.º 152 (2011).
- BOCANEGRA SIERRA, R., y GARCÍA LUENGO, J.: «Los actos administrativos transnacionales», *RAP*, n.º 177 (2008).
- BUENO ARMIJO, A., *El reintegro de subvenciones de la Unión Europea*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2011.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L.: *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, 2004.
- CHINCHILLA MARÍN, M. C.: «La invalidez sobrevenida de un retracto forestal: el transcurso del tiempo, la inactividad administrativa y la actuación del interesado como factores invalidantes de un acto administrativo», *JA*, n.º 54 (2011).
- COTINO HUESO, L.: «El derecho y el deber de relacionarse por medios electrónicos (art.14 LPAC). Asistencia en el uso de medios electrónicos a los interesados (art. 12 LPAC)», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- CUBERO MARCOS, J. I.: *Las notificaciones administrativas*, IVAP, 2017.
- ESCUIN PALOP, V. M.: «La suspensión del acto en vía administrativa», *REDA*, n.º 148 (2010).
- FERNÁNDEZ, T. R.: «Una llamada de atención sobre la regulación de las notificaciones electrónicas en la novísima Ley de Procedimiento Administrativo Común de las

- Administraciones Públicas», *RAP*, n.º 198 (2015).
- GAMERO CASADO, E.: «El régimen de notificaciones: la dirección electrónica vial (DEV) y el tablón edictal de sanciones de tráfico (TESTRA)», *Documentación Administrativa*, n.ºs 284-285 (2009).
- GONZÁLEZ, J.: «La Administración del reconocimiento mutuo. Un análisis a partir de la libre circulación de profesionales... hasta la unidad de mercado», *RAP*, n.º 197 (2015).
- GUILLÉN CARAMÉS, J.: «Medios de ejecución forzosa de los actos administrativos», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- GUTIÉRREZ ALONSO, J. J.: «La cláusula “mejores técnicas disponibles” versus el criterio de neutralidad tecnológica y su aplicación en el Derecho Administrativo español», *REDA*, n.º 128 (2005).
- IZU BELLOSO, M. J.: «El “pie de recursos” y la notificación de los actos administrativos», *RAP*, n.º 193 (2014).
- LAFUENTE BENACHES, M.: *La ejecución forzosa de los actos administrativos por la Administración Pública*, Tecnos, 1991.
- «La protección de la vivienda frente a la potestad administrativa de ejecución forzosa con entrada domiciliaria», *REDA*, n.º 168 (2015).
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Ejecución forzosa (de actos administrativos)», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Apremio sobre el patrimonio», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Compulsión sobre las personas», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Ejecución subsidiaria», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Multa coercitiva», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- «Fin de la tutela sumaria de la posesión —interdictos— frente a la Administración Pública (el atípico final de una larga polémica)», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «Límites constitucionales de la autotutela administrativa», *RAP*, n.º 115 (1988).
- MACÍAS CASTAÑO, J. M.: «El desahucio administrativo: la problemática de su ejecución. La entrada en un domicilio y la jurisprudencia constitucional», *REDA*, n.º 127 (2005).
- MÁRQUEZ DIÉGUEZ, J. L.: «Competencia funcional, alcance y procedimiento de las autorizaciones judiciales de entrada para la ejecución forzosa de actos administrativos y en las autorizaciones judiciales para la protección de la propiedad intelectual vulnerada desde servicios de la sociedad de información», *RAAP*, n.º 85 (2013).
- MARTÍN DELGADO, I.: «Ejecutividad y eficacia de los actos administrativos. Las notificaciones administrativas», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- MESTRE DELGADO, J. F.: «El régimen de la autotutela ejecutiva en el ordenamiento

- constitucional», *Revista General de Derecho Administrativo*, n.º 11 (2006).
- MÍGUEZ MACHO, L.: «Ejecución forzosa de los actos administrativos, recurso de alzada y derecho a la tutela judicial efectiva», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- ORTEGA BERNARDO, J.: «El acto administrativo transnacional en el derecho europeo del mercado interior», *REDA* n.º 188 (2017).
- PIÑAR MAÑAS, J. L.: *La eficacia de los actos administrativos*, Tirant lo Blanch, 1988.
- PIZARRO NEVADO, R.: «La multa coercitiva», *Revista del Poder Judicial*, n.º 62 (2001).
- «Revisando la multa coercitiva: un análisis de la legislación más reciente», en *Homenaje a Cosculluela*.
- REBOLLO PUIG, M.: «El procedimiento administrativo de la ejecución subsidiaria», *Revista del Poder Judicial*, n.º 57 (2000).
- «La ejecución subsidiaria de los actos administrativos», en *Homenaje a Boquera*.
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: *La potestad del desahucio administrativo*, INAP, 2012.
- RUIZ OJEDA, A.: *La ejecución de créditos pecuniarios contra entes públicos*, Civitas, 1993.
- SAINZ MORENO, F.: «Sobre la ejecución en línea directa de la continuación del acto y otros principios de coacción administrativa», *REDA*, n.º 13 (1977).
- SANZ LARRUGA, F. J.: *El procedimiento administrativo de apremio*, La Ley, 1991.
- SALAMEROTEIXIDÓ, L.: *La autorización judicial de entrada en el marco de la actividad administrativa*, Marcial Pons, 2014.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: «Ejecutoriedad de los actos administrativos», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- SARASÍBAR IRIARTE, M.: «Acerca de las notificaciones administrativas: a propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 219/2007, de 8 de octubre», *RAP*, n.º 177 (2008).
- VICENTE DOMINGO, R. de: *La inactividad de la Administración en la ejecución de los actos firmes*, Civitas, 2015.
- XIOL RÍOS, J. A.: «La utilización de técnicas de relación con particulares entre Administraciones Públicas: concesiones; licencias; sanciones. La ejecutividad entre Administraciones Públicas», *Cuadernos de Derecho Local*, n.º 8 (2005).

* Los epígrafes I a VI han sido redactados por Antonio BUENO ARMIJO, salvo lo referido al régimen jurídico de la notificación electrónica en los apartados 5 y 6 del último, que junto al epígrafe VII han sido redactados por Rafael PIZARRO NEVADO. (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015/67685).

LECCIÓN 5

LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS*

I. CONCEPTO, CARACTERÍSTICAS Y PRINCIPIOS GENERALES DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

1. CONCEPTO Y CARACTERÍSTICAS

La LPAC, tras regular los actos y el procedimiento en los términos que hemos visto, dedica su Título V a «la revisión de los actos en vía administrativa». Habla ahí de «revisión» en un sentido muy amplio como sinónimo de reconsideración de los actos. Y dice que es «en vía administrativa» para contraponerla a la vía judicial. En la vía judicial son los jueces y tribunales los que revisarán la actuación administrativa, lo que corresponde, sobre todo, a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como ya nos consta y como desarrollaremos en las lecciones 12 y 13. En la vía administrativa es la propia Administración la que revisa o reconsidera sus actos. Dentro de esta vía administrativa, que es la que ahora nos interesa, se ocupa la LPAC de dos posibilidades de revisión: los recursos administrativos y la revisión de oficio. De los primeros nos ocuparemos en esta lección y de la revisión de oficio en la siguiente.

En cierto modo puede decirse que la revisión en vía administrativa es una forma de control interno mientras que el control judicial es un control externo. Pero no son las dos únicas posibilidades de control de la Administración. Hay otros controles externos como el de los Parlamentos, los Defensores del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, la Cámara de Cuentas... Y hay otros controles internos como el de la Intervención General del Estado y sus equivalentes en las Administraciones autonómicas y locales, el de los órganos superiores sobre los inferiores, el de las llamadas inspecciones de servicios...

Los recursos administrativos son actos de los ciudadanos mediante los que impugnan un acto administrativo solicitando su anulación o reforma para que la misma Administración, tras reconsiderar aquél, produzca un segundo pronunciamiento. Para su resolución la Administración realiza una función

similar a la jurisdiccional de análisis jurídico de la cuestión controvertida. Así dicho, los recursos administrativos se presentan como una garantía de los ciudadanos que pueden obtener una satisfacción de sus pretensiones contra actos administrativos sin necesidad de acudir a la vía judicial. Con frecuencia, son, además, un paso previo necesario para acudir después a la vía judicial. Se convierten, pues, en un requisito o presupuesto procesal. Y ello se justifica teóricamente en la finalidad de evitar litigios con el tiempo, el esfuerzo y los costes que ello entraña. También como una forma de descongestionar a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Pero la realidad está lejos de confirmar esa visión idílica de los recursos administrativos, sobre todo en cuanto a los tradicionales recursos administrativos generales. De una parte, no puede dejar de observarse que la Administración, como suele decirse, hace de «juez y parte» y, de hecho, no actúa muchas veces en la tramitación y resolución de estos recursos con verdadera objetividad sino con excesivas reticencias a dar marcha atrás en su postura inicial. Incluso no es nada inusual que la Administración sencillamente no los conteste. Por eso, con frecuencia son vistos como una carga para los ciudadanos, que ven retardado su acceso a la justicia, y como un privilegio de la Administración que ve potenciada así su autotutela y su ventajosa posición ante los tribunales. Se afirma, incluso, que aunque tuvieron justificación en su origen —cuando no había controles judiciales— no la tienen desde la consolidación de la jurisdicción contencioso-administrativa y se han convertido en una carga superflua e injustificada para los ciudadanos.

Aun así, a veces sí es un cauce adecuado, especialmente para asuntos de poca cuantía. Piénsese, por ejemplo, en muchas multas de tráfico ante las que el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa tendría un coste superior a la misma multa. Por otra parte, cabe sostener que no se trataría tanto de criticar la existencia misma de recursos administrativos como la de la regulación y configuración actual de muchos de ellos. Y lo cierto es que hay ahora recursos administrativos —especialmente los recursos o reclamaciones ante órganos especializados e imparciales, como, por ejemplo, el recurso especial en materia de contratación— que sí que constituyen una garantía efectiva y un instrumento idóneo para evitar o, al menos, disminuir la situación de saturación que se vive en los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos debido al enorme número de recursos que penden de los mismos.

La regulación general de los recursos administrativos se contiene en la LPAC, concretamente en el capítulo segundo de su Título V (arts. 112 a 126).

De tal regulación, es posible extraer unas notas características básicas de los recursos administrativos que pueden sintetizarse de la siguiente forma:

— Sólo cabe interponer recursos administrativos contra actos. Se

excluyen los recursos contra disposiciones de carácter general. Así se desprende de lo dispuesto en el artículo 112.3 LPAC, que, no obstante, sí admite de manera expresa los denominados recursos «indirectos» contra disposiciones generales, es decir, aquellos recursos que se interponen contra actos pero que se fundan exclusivamente en la nulidad de la disposición reglamentaria de la que traen causa. Tampoco hay propiamente recursos administrativos contra la inactividad material de la Administración o contra la vía de hecho. Lo que en esos casos se permite o se exige antes del recurso contencioso-administrativo es lo que los artículos 29 y 30 LJCA llaman sin mucha precisión reclamación, solicitud, requerimiento o intimación que, en cualquier caso, no son recursos administrativos ni tienen su régimen jurídico.

— El recurso administrativo constituye un instrumento impugnatorio del que sólo pueden hacer uso los particulares, y, más en concreto, los particulares que ostenten legitimación, esto es, que sean titulares de derechos o intereses legítimos afectados por el acto que se impugna (art. 112.1 en relación con el art. 4 LPAC). Por el contrario, no pueden interponer recurso administrativo contra los actos de una Administración las otras Administraciones. Lo dice el artículo 44.1 LJCA: «En los litigios entre Administraciones Públicas no cabrá interponer recurso en vía administrativa». Cosa distinta es que ese mismo precepto establezca que, antes de interponer recurso contencioso-administrativo, puedan dirigir a la Administración que pretenden demandar un requerimiento «para que derogue la disposición, anule o revoque el acto, haga cesar o modifique la actuación material o inicie la actividad a que esté obligada». Pero esos requerimientos previos no son recursos administrativos ni están sometidos a su régimen.

— Los recursos administrativos pretenden esencialmente que se declare la nulidad o se anule un acto anterior y por ello han de fundamentarse en motivos de ilegalidad. En este sentido señala el artículo 112.1 LPAC, en relación con los recursos de alzada y de reposición, que cabrá fundarlos en alguna de las causas de nulidad o anulabilidad de los actos administrativos recogidas en los artículos 47 y 48 LPAC. Esta regla, sin embargo, tiene una matización en el artículo 115.3 LPAC (ya estudiado en la lección 3) según el cual los vicios de anulabilidad no pueden ser alegados por los particulares que los hubieren causado. Pero, aun así, es claro que lo que puede fundamentar los recursos son vicios de nulidad y de anulabilidad, no meras opiniones discrepantes sobre la oportunidad.

Con todo, no cabe descartar que en los recursos que resuelve el mismo órgano que dictó el acto impugnado o su superior jerárquico pueda haber una reconsideración de la decisión discrecional más allá de la que podrían hacer los tribunales.

Por otra parte, el hecho de que lo que pretendan los recursos sea una declaración de nulidad o anulación los diferencia de las simples quejas (como las previstas en el artículo 76.2 LPAC de las que hablamos en la lección 1) que sólo expresan protesta por el mal funcionamiento administrativo.

— La interposición del recurso obliga a la Administración a su resolución y, para ello, a tramitar un procedimiento. El procedimiento en vía de recurso es un procedimiento administrativo de segundo grado pero, a fin de cuentas, un procedimiento administrativo al que es de aplicación buena parte de lo que con carácter general estudiamos en la lección 1. Más remotamente guarda similitudes con los recursos jurisdiccionales (la existencia de plazos perentorios para su interposición, la posibilidad de que se suspenda la ejecución del acto impugnado, etc.) aunque es por esencia distinto y, además, desde luego, no alcanza el grado de rigidez propio de éstos, dada la vigencia también en este ámbito de los recursos administrativos del principio antiformalista.

2. CLASES

Se distinguen recursos administrativos ordinarios o extraordinarios: los primeros (como son los de reposición y alzada) caben por cualquier motivo; los segundos (como el de revisión) sólo permiten invocar algunos concretos motivos tasados.

Se distingue también entre recursos generales y especiales. Los generales son aquellos que en principio pueden ser utilizados en cualquier ámbito de actividad administrativa, en tanto que los segundos sólo pueden emplearse en determinados sectores de actividad por así haberlo establecido la ley reguladora de esa concreta actividad.

Son recursos generales el de alzada, el de reposición y el de revisión, los tres regulados en la LPAC, según se ha apuntado antes. En cuanto a los recursos especiales, cabe destacar las reclamaciones económico-administrativas (a que nos referiremos en el epígrafe V) y el recurso especial en materia de contratos (que se estudiará en la lección 10). Pero hay otros muchos recursos especiales. Por ejemplo, los hay en materia de deportes, recursos cuya resolución se atribuye a un órgano administrativo singular, el denominado Tribunal Administrativo del Deporte. Los hay también en la Ley Orgánica de Régimen Electoral General. Asimismo en la Ley

Reguladora del Derecho de Asilo contra la resolución de inadmisión a trámite o desestimación de la solicitud de asilo. Igualmente los hay en la legislación laboral frente a ciertas decisiones de los inspectores, etc. En la Ley Orgánica de Universidades se prevén unas reclamaciones contra las propuestas de las comisiones de acreditación de los profesores, así como contra las propuestas de las comisiones de los concursos de acceso a los cuerpos docentes universitarios, similares a recursos administrativos especiales. Junto a ello también suele haber recursos especiales en el ámbito de las Corporaciones sectoriales, como es el caso de los llamados recursos corporativos que se dan contra las decisiones de los Colegios Profesionales (se alude a ellos en los arts. 8 y 9 de la Ley de Colegios Profesionales y son más concretamente regulados en los Estatutos de cada organización colegial; lección 14 del Tomo I).

La existencia de recursos especiales hay que ponerla en relación con el artículo 112.2 LPAC, del que nos ocuparemos en el último epígrafe de esta lección. Digamos por ahora sólo que no hay una coincidencia exacta: ese precepto, junto con recursos especiales, también permite sistemas de resolución de conflictos distintos; y no todos los recursos especiales entran en las previsiones de ese precepto.

La LPAC ha suprimido un instrumento impugnatorio, tradicional en nuestro Derecho, como eran las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil y laboral. Éstas se configuraban como una suerte de recurso que los interesados debían formular ante la autoridad administrativa correspondiente cuando quisieran sostener contra la Administración pretensiones de carácter civil o laboral, constituyéndose en requisito previo a la presentación de la correspondiente demanda ante esas otras jurisdicciones. Pero la LPAC, en una de sus novedades más destacables, las ha suprimido por considerar que constituyen un obstáculo innecesario e injustificado al ejercicio de acciones judiciales por los particulares. Así lo venía denunciando la doctrina y, por su parte, los tribunales civiles y sociales no solían inadmitir las demandas contra la Administración por no haberse planteado estas reclamaciones previas que, por ello, sobrevivían lánguidamente hasta su formal desaparición.

3. REGLAS GENERALES DE LOS RECURSOS ADMINISTRATIVOS

La LPAC, antes de regular específicamente los tres recursos generales (alzada, reposición y revisión), contiene unas reglas o principios generales de aplicación a todos ellos. Pero también son aplicables a los recursos especiales salvo que sus normas específicas dispongan otra cosa.

Incluso la regulación específica de esos recursos especiales declara a veces esa aplicación de las reglas generales de la LPAC. Por ejemplo, el artículo 56.1 LCSP dispone que el procedimiento para tramitar los recursos especiales en materia de contratación se regirá por las disposiciones de la LPAC, con las especialidades que se recogen en los apartados siguientes.

A) Actividad administrativa impugnable

Como ya hemos dicho, cabe formular recurso administrativo contra actos administrativos (incluido el silencio administrativo positivo y negativo), no contra reglamentos ni inactividad material o vía de hecho. Pero, en realidad, no todos los actos son susceptibles de estos recursos. Sólo lo son las resoluciones, no, por lo general, los actos de trámite. No obstante, cabe recurso también contra los llamados actos de trámite cualificados (art. 112.1 LPAC).

De todo ello dimos ya cuenta en la lección 2 y a ella nos remitimos ahora. Recuérdese, además, que esa limitación de los recursos a las resoluciones y actos de trámite cualificados también se da respecto al recurso contencioso-administrativo (art. 25 LJCA), como se volverá a ver en la lección 12.

Por otra parte, no ya para decidir si son o no recurribles en vía administrativa, sino para saber qué concreto recurso administrativo es posible (más en concreto, si procede el recurso de alzada o sólo cabe el de reposición), es capital la distinción entre actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no ponen fin a tal vía (o, lo que es lo mismo, que agotan o no la vía administrativa, que causan estado o no en vía administrativa). Distinción que ya desarrollamos también en aquella lección 2.

Por último, el recurso extraordinario de revisión, como se verá después, puede interponerse contra los actos firmes, concepto que también abordamos en la lección 2.

B) Requisitos de la interposición del recurso

La LPAC regula los requisitos del escrito de interposición del recurso en su artículo 115.1, que contiene una enumeración de los datos que necesariamente han de consignarse:

— El nombre y apellidos del recurrente u otros datos para su identificación personal en el caso de personas jurídicas.

— El acto que se recurre y la razón de su impugnación, es decir, los argumentos por los que se considera que el acto recurrido es ilegal e inválido. Se pueden expresar de muchas formas (como simples alegaciones o motivos o incluso distinguiendo entre los hechos y los fundamentos de Derecho, al modo en que se hacen las demandas).

— Lugar, fecha, firma del recurrente, identificación del medio y, en su caso, del lugar que se señale a efectos de notificaciones.

— Órgano, centro o unidad administrativa al que se dirige y su correspondiente código de identificación.

— Las demás particularidades exigidas, en su caso, por las disposiciones específicas.

Aunque la Ley no lo diga, el escrito debe contener una petición (un «solicito») concreta que, en esencia, consistirá en la anulación del acto recurrido.

Lo normal y lo más correcto es que, además, se exprese el concreto recurso que se está interponiendo (alzada, reposición, etc.). Pero, conforme al principio antiformalista, «el error o la ausencia de calificación del recurso por parte del recurrente no será obstáculo para su tramitación» (art. 115.2 LPAC).

Así, por ejemplo, si un particular interpone un recurso de reposición (o emplea cualquier otra denominación) frente a un acto que no pone fin a la vía administrativa contra el que cabía recurso de alzada, la Administración no lo inadmitirá, sino que lo tramitará como tal recurso de alzada.

Por lo demás, si el recurso adolece de algún defecto no debe ser inadmitido automáticamente, sino que en la medida en que tal defecto sea subsanable ha de darse al interesado la posibilidad de subsanarlo, tal y como vimos en la lección 1, que debe hacerse con las solicitudes (art. 68 LPAC).

C) Suspensión de la ejecución del acto impugnado

La formulación de un recurso administrativo no afecta, en principio, a la eficacia del acto administrativo impugnado, que continúa desplegando sus efectos normalmente e incluso, en su caso, puede ser ejecutado de manera forzosa por la Administración. Pero el artículo 117 LPAC, aunque comienza por proclamar que la interposición del recurso «no suspenderá la ejecución del acto impugnado», admite la posibilidad de que el órgano competente para resolver el recurso decida suspenderla de oficio o a instancia de parte, siempre que «concurran alguna de las siguientes circunstancias:

a) Que la ejecución pueda causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

b) Que la impugnación se fundamente en alguna de las causas de nulidad de pleno derecho...».

Añade después que «cuando de la suspensión puedan derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, aquélla sólo producirá efectos previa prestación de caución o garantía suficiente para responder de ellos...».

En todo caso, la decisión de suspender o no el acto debe ser resultado de una adecuada ponderación entre los perjuicios que su ejecución causa al recurrente y los que la suspensión puede causar al interés general o de terceros. A este respecto, la Administración, al acordar la suspensión, puede adoptar las medidas que considere precisas para garantizar tales intereses junto a las necesarias para asegurar la eficacia definitiva del acto impugnado.

En los supuestos en que sea el recurrente quien la solicite, la suspensión se entenderá acordada transcurrido un mes desde que la solicitud haya entrado en el registro electrónico de la Administración u Organismo competente para decidir, sin que éste se haya pronunciado de manera expresa. Se trata, por tanto, de un supuesto de estimación por silencio administrativo.

No deja de resultar problemático ese silencio positivo, máxime teniendo en cuenta que el recurso mismo tiene silencio negativo, como ahora veremos. Así, transcurridos tres meses desde que se interpuso el recurso y se pidió la suspensión, si la Administración no responde ni a una cosa ni a la otra —lo que no es inusual— el recurso se podrá entender desestimado y la suspensión, sin embargo, lograda.

Al mismo tiempo que se acuerda la suspensión, si es que ésta puede causar perjuicios al interés general o de terceros, el artículo 117.4 LPAC permite imponer medidas complementarias para proteger éstos. En concreto, cabe exigir caución o garantía para responder de los daños que la suspensión pueda ocasionar a esos intereses. Si efectivamente se presta esa garantía, el artículo 117.4.3º establece que la suspensión se prolonga después de agotada la vía administrativa y hasta que el juez decida sobre la suspensión.

Por último, en el caso de que el acto recurrido afecte a una pluralidad indeterminada de personas, la suspensión de su eficacia habrá de publicarse en el mismo diario oficial en el que se publicó el acto suspendido.

No es frecuente en la práctica que la Administración acceda a una petición de suspensión del acto recurrido —de la misma forma que no es habitual la propia estimación del recurso administrativo del que la suspensión trae causa—. Tales peticiones sólo suelen aceptarse cuando el perjuicio que causa la ejecución del acto al recurrente es, además de irreparable, considerablemente grave, como, por ejemplo, si se trata de un acto que ordena la demolición de una vivienda ejecutada en contradicción con la legalidad, o la clausura de una actividad comercial.

D) Instrucción del recurso: audiencia de los interesados

En lo que respecta a la fase de instrucción del recurso, la LPAC sólo regula específicamente el trámite de audiencia a los interesados. La instrucción del recurso será, con carácter general, relativamente sencilla. Ello, en la medida en que el acto recurrido habrá sido dictado como resultado de la tramitación de un procedimiento en el que se han debido realizar todas las actuaciones necesarias para obtener los datos que sirven de base a la decisión impugnada; datos que serán tenidos en cuenta igualmente para la resolución del recurso. En todo caso, en la realización de las actuaciones instructoras que hayan de efectuarse durante la tramitación del recurso —que guardarán relación con la existencia de hechos nuevos o la necesidad de recabar nuevos datos para resolver el recurso— serán de aplicación las normas generales sobre procedimiento recogidas en el Título IV de la LPAC y que ya conocemos (lección 1).

Como hemos dicho, la Ley sí contiene una regulación específica del trámite de audiencia en la fase de instrucción del recurso, concretamente en su artículo 118. Se contempla en dos casos:

— En primer lugar, cuando hayan de tenerse en cuenta hechos o documentos no recogidos en el expediente originario. A este respecto, es posible que con posterioridad a la resolución del primer expediente se produzcan o conozcan hechos o documentos que pueden incidir en el contenido de la resolución del recurso administrativo, en cuyo caso han de ponerse de manifiesto al recurrente para que formule las alegaciones o aporte él los documentos que estime oportunos. Los hechos, documentos y alegaciones que aporte después de este trámite, que tiene carácter preclusivo, no se tendrán en cuenta para resolver el recurso.

— En segundo lugar, cuando haya otros interesados distintos del recurrente, esto es, personas que puedan verse afectadas en sus derechos o intereses legítimos por la resolución del recurso. También a estas personas debe darse audiencia para que aleguen lo que estimen procedente.

En ambos casos, el plazo del que disponen los interesados para formular alegaciones no será inferior a diez días ni superior a quince.

Por lo demás, a los efectos de conceder el trámite de audiencia, no tienen la condición de documentos nuevos el propio recurso ni los informes y propuestas que se emitan en relación con el mismo, como tampoco los

documentos que hayan aportado los propios interesados antes de que se dictara la resolución impugnada. Ahora bien, que no tengan la condición de documentos nuevos a esos efectos no significa que no tengan que ser tenidos en cuenta por el órgano competente para resolver el recurso, que evidentemente habrá de tomarlos en consideración a la hora de adoptar la decisión resolutoria correspondiente. Añade el precepto que tampoco podrá solicitarse la práctica de pruebas cuando su falta de realización en el procedimiento en el que se dictó la resolución recurrida fuera imputable al interesado.

Este trámite de audiencia es considerado esencial, al igual que ocurre en el procedimiento general, por lo que su omisión puede determinar la anulabilidad o incluso la nulidad de pleno derecho del acto resolutorio del recurso, siempre que tal omisión cause indefensión real y efectiva a los interesados.

E) Resolución del recurso

El procedimiento de recurso concluirá normalmente mediante resolución, que estimará en todo o en parte o desestimará las pretensiones formuladas por el recurrente, o bien declarará su inadmisión (art. 119.1 LPAC). Esto último ocurrirá cuando concurra alguna circunstancia en la interposición del recurso que justifique la conclusión del expediente sin necesidad de entrar en el fondo del asunto. El artículo 116 LPAC incorpora unas causas generales de inadmisión de los recursos administrativos. Son las siguientes: ser incompetente el órgano administrativo, cuando el competente perteneciera a otra Administración Pública; carecer de legitimación el recurrente; tratarse de un acto no susceptible de recurso; haber transcurrido el plazo para la interposición del recurso, y carecer el recurso manifiestamente de fundamento.

Por otra parte, si se aprecia la existencia de un vicio de forma no convalidable y el órgano competente estima improcedente resolver sobre el fondo, ordenará la retroacción del procedimiento al momento en el que el vicio fue cometido (art. 119.2 LPAC).

La resolución debe ser motivada [art. 35.1.b) LPAC] y, salvo que inadmita el recurso, resolverá todas las cuestiones, tanto de forma como de fondo, que plantee el procedimiento, hayan sido o no alegadas por los interesados. En ese último caso, éstos habrán de ser oídos previamente (art.

119.3 LPAC). La resolución ha de ser congruente con las peticiones formuladas por el recurrente y en ningún caso podrá agravar su situación inicial. Se alude aquí a dos principios, el de congruencia y el de prohibición de *reformatio in peius*, que ya nos son conocidos, puesto que son aplicables en general a la resolución de todos los procedimientos administrativos (art. 88.2 LPAC).

Además de por resolución, el procedimiento de recurso puede finalizar a través de alguna de las otras formas previstas por la Ley, particularmente la renuncia y el desistimiento.

En fin, el artículo 120 LPAC regula el supuesto en el que deban resolverse una pluralidad de recursos administrativos que traigan causa de un mismo acto y se haya interpuesto un recurso contencioso administrativo contra una resolución o contra el correspondiente acto presunto desestimatorio. Para ese caso el referido precepto prevé que el órgano administrativo podrá suspender el plazo para resolver hasta que recaiga pronunciamiento judicial.

El acuerdo de suspensión se notificará a todos los interesados, que podrán recurrirlo, pero la interposición del correspondiente recurso por uno de ellos no afectará a los restantes procedimientos de recurso que se encuentren suspendidos por traer causa del mismo acto administrativo.

Recaído el pronunciamiento judicial, éste deberá comunicarse a los interesados y el órgano administrativo competente para resolver podrá dictar resolución sin necesidad de realizar ningún trámite adicional, salvo, cuanto resulte procedente, el de audiencia.

II. EL RECURSO DE ALZADA

El recurso de alzada es el recurso general y ordinario por excelencia. Su interposición es necesaria contra actos que no agotan la vía administrativa como requisito o presupuesto procesal para interponer posteriormente recurso contencioso-administrativo. Por el contrario, no cabe contra actos que ya agotan la vía administrativa.

Contra estos otros, como veremos más adelante, se podrá interponer el recurso contencioso-administrativo o el recurso potestativo de reposición, no el recurso de alzada. Así que si se interpone recurso de alzada contra un acto que ya había puesto fin a la vía administrativa, no sólo este recurso será inadmitido, sino que se estarán

dejando transcurrir los plazos para interponer el recurso realmente procedente. Téngase en cuenta que, como la resolución del recurso de alzada es uno de los actos que agota o pone fin a la vía administrativa, nunca será procedente una segunda alzada.

Aunque como decimos el recurso de alzada es necesario para poder acceder después a la jurisdicción contencioso-administrativa cuando se trate de impugnar actos que no ponen fin a la vía administrativa, esta necesidad ha sido matizada por una jurisprudencia (de la que son muestra las SSTs de 19 de junio de 2001 y 10 de julio de 2012) que entiende que contra los actos presuntos que no ponen fin a la vía administrativa no es imprescindible interponer el recurso de alzada, sino que pueden ser directamente impugnados en la vía contencioso-administrativa.

La resolución del recurso de alzada corresponde a un órgano superior jerárquico del que dictó el acto impugnado. Es éste uno de sus rasgos característicos. Por eso se dice también que es un recurso jerárquico o incluso se utiliza la expresión «recurso jerárquico» como sinónima de recurso de alzada. Lo anterior, sin embargo, requiere una matización para el caso de los llamados recursos de alzada impropia.

En ocasiones se ha previsto que los actos de una Administración sean recurribles en alzada ante los órganos de otra. Como se trata de órganos de distintas Administraciones no puede decirse propiamente que haya jerarquía entre ellos. Se habla en estos casos de «alzada impropia». Se da sobre todo en casos de actos de ciertos órganos de entes instrumentales que son recurribles ante órganos de la Administración matriz. Así, la alzada, más que ser expresión de la relación jerárquica, lo es de la relación de instrumentalidad que, entre otras cosas, permite la revisión de los actos del ente institucional (así se apuntó ya en la lección 13 del Tomo I). En ocasiones, se da también la alzada impropia sin que exista relación de instrumentalidad sino de tutela o de otro género. Por ejemplo, la LAULA permite que los actos de las entidades locales autónomas (que son en Andalucía, recuérdese, una modalidad de entidad inframunicipal) sean recurribles ante los órganos del municipio del que dependan. También en este caso se habla de alzada impropia. Asimismo, caben a veces recursos contra los actos de los Colegios Profesionales ante los Consejos Generales de cada profesión o ante los Consejos de ámbito autonómico, pese a que tienen personalidades jurídicas diferentes y a que tampoco en este caso hay jerarquía entre ellos.

Además, es preciso recordar que, según el artículo 9.4 LRJSP, los actos dictados en ejercicio de una delegación de competencias se entienden dictados por el órgano delegante (como se vio en la lección 9 del Tomo I); por tanto, serán recurribles en alzada ante el órgano superior de este último (o no serán recurribles en alzada si es que el órgano delegante no tiene superior jerárquico y sus actos agotan la vía administrativa). Téngase en cuenta además que también cabe la delegación de competencias entre Administraciones y que igualmente en este caso pueden admitirse recursos contra los actos de la Administración delegada ante la Administración

delegante. Así, por ejemplo, el artículo 27.4 LRBRL: «Los actos del Municipio podrán ser recurridos ante los órganos competentes de la Administración delegante».

El recurso de alzada puede interponerse, según el artículo 121.2 LPAC:

- Ante el mismo órgano que dictó el acto, o
- Ante el órgano superior llamado a resolver.

En todo caso, la resolución del recurso corresponde siempre al órgano superior, de modo que si se interpusiera el recurso ante el órgano que dictó el acto, éste está obligado en el plazo de diez días a elevar al órgano superior un informe y una copia completa y ordenada del expediente administrativo.

Además, como hemos visto en el epígrafe anterior, el principio antiformalista que rige en el procedimiento administrativo también es extensible a la interposición de los recursos administrativos y ello conlleva, en lo que ahora importa, que si el interesado no interpone el recurso ante el órgano competente o se equivoca en su calificación, ello no impedirá su tramitación, siempre que del escrito de interposición se deduzca el verdadero carácter del recurso, y, por tanto, cuál es el órgano competente para resolver.

En cuanto al plazo para interponer la alzada, el artículo 122 LPAC establece que éste será de un mes si el acto que se recurre es expreso, a contar desde la notificación o publicación, en su caso, del acto. Si transcurre ese plazo para la interposición del recurso y éste no se interpone, el acto devendrá firme a todos los efectos.

Para los actos presuntos, el mismo artículo 122.1 LPAC dispone que el solicitante y otros posibles interesados podrán interponer recurso de alzada en cualquier momento, a partir del día siguiente a aquel en que se produzca el silencio.

Esta última previsión —la ausencia de límite temporal para interponer el recurso contra una desestimación por silencio— constituye una de las más importantes novedades de la LPAC en materia de recursos. Esta regulación trae causa de una jurisprudencia constitucional y ordinaria que culminó con la STC 52/2014, de 10 de abril, y de la que se deducía que, al menos contra el silencio administrativo negativo, no hay plazo para recurrir. La LPAC recoge esa jurisprudencia y da un paso más, pues ya consagra que no hay plazo para recurrir contra el silencio, sea positivo o negativo.

Aludimos ya a estos cambios en la lección 1; volveremos a verlos en relación con el recurso de reposición en el siguiente epígrafe; y todavía analizaremos sus

consecuencias para el contencioso-administrativo en la lección 13.

Una vez interpuesto el recurso, el plazo para resolver y notificar es de tres meses. Transcurrido dicho plazo sin que la Administración notifique la resolución, el recurso se entiende desestimado por silencio administrativo (art. 122.2 LPAC). Esta regla del silencio negativo tiene una excepción prevista en el artículo 24.1 LPAC que establece la estimación por silencio del recurso de alzada interpuesto frente a un acto desestimado por silencio administrativo.

La resolución de la alzada sólo podrá recurrirse ya en vía contenciosa-administrativa sin que quepa siquiera el recurso de reposición.

Como la resolución de la alzada es siempre uno de los actos que pone fin a la vía administrativa no cabe, como ya se ha dicho, interponer nuevo recurso de alzada ante el superior jerárquico de quien lo haya resuelto: no procede la doble alzada. Cabría pensar, sin embargo, que, aunque ya es posible el recurso contencioso-administrativo, el interesado podría optar facultativamente por interponer antes el potestativo recurso de reposición. Pero esto está excluido por el artículo 122.3 LPAC: «Contra la resolución del recurso de alzada no cabrá ningún otro recurso administrativo, salvo el extraordinario de revisión...». Por tanto, aquí el recurso de reposición no es potestativo sino del todo improcedente. Hasta el punto de que si se interpone y se espera a su resolución puede perderse la oportunidad de recurrir en vía contencioso-administrativa. Véase en este sentido la STS de 12 de noviembre de 2010 (rec. casación 4594/2006).

El plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución del recurso de alzada será estudiado en la lección 13. Adelantemos sólo que, si no se resuelve la alzada y se trata de impugnar en esa vía jurisdiccional el silencio negativo que tal falta de resolución expresa provoca, también rige la doctrina de la STC 52/2014 y, en consecuencia, no hay plazo para interponer recurso contencioso-administrativo contra la desestimación por silencio de la alzada. Por tanto, el plazo de impugnación queda indefinidamente abierto.

III. EL RECURSO POTESTATIVO DE REPOSICIÓN

El recurso potestativo de reposición es un recurso administrativo que puede formularse con carácter facultativo contra los actos que agotan la vía administrativa.

Como hemos visto, los actos que ponen fin a la vía administrativa no son recurribles en alzada, por lo que son recurribles en vía contencioso-administrativa

directamente sin necesidad de interponer ningún recurso en vía administrativa. Ahora bien, la LPAC permite que dichos actos se recurran en vía administrativa con carácter potestativo a través de este recurso de reposición. Así, se da al interesado este cauce más sencillo y barato que el judicial. Aunque parece tentador, el hecho de que este recurso potestativo de reposición sea resuelto por el mismo órgano que dictó el acto hace que en la práctica no goce de mucha efectividad.

Aunque ante un acto que pone fin a la vía administrativa se abre ante el interesado la opción entre interponer directamente el recurso contencioso-administrativo o el de reposición, si elige esta segunda posibilidad ya no podrá acudir a la vía contencioso-administrativa hasta que expresamente se resuelva el recurso de reposición o se produzca el silencio administrativo (art. 123.2 LPAC).

El recurso de reposición se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto impugnado, órgano que, además, será también el competente para resolverlo (art. 123.1 LPAC).

En cuanto al plazo de interposición, el artículo 124.1.2.º LPAC establece una regulación igual a la que dispone para el recurso de alzada.

El plazo máximo que tiene la Administración para instruir, resolver y notificar es de un mes (art. 124.2 LPAC). Transcurrido ese plazo se puede entender desestimado por silencio negativo.

Naturalmente, contra la resolución del recurso de reposición cabe contencioso-administrativo. Sólo hay que añadir que la ley aclara expresamente que no cabe una segunda reposición (art. 124.3 LPAC).

Por lo demás, el plazo para recurrir en vía contencioso-administrativa contra la resolución de la reposición lo remitimos a la lección 13. Pero anticipemos que si no se resuelve en plazo la reposición, no habrá plazo para impugnar en esa vía jurisdiccional la desestimación por silencio conforme a la tantas veces citada STC 52/2014.

IV. EL RECURSO EXTRAORDINARIO DE REVISIÓN

Este recurso se configura por el legislador como una especie de excepción que afecta a la seguridad jurídica, pero cuyo sacrificio es necesario en pro de la justicia. Y es así porque el recurso extraordinario de revisión se interpone contra actos firmes que, en principio, serían inatacables.

Es por ello que para que pueda interponerse este recurso administrativo de carácter extraordinario deben darse unas causas tasadas establecidas en el artículo 125 LPAC y que son las siguientes:

a) Que al dictarlos se hubieran incurrido en error de hecho que resulte de los propios documentos incorporados al expediente.

b) Que aparecieran documentos de valor esencial para la resolución del asunto que, aunque sean posteriores, evidencien el error de la resolución recurrida.

c) Que en la resolución recurrida hayan influido esencialmente documentos o testimonios declarados falsos por sentencia judicial firme anterior o posterior a aquella resolución.

d) Que la resolución recurrida se hubiese dictado como consecuencia de prevaricación, cohecho, violencia, maquinación fraudulenta o cualquier otra conducta punible, y se haya declarado así en virtud de sentencia judicial firme.

Téngase en cuenta que las causas c) y d) recogen supuestos en los que el acto administrativo es nulo de pleno derecho por infracción del artículo 47.1.d) LPAC, y por tanto, también podría utilizar la vía de la revisión de oficio a instancia de los particulares para reparar la ilegalidad. Por ello, el artículo 125.3 LPAC reconoce el derecho de los interesados a utilizar esta vía como alternativa al recurso extraordinario de revisión.

Este recurso se interpone ante el mismo órgano que dictó el acto recurrido, que es también el órgano competente para resolverlo.

El órgano competente para resolver puede inadmitir el recurso sin necesidad de informe del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente cuando el recurso no se justifique en algunas de las causas tasadas previstas por el legislador o cuando se hubieran desestimado en cuanto al fondo otros recursos sustancialmente iguales (art. 126.1 LPAC).

El plazo de interposición varía en función de la causa que permite interponer este recurso. Así, en el caso de que al dictar el acto se hubiera incurrido en error de hecho [el supuesto recogido en el anterior apartado a)], el plazo será de cuatro años. Mientras que, en los demás supuestos, el plazo es de tres meses a contar desde que aparecieron los documentos o que se

dictó la sentencia judicial firme.

En cuanto al plazo de resolución, la Administración tiene tres meses para resolver el recurso, y si transcurrido dicho plazo no ha recaído resolución expresa, el recurso se entiende desestimado y se abriría la vía contencioso-administrativa (art. 126.3 LPAC).

V. REFERENCIA A LAS RECLAMACIONES ECONÓMICO-ADMINISTRATIVAS

Las reclamaciones económico-administrativas constituyen una vía administrativa de impugnación de actos dictados en materia tributaria (actos de aplicación de tributos e imposición de sanciones tributarias). Se trata, por tanto, de un recurso especial en tanto que opera en un ámbito sectorial determinado. Su regulación fundamental se halla en los artículos 226 y siguientes de la Ley 58/2003, de 17 de diciembre, General Tributaria y en el Reglamento de desarrollo de esta Ley en materia de revisión en vía administrativa, aprobado por Real Decreto 520/2005, de 13 de mayo.

El estudio de esta materia es más propio del Derecho Tributario, por lo que aquí nos vamos a limitar a exponer unas notas básicas de este instrumento impugnatorio.

Las reclamaciones económico-administrativas se configuran como un recurso de interposición preceptiva y previa a la vía contencioso-administrativa, es decir, los interesados en impugnar ante los órganos jurisdiccionales contencioso-administrativos un acto dictado por la Administración tributaria están obligados a formular antes la reclamación económico-administrativa.

Cabe señalar que con carácter previo a la formulación de estas reclamaciones, los particulares tienen la posibilidad de interponer recurso de reposición. Al igual que el regulado en la LPAC, este recurso tiene carácter potestativo y es resuelto por el mismo órgano que dictó el acto impugnado (arts. 222 ss. LGT).

Una de las características más destacables de las reclamaciones económico-administrativas es que su resolución se atribuye a unos órganos especializados que actúan con independencia funcional, los órganos económico-administrativos. Tienen tal consideración el Tribunal económico-administrativo central, los Tribunales económico-administrativos regionales y locales (para Ceuta y Melilla) y la Sala Especial para Unificación de Doctrina (art. 228 LGT). Estos tribunales funcionan en pleno, en salas y de forma unipersonal y sus miembros son designados entre funcionarios públicos del Estado o de las Comunidades Autónomas.

En el ámbito local se prevé un órgano para la resolución de reclamaciones económico-administrativas sobre actos de aplicación de tributos que sean de competencia municipal. La existencia de este órgano, regulado en el artículo 137 LRBRL, es obligatoria en el caso de los municipios de régimen de gran población. Según aquel precepto, los miembros de este órgano —tres, al menos— son designados por el Pleno municipal por mayoría absoluta de sus miembros de entre personas de reconocida competencia técnica, y su funcionamiento se basa en los principios de independencia técnica, celeridad y gratuidad.

El procedimiento general económico-administrativo se regula en los artículos 234 a 244 LGT y en el citado Real Decreto 520/2005. Se inicia por el interesado en el plazo de un mes desde que se le notifica el acto que impugna mediante un escrito dirigido al órgano que lo dictó. Este escrito puede limitarse a identificar el acto impugnado junto con las circunstancias personales del reclamante y a solicitar que se tenga por interpuesta la reclamación, o bien incluir además las alegaciones en que el interesado base su impugnación. En el caso de que al escrito de interposición no se acompañen las alegaciones, el Tribunal económico-administrativo competente, una vez recibida la reclamación junto con el expediente, concederá al reclamante un plazo de un mes para presentarlas y para que aporte o proponga los medios de prueba que estime oportunos.

Un aspecto que merece ser destacado de la tramitación de estas reclamaciones es el régimen especial de suspensión de la ejecución del acto objeto de reclamación contemplado en la LGT. De conformidad con esta regulación, en la vía económico-administrativa la suspensión se produce automáticamente a instancia del interesado si garantiza el importe del acto impugnado más los intereses de demora y las recargos que procederían en caso de ejecución de la garantía, o sin necesidad de prestar garantía alguna si la reclamación se dirige contra una sanción tributaria. Además, es posible la suspensión aun sin garantías cuando la ejecución del acto impugnado pueda causar perjuicios de muy difícil o imposible reparación o se aprecie que al dictarse se ha podido incurrir en error aritmético, material o de hecho (art. 233 LGT).

El procedimiento culminará normalmente por resolución, que estimará la reclamación, la desestimaré o declarará su inadmisión. La resolución debe decidir todas las cuestiones que suscite el expediente, hayan sido o no planteadas por los interesados, y en ningún caso podrá empeorar su situación inicial. El plazo para dictar y notificar la resolución se fija en un año, transcurrido el cual el reclamante debe entender desestimada la reclamación a los efectos oportunos.

También es posible la finalización por renuncia, desistimiento, caducidad y satisfacción extraprocesal. En todos esos casos el Tribunal acordará motivadamente el archivo de las actuaciones.

La LGT regula, junto a este procedimiento general, un procedimiento abreviado a través del cual se tramitarán las reclamaciones económico-administrativas de menor cuantía. Puede sustanciarse a través de una vista oral y para resolverlo los tribunales

pueden actuar de manera unipersonal (arts. 245 a 248 LGT).

Y en el ámbito local, el procedimiento de las reclamaciones económico-administrativas sobre actos de aplicación de tributos de competencia municipal se regula por reglamento aprobado por el Pleno del Ayuntamiento, de acuerdo con lo establecido en la LGT y en la normativa estatal reguladora de las reclamaciones económico-administrativas, sin perjuicio de las adaptaciones necesarias en consideración al ámbito de actuación y funcionamiento del órgano que tiene encomendada su resolución (art. 137.5 LRBRL).

Las resoluciones de las reclamaciones no siempre ponen fin a la vía económico-administrativa, sino que en ocasiones son dictadas en primera instancia. Ello implica que la resolución que decida la reclamación ha de ser recurrida ante un órgano superior para que resuelva en segunda instancia, como requisito de necesario cumplimiento para el agotamiento de dicha vía. Es el caso de determinadas decisiones de los tribunales económico-administrativos regionales y locales que son recurribles ante el Tribunal económico-administrativo central, cuya resolución será la que agote la vía económico-administrativa y deje expedita la vía contenciosa. El recurso que cabe interponer en estos casos es el de alzada que se regula en el artículo 241 LGT. Junto a éste, la Ley regula otros recursos a través de los cuales pueden impugnarse las resoluciones de las reclamaciones económico-administrativas en determinadas circunstancias. Son el recurso de anulación, el recurso contra la ejecución, el recurso extraordinario de alzada para la unificación de criterio, el recurso extraordinario para la unificación de doctrina y el extraordinario de revisión.

VI. MEDIOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La LPAC prevé en su artículo 112.2 LPAC la posibilidad de sustituir los recursos de alzada y reposición, dentro de ámbitos sectoriales determinados y siempre que la especificidad de la materia lo justifique, por mecanismos alternativos de impugnación, reclamación, conciliación, mediación y arbitraje. Al respecto han de hacerse las siguientes precisiones.

En primer lugar, aquel precepto dispone que tales mecanismos serán establecidos por las leyes (no por los reglamentos), que deberán respetar los principios, garantías y plazos que la LPAC les reconoce a los ciudadanos y a los interesados en todo procedimiento administrativo.

La doctrina ha señalado, no obstante, que esta cautela resulta estéril en la medida en que en realidad, dada la identidad de rango, nada puede impedir que una de aquellas leyes excepcione las garantías, principios y plazos regulados en la LPAC.

Así se comprueba, por ejemplo, en los plazos de impugnación que establece la legislación deportiva del Estado. Si acaso, esta previsión podría operar respecto de las leyes autonómicas (García de Enterría y T.R. Fernández).

En segundo lugar, la competencia para resolver estos procedimientos sustitutivos se atribuye a órganos colegiados no sometidos a instrucciones jerárquicas. Se alude, pues, a órganos que actúen con independencia funcional y que, aunque vinculados a una Administración, no se integran en su estructura jerárquica.

En tercer lugar, en el ámbito de la Administración local se exige que la aplicación de estos procedimientos sustitutivos no suponga el desconocimiento de las competencias resolutorias de los órganos representativos electos establecidos por la Ley. La consecuencia práctica que deriva de esta previsión es que si la competencia para resolver un recurso está atribuida a un órgano representativo —por ejemplo, el Pleno— el órgano o comisión especializada constituida al efecto habrá de limitarse a formular una propuesta, que será elevada a aquel otro para que adopte la decisión definitiva.

Pero el propio legislador estatal básico realiza interpretaciones más flexibles, admitiendo que sean los propios Plenos locales los que renuncien a sus competencias resolutorias creando órganos especializados para la resolución de los recursos administrativos. Así está previsto en los Municipios de gran población para resolver las reclamaciones económico-administrativas (art. 137 LRBRL) y para el recurso especial en materia de contratación (art. 46. 4 LCSP).

En fin, en el caso de que el recurso al que el medio alternativo sustituya sea el de reposición, la norma que lo establezca respetará su carácter potestativo para el interesado.

De entre los medios alternativos de los que habla el precepto hay que distinguir, por una parte, los de «impugnación» y «reclamación» y, por otra, los de «conciliación, mediación o arbitraje».

Los de impugnación o reclamación son, en realidad, recursos administrativos especiales de los que antes hablamos. Encajan ahí parte de los recursos administrativos especiales: aquellos cuya resolución se confía a órganos no sometidos a jerarquía. Así, entre otros, las clásicas reclamaciones económico-administrativas o el más moderno recurso en materia de contratación pueden considerarse concreciones de esa previsión general del artículo 112.2 LPAC.

En lo que respecta a los medios alternativos no impugnatorios — conciliación, mediación y arbitraje— la realidad es que su implantación es aún muy limitada y dificultosa por más que buena parte de la doctrina los propugna como una solución ante la escasa eficacia de los recursos tradicionales. Al respecto cabe mencionar la legislación sobre empleo público, que prevé un procedimiento arbitral para resolver las reclamaciones en las elecciones de las Juntas de Personal y de los Delegados de Personal (art. 44 EBEP) y que las Administraciones Públicas y las organizaciones sindicales acuerden acordar la creación, configuración y desarrollo de sistemas de solución extrajudicial de conflictos colectivos (art. 45 EBEP).

Hay que hacer referencia a la Disposición Adicional única de la Ley 11/2011, de 20 de mayo, que regula lo que denomina el «arbitraje institucional en la Administración General del Estado», aunque nada hay de arbitraje ni nada parecido. Se trata del procedimiento para solucionar las controversias jurídicas relevantes entre la Administración General del Estado y sus organismos públicos, sociedades mercantiles de capital íntegramente estatal y fundaciones estatales, que se resolverán por la Comisión Delegada del Gobierno para la Resolución de Controversias Administrativas, sin que quepa recurso alguno ante los Tribunales de Justicia. Como se estudió en la lección 13 del Tomo I, la relación de instrumentalidad que vincula los entes institucionales con su Administración matriz determina que los posibles conflictos deben resolverse internamente, sin que quepa recurso contencioso-administrativo. Esta solución es correcta pues un ente instrumental no puede defender ante los Tribunales ningún interés propio y diferenciado respecto de su Administración matriz como establece el artículo 20 LJCA que se estudia en la lección 12.

BIBLIOGRAFÍA

- AAVV: *Las vías administrativas de recurso a debate*, XI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo, F. LÓPEZ RAMÓN (coord.), INAP, 2016.
- BUSTILLO BOLADO, R. O.: *Convenios y contratos administrativos: transacción, arbitraje y terminación convencional del procedimiento*, Aranzadi, 2.^a ed., 2004.
- CARBONELL PORRAS, E.: «El Tribunal Administrativo del Deporte de Andalucía y la solución de los litigios deportivos», *RAAP*, n.º 97 (2017).
- «Sustitución de los recursos administrativos ordinarios (o alteración de algún elemento de su régimen general): algunas aportaciones generales ante el inmovilismo del legislador», en *Nuevas perspectivas en la tutela de los ciudadanos frente a las Administraciones Públicas*, Iustel, 2018 (en prensa).
- CASARES MARCOS, A. B.: «Mecanismos de protección de los operadores económicos en el ámbito de la libertad de establecimiento y de la libertad de circulación:

- procedimiento en defensa de los derechos e intereses de los operadores económicos por las autoridades competentes», en *El nuevo marco jurídico de la Unidad de Mercado. Comentario a la Ley de Unidad de Mercado*, La Ley, 2014.
- DE NIEVES NIETO, N.: *La reclamación administrativa previa en los procesos de trabajo*, Tirant lo Blanch, 2002.
- ESCARTÍN ESCUDÉ, V.: «El arbitraje y otros medios de resolución de conflictos en el derecho administrativo», en *Revista Aragonesa de Administración Pública*, n^{os}. 39-40 (2012).
- ESCUIN PALOP, V.: «Régimen general de los recursos administrativos», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- ESCUIN PALOP, V., y BELANDO GARÍN, B.: *Los recursos administrativos*, Civitas, 2011.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R. (coord.): «Los recursos administrativos», *DA*, n.º 221 (1990).
- GARCÍA PÉREZ, M.: *Arbitraje y Derecho Administrativo*, Aranzadi, 2011.
- «Luces y sombras del arbitraje institucional en la Administración General del Estado», en *RAAP*, n.º 80 (2011).
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: *El recurso extraordinario de revisión en la nueva Ley de Procedimiento*, Civitas, 2001.
- *La impugnación de los actos administrativos de trámite*, Montecorvo, 1993.
- HUERGO LORA, A.: *La resolución extrajudicial de conflictos en el Derecho Administrativo*, Real Colegio de España, Bolonia, 2000.
- HUESCA BOADILLA, R.: *Las reclamaciones económico-administrativas*, Tirant lo Blanch, 1997.
- LINDE PANIAGUA, E.: *Procedimiento, acto y recursos administrativos*, Colex, 2010.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Arbitraje y Derecho público», *JA*, n.º 2 (1999).
- «Trasposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal Administrativo de recursos contractuales. ¿Un modelo para la resolución de recursos administrativos en general?», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- MALLOL GUARRO, F.: *Los recursos administrativos en el procedimiento administrativo*, CIMS 97, 2002.
- MARTIN RAZQUIN, M. M.^a: «Los tribunales y consejos administrativos sobre recursos y reclamaciones», en *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- MESEGUER YEBRA, J.: *Las reclamaciones administrativas previas a la vía judicial civil y laboral*, Bosch, 2000.
- MÍGUEZ MACHO, L.: «Ejecución forzosa de los actos administrativos, recurso de alzada y derecho a la tutela judicial efectiva», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- RECUERDA GIRELA, M. A.: «La necesaria reforma del régimen de recursos administrativos», *REDA*, n.º 159 (2013).
- REGO BLANCO, M. D. (coord.): *Las reclamaciones económico-administrativas en materias de competencia de las Comunidades Autónomas*, Aranzadi, 2011.
- ROSA MORENO, J.: *El arbitraje administrativo*, Madrid, McGraw-Hill Interamericana

- de España, 1998.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Nuevas garantías de Derecho Administrativo», en *RAP*, n.º 194 (2014).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Los controles sobre la actuación de las Administraciones Públicas», *Estudios sobre la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004.
- SARMIENTO ACOSTA, M. J.: *Los recursos administrativos en el marco de la Justicia Administrativa*, Civitas, 1996.
- «Recursos administrativos generales», *Tratado de procedimiento administrativo común y régimen jurídico básico del sector público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- «Fórmulas complementarias de resolución de controversias jurídico-administrativas: acerca de la creación de comisiones o tribunales administrativos», en *Revista Andaluza de Administración Pública* n.º 76 (2010).
- TORNOS MAS, J.: «Los recursos administrativos en la Ley 4/1999», *JA*, n.º 5 (1999).
- «Medios complementarios a la resolución jurisdiccional de conflictos administrativos», *RAP*, n.º 136 (1995).
- TRAYTER, J. M.: «El arbitraje en el Derecho Administrativo tras la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común», en *La apertura del procedimiento administrativo a la negociación con los ciudadanos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, IVAP, 1995.
- «El arbitraje de Derecho Administrativo», *RAP* n.º 143 (1997).
- VERA JURADO, D. J.: «La reclamación administrativa previa al ejercicio de acciones civiles y laborales», *RAP*, n.º 134 (1994).
- YÁÑEZ, A.: «Recursos administrativos: actos administrativos recurribles en vía administrativa. Interposición de recursos administrativos fuera de plazo. Falta de indicación de los recursos que pueden interponerse frente a un acto administrativo y defectos en cuanto a la notificación. *Reformatio in peius*», *RGDA*, n.º 8 (2005).

* Por Elsa Marina ÁLVAREZ GONZÁLEZ Y Manuel MORENO LINDE (Universidad de Málaga).

LECCIÓN 6

LA REVISIÓN DE OFICIO*

I. DE LA REVISIÓN DE OFICIO Y DE LO QUE CON TAL NOMBRE SE REGULA EN LA LEY. ACLARACIONES PREVIAS

En sentido propio, por revisión de oficio de los actos administrativos hay que entender la reconsideración por iniciativa de la propia Administración de sus actos por creerlos ilegales desde su origen y con el objetivo de declarar por sí misma su invalidez originaria.

Con este concepto, la revisión de oficio queda deslindada claramente de otras figuras: de la revocación (que se produce por motivos de oportunidad o, si acaso, por ilegalidad sobrevenida); de los recursos administrativos (que son interpuestos por los interesados, no por iniciativa de la propia Administración); de los recursos contencioso-administrativos (que no son resueltos por la propia Administración, sino por los jueces o tribunales); de la rectificación de erratas, que ni parte de que el acto corregido sea inválido ni aspira a declarar tal invalidez.

Sin embargo, lo que la Ley incluye en el capítulo dedicado a la «revisión de oficio» (arts. 106 a 111 LPAC) no se corresponde exactamente con el concepto que hemos dado. Desde luego, algunos de los supuestos que allí se regulan son de verdadera revisión de oficio de actos, como, además, corresponde a la sistemática legal.

De la sistemática y terminología de la LPAC parece deducirse que bajo el nombre de «revisión de oficio» se va a ocupar de la revisión de oficio en su sentido propio. Todo el Título V de la LPAC aparece bajo el rubro «De la revisión de los actos en la vía administrativa». Pero se refiere tanto a los «recursos administrativos» (Capítulo II), ya estudiados en la lección anterior, como a la «revisión de oficio» (Capítulo I). De estas denominaciones legales y de la misma contraposición que la Ley hace entre recursos administrativos (siempre interpuestos por los interesados) y revisión de oficio parece deducirse que se está acomodando a la definición que hemos dado.

Pero, junto a verdaderos supuestos de revisión de oficio, incluye otras figuras distintas con las que sólo guarda algún parentesco.

Primero, regula también algunas revisiones de actos inválidos a «solicitud de interesado», «a instancia de los interesados» (arts. 106.1 y 109. 2 LPAC), o sea, lo contrario a una revisión de oficio. Segundo, regula no sólo la revisión de actos, sino la de las «disposiciones administrativas» (art. 106.2 LPAC), esto es, de los reglamentos. Tercero, regula un supuesto en el que la Administración no invalida por sí misma sus actos, sino que tiene que acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 107 LPAC) de modo que no es cierto que sea una «revisión en vía administrativa». Y, cuarto, en alguno de sus preceptos se establecen cauces para que la Administración reconsidere sus actos no sólo por considerarlos ilícitos, sino también por otras razones (así, art.109 LPAC). En suma, lo que allí se regula como revisión de oficio de actos en vía administrativa no es sólo revisión (también es revocación y corrección de errores) ni sólo de oficio (la hay a solicitud de interesado) ni es sólo de actos (la hay de reglamentos) ni es siempre en vía administrativa (sino también judicial).

Regulación tan chocante, por calificarla benévolamente, es el resultado de su origen y de diversas vicisitudes y reformas. Pero lo cierto es que la LPAC, por increíble que resulte, mantiene exactamente el mismo esquema e iguales términos, o sea, idéntico desbarajuste.

En esta lección estudiaremos todo lo que la Ley regula en ese Capítulo intitulado «revisión de oficio», aunque realmente no lo sea en sentido propio y aunque no vayamos a seguir exactamente su mismo orden y estructura.

Antes son necesarias varias observaciones:

— Esta regulación legal, como es propio de toda la LPAC según vimos en la lección 1, resulta de aplicación a todas las Administraciones Públicas y respecto de cualesquiera de sus actos y reglamentos.

Existen incluso expresas remisiones a estos preceptos de la LPAC en los artículos 53 LRBRL, 36 LGSUB, 41.1 LCSP, 60 TRLS, etc.

Sin embargo, conforme a lo que ya sabemos sobre el ámbito de aplicación de la LPAC la Disposición Adicional 1.^a de la LPAC remite a su legislación específica el régimen de la revisión de los actos dictados en materia tributaria y de seguridad social, aplicándose supletoriamente la LPAC. En cuanto a la tributaria se contiene en los artículos 217 y siguientes LGT, desarrollados por RD 520/2005, de 13 de mayo. Y por lo que se refiere a la seguridad social hay que estar a lo establecido en el artículo 129.1 Ley General de la Seguridad Social y sobre todo en los artículos 146 y 151.10 de la Ley 36/2011, de 10 de octubre, de la Jurisdicción Social.

En sentido contrario, esta regulación general de los artículos 106 a 110 LPAC también resulta de aplicación por determinación legal a órganos constitucionales no administrativos como el Consejo General del Poder Judicial (art. 642 LOPJ que, no

obstante, excluye la intervención del Consejo de Estado) o el Tribunal de Cuentas (disp. adic. 1.^a de la Ley de Funcionamiento del Tribunal de Cuentas).

— En esta regulación legal ocupa un papel importante la distinción entre actos administrativos favorables y desfavorables. Aunque ello en principio resulta lógico, a veces lo es más distinguir entre revisiones beneficiosas o perjudiciales para el destinatario del acto, lo que no es exactamente lo mismo.

Se entiende que la Ley tienda a hacer más fácil revisar actos desfavorables que actos favorables pues en este último caso hay mayor peligro para los derechos de los ciudadanos y para la seguridad jurídica. Incluso se habla con frecuencia de la «intangibilidad (o irrevocabilidad) de los actos administrativos favorables» lo que, aunque inexacto (sobre todo cuando se trata de actos con vicios invalidantes), sí que pone de relieve la mayor resistencia de los favorables frente a su retirada por la Administración. Pero, además de recordar que los confines de los actos favorables y desfavorables son borrosos y que existen los llamados actos de «doble efecto» (lección 2), hay que tener en cuenta que cabe que un acto teóricamente favorable sea revisado para dictar otro aún más beneficioso o que otro desfavorable pueda ser revisado para sustituirlo por otro aún más perjudicial. Por eso, en el fondo, más que distinguir entre revisión de actos favorables y desfavorables, hay que diferenciar entre revisiones beneficiosas o perjudiciales para el destinatario del acto y, así, imponer las restricciones sólo para estas últimas. En ese sentido apunta la regulación de la revisión de los actos tributarios donde se diferencia entre revisiones «en perjuicio de los interesados» y «en beneficio de los interesados» (arts. 218 y 219 LGT); igualmente para los actos de la seguridad social lo que se restringe es la revisión de los «actos declarativos de derechos *en perjuicio de sus beneficiarios*». Aunque la LPAC no lo hace así, sus alusiones a la revisión de actos favorables (art. 107.1) y desfavorables (art. 109.1) deben entenderse con esas matizaciones.

— Entre los actos favorables a estos efectos, hay que entender incluidos los presuntos, esto es, los producidos por silencio administrativo positivo.

Recuérdese que, como se explicó en la lección 1, el silencio positivo es un verdadero acto administrativo y que, tras producirse, no cabe una resolución tardía contraria. Justamente, lo que tiene que hacer la Administración para combatir el silencio administrativo positivo alcanzado por su pasividad o lentitud es seguir las vías previstas para revisar los actos favorables; o sea, como ahora veremos, según considere que hay nulidad o anulabilidad, la del artículo 106 en el primer caso o la del artículo 107 en el segundo, ambos de la LPAC.

Por el contrario, en el caso del silencio negativo no procede ningún tipo de revisión porque, como también explicamos en aquella lección 1, ni es un verdadero acto ni impide la resolución tardía estimatoria. Así que, sin revisión de ningún género, la Administración podrá decidir contrariamente al silencio negativo.

— Aunque normalmente se presenta la facultad de revisión como uno de los privilegios de la Administración, toda esta regulación también entraña un cierto límite para ella.

Acostumbra a verse la potestad administrativa de revisión como uno de los privilegios de la Administración, privilegio que en cierto modo es trasunto de su autotutela pues le permite declarar ejecutivamente la invalidez de sus actos sin acudir a los Tribunales.

Privilegio es en el sentido de que permite a la Administración hacer con sus actos lo que no pueden hacer los particulares con los suyos: éstos no pueden declarar por sí mismos la nulidad o la anulabilidad de sus actos y negocios jurídicos. En realidad, hasta da a la Administración una potestad de la que carecen los Tribunales que desde luego no pueden declarar la nulidad o anulabilidad de sus sentencias por su propia iniciativa.

Se suele añadir que también pone de relieve un privilegio en cuanto que con la revisión de sus actos la Administración escapa del principio *venire contra factum proprium non valet*. Esto no es del todo exacto entre otras cosas porque tampoco los particulares están realmente sujetos a sus propios actos ilegales y nulos.

Pero esta configuración de la revisión de oficio como privilegio es incompleta por diversas razones. Para empezar porque bajo ese nombre se incluyen también revisiones a solicitud de interesados. También porque se incluyen revisiones judiciales; es más, justamente lo que sucede respecto de los actos anulables favorables, como ahora se verá, es que se niega a la Administración su autotutela y se la obliga a acudir a la Tribunales para que los anule. Pero, además, es incompleta porque esta regulación de la revisión de oficio comporta también un severo límite para la Administración: sólo puede desentenderse de sus actos, incluso de los nulos, tras culminar con éxito el cauce de revisión que corresponda.

En efecto, la Administración no puede prescindir de sus propios actos y reglamentos, ni siquiera aunque sean nulos de pleno derecho, nada más que tras seguir los complejos procedimientos de revisión. En caso contrario incurre en una clara ilegalidad contra la que hay numerosas vías de reacción, variables según la forma que haya adoptado esa desatención o incumplimiento de su acto o reglamento anterior. Por ejemplo, si dicta un acto que explícita o implícitamente parte de la invalidez del anterior sin haber seguido los cauces establecidos para la revisión, incurrirá en el vicio de nulidad de prescindir del procedimiento legalmente establecido; si simplemente incumple ese acto anterior podrá interponerse contra ella un recurso contencioso-administrativo por inactividad; etc. Todo ello porque, como sabemos (lección 6 del Tomo I), a la Administración también la vincula la presunción de validez de los actos administrativos en tanto que esa presunción no sea destruida mediante una declaración formal de invalidez que ella sólo podrá conseguir por las vías de revisión que ahora analizamos. En este sentido su situación es peor que la de los particulares que, aunque no pueden declarar por sí mismos la invalidez de sus

actos nulos, sí pueden desatenderlos y, si son demandados, alegar la nulidad como excepción procesal.

II. LA DECLARACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN A INICIATIVA PROPIA DE LA INVALIDEZ DE SUS ACTOS DESFAVORABLES

La declaración de invalidez de los actos administrativos desfavorables para los interesados se permite sin trabas a la Administración en el artículo 109.1 LPAC.

Forzoso es reconocer que este precepto está pensado primordialmente para otra cosa, para la revocación por motivos de oportunidad. De hecho, habla de revocación, no de revisión, como sí hacen los tres artículos anteriores; y, aunque esos términos no son inequívocos, permiten colegir que este artículo 109.1 LPAC está concebido ante todo para la revocación por motivos de oportunidad. Incluso hay sentencias que lo identifican sólo con la revocación por motivos de oportunidad (p. ej., SSTS de 11 de julio de 2001, rec. 216/1997, y de 31 de mayo de 2012, rec. 1429/2010).

Pero si habilita para esa revocación de actos desfavorables por meros motivos de oportunidad, con más razón cabrá por motivos de legalidad. Por ejemplo, si ante un acto que impone a un particular una obligación o una prohibición, esta norma permite a la Administración revocarlo cuando después lo considere inconveniente o inoportuno, sería absurdo que no pueda hacerlo cuando lo considere ilegal y precisamente invocando esa ilegalidad y consecuente invalidez.

Así se llega a la conclusión, que ya hemos avanzado en las lecciones 3 y 4, de que el artículo 109.1 LPAC, aunque siempre y sólo respecto de actos desfavorables o de gravamen, sirve, en realidad, para tres cosas. Sirve para, primero, que la Administración revoque tales actos por motivos de oportunidad; segundo, para que la Administración revoque esos actos en caso de ilegalidad sobrevenida; y, tercero, para que la Administración declare la invalidez de esos actos desfavorables viciados (nulos o anulables) desde su origen. De esas dos primeras funciones ya hemos hablado en las lecciones precedentes. Es la última, la tercera, la única que aquí nos incumbe ahora.

Así que cuando la Administración quiera declarar la invalidez de un acto administrativo suyo desfavorable, sea nulo o anulable, puede hacerlo mediante esta sencilla vía sin trámites especiales (en concreto, a diferencia de lo que veremos para los actos favorables, sin dictamen del Consejo de Estado ni órgano equivalente, y, desde luego, sin necesidad de acudir a los

jueces).

El artículo 109.1 LPAC establece una serie de límites a la facultad administrativa que regula. Pero esos límites, que son muy importantes para los casos de revocación por motivos de oportunidad, no tienen sentido ni aplicación cuando se trate de hacerlo por considerar que el acto es ilegal. Entonces, por hipótesis no será una dispensa o exención no permitida por las leyes ni será contraria a la igualdad ni al interés público ni al ordenamiento. Los que sí rigen son los límites del artículo 110 LPAC, aunque tratándose de revisar actos desfavorables es poco probable que alcen obstáculos reales. También el límite de la cosa juzgada. A ambos géneros de límites, que son comunes a todas las modalidades de revisión, nos referimos en el último epígrafe.

De acuerdo con la legislación anterior, la revisión por la Administración de sus actos desfavorables viciados no estaba sujeta a plazo, pudiendo realizarse en cualquier momento. Sin embargo, el artículo 109. 1 LPAC introduce confusión al respecto pues dice que la revisión podrá hacerse «mientras no haya transcurrido el plazo de prescripción».

No es fácil descifrar qué se ha querido decir, ¿a qué plazo de prescripción se refiere?, ¿qué es lo que prescribe? Sólo puede aquí apuntarse que en principio entendemos que esta revisión de oficio de actos administrativos desfavorables inválidos sigue pudiendo realizarse en cualquier momento y que sólo excepcionalmente podrá deducirse un plazo ante algún precepto concreto que someta a prescripción el derecho material que esté en juego.

La vía del artículo 109.1 LPAC no puede exigirla ningún particular. Sólo se sigue porque lo decida la Administración.

Ahora bien, como la Administración puede decidir usar esta vía, el particular podrá pedirle que la use; pero eso constituirá el simple ejercicio del derecho de petición del artículo 29 CE y, por tanto, una mera petición graciable, no el genuino ejercicio de una acción de nulidad. Por eso mismo, ante su denegación expresa o presunta, un eventual contencioso-administrativo estará condenado al fracaso (STS de 11 de julio de 2001; rec. casación 216/1997). Lo que sí podrá el particular es formular la solicitud del artículo 106.1 LPAC que, como luego veremos, cabe tanto para actos favorables como desfavorables pero sólo si son nulos de pleno derecho.

Nada dice el precepto analizado sobre el procedimiento que haya de seguirse (ni siquiera dice si ha de seguirse alguno) ni sobre el órgano competente para acordar esta declaración de invalidez. Ello suscita dudas que habrá que resolver conforme a las reglas generales sobre la competencia que establece la LRJSP o por aplicación analógica de las establecidas para las otras formas de revisión.

Contra la resolución que se dicte en virtud del artículo 109.1 LPAC podrán quienes tengan legitimación interponer recurso contencioso-administrativo tras, en su

caso, agotar la vía administrativa.

III. LA DECLARACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN A INICIATIVA PROPIA DE LA INVALIDEZ DE SUS ACTOS FAVORABLES NULOS DE PLENO DERECHO

Para conseguir que se declare la invalidez de un acto administrativo favorable nulo de pleno derecho la Administración debe seguir el procedimiento administrativo regulado en el artículo 106 LPAC. Aunque en ese artículo hay otras cosas (que analizaremos en los siguientes epígrafes), veamos ahora sólo lo que concierne al supuesto enunciado.

Lo primero y fundamental que hay que destacar es que este precepto sí que regula una auténtica revisión de oficio: permite a la Administración declarar «por iniciativa propia» (sin que nadie se lo pida) y por sí misma (sin acudir al juez) la nulidad de sus actos favorables.

Obvio es que se requiere que el acto sea realmente nulo de pleno derecho.

No basta ningún otro vicio; o sea, no bastan los vicios de anulabilidad, aunque aparezcan de forma patente e incluso aunque supongan alguna vulneración grave. Además recuérdese que los vicios de nulidad están tasados y son de interpretación restrictiva (lección 3). Pero cualquier vicio de nulidad es bastante para iniciar esta revisión y terminarla con la declaración de nulidad. Ello incluso aunque ese vicio lo haya causado la misma Administración que ahora pretende su invalidez.

Exige además el artículo 106 LPAC que el acto haya puesto fin a la vía administrativa o que no haya sido recurrido en plazo. Se trata de requisitos que cobran sentido para el caso de que este procedimiento se siga a solicitud de interesado (vid. *infra*) pero que resultan absurdos para el supuesto que ahora estudiamos. Lo que sí es cierto es que si la Administración tiene pendiente resolver un recurso administrativo no debe acudir a esta revisión por iniciativa propia para declarar una nulidad que podría pronunciar en la resolución de aquél.

El acto revisado ha de ser favorable a los ciudadanos.

O sea, mejor, que ha de ser una revisión desfavorable a los ciudadanos. No lo exige el artículo 106 LPAC. Pero hay que entender que si se tratara de un acto desfavorable puro (y, por ende, de una revisión favorable) sería innecesario seguir esta vía pues la Administración tiene la más sencilla del artículo 109.1 LPAC.

Esa posibilidad de revisión de actos nulos no está sometida a plazo. Se puede hacer, dice el precepto, «en cualquier momento».

Esto es conforme con lo que la doctrina clásica predica de la nulidad: su imprescriptibilidad (como se vio en la lección 3). Y marca una diferencia capital con la anulabilidad. Cosa distinta y no contradictoria es que el artículo 110 LPAC señale límites a la revisión relacionados con el transcurso del tiempo, límites que, de todas formas, no niegan que la revisión de oficio es en principio posible «en cualquier momento».

El procedimiento se iniciará por acto administrativo en el que se indicarán los posibles vicios de nulidad. Después será necesario dar audiencia a los interesados —o sea, fundamentalmente y al menos, a los beneficiarios del acto favorable que trata de revisarse— que podrán hacer alegaciones en defensa del acto y acompañar y proponer pruebas.

Iniciado el procedimiento, se puede suspender la ejecución del acto si pudiera causar perjuicio de imposible o difícil reparación (art. 108).

Antes de resolver, hay que pedir dictamen al «Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma».

Así, si se trata de revisar actos de la Junta de Andalucía o de alguna Administración local andaluza o de algún ente público andaluz (p. ej., una Universidad pública), habrá que solicitar el dictamen del Consejo Consultivo de Andalucía (Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía; lección 11 del Tomo I).

La Ley exige que para acordar la declaración de nulidad el dictamen sea «favorable».

Se trata por tanto de un dictamen, además de preceptivo, vinculante. Vinculante al menos en parte: así, si el dictamen concluye con la inexistencia de un vicio de nulidad de pleno derecho, la Administración no podrá declarar la nulidad (aunque podrá, en su caso, iniciar el procedimiento dedicado a depurar los actos administrativos viciados de anulabilidad). Pero, aunque hay autores que mantienen lo contrario, no es vinculante del todo porque si el órgano consultivo cree que hay vicio de nulidad cabe todavía que el órgano que deba resolver entienda lo contrario o considere que no procede la anulación en aplicación del artículo 110 LPAC, que después se estudiará. Pero sólo tiene sentido plantear esa posibilidad para los casos en que la vía del artículo 106 LPAC se siga a solicitud de interesado, que no es lo que ahora estudiamos. Por el contrario, si es la Administración la que lo inició por iniciativa propia es casi inimaginable que, pese a obtener dictamen favorable a la nulidad, se aparte de lo que ella misma consideró al iniciarlo.

Esta exigencia del dictamen favorable de órganos consultivos que gozan de independencia y buen criterio jurídico está considerada la garantía por antonomasia de este procedimiento frente al peligro de que la Administración abuse de la facultad que se le confiere para revisar actos favorables. De hecho, el estudio de los excelentes dictámenes del Consejo de Estado y de algunos de los órganos autonómicos similares (que son de fácil acceso) recaídos en este género de procedimientos es muy ilustrativo sobre las causas de nulidad.

La competencia para incoar y resolver estos procedimientos está concentrada en los órganos superiores de cada Administración.

La competencia para declarar el acto nulo corresponde, en el Estado, al Consejo de Ministros respecto de sus propios actos, así como de los dictados por los Ministros; a los Ministros respecto de los dictados por los Secretarios de Estado y por los órganos directivos del Departamento que no dependan de una Secretaría de Estado; y a los Secretarios del Estado, respecto de los actos dictados por los órganos directivos que de ellos dependen (art. 111 LPAC).

Para determinar el órgano competente dentro de cada Administración autonómica, hay que estar a lo que establezcan sus propias leyes. En el caso de Andalucía corresponde al Consejo de Gobierno respecto de sus propios actos, de los actos de las Comisiones Delegadas del Gobierno y de los actos de los Consejeros; y, a los Consejeros, respecto de los actos dictados por los órganos directivos dependientes y los dictados por los máximos órganos de gobierno de las agencias que tengan adscritas (art. 116 LAJA).

Respecto de los Municipios de régimen común y las Diputaciones no existe una previsión específica en la LRBRL, salvo respecto de los actos tributarios en los que la competencia corresponde al Pleno (art. 110). Sin embargo, en los Municipios de gran población cada órgano es competente para revisar sus propios actos. En consecuencia, el Pleno es el competente para revisar de oficio sus propios actos (art. 123.1.l); el Alcalde para los suyos [art. 124.2.m)] y lo mismo para los de la Junta de Gobierno Local [art. 127.1.k)].

Respecto de las Entidades instrumentales estatales, la anulación de los actos dictados por los máximos órganos rectores de los Organismos Públicos se atribuye al órgano al que estén adscritos y corresponderá al máximo órgano del organismo público la anulación de los actos dictados por los órganos que de él dependen (art. 111 LPAC). Igual atribución competencial se establece en el artículo 116 LAJA para la revisión de oficio de los actos nulos de las agencias andaluzas. Respecto de los entes instrumentales locales, nada especifica la LRBRL ni la LAULA (que sí reconoce la competencia de las entidades locales autónomas para revisar de oficio sus propios actos), luego debería aplicarse un criterio similar al previsto para los entes instrumentales estatales sobre la base de la remisión genérica que efectúa el artículo 85 bis LRBRL.

El procedimiento debe resolverse en seis meses desde que se dictó el acto de iniciación. Transcurrido ese plazo sin dictarse (y notificarse) la resolución, se producirá la caducidad.

Así lo dispone el artículo 106.5 LPAC que concuerda con lo dispuesto en general para la superación de los plazos en procedimientos iniciados de oficio en los que se ejerciten potestades susceptibles de producir efectos desfavorables (lección 1) como lo es la de revisar actos favorables.

La resolución del procedimiento puede, además de declarar la nulidad del acto, establecer «las indemnizaciones que proceda reconocer a los interesados».

A este respecto, el artículo 106.4 LPAC remite a lo establecido en general para la responsabilidad de la Administración en la LRJSP, que se estudiará en la lección 9. Aquí sólo procede aclarar que la indemnización será procedente, no porque se declare la nulidad de un acto (que, como restablece la legalidad, sería un daño que el particular tiene el deber de soportar), sino porque en su momento se dictó un acto nulo. Por ejemplo, se dio licencia nula para construir en zona verde. El que se anule y no se permita construir en zona verde no es indemnizable puesto que nunca se tuvo derecho a hacer tal construcción. Pero aquella licencia nula pudo llevar al particular a construir un edificio y a incurrir en gastos que ahora resultarán perdidos. Es esto lo que, si se dan los demás requisitos, puede ser indemnizable.

Contra la resolución cabe recurso que podrán interponer los interesados. Y en el recurso contencioso-administrativo el Tribunal no estará vinculado de ninguna forma por el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico similar.

Por tanto, en su sentencia podrá decidir que el acto es nulo aunque el dictamen lo negara; y, a la inversa, podrá decir que no es nulo aunque en ese sentido se hubiera pronunciado el dictamen. Y es que, por elevado y cualificado que sea un órgano administrativo, ninguno se puede imponer a los órganos judiciales.

IV. LA DECLARACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN A SOLICITUD DEL INTERESADO DE LA INVALIDEZ DE SUS ACTOS NULOS DE PLENO DERECHO AL MARGEN DE LOS RECURSOS

El artículo 106.1 LPAC tiene otra vertiente, otro contenido paralelo al desmenuzado en el epígrafe anterior: regula también simultáneamente una

revisión de los actos nulos «a solicitud de interesado».

Hablar, como lo hace la Ley, de una «revisión de oficio» que se produce «a solicitud de interesado» es una *contraditio in terminis*. Más todavía si, como es el caso, esa solicitud inicia de por sí el procedimiento y supone el ejercicio por el interesado de una verdadera acción de nulidad, no una mera petición graciable para que la Administración inicie de oficio este procedimiento. Así que, al margen de la confusa terminología de la Ley, lo que aquí hay y lo que ahora vamos a analizar es una revisión por la Administración de sus propios actos pero, no de oficio, sino a instancia de interesado, igual que en el caso de los recursos, pero por una vía que formalmente es distinta de los recursos.

Como esta revisión de actos nulos «a solicitud de interesado» se regula conjuntamente con la que verdaderamente puede llamarse revisión de oficio —esto es, la realizada «por iniciativa propia» de la Administración— tiene muchos aspectos idénticos a los de ésta, que acabamos de ver. Pero también tiene algunos aspectos distintos que se deducen del gran cambio que supone aquí la iniciación por solicitud de interesado. Así que conviene que expongamos todos los extremos incluso a riesgo de resultar reiterativos.

Casi huelga decir que tratándose de una revisión a solicitud de interesado, el primer requisito es que el solicitante sea en efecto interesado, esto es, que tenga o invoque un derecho o un interés legítimo afectado por el acto cuya declaración de nulidad pretende.

Si no es así, cabe inadmitir la solicitud sin entrar en el fondo del asunto, aunque la Ley no prevea expresamente esta causa de inadmisión. Es eso, en principio, lo que procede hacer si la solicitud la presenta una Administración respecto de los actos de otra basándose simplemente en su interés en la legalidad y en sus competencias de control sobre la otra. Así lo ha declarado la STS de 12 de abril de 2016 (recurso 3550/2014).

La solicitud debe indicar razonadamente la concreta causa de nulidad que supuestamente aqueja al acto cuya revisión se insta. Y los actos cuya revisión se solicita, además de ser nulos de pleno derecho, han de ser actos contra los que ya no quepan recursos porque pasaron los plazos para ello.

Esto está mal expresado en el precepto. Realmente lo que dice es que se trate de actos que «hayan puesto fin a la vía administrativa o que no hayan sido recurridos en plazo». Pero la alusión a los actos que «hayan puesto fin a la vía administrativa» es del todo desgraciada pues tales actos son todavía susceptibles de impugnación mediante recurso potestativo de reposición o recurso contencioso-administrativo y, siendo así, es absurdo que sean objeto de esta revisión. Aclaremos también que si un particular solicita la revisión de un acto contra el que todavía cabe recurso ordinario, lo que debe hacer la Administración, conforme al artículo 115. 2 LPAC, es tramitarlo

como el recurso administrativo que corresponda.

La solicitud se puede presentar «en cualquier momento».

Insistamos a este respecto en dos ideas ya apuntadas. De una parte, que ello, tan concorde con la imprescriptibilidad de la nulidad, no está reñido con el dato de que los límites a la revisión pueden tener su origen en el transcurso del tiempo (art. 110 LPAC; *infra*). De otra, que este que analizamos es el único cauce por el que se canaliza esa imprescriptibilidad; es decir, que contra los actos nulos de pleno derecho hay que plantear los recursos que procedan en los plazos que correspondan (uno o dos meses) y que si se hace después los recursos serán inadmitidos por fuera de plazo o, lo que es lo mismo, por dirigirse contra actos firmes. Sólo para la solicitud de revisión que ahora estudiamos está abierto indefinidamente el plazo, como, tras titubeos, declara ya el TS, según sintetiza en su sentencia de 13 de octubre de 2004 (rec. casación 6669/2000, Ar. 6566).

El acto cuya nulidad se solicita puede ser favorable o desfavorable.

Nada dice el artículo 106 LPAC; luego implícitamente acepta que esta revisión pueda recaer sobre uno u otro tipo de acto. Además, en ambos casos tiene sentido admitir este cauce: si es un acto favorable a un particular puede que otro esté interesado en su nulidad; y si es desfavorable, el mismo destinatario del acto estará interesado en instar esta revisión pues no tiene otro cauce (téngase en cuenta que el art. 109.1 LPAC permite a la Administración revisar fácilmente sus actos desfavorables, pero no concede a los particulares acción para pedirla). Por eso ya se admite pacíficamente que la solicitud que estudiamos puede referirse a actos favorables y desfavorables.

La misma solicitud inicia ya el procedimiento. Tras ella, por tanto, cabe ya acordar la suspensión del acto (art. 108 LPAC).

Habrà que instruir un procedimiento con audiencia de los interesados (que puede ser que pretendan que se mantenga el acto o que se declare nulo) y dictamen del Consejo de Estado o del órgano autonómico equivalente en los mismos términos ya vistos, de modo que sólo si es favorable cabrá declarar la nulidad.

Pero cabe que ni siquiera se instruya completo el procedimiento y se inadmita sin más trámites la solicitud si no alega vicios de nulidad, carece manifiestamente de fundamento o ya se han desestimado solicitudes similares (art. 106. 3 LPAC). Esto es sólo aplicación de lo previsto con carácter general para todas las solicitudes en el artículo 88.5 LPAC y debe utilizarse con moderación. También cabe acordar la inadmisión, como se indicó, si el solicitante carece de legitimación.

La competencia para resolver es de los mismos órganos que señalamos

anteriormente para la revisión por iniciativa de la Administración.

El procedimiento debe terminarse en el plazo de seis meses desde la solicitud. Transcurrido ese plazo sin dictarse (y notificarse) la resolución, la solicitud se podrá entender «desestimada por silencio administrativo».

Este silencio negativo lo establece el artículo 106.6 LPAC que concuerda con el artículo 24 LPAC. Naturalmente, para calcular ese plazo de seis meses hay que tener en cuenta todas las reglas generales sobre cómputo de plazos que ya conocemos (lección 1).

La resolución que acuerde la nulidad podrá establecer indemnizaciones en los mismos casos que cuando la nulidad se haya declarado a iniciativa de la Administración.

Contra la resolución estimatoria y contra la desestimatoria o de inadmisión (así como contra el silencio negativo) cabe recurso, incluido el contencioso-administrativo.

Por tanto, la posibilidad que este artículo concede a los interesados para instar de la Administración la declaración de nulidad de los actos administrativos en cualquier momento comporta también, a la postre, una nueva posibilidad de acceder a la jurisdicción contencioso-administrativa para impugnar en cualquier momento actos nulos, pese a que se dejaron pasar los plazos de los recursos ordinarios. Así, en realidad, puede decirse que los interesados tienen realmente una acción de nulidad imprescriptible, aunque hayan de ejercerla por este cauce algo más complicado. Aquí se pone de manifiesto una diferencia capital entre nulidad y anulabilidad.

Y, desde luego —al igual que dijimos antes para los casos de revisión por iniciativa de la Administración—, la sentencia contencioso-administrativa que resuelva los recursos contra la actuación administrativa producida ante las solicitudes de los interesados de revisión de actos nulos no está vinculada por el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico similar.

Pero es discutido hasta dónde puede y debe llegar la sentencia contencioso-administrativa que resuelva los recursos contra la actuación administrativa producida ante las solicitudes de los interesados de revisión de actos nulos. En general, debe tender a entrar en el fondo del asunto (decidir si el acto cuestionado es o no nulo) y a resolverlo completa y definitivamente.

Pero se están planteando problemas cuando la Administración, ante la solicitud, ni siquiera pidió el dictamen (ya sea porque expresamente inadmitió desde el principio la solicitud ya sea porque simplemente no hizo nada y se produjo silencio negativo).

Hay sentencias que consideran que en tal situación lo procedente es sólo condenar a la Administración a tramitar el procedimiento administrativo —en concreto, a pedir el dictamen— y a dictar la resolución final que considere pertinente (en ese sentido hay dos SSTs de 13 de octubre de 2004, la que resuelve el rec. casación 3983/2002, Ar. 7139, y la que resuelve el rec. casación 6669/2000, Ar. 6566; también la STS de 23 de abril de 2001, Ar. 4673, y 24 de octubre de 2000, Ar. 9023). Pero esta jurisprudencia es discutible y podría mantenerse, por el contrario, que lo que la sentencia debe hacer para ofrecer una tutela judicial efectiva y rápida es resolver por sí misma si el acto cuya revisión se solicitó es o no nulo y, en su caso, declarar su nulidad con todas las demás consecuencias procedentes. Nada serio se opone a ello, ni siquiera la posibilidad de que entren en juego los límites del artículo 110 LPAC (vid. *infra*) que también podrían ser tomados en consideración por el Tribunal si alguien los alega.

V. LA DECLARACIÓN POR LA ADMINISTRACIÓN A INICIATIVA PROPIA DE LA INVALIDEZ DE SUS REGLAMENTOS NULOS

Dispone el artículo 106.2 LPAC que «asimismo, en cualquier momento, las Administraciones Públicas de oficio, y previo dictamen favorable del Consejo de Estado u órgano consultivo equivalente de la Comunidad Autónoma si lo hubiere, podrán declarar la nulidad de las disposiciones administrativas en los supuestos previstos en el artículo 47.2».

Como es fácil observar, la principal diferencia con lo establecido en el apartado anterior relativo a actos nulos es que aquí no se prevé la revisión a solicitud de interesado. Y, en efecto, los interesados no tienen esta posibilidad.

A lo sumo, como la Administración puede iniciar de oficio esta vía, los particulares podrán pedírselo conforme al artículo 29 CE (STS de 13 de octubre de 2004, rec. casación 6669/2000, Ar. 6566) pero sin que ello suponga ejercicio de una verdadera acción de nulidad ni permita luego el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Como en general se sostiene que los reglamentos con vicios invalidantes son nulos de pleno derecho, hay que entender que esta posibilidad de revisión de oficio cabe contra cualquier reglamento inválido.

No obstante, cabría otra interpretación: como ya se insinuó en la lección 8 del Tomo I, podría pensarse que hay vicios de los reglamentos (en especial, los relativos

al procedimiento de elaboración) que sólo determinan su anulabilidad de modo que contra ellos no cabría esta revisión de oficio.

Por lo demás, la regulación de esta revisión de oficio de reglamentos es igual a la que hemos visto respecto a actos administrativos favorables nulos.

Así, cabe reproducir lo que hemos dicho sobre procedimiento, competencia, posibilidad de suspensión, plazo, etc., aunque ello con adaptaciones derivadas de la naturaleza reglamentaria del objeto de revisión.

Los efectos de la anulación del reglamento son distintos de los que produciría su derogación o modificación por la Administración que lo aprobó. Y ello porque, la modificación o derogación del reglamento sólo tendrá, en principio, efectos para el futuro mientras que su declaración de nulidad tendría efectos también para el pasado (*ex tunc*). Pero, aunque esto no queda excluido del todo, sí está matizado por el artículo 106.4, *in fine* LPAC que establece que esta declaración de nulidad de los reglamentos es «sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados» en su aplicación, precepto que concuerda y debe ser completado con el artículo 73 LJCA, según se explicó en la lección 8 del Tomo I.

VI. LA IMPUGNACIÓN POR INICIATIVA DE LA ADMINISTRACIÓN DE SUS ACTOS FAVORABLES ANULABLES

1. INEXISTENCIA DE POTESAD ADMINISTRATIVA DE ANULACIÓN: NECESIDAD DE INTERPONER RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

La Administración no tiene potestad para anular por sí misma sus actos favorables anulables. Por el contrario, para conseguir esa anulación ha de impugnarlos ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Ésa es la solución actual de nuestro Derecho que se plasma sobre todo en el artículo 107 LPAC.

Por tanto, en realidad, pese a lo que da a entender la sistemática de la Ley, no hay revisión de oficio en vía administrativa de los actos anulables favorables.

No siempre fue así. En la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958 y en la redacción originaria de la Ley 30/1992 sí se admitía que la Administración revisara de oficio sus actos anulables favorables, al menos en ciertos casos. Entonces estaba justificado que esto apareciese en el Título dedicado a la «revisión de los actos en vía administrativa» y, dentro de él, en el Capítulo sobre «revisión de oficio» porque en verdad había posibilidad de que la Administración revisara de oficio y en vía administrativa algunos actos anulables favorables. Hoy, sin embargo, esa ubicación es más bien desconcertante porque lo que ahora se regula en el artículo 107 LPAC no es propiamente una revisión en vía administrativa. Al contrario, lo que significa la vigente regulación es que la Administración no puede revisar por sí misma en vía administrativa sus actos favorables anulables. A este respecto no tiene autotutela sino necesidad de la declaración judicial.

En suma —insistamos, porque es lo más importante—, a diferencia de lo visto para todos los actos desfavorables y para todos los actos nulos, la Administración no puede por sí misma declarar la invalidez de sus actos favorables anulables: si quiere conseguir tal anulación debe interponer un recurso contencioso-administrativo contra su propio acto.

Como se observa, ahora la presunción de validez de los actos administrativos juega en contra de la Administración que pretende anularlo, presunción que, tratándose de los anulables favorables, sólo puede destruir impugnándolos ante los Tribunales y demostrando sus vicios (SSTS de 23 de abril de 2002 y de 2 de diciembre de 2008).

Como hay que interponer un recurso contencioso-administrativo y para que sea un Tribunal de ese orden jurisdiccional el que dicte sentencia anulando el acto favorable anulable, lógico es que ello se regule también por la LJCA, como en efecto lo hace estableciendo algunas peculiaridades (arts. 19.2, 43, 45.4, 46.5 y 49.6).

2. EL REQUISITO DE LA PREVIA DECLARACIÓN DE LESIVIDAD PARA INTERPONER EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ahora bien, la Administración no puede interponer este recurso contencioso-administrativo sin más y directamente, sino que tiene que realizar antes la denominada «declaración de lesividad». Es esto lo que exigen de consuno la LJCA y el artículo 107.1 LPAC.

La LJCA dice en su artículo 19.2: «La Administración autora de un acto está legitimada para impugnarlo ante este orden jurisdiccional, previa declaración de su lesividad para el interés público...». Y en su artículo 43, entre las «diligencias preliminares» del contencioso, establece: «Cuando la propia Administración autora de algún acto pretenda demandar su anulación ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa deberá, previamente, declararlo lesivo para el interés público».

El artículo 107 LPAC regula más específicamente esa declaración de lesividad y, para empezar, en su apartado 1 concreta —lo que no hace la LJCA— que esto sólo procede respecto de «los actos favorables para los interesados que sean anulables».

Así es, en efecto, pues si fuesen desfavorables la Administración tiene la fácil vía del artículo 109.1 LPAC y si fuesen nulos la del artículo 106 LPAC, en ambos casos sin necesidad de acudir a la jurisdicción contencioso-administrativa. Es aquí donde la distinción entre la nulidad y la anulabilidad se muestra con mayor trascendencia como tuvimos ocasión de señalar en la lección 3. Nótese además que no se alude ahora a los reglamentos porque se parte de que su invalidez es siempre de nulidad y que, por tanto, debe canalizarse por el cauce del artículo 106.2 LPAC.

La declaración de lesividad se erige así en un presupuesto procesal, como se deduce sobre todo del transcrito artículo 43 LJCA, con el único efecto de permitir la interposición por la Administración de un recurso contencioso-administrativo contra un acto propio favorable anulable para que sean los tribunales los que decidan sobre su validez.

Con esa declaración la Administración expresa, no sólo su opinión de que el acto favorable infringe el ordenamiento con vicio de anulabilidad, sino también que es lesivo para el interés público. En ese sentido se habla tradicionalmente de la «doble lesión»: lesión jurídica (infracción del ordenamiento jurídico) y lesión para el interés público. Esta última solía identificarse con una lesión económica para la Administración. En la actualidad, esa lesión no tiene que ser económica sino de cualquier género (social, ambiental...). Pero, en cualquier caso, se sigue exigiendo (STS de 23 de abril de 2002). La declaración de lesividad debe, en todo caso, estar suficientemente motivada y especificar la infracción del ordenamiento en que incurre el acto declarativo de derechos y la lesión que ocasiona al interés público, cualquiera que sea la naturaleza de dicha lesión.

Tal declaración de lesividad puede hacerse desde que se dictó el acto y hasta cuatro años después.

En efecto, desde el mismo día en que se produce el acto cabe plantear su declaración de lesividad sin esperar a su firmeza y sin que importe que algún particular lo haya recurrido. De hecho sucede con frecuencia que ante el acto administrativo que fija el justiprecio de una expropiación el expropiado interponga recurso para conseguir su aumento y simultáneamente la Administración tramite su declaración de lesividad para conseguir su reducción. Y es que en muchos casos no tendría sentido que la Administración haya de esperar a la firmeza pues ella sólo tiene

esta vía para atacar los actos administrativos favorables anulables.

El plazo final de cuatro años lo establece el artículo 107.2 LPAC. Los cuatro años comienzan a correr desde que se dictó el acto cuestionado y resulta indiferente cuándo fue notificado o publicado pues quien lo quiere revisar es quien lo dictó (SSTS de 24 de noviembre de 2010 o 19 de junio de 2000). Y dentro de esos cuatro años debe producirse la declaración de lesividad, no sólo la iniciación del procedimiento para declararla, de modo que éste deberá iniciarse con antelación suficiente como para terminarlo dentro de ese plazo.

Repárese en que aquí no hay imprescriptibilidad, como en el caso de la nulidad, pero sí un plazo relativamente amplio, mucho más que los breves (de uno o dos meses) que tienen los interesados para interponer recursos.

La competencia para la declaración de lesividad suele estar concentrada en los órganos superiores de cada Administración.

Según los apartados 4 y 5 del artículo 107 LPAC si el acto proviene de la Administración General del Estado o de las Comunidades Autónomas, la declaración de lesividad se «adoptará por el órgano de cada Administración competente en la materia» y, si se tratara de una Entidad Local, por el «Pleno de la Corporación o, en defecto de éste, por el órgano colegiado superior de la entidad». Salvo en este último punto, el precepto no concreta con claridad qué órgano de cada Administración es competente para declarar un acto lesivo para los intereses generales, luego debe completarse con lo previsto en otras normas.

En la Administración General del Estado la declaración de lesividad corresponde al Consejo de Ministros, respecto de sus propios actos y de los dictados por los Ministros; a los Ministros en relación con los actos de los Secretarios de Estado y de los órganos directivos de su Departamento no dependientes de una Secretaría de Estado; y a los Secretarios de Estado respecto de los actos dictados por los órganos directivos de ellos dependientes (art. 111 LPAC). También corresponde al Consejo de Ministros la declaración de lesividad de los acuerdos de los Jurados provinciales de expropiación forzosa (STS de 2 de diciembre de 2008).

En las Administraciones autonómicas debe estarse a lo previsto en las respectivas leyes de gobierno y administración. En Andalucía la declaración de lesividad se atribuye a la persona titular de la Consejería respectiva, salvo que se trate de actos del Consejo de Gobierno o de alguna de sus Comisiones Delegadas, en cuyo caso le corresponderá al Consejo de Gobierno (art. 116.2 LAJA).

Respecto de los actos administrativos de las Entidades Locales, corresponde al Pleno como órgano colegiado superior según el artículo 107.5 LPAC y confirma la LRBRL [arts. 22.2.k) y 110.2, respecto de los actos de naturaleza tributaria, aunque se garantiza la iniciativa del Alcalde en las materias de su competencia —arts. 21.1.l), 33.2.j) y 34.1.j) LRBRL— respecto de las Diputaciones Provinciales]. En los

Municipios de gran población corresponde a cada órgano, Pleno, Alcalde y Junta de Gobierno, la revisión de sus propios actos —arts. 123.1.19, 124.2.m) y 127.1.k) LRBRL—, como en el Ayuntamiento de Madrid según la Ley de Capitalidad y Régimen Especial. En el Ayuntamiento de Barcelona se atribuye a la Comisión/Junta de Gobierno Local [art. 16.n) de la Carta Municipal de Barcelona].

En cuanto a los actos de las Administraciones institucionales, se acepta que sea su respectiva Administración matriz la que pueda realizar la declaración de lesividad. Es una manifestación de la intensa relación de instrumentalidad. Así lo establece el artículo 111 LPAC respecto de los organismos públicos de la Administración General del Estado: la declaración de lesividad de los actos dictados por el máximo órgano rector del organismo corresponderá al órgano de adscripción, mientras que será competente el máximo órgano rector del ente instrumental respecto de los actos dictados por los órganos de él dependientes. Por su parte, el artículo 116.2 LAJA atribuye la competencia para declarar la lesividad de los actos de las agencias al titular de la Consejería a la que estén adscritas.

También cabe la declaración de lesividad por Administración diferente de la que haya dictado el acto si ésta lo ha hecho en aplicación de una delegación intersubjetiva de competencias. Así, cuando en virtud del artículo 27 LRBRL la Junta de Andalucía haya delegado una competencia autonómica en favor de una entidad local, aquélla podrá declarar la lesividad del acto local (SSTS de 15 de abril y 11 de noviembre de 2003).

La Ley ha impuesto la tramitación de un procedimiento para la declaración de lesividad.

Esta misma exigencia es llamativa pues tratándose de un simple presupuesto para un posterior contencioso-administrativo en el que podrán defenderse todos los interesados, bien podría haberse aceptado que la declaración de lesividad se hiciera directamente por la Administración sin más exigencia que su motivación. Pero la ley lo complica y exige un procedimiento administrativo.

De ese procedimiento sólo da la Ley algunos datos:

— Que en él hay que dar previa audiencia a todos los que aparezcan como interesados (art. 107.2 LPAC).

— Que puede tener una duración máxima de seis meses, pasados los cuales se producirá su caducidad (art. 107.3 LPAC).

Por tanto, la declaración de lesividad debe producirse antes de que pasen cuatro años desde que se dictó el acto cuya nulidad se pretende y antes de seis meses desde que se inició este procedimiento. Aplicando las reglas generales, dentro de esos plazos debería producirse no sólo la declaración de lesividad, sino su notificación.

Así lo entendió la STS de 31 de marzo de 2008. Pero las posteriores SSTs de 11 de junio de 2012 y 16 de julio de 2012 consideran suficiente que dentro de esos plazos recaiga la declaración de lesividad. Esto encaja bien con el nuevo artículo 107.2, *in fine* LPAC que ni siquiera impone la notificación. Pero esta solución no ofrece plenas garantías para los afectados que no podrán conocer con certeza y garantías de veracidad la fecha de la declaración. Por lo demás, recuérdese que los procedimientos caducados no interrumpen la prescripción. Incluso sin que llegue a consumarse el plazo cuatrienal de prescripción, cabría sostener que en algunos casos el que la Administración deje caducar un procedimiento de lesividad sería una de las circunstancias que limitan las facultades de revisión conforme al artículo 110 LPAC, que luego analizaremos.

A estos elementos pueden añadirse los siguientes:

— Sólo puede iniciarse de oficio. Se trata, a la postre, de decidir si la Administración va a interponer un recurso y eso sólo le incumbe a ella. Si eventualmente un particular quisiera que la Administración siga esta vía (declaración de lesividad y posterior recurso de lesividad) sólo tendría la posibilidad de pedirlo en ejercicio del derecho del artículo 29 CE y, desde luego, sin que su petición inicie el procedimiento.

— El órgano competente para iniciar el procedimiento puede ser el mismo al que corresponda resolverlo. Pero también se suele reconocer esta posibilidad al órgano que dictó el acto. Así, por ejemplo, lo establece para la Administración andaluza el artículo 116.2 LAJA.

— Desde el momento de su iniciación cabe acordar la suspensión del acto cuestionado si su ejecución pudiera causar perjuicios de imposible o difícil reparación.

Así se establece en el artículo 108 LPAC. Esta posibilidad de suspensión da un arma potente a la Administración que palia en parte el que se le haya negado por completo la potestad de revisar por sí misma sus actos anulables favorables: no sólo es que mediante ella podrá impedirse que se materialice un daño al interés público que se quiere proteger, sino que, aunque no anularlo, sí permite a la Administración hacer inmediata y transitoriamente ineficaz al acto que cree anulable y lesivo.

Pero una vez interpuesto el recurso contencioso-administrativo debe ser el Tribunal ante el que se sustancie el que, en su caso y conforme a las reglas de la LJCA, acuerde la suspensión.

— Se supone que en este procedimiento deben realizarse los actos de instrucción necesarios para acreditar la ya referida «doble lesión». Normalmente bastarán para ello informes administrativos que no tienen que ser del Consejo de Estado ni órgano equivalente.

La declaración de lesividad no es recurrible. Así se ha venido sosteniendo (SSTS de 17 de octubre de 2011 y de 23 de abril de 2004) y es lógico pues quienes estén disconformes con ella podrán discutirla en el posterior contencioso-administrativo que interpondrá la Administración. Ahora lo explicita el artículo 107.2 LPAC que, en su párrafo segundo dispone: «sin perjuicio de su examen como presupuesto procesal de admisibilidad de la acción en el proceso judicial correspondiente, la declaración de lesividad no será susceptible de recurso si bien podrá notificarse a los interesados a los meros efectos informativos».

3. EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO DE LESIVIDAD

Cumplido el presupuesto procesal de la declaración de lesividad, la Administración puede ya interponer recurso contencioso-administrativo contra su acto favorable y anulable. Tiene para ello dos meses a contar desde el día siguiente a la declaración de lesividad (art. 46.5 LJCA).

A este recurso contencioso-administrativo se le suele llamar y así lo hace también la LJCA «recurso de lesividad». Su principal singularidad es que aquí, contrariamente a lo que es la regla general, será la Administración la que aparecerá como demandante ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Y serán demandados los sujetos beneficiarios del acto administrativo favorable cuya anulación se pretende y cuantos otros tengan intereses legítimos en su mantenimiento.

Por lo demás, este «recurso de lesividad» se sustancia conforme a las reglas generales de cualquier contencioso-administrativo con sólo algunas especialidades (arts. 45.4 y 49.5 LJCA).

VII. RECTIFICACIÓN DE ERRORES

Distinta de la revisión de un acto por razón de su ilegalidad e invalidez es la mera rectificación de errores, aunque la Ley la incluye en el mismo capítulo: «Las Administraciones Públicas podrán [...] rectificar en cualquier momento, de oficio o a instancia de los interesados, los errores materiales, de hecho o aritméticos existentes en sus actos» (art. 109.2 LPAC).

La Ley, como se ve, da grandes facilidades para esta rectificación que puede hacerse incluso de oficio, sin plazo y sin necesidad de procedimiento. Esto es muy

lógico pues si lo que hubo fue una mera errata en palabras o nombres o un desliz de transcripción o en una suma en la que eran incontrovertibles los sumandos, etc., no debe haber inconveniente en que tales gazapos se enmienden. Al contrario, debe facilitarse la rectificación. Lo mismo sucede con los reglamentos: de hecho, es muy frecuente que los boletines oficiales incluyan rectificaciones de errores de las normas publicadas antes.

Los problemas vienen porque no siempre es nítida la frontera entre esas modestas rectificaciones y lo que ya son cambios de relevancia. Y sobre todo se han planteado porque la Administración pretende en ocasiones «colar» como una de estas rectificaciones lo que en realidad son revisiones y así conseguir hacer por esta vía fácil y expeditiva lo que requeriría alguno de los procedimientos más complejos que hemos expuesto.

Frente a los peligros de abuso de la rectificación de errores, el TS (SS de 3 de octubre de 2014; de 15 de marzo de 2010; de 5 de febrero de 2009; y en especial de 16 de febrero de 2009, Ar. 1239) proclama «un hondo criterio restrictivo» que se concreta en lo siguiente:

1.º Debe tratarse de simples equivocaciones elementales, ostensibles, manifiestas e indiscutibles (en nombres, fechas, operaciones aritméticas o transcripciones de documentos) sin que sea preciso acudir a mayores razonamientos, valoración de pruebas, calificaciones jurídicas o interpretación de las normas aplicables.

2.º Deben bastar para su apreciación los datos del propio acto o, a lo sumo, del expediente administrativo.

3.º No debe producir una alteración fundamental en el sentido del acto o en sus elementos esenciales ni sobre todo restricción de derechos subjetivos que reconoció el acto rectificado.

En definitiva, de ninguna de las maneras puede encubrir una auténtica revisión. Si así fuera, el acto con esa falsa rectificación sería nulo por haberse dictado prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido que debería haber sido alguno de los más arriba estudiados.

La competencia para la rectificación de errores corresponde al propio órgano que ha dictado el acto. Así lo establece expresamente el artículo 116.4 LAJA.

VIII. LÍMITES A LAS FACULTADES DE REVISIÓN: EQUIDAD, BUENA FE Y COSA JUZGADA

El artículo 110 LPAC señala límites a la revisión. El precepto es de oscura redacción pero de buen espíritu. Lo importante es que establece que las facultades de revisión «no podrán ser ejercitadas cuando... resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes».

Extraña que no haya una alusión a la «confianza legítima», de la que sí habla el artículo 3.1.e) LRJSP, confianza legítima que precisamente encuentra uno de sus más típicos campos de protección frente a las facultades revisoras de actos favorables. Pero puede entenderse implícita en la referencia a la buena fe.

Asimismo se echa en falta una alusión a la seguridad jurídica que está en peligro por la revisión de los actos anteriores producida pasado mucho tiempo desde que se dictaron y que es un principio que la CE consagra junto con el de legalidad (art. 9.3). Pero, en realidad, los límites que sí cita el artículo 110 LPAC, sumados a la confianza legítima, rezuman en su conjunto el valor de la seguridad jurídica que, por tanto, a través de ellos sí que juega como límite a la revisión.

De los cuatro límites enunciados los más importantes son los de la equidad y la buena fe.

Al llamar el precepto a la equidad —o sea, a la justicia del caso concreto apreciada por una persona media— trata de evitar que la aplicación rígida, mecánica y ciega de las normas sobre nulidad, anulabilidad y revisión conduzca a resultados que hieran la justicia material.

El artículo 3.2 CC permite que las resoluciones de los Tribunales descansen «de manera exclusiva en (la equidad) cuando la ley expresamente lo permita». El artículo 110 LPAC expresamente lo permite y no sólo a los Tribunales, sino a la propia Administración. Y además la equidad encuentra aquí un campo propicio para moderar el rigor de la invalidez, sobre todo de la nulidad. Por ejemplo, contrario a la equidad pudiera ser anular el encargo de unas obras una vez que el sujeto las haya realizado y la Administración se haya beneficiado con ellas, lo que incluso podría vulnerar la prohibición de enriquecimiento injusto.

Al citar como límite la buena fe —máxime si se completa con la confianza legítima— modera o frena las posibilidades de revisión contra comportamientos desleales y contra el «abuso de nulidad» (concreción del abuso de derecho que el art. 7 CC presenta en conexión con las exigencias de

la buena fe). Por tanto, las facultades de revisión han de ejercerse de buena fe tanto por la Administración, cuando suya sea la iniciativa, como por los particulares, cuando sean ellos los que la soliciten.

Se enfrentan así, de una parte, la estricta legalidad, que llevaría a la revisión de los actos ilegales, y, de otra, diversos valores (en especial, la equidad, la buena fe, la seguridad jurídica) que ocasionalmente pueden justificar el mantenimiento del acto viciado. Y hay que buscar un punto de equilibrio. Como reconoce la jurisprudencia y la doctrina del Consejo de Estado y órganos autonómicos equivalentes, ello exige una ponderación caso por caso, teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias concurrentes, sin que sea posible ofrecer soluciones apriorísticas y generales. Ni siquiera la ilegalidad será siempre del mismo peso: a estos efectos cabrá distinguir, no ya entre causas de nulidad y de anulabilidad, sino entre cada una de ellas; así, por ejemplo, no será lo mismo un acto nulo por violación de un derecho fundamental que por incompetencia o por no contar con crédito presupuestario.

Es ilustrativo el Dictamen 432/2015 del Consejo Consultivo de Andalucía: «Dicha ponderación debería llevar a tomar en consideración —sin ánimo de exhaustividad— el tiempo transcurrido desde que se dictaron los actos controvertidos; la reacción de la Administración dentro de lo que en Derecho comparado se conoce como “plazo razonable”; la entidad de los vicios procedimentales detectados y su imputación, exclusiva o no, a la Administración; la actuación de los beneficiarios anterior y posterior al acto administrativo; el agotamiento o la pervivencia profuturo de los efectos del acto; la debilidad o fortaleza de los elementos que en cada caso se aduzcan para justificar una determinada apariencia de legalidad de los actos incursos en nulidad; los efectos que puede acarrear la remoción de una actuación administrativa al cabo del tiempo, teniendo como punto de partida la excepcionalidad de la potestad de revisión de oficio, y dando entrada a la posible afectación de terceros de buena fe, al principio de proporcionalidad y a todos cuantos otros factores puedan ayudar a encontrar el punto de equilibrio que el legislador ha pretendido plasmar en el artículo 106 LRJAP (art. 110 LPAC) entre los principios de seguridad jurídica y el de legalidad».

Mucho menos relevantes que esos valores que hay que salvaguardar son los factores que pueden hacer que la revisión sea contraria a ellos. El artículo analizado dice que eso puede suceder «por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias». Esta final apertura a cualquier otra circunstancia pone de manifiesto lo insustancial de esta enumeración y que lo que de verdad importa es la lesión de aquellos valores, no las circunstancias que la producen.

Aun así, sí merece explicación esa explícita mención de la prescripción de acciones, ¿de qué prescripción de qué acciones se habla? ¿De qué tiempo transcurrido? No puede tratarse de la prescripción de la acción de nulidad pues es imprescriptible y aquí expresamente se admite «en cualquier momento». Tampoco puede tratarse de la prescripción de la acción de anulabilidad fijada en un plazo cuatrienal y para cuya efectividad no hace falta un nuevo precepto. La prescripción de acciones debe entenderse referida a la de un derecho material negado por el acto. Así, si el ejercicio de un derecho está sometido a un plazo de prescripción de un año, no cabrá burlar o reabrir ese plazo anulando después del año el acto que negó el derecho.

Por otra parte, la inespecífica referencia al «transcurso del tiempo» tampoco puede entenderse como una negación de la imprescriptibilidad de la acción de nulidad o del plazo cuatrienal de la de anulabilidad (STS de 8 de marzo de 2011). Lo que puede suceder es que en el caso concreto el tiempo transcurrido haga que la revisión resulte contraria a la equidad o a la buena fe. A este respecto se habla a veces vagamente de un «plazo razonable». En otras ocasiones lo que el tiempo trascurrido puede poner de relieve es un «retraso desleal» (*verwirkung*) en el ejercicio de la acción por quien, pese a haber conocido mucho antes los vicios del acto, lo pospone deliberadamente con espurias intenciones. Lo cierto es que en ocasiones los tribunales rechazan la revisión ante el ejercicio de la acción mucho tiempo después del acto aunque se trate de una nulidad y, por tanto, imprescriptible. Por ejemplo, la STS de 9 de diciembre de 2014 decide que en 2008 no procede revisar unos deslindes de costas que no fueron recurridos y que se aprobaron hace 39 y 25 años; y la STS de 14 de julio de 2015 hace lo mismo respecto a la revisión de unas ayudas públicas concedidas por la Junta de Andalucía prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido ocho años antes. Pero debe hacerse hincapié en que nunca el transcurso del tiempo alza por sí solo los límites del artículo 110 LPAC, sino únicamente en tanto que ello comporte contrariedad con la equidad, la buena fe, el derecho de los particulares o las leyes, que es lo verdaderamente relevante.

Lo mismo debe decirse de la doctrina de los actos propios (*nemo potest contra proprium actum venire*; nadie puede ir contra sus propios actos) o de la improcedente invocación del *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede invocar sus propias torpezas). Nada de esto se puede oponer seriamente a que la Administración revise sus propios actos por los vicios que ella misma ha originado. Si eso se admitiese no se pondría límites a las facultades de revisión, sino que sencillamente se habrían eliminado estas facultades pues todos los actos administrativos inválidos son actos propios de la Administración y casi todos sus vicios son imputables a la misma Administración. Lo que sí puede suceder alguna vez es que ese hecho de que se vaya contra los propios actos y por los vicios de los que se es responsable ponga de relieve la mala fe o la lesión de la equidad. Pero entonces será esto, y no aquellas dudosas y oscuras reglas, lo que limitará la revisión.

Conste en cualquier caso que los límites del artículo 110 LPAC afectan a todas las modalidades de revisión contempladas en este capítulo, incluidas

las del artículo 109 LPAC (STS de 25 de marzo de 2015, rec. casación 1383/2013; Ar. 1965).

Incluso no cabe descartar que estos mismos límites puedan jugar frente a cualquier pretensión anulatoria aunque se canalice por otras vías distintas de la revisión aquí estudiada; por ejemplo, en un recurso contencioso-administrativo ordinario. Además, al margen del artículo 110 LPAC, los mismos valores que aquí se alzan como freno a las facultades de revisión pudieran servir, no ya para mantener como válido el acto viciado, sino más modestamente para reducir las consecuencias de la declaración de su invalidez y mantener parte de sus efectos, sobre todo los ya producidos. De ello ya nos ocupamos en la lección 3. Baste ahora añadir que es ésta una alternativa al artículo 110 LPAC: en vez de negar por completo la revisión, aceptarla y acordar la invalidez del acto, pero moderando los efectos de tal declaración. No procede aquí, cuando nos ocupamos sólo de la revisión, desarrollar estas ideas.

A los límites del artículo 110 LPAC debe añadirse el derivado de la cosa juzgada: así, si una sentencia confirmó un determinado acto, no podrán luego seguirse vías de revisión estudiadas para contradecir lo declarado por tal sentencia y declarar un vicio que aquélla negó.

En esa línea se sitúa el artículo 213 LGT: «Cuando hayan sido confirmados por sentencia judicial firme, no serán revisables en ningún caso los actos...». Aunque no hay en la LPAC regla similar que puede aceptarse con carácter general. Y en esa dirección tiene declarado el TS que el procedimiento de revisión de actos nulos no cabe cuando se dirige contra un acto que ya fue objeto de control judicial mediante sentencia con fuerza de cosa juzgada (así, STS de 28 de enero de 2014, rec. 553/2012, Ar. 683, que cita otras anteriores). Si eso se ha declarado para los supuestos de nulidad, lo mismo y aun con más razón se puede afirmar para los de anulabilidad. Pero parece que todo esto debe circunscribirse a los aspectos en los que realmente haya cosa juzgada de modo que acaso sí cabría la revisión por vicios no enjuiciados en la anterior sentencia o alegados por quien no fue parte en el previo contencioso-administrativo.

BIBLIOGRAFÍA

- ALMEIDA CERREDA, M.: «El principio de irrevocabilidad de los actos favorables», en Santamaría Pastor, J. A., *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- ARANA GARCÍA, E.: *La alegación de la propia torpeza y su aplicación al Derecho Administrativo*, Comares, 2003.
- AROZAMENA SIERRA, J.: «Comentario al Capítulo Primero del Título VII de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre (arts. 102 a 106). Revisión de oficio de actos y disposiciones reglamentarias», *RAP*, n.º 140 (1996).

- BOCANEGRA SIERRA, R.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, 1977.
- BOTO ÁLVAREZ, A.: «Actos administrativos que lesionan derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional: análisis de la doctrina de los órganos consultivos en expedientes de revisión de oficio», en *RVAP*, n.º 96 (2013).
- BUENO ARMIJO, A.: «La revisión de oficio», *La nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común*, Wolters Kluwers, 2016.
- «La falta de legitimación de la Administración autonómica para instar la revisión de oficio de los actos de la Administración local», en *RAAP* n.º 97 (2017).
- CANO CAMPOS, T.: «Actos administrativos: concepto de acto declarativo de derechos y aplicación del artículo 103 de la Ley 30/1992», en *RGDA*, n.º 5 (2004).
- *La invalidez sobrevenida de los actos administrativos*, Thomson-Civitas, 2004.
- CARAZA CRISTÍN, M.^a M.: «La anulabilidad de los actos declarativos de derecho: especial referencia a la supresión de la revisión de oficio del artículo 103.1 de la Ley 30/1992», *RAAP*, n.º 38 (2000).
- CARBONELL PORRAS, E.: «Algunas consideraciones sobre el procedimiento para la declaración de lesividad», en *Homenaje a Cosculluela*.
- «Revisión de actos en vía administrativa», *Tratado de Procedimiento Administrativo Común y Régimen Jurídico Básico del Sector Público*, Tirant lo Blanch, 2017.
- CASTILLO BLANCO, F.: «La revisión de oficio de los actos administrativos: un paso atrás en la construcción de un Derecho Común Europeo», *RAAP*, n.º 20 (1994).
- *La protección de la confianza en Derecho Administrativo*, Marcial Pons, 1998.
- CORDÓN MORENO, F.: *La revisión de oficio de los actos administrativos y disposiciones de carácter general y su control jurisdiccional. Un estudio desde la jurisprudencia*, Civitas, 2013.
- CUCHILLO FOIX, M.: «La revisión de oficio y la revocación en la LRJPAC», en *Administración Pública y Procedimiento Administrativo*, Bosch, 1994.
- DE LOS MOZOS Y TOUYA, I. M.^a: «Actos presuntos y revisión de oficio», en *Homenaje a J. L. Martínez López Muñiz*, Reus, 2017.
- DOMINGO ZABALLOS, M.: «Revisión de oficio, recursos y reclamaciones» en *Instituciones de procedimiento administrativo común: novedades de la Ley 39/2015 del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas*, Jurua, 2016.
- ESCUIN PALOP, V.: *El recurso contencioso-administrativo de lesividad*, Civitas, 2004.
- «Reflexiones sobre la naturaleza jurídica de la declaración de lesividad», *REDA*, n.º 126 (2005).
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: «Revisión de oficio de los actos administrativos dictados con infracción del Derecho comunitario», *RAP*, n.º 125 (1991).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La configuración del recurso de lesividad», *RAP*, n.º 15 (1954).
- «La doctrina de los actos propios y el sistema de la lesividad», *RAP*, n.º 20 (1956).
- GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza legítima*, Civitas, 2002.
- GONZÁLEZ PERÉZ, J.: «El proceso de lesividad», *RAP*, n.º 25 (1958).

- *El principio general de la buena fe en el Derecho Administrativo*, Civitas, 2.^a ed., 1989.
- GUAITA, A.: *El proceso administrativo de lesividad (El recurso contencioso interpuesto por la Administración)*, Barcelona, 1953.
- LAVILLA ALSINA, L.: «La revisión de oficio de los actos administrativos», *RAP*, n.º 34 (1961).
- LÓPEZ RODÓ, L.: «Presupuestos subjetivos de la aplicación del principio que prohíbe ir contra los propios actos», *RAP*, n.º 9 (1952).
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «El recurso contencioso de lesividad en materia tributaria», *Nueva fiscalidad*, n.º 1 (2005).
- MESEGUER YEBRA, J.: *La declaración de lesividad de los actos administrativos anulables*, Bosch, 2000.
- *La revisión de oficio de los actos administrativos nulos de pleno derecho y de las disposiciones administrativas*, Bosch, 2000.
- *La rectificación de los errores materiales, de hecho y aritméticos en los actos administrativos*, Bosch, 2001.
- «Declaración de lesividad: análisis de su régimen jurídico», *RVAP*, n.º 85 (2009).
- PONCE ARIANES, M.: *La nueva regulación de la revisión de oficio*, Servicios de Publicaciones de la Universidad de Cádiz, 1995.
- REBOLLO PUIG, M.: «Revisión de oficio de los acuerdos locales a instancia de las Administraciones estatal y autonómicas», *Homenaje a Morell Ocaña*.
- «*Nemo auditur propriam turpitudinem allegans* en la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Documentación Administrativa*, n.º 263-264 (2002).
- «Artículo 21», en *Comentarios a la Ley reguladora de las Bases de régimen local*, Tirant lo Blanch, 2007.
- «Legitimación de las Administraciones autonómicas para instar la revisión de oficio de los acuerdos municipales (Comentario a la STS de 29 de septiembre de 2010)», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- SAINZ MORENO, F.: «La buena fe en las relaciones de las Administraciones con los administrados», *RAP*, n.º 89 (1979).
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «*Venire contra factum proprium non valet*», *Documentación Administrativa*, n.º 263-264 (2002).
- SÁNCHEZ MORÓN, M.; MAURANDI GUILLEN, N., y BLAQUE REY, L.: *Comentarios a la Ley 30/1992*, Lex Nova-Thomson Reuters, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP)», en *RAP*, n.º 168 (2005).
- «El “nuevo” régimen de la revisión de oficio y de los recursos administrativos», en *RVAP*, n.º 105 (2016).
- SALA ARQUER, J. M.: *La revocación de actos administrativos en el Derecho español*, 1974.
- «La revisión de oficio de los actos administrativos», *Cuadernos de Derecho Judicial*, n.º 18 (1997).
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «*Non venire contra factum proprium*», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.

SUAY RINCÓN, J.: «La caracterización jurídica de la potestad de revisión de oficio. (Un análisis de Derecho positivo de esta institución)», en *Homenaje a Santamaría*.
URBANO GÓMEZ, S.: «El papel del Consejo de Estado en el Estado autonómico español: especial consideración a la revisión de oficio de las normas forales de los territorios históricos vascos», *JA*, n.º 48 (2010).

* Por Manuel REBOLLO PUIG (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695) y Eloísa CARBONELL PORRAS (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-317 en la Universidad de Jaén. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2016-74843-C3-1-R).

LECCIÓN 7

DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: CARACTERES GENERALES Y GARANTÍAS MATERIALES^{*}

I. CARACTERES GENERALES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. LA EXTENSIÓN DE LA POTESTAD SANCIONADORA DE LA ADMINISTRACIÓN

Frente a lo que podría ser una situación perfecta de monopolio judicial del *ius puniendi* estatal, esto es, que sólo los jueces pudieran imponer castigos a los ciudadanos, en todos los Estados se ha reconocido con relativa amplitud la potestad sancionadora de la Administración. Inicialmente limitada a ser ejercida sólo respecto a quienes entraban en una relación especial con la Administración (sobre todo, sus propios funcionarios o los usuarios de algunos servicios públicos) y a consistir en la imposición de sanciones que repercutían exclusivamente sobre situaciones jurídico-administrativas (pérdida o suspensión de algún derecho funcional o del derecho a disfrutar de los servicios públicos, por ejemplo), esta potestad sancionadora de la Administración ha desbordado ampliamente ese ámbito y hoy se extiende a todos e impone castigos que afectan al estatuto general del ciudadano. En España eso no es novedoso y la Constitución de 1978 reconoció explícitamente esta potestad administrativa (en particular, arts. 25 y 45.3).

Prácticamente no hay Ley que regule la intervención de la Administración en un determinado sector o materia que no contenga el correspondiente régimen sancionador administrativo. Incluso es habitual que en cada sector haya una o varias leyes, estatales y autonómicas, con numerosas infracciones y sanciones administrativas. Súmese a ello las sanciones que imponen los Colegios Profesionales y las que pueden prever las Administraciones locales. El conjunto es amplísimo. Casi todos los órganos administrativos de alguna importancia cuentan con una extensa competencia sancionadora. Además, en muchos ámbitos, las sanciones son realmente severas. Por ejemplo, la Ley General de Telecomunicaciones de 2014 prevé para

algunas infracciones muy graves multa de hasta 20 millones de euros. Además, hay otras muchas sanciones muy graves, como las que consisten en el cierre de establecimientos o las que consisten en la prohibición de realizar determinadas actividades (así, prohibición de actuar como entidad de crédito o de actuar como administrador de entidades de crédito, o para realizar actividades de servicio postal, etc.). Pese a no contar con datos suficientes para afirmarlo definitivamente, es probable que no haya ningún otro Estado de la Unión Europea que conozca una potestad sancionadora de la Administración más extensa que la que existe en España.

Frente a ello, no existe una reacción crítica. No se cuestionan ni la constitucionalidad ni la oportunidad de esta potestad sancionadora de la Administración, siempre que se respeten las garantías fundamentales. Ni siquiera los autores de Derecho Penal se oponen a esta extensión del poder punitivo de la Administración, aunque se produzca en detrimento del poder punitivo de los tribunales penales. Más bien, alientan esta tendencia al proclamar el principio de «intervención mínima» del Derecho Penal.

Resulta, incluso, sumamente difícil establecer una frontera abstracta a la que tuviera que atenerse el legislador entre lo que debería ser delito penado por los jueces y lo que debería ser infracción administrativa sancionada por la Administración. Sólo hay criterios orientativos: parece que las infracciones administrativas deben ser conductas menos lesivas que las infracciones penales y tener sanciones menos graves que éstas; parece que las infracciones administrativas deben circunscribirse a conductas consistentes en el incumplimiento de deberes administrativos... Pero, además de la vaguedad de estos criterios, no tienen apoyo constitucional. En la práctica, el límite depende en buena parte de lo que decida el legislador al tipificar una conducta como delito o como infracción administrativa.

Esto es lo que ha aceptado el TC en su sentencia 116/1999, de 17 de junio: «fuera de ciertos supuestos extremos, ninguna duda cabe acerca de la competencia del legislador para determinar cuál ha de ser la protección penal que deba dispensar a los bienes y derechos de los ciudadanos, máxime cuando en esa tarea ha de guiarse por el principio de mínima intervención».

2. EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y SU CONSTRUCCIÓN SOBRE BASES COMUNES CON EL DERECHO PENAL Y GARANTÍAS INICIALMENTE CONSTRUIDAS PARA EL PROCESO PENAL

Con este presupuesto que se acaba de exponer, se ha dado en denominar Derecho Administrativo sancionador a aquella rama dentro del Derecho Administrativo que regula el ejercicio por parte de las Administraciones Públicas de su potestad sancionadora y las correspondientes garantías de los

ciudadanos. Ya que se acepta una extensa potestad sancionadora de la Administración, como una especie de compensación, se la ha sometido a estrictos límites relativos a su forma y condiciones de ejercicio. Así, las sanciones administrativas tienen un régimen peculiar dentro del conjunto de la actividad de las Administraciones Públicas que se caracteriza por ofrecer más garantías a los ciudadanos que las que tienen ante otros tipos de actuaciones administrativas: unas garantías parcialmente similares a las del Derecho Penal y Procesal Penal.

Ni éste ni aquél son, desde luego, directa ni supletoriamente aplicables. La potestad sancionadora de la Administración se rige por reglas propias de Derecho Administrativo, pero con ciertos principios comunes de Derecho Penal y Procesal Penal. No se ha hecho así por puro voluntarismo del legislador. Algunos derechos y garantías fundamentales tienen que respetarse en uno y otro ámbito sin que puedan evaporarse por la fácil vía de confiar el castigo a la Administración en vez de a los jueces. Así ocurre con lo dispuesto en los artículos 24 y 25 CE o con el artículo 6 del Convenio Europeo para de Derechos Humanos, como se han encargado de declarar, aunque con matices, el TC y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por este motivo, en esta lección y en la siguiente nos ocuparemos de principios tales como el de legalidad o culpabilidad, o de derechos como el de ser informados de la acusación o la presunción de inocencia. Estos principios y derechos arrastran a otros porque, sobre la anterior base, se sostiene la unidad esencial del *ius puniendi* estatal, aunque unas veces lo ejerzan los tribunales y otras la Administración. Esto conduce a esa similitud que, pese a todo, no puede llevarse hasta una identificación total, sino sólo a una cierta comunidad de principios y, si acaso, a la importación parcial y selectiva de algunas reglas generales. El Derecho Administrativo sancionador, como se ha dicho, sigue siendo ante todo Derecho Administrativo y el hecho de que la potestad sancionadora se atribuya a la Administración, no a los jueces, la marca por completo. Aun así, puede afirmarse que esa aproximación al Derecho penal comporta inevitablemente para la potestad sancionadora unas limitaciones materiales y formales desconocidas para cualquier otra actividad de la Administración, un régimen garantista específico de esta rama del Derecho Administrativo que no cabe extender más allá de sus estrictos contornos.

3. EL CONCEPTO DE SANCIÓN COMO CLAVE PARA DELIMITAR EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR Y EL RÉGIMEN GARANTISTA QUE COMPORTA

Pues bien, la aplicación a una actuación administrativa de esta rama específica del Derecho Administrativo y su régimen garantista dependerá de que se esté o no ante la imposición de una sanción administrativa. Por tanto, es esencial determinar con carácter previo el concepto de sanción administrativa. El punto de arranque lo dan la jurisprudencia, constitucional y ordinaria, y la doctrina cuando afirman una y mil veces que, tanto en las penas como en las sanciones administrativas, hay ejercicio o manifestación del *ius puniendi* del Estado. Esto condiciona por completo el concepto de sanción administrativa que puede definirse como el *castigo impuesto por la Administración* o como el *castigo previsto por el ordenamiento para ser impuesto por la Administración*. No son penas (art. 34.2 CP), pero son como penas impuestas por la Administración.

De aquí se deduce:

a) Las sanciones administrativas las imponen órganos administrativos, ya sean de la Administración del Estado, de la de las Comunidades Autónomas o de la Administración local (Ministros, Consejeros, Alcaldes, autoridades subordinadas a las anteriores) o de un ente institucional ordinario, o, cada vez con más frecuencia, de los entes institucionales independientes (Banco de España, Agencia de Protección de Datos, Comisión Nacional del Mercado de Valores, Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, etc.). También los Colegios Profesionales que ejercen una potestad sancionadora sobre sus colegiados y que a estos efectos actúan como Administración Pública. No obstante, hay sanciones impuestas por órganos no administrativos que tienen un régimen muy similar en lo sustancial; por ejemplo, las impuestas a los jueces por el Consejo General del Poder Judicial. En cualquier caso, las sanciones administrativas no las imponen los tribunales de justicia y ésta es la diferencia primera y esencial con las penas que sí imponen los tribunales: las demás diferencias entre penas y sanciones administrativas derivan de esta primera diferencia esencial.

b) Las sanciones administrativas han de tener un contenido aflictivo.

Esto es, han de consistir en un mal, en un perjuicio que se impone a un sujeto. Han de entrañar una privación o restricción de derechos o de cualquier ventaja, o el surgimiento de nuevos deberes. Si no tienen contenido aflictivo, no son un castigo.

No obstante, hay otras muchas decisiones administrativas que imponen un mal a un sujeto y que no son castigos ni pueden tener el régimen jurídico de las sanciones administrativas. Por tanto, éste y el anterior son elementos necesarios, pero no suficientes, para la definición de sanción administrativa.

c) Las sanciones comportan un mal impuesto como un castigo.

Esto es, el perjuicio que causan a su destinatario es buscado, directa y deliberadamente, como una respuesta a la conducta ilegal realizada y como expresión del reproche que merece esa conducta.

El concreto mal causado por la sanción administrativa (por ejemplo, el causado por una multa) no realiza directamente lo necesario para proteger los intereses generales. Ese mal no sirve para restablecer la legalidad o la realidad física alterada o valores lesionados, ni para compensar el daño producido ni para imponer la conducta correcta. Todo esto, por el contrario, es lo característico de otras decisiones administrativas que no son sanciones administrativas propiamente dichas, por lo que no tiene ningún sentido aplicarles el régimen de las sanciones administrativas.

En muchos casos, los Jueces y Tribunales, incluido el Constitucional, se enfrentan con la cuestión de si lo que prevé una norma o lo concretamente aplicado en un acto administrativo es una sanción o no, porque de ello depende todo lo demás.

Ante ello, después de afirmar generalmente que la denominación dada por la norma o por el acto administrativo no ofrece una solución definitiva, manejan diversos criterios que en el fondo responden a las ideas que se acaban de exponer. Así, el TC y los tribunales contencioso-administrativos no consideran sanciones administrativas, entre otros ejemplos, las siguientes medidas administrativas: las que ordenan devolver subvenciones cuando el beneficiario no ha realizado la actividad prevista; la demolición de edificios contrarios a las normas de urbanismo o las de protección del medio ambiente; la orden de cierre de establecimientos que no cumplen la normativa o no tienen la autorización administrativa necesaria; la retirada de productos del mercado por resultar peligrosos o insalubres; las multas coercitivas; la compensación que los particulares hayan de pagar a la Administración por los daños causados a sus bienes; los intereses de demora; etc.

Pero, aun así, en la práctica se presentan casos dudosos y la frontera entre sanciones y otras decisiones administrativas perjudiciales para los ciudadanos no siempre es nítida. En realidad, hay decisiones administrativas con el mismo contenido aflictivo que pueden ser en unos casos sanciones y en otros no: depende de que sean un castigo o no y de lo que el propio legislador, con mejor o peor acierto, haya establecido. Así, la prohibición de conducir es unas veces sanción y otras una medida para garantizar la seguridad del tráfico (p. ej., piénsese que el sujeto pierde las condiciones psicofísicas adecuadas); los recargos por pagar los impuestos con retraso son considerados sanciones sólo cuando son muy elevados; la expulsión de extranjeros puede ser configurada como sanción o como una medida para restablecer la legalidad; etc.

4. SANCIONES ADMINISTRATIVAS GENERALES Y SANCIONES ADMINISTRATIVAS DISCIPLINARIAS

Suele distinguirse entre las sanciones administrativas que se pueden imponer a cualquier persona por sus conductas contrarias al ordenamiento jurídico general y las sanciones que se pueden imponer a ciertas personas que tienen unos vínculos con la Administración más fuertes por la vulneración de sus deberes específicos (p. ej., sanciones a empleados públicos, presos, etc.). Para aludir a esta diferencia se habla de una «potestad administrativa disciplinaria» distinta de la potestad administrativa sancionadora general.

Se trata de una diferencia con relevancia en nuestro Derecho. No es sólo que las sanciones disciplinarias gocen de una mayor tradición y aceptación, sino que incluso también presentan alguna singularidad en su régimen jurídico, en particular, una cierta disminución de las garantías. No obstante, ni está clara la frontera entre unas sanciones y otras, ni es pacífico el fundamento de la distinción ni el alcance de esas diferencias de régimen jurídico.

En cuanto a la frontera, además de a personas en situaciones de sujeción especial, como empleados públicos o presos, se extiende en ocasiones la calificación y el régimen de las disciplinarias a las sanciones a cualquier usuario de un servicio público o a las que imponen los Colegios Profesionales a sus colegiados o las sanciones deportivas que acuerdan las federaciones. En cuanto al fundamento, se dice frecuentemente que la potestad disciplinaria no sería manifestación del mismo *ius puniendi* del Estado que sólo se ejercería con las penas y con las sanciones administrativas generales; otras veces se acude a la noción de «relaciones de sujeción especial»; y algunos autores defienden que la potestad disciplinaria derivaría de la potestad organizativa que ostenta la Administración o del principio de jerarquía.

Finalmente, tampoco son claras las diferencias de régimen jurídico entre unas y otras. Según se deduce de la doctrina del TC, no pueden establecerse contrastes radicales, sino sólo cuantitativos o de grado: por ejemplo, rige para ambos tipos de sanciones el principio de legalidad, aunque de manera algo más flexible para las sanciones disciplinarias. Haremos en cada uno de los epígrafes correspondientes algunas aclaraciones sobre la singularidad de esas sanciones disciplinarias.

5. REGULACIÓN LEGAL

A) La *legislación estatal de alcance general*. Se trata de dos leyes. Por un lado, la LRJSP, que dedica el Capítulo III de su Título Preliminar (arts. 25 a 31), a: «Los principios de la potestad sancionadora». Este capítulo proclama y regula los principios esenciales de carácter sustantivo que rigen en el Derecho Administrativo sancionador: principios de legalidad, de tipicidad, de culpabilidad, de proporcionalidad... Esta regulación legal prácticamente se limita a recoger en preceptos lo que el TC ha considerado que deriva directamente de la CE. Esto es, se trata de una regulación de principios que no contiene reglas sobre graduación de las sanciones, responsables, agravantes, atenuantes... ni, menos aún, tipificación de infracciones y sanciones.

Y por otro lado, la LPAC. En esta ley hay una regulación de los diversos trámites del procedimiento sancionador así como de los derechos procedimentales de los imputados: derecho a conocer la acusación, presunción de inocencia, etc. No contiene un capítulo dedicado específicamente al procedimiento sancionador sino que lo atinente a éste está disperso a lo largo de su articulado.

La LRJSP y la LPAC son aplicables, en principio, en todos los casos en que cualquier Administración pretenda imponer una sanción en cualquier sector (seguridad ciudadana, urbanismo, medio ambiente, defensa de los consumidores, banca, protección de datos, etc.).

Esta amplitud se ve reforzada por el importante artículo 25.3 LRJSP que expresamente declara que la regulación sancionadora de esa ley es aplicable a la potestad disciplinaria de la Administración «respecto del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza jurídica de la relación de empleo». En la LPAC no hay una declaración equivalente pero, como tampoco hay ninguna exclusión, lo razonable es entender que también su regulación sancionadora es aplicable al ejercicio de la potestad disciplinaria sobre los empleados públicos.

Sin embargo, en sentido contrario, esa amplitud general de la regulación sancionadora de ambas leyes se ve enturbiada o negada por varios factores:

a) Por el ámbito subjetivo de estas leyes (arts. 2 LRJSP y 2 LPAC) que hace que se susciten problemas sobre la aplicación de su regulación a las sanciones impuestas por las Universidades públicas o por Corporaciones de Derecho público.

b) Por la Disposición Adicional 1.^a LPAC, según la cual su regulación sólo tiene carácter supletorio en «las actuaciones y procedimientos sancionadores en materia tributaria y aduanera, en el orden social, en materia de tráfico y seguridad vial y en

materia de extranjería». Así, cuatro enormes ámbitos de sanciones pueden tener y tienen una regulación específica que desplaza a las de estas leyes.

c) Por el sorprendente y desafortunado artículo 25.4 LRJSP que afirma que la regulación sancionadora de esa ley no es aplicable «al ejercicio por las Administraciones Públicas de la potestad sancionadora respecto de quienes estén vinculados a ellas por relaciones reguladas por la legislación de contratos del sector público o por la legislación patrimonial de las Administraciones Públicas».

Pese a todas estas exclusiones, en realidad, las diferencias no son radicales porque las garantías que se desprenden de la CE sí que son aplicables también en esos ámbitos que quedan extramuros de la LRJSP y de la LPAC.

La regulación sancionadora de carácter sustantivo de la LRJSP será sobre todo abordada en esta lección; la relativa al procedimiento sancionador de la LPAC se estudiará en la siguiente.

B) Son las *Leyes reguladoras de cada sector de la actividad administrativa* (p. ej., medio ambiente, sanidad, tributos, tráfico, seguridad pública, contaminación atmosférica, comercio, defensa de los consumidores, carreteras, urbanismo, defensa de la competencia, seguridad social, etc.) las que establecen las infracciones concretas, las sanciones correspondientes, los sujetos responsables, el régimen de prescripción, etc. Así, frente al Derecho Penal codificado, el Derecho Administrativo sancionador, salvo las escasas reglas generales a las que acabamos de hacer referencia, está disperso en multitud de normas legales.

C) Esas normas legales pueden ser estatales o autonómicas, según quien sea competente sobre la materia concreta a que las infracciones se refieran. Por ejemplo, como el Estado es el competente en materia de tráfico, es él quien regula las infracciones y sanciones en materia de tráfico, así como su régimen; y como son las Comunidades Autónomas las competentes en materia de urbanismo, son éstas las que establecen las infracciones y sanciones de urbanismo, así como su régimen, aunque respetando el general previsto en la LRJSP y la LPAC.

Así lo ha admitido siempre el TC que, sin embargo, ha establecido también algunos límites a las leyes sancionadoras autonómicas según los cuales no pueden contener divergencias irrazonables o desproporcionadas a los fines perseguidos. Son límites de discutible fundamento y sobre todo de dudoso alcance que hacen muy difícil su concreción y aplicación. Parece que sería más conveniente distinguir entre las materias compartidas entre el Estado y las Comunidades Autónomas y aquellas otras en que la materia es de competencia exclusiva de las Comunidades Autónomas. En las primeras sería más fácil justificar unos límites a la competencia legislativa

autonómica, pero el TC no ha hecho tal distinción.

Debe repararse a este respecto en una diferencia muy significativa con el Derecho Penal. En el sistema español de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, el Derecho Penal es competencia exclusiva del Estado: sólo la ley del Estado —además, normalmente ley orgánica— puede establecer delitos y penas, así como todo su régimen jurídico; además, el Derecho Penal lo aplican tribunales y todo el Poder Judicial es en España también competencia del Estado. Por el contrario, es posible y frecuente que las Comunidades Autónomas aprueben leyes estableciendo infracciones y sanciones administrativas; y que sean las autoridades administrativas de las Comunidades Autónomas las que impongan las sanciones. Así que, si en Derecho Penal nada pueden las Comunidades Autónomas, la situación es radicalmente diferente en Derecho Administrativo sancionador.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Se alude como principio de legalidad del Derecho Administrativo sancionador a algo similar a lo que se conoce como principio de legalidad del Derecho Penal. No es el simple principio de legalidad de la actuación administrativa que se satisface, en su vertiente más estricta, con una ley que atribuya potestad sancionadora a la Administración (que es lo que exige con ese nombre el art. 25 LRJSP), sino mucho más que eso. Está proclamado, conjuntamente para el Derecho Penal y para el Derecho Administrativo sancionador, en el artículo 25.1 CE:

«Nadie puede ser condenado o *sancionado* por acciones u omisiones que en el momento de producirse no constituyan delito, falta o *infracción administrativa*, según la legislación vigente en aquel momento».

De aquí se desprenden tres reglas o principios: la reserva de ley, el principio de tipicidad y el de irretroactividad.

1. LA RESERVA DE LEY

Por «legislación» se ha entendido ley aprobada por el Parlamento u otras normas con rango de ley. Por ello se dice que hay «reserva de ley» tanto en el Derecho Penal como en el Derecho Administrativo sancionador. La reserva de ley se extiende, principalmente, a la tipificación de las infracciones (penales o administrativas) y a la determinación de los castigos

correspondientes (penas o sanciones administrativas); pero también a otros aspectos importantes del régimen jurídico: sujetos a los que puede sancionarse, reglas para determinar la extensión de la sanción, etc. La reserva de ley la cubren por igual las normas con rango de ley estatales y autonómicas: lo que corresponda a unas y otras es cuestión de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, como se ha explicado.

La reserva de ley no prohíbe que existan normas con rango de ley que tipifiquen el incumplimiento de otras normas que pueden tener rango inferior a la ley («normas sancionadoras en blanco»).

Por ejemplo, la Ley de medicamentos tipifica como infracción «no ajustar los precios de los medicamentos a lo determinado por la Administración». Como esa determinación se hace mediante reglamentos, para saber si una conducta realiza tal infracción hay que tener en cuenta los reglamentos.

Esto también se admite en el Derecho Penal (las llamadas «leyes penales en blanco») y sólo cabe añadir que en el Derecho Administrativo sancionador el fenómeno es más normal. Pero, al margen de ello, sí que hay algunas diferencias de mayor calado que importa poner de relieve.

Pese a que la reserva de ley está consagrada en términos idénticos para el Derecho Penal y para el Derecho Administrativo sancionador por el artículo 25.1 CE, la jurisprudencia ha admitido para este último cierta flexibilización: las leyes sancionadoras pueden autorizar que los reglamentos las pormenoricen o concreten. No obstante, ninguna ley puede permitir a un reglamento prever infracciones y sanciones *ex novo* (sería una ley inconstitucional por vulnerar la reserva de ley) ni ningún reglamento puede contener una regulación sancionadora sin autorización de la ley o ir más lejos de su mera concreción.

En cualquier caso, tiene que ser siempre una norma con rango de ley la que describa la infracción y la que señale la sanción correspondiente. En suma, a los reglamentos se les reconoce una función más amplia que en Derecho Penal pero, aun así, muy limitada. Todas estas ideas han sido recogidas en el artículo 27 LRJSP:

«1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico *previstas como tales infracciones por una Ley...*

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse *sanciones* que, en todo caso, estarán *delimitadas por la Ley*.

3. Las *disposiciones reglamentarias de desarrollo* podrán introducir *especificaciones o graduaciones* al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, *sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla*, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes».

En la práctica, no siempre es fácil saber hasta dónde pueden llegar los reglamentos y no es infrecuente ver reglamentos que desarrollan con bastante amplitud las previsiones de las leyes sancionadoras, sin que los tribunales los anulen.

Estas reglas generales sobre la reserva de ley sufren matizaciones en algunos ámbitos. En particular:

— Infracciones de los empleados públicos. En este ámbito se admitía que la ley autorizara más ampliamente la regulación de los reglamentos. A veces, la misma matización se aplicaba a las infracciones y sanciones de otras personas sometidas a una «relación de sujeción especial» con la Administración. Pero, como adelantamos, hay muchas dudas sobre qué supuestos constituyen realmente una relación de sujeción especial y sobre la matización a la reserva de ley que esto comporte. De hecho, en el EBEP no hay ya plasmación de esa supuesta relajación de la reserva de ley que, por otra parte, resulta difícil de conciliar con el artículo 25.3 LRJSP.

— Infracciones de los profesionales que han de ser sancionadas por sus Colegios. La Ley de Colegios Profesionales simplemente atribuye a los Colegios Profesionales competencias para sancionar los incumplimientos de las normas deontológicas propias de cada profesión; y son las propias organizaciones colegiales las que aprueban las normas estableciendo las infracciones y las sanciones.

— Infracciones establecidas en normas reglamentarias aprobadas por los municipios (ordenanzas). El TC y los tribunales ordinarios anulaban las ordenanzas que establecían nuevas infracciones y sanciones no previstas en las leyes, así como las sanciones impuestas en aplicación de tales ordenanzas. Sin embargo, se produjo un cambio trascendental con la STC 132/2001, de 8 de junio. Para reforzar la autonomía local, el TC admitió la posibilidad de que las Leyes establecieran de manera muy general las materias sobre las que los municipios pudieran tipificar infracciones, así como las sanciones que pudieran prever. Con este presupuesto, las ordenanzas pueden establecer infracciones y sanciones *ex novo*, siempre dentro del margen previsto en la ley. De acuerdo con esto, en 2003 se modificó la LRBRL (arts. 139 a 141) permitiendo a los municipios, a través de sus ordenanzas, la tipificación de infracciones en materia de daños a los

bienes locales, perturbación de los servicios públicos locales y de ciertos aspectos de la convivencia local, pudiendo prever sanciones de multa de hasta 3.000 euros. Otras leyes sobre sectores concretos de la actividad administrativa podrán ampliar estas posibilidades de las ordenanzas (así lo hizo, por ejemplo, la Ley del Ruido).

2. PRINCIPIO DE TIPICIDAD DE LAS INFRACCIONES Y DE LAS SANCIONES ADMINISTRATIVAS

La ley tiene que definir la conducta que constituye infracción (tipicidad de las infracciones) y delimitar la sanción correspondiente (tipicidad o taxatividad de las sanciones). De conformidad con el principio de tipicidad, las leyes no pueden describir las infracciones mediante fórmulas vagas o genéricas ni convertir, sin más, en infracción cualquier incumplimiento de un sector del ordenamiento jurídico. Por el contrario, deben precisar y delimitar con el mayor rigor posible la conducta que constituye infracción y determinar, también, dentro de márgenes relativamente estrechos, la sanción correspondiente.

Se trata de una consecuencia del principio de seguridad jurídica que en el ámbito punitivo alcanza sus máximas exigencias para que los ciudadanos puedan saber de antemano con relativa certeza las consecuencias sancionadoras a las que se exponen con sus comportamientos.

Pero las exigencias del principio de tipicidad no son absolutas:

— Se admite que la definición de la infracción utilice conceptos jurídicos indeterminados en la medida en que sean imprescindibles y su concreción resulte factible ante cada caso.

Lo difícil es señalar hasta dónde exactamente puede llegar la utilización de conceptos jurídicos indeterminados en la descripción del tipo. Por ejemplo, las SSTs de 23 de marzo de 2015 (rec. cas. 1882/2013) y 1013/2016, de 9 mayo, anularon normas que tipificaban como infracción ir o estar «semidesnudo» en lugares públicos, «pues no resulta factible determinar con un mínimo grado de precisión las concretas características de la conducta que se sanciona». Pero quizá se habría podido mantener que se trataba de un concepto jurídico indeterminado imprescindible y de concreción razonablemente factible ante cada caso.

Además, se flexibiliza algo más esta exigencia para las infracciones disciplinarias o asimiladas a ellas, como es el caso de las infracciones deontológicas que sancionan los Colegios Profesionales. En estos ámbitos se parte de la idea de que los sometidos

a esa potestad, por su conocimiento de los deberes específicos de su actividad, pueden tener una «certeza» de lo que resulta sancionable incluso aunque la norma describa la infracción con conceptos especialmente indeterminados. Pero aun así, el principio de tipicidad hace inconstitucional las normas sancionadoras tan vagas que ni siquiera ofrecen un mínimo grado de «certeza» para quienes están sometidos a sus previsiones.

— Se admite que las leyes confieran un cierto margen a la Administración para concretar la sanción pertinente en cada caso (p. ej., para tal infracción la ley prevé multa entre uno y dos millones de euros; o cierre del establecimiento entre uno y dos años).

De nuevo lo difícil es saber hasta dónde pueden llegar las leyes y qué márgenes pueden conferir a la Administración para decidir en cada caso concreto la extensión de la sanción pertinente, ¿será constitucional la ley que prevea para un tipo infractor multa entre cien mil y diez millones de euros y/o cierre del establecimiento entre un mes y cinco años? La jurisprudencia no permite una respuesta terminante pero, en general, no se ha mostrado muy puntillosa en esta exigencia.

El principio de tipicidad no sólo supone exigencias para las leyes. También para la Administración a la hora de aplicar las normas sancionadoras. En concreto, también como consecuencia del principio de tipicidad, se excluye la analogía. El artículo 27.4 LRJSP dice:

«Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica».

Los tribunales afirman con frecuencia que también quedan excluidas las interpretaciones extensivas de las normas que tipifican las infracciones. Pero no cabe descartar en algunos casos interpretaciones extensivas siempre que sean razonables y no sorprendivas. En realidad, lo que hay que afirmar es lo siguiente: sí es admisible la interpretación literal extensiva (p. ej., ante un término utilizado en la descripción del tipo se acoge su concepto amplio), pero es rechazable la interpretación correctora extensiva.

3. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LAS NORMAS SANCIONADORAS DESFAVORABLES

Los artículos 9.3 y 25.1 CE prohíben la retroactividad de las normas penales y sancionadoras administrativas desfavorables. Por tanto, no cabe castigar a nadie por una conducta que, cuando fue realizada, no constituía infracción o, si ya era infracción, castigarlo con una sanción superior a la que estaba establecida entonces. En suma, está prohibida la retroactividad *in*

malam partem.

Sin embargo, la CE no prohíbe ni impone la retroactividad de las normas sancionadoras favorables. Han sido las leyes las que han impuesto la retroactividad *in bonam partem*. Así está previsto en el artículo 26 LRJSP:

«1. Serán de aplicación las disposiciones sancionadoras vigentes en el momento de producirse los hechos que constituyan infracción administrativa.

2. Las disposiciones sancionadoras producirán efecto retroactivo en cuanto favorezcan al presunto infractor o al infractor, tanto en lo referido a la tipificación de la infracción como a la sanción y a sus plazos de prescripción, incluso respecto de las sanciones pendientes de cumplimiento al entrar en vigor la nueva disposición».

En cuanto a esta retroactividad *in bonam partem*, dos son las notas más relevantes de este precepto. Por un lado, se concreta su alcance material, que no sólo se refiere a la tipificación de las infracciones y las sanciones, sino que incluye también las previsiones sobre el plazo de prescripción. Y por otro lado, se regula —aunque de manera incompleta— hasta qué momento procede la aplicación de la norma sancionadora más favorable. A este último respecto, esa retroactividad es aplicable no sólo cuando al entrar en vigor la nueva disposición la sanción todavía no se ha impuesto —por estar, p. ej., tramitándose el procedimiento— (presunto infractor), sino también cuando se ha impuesto (infractor) pero todavía no se ha cumplido.

III. PRINCIPIOS DE CULPABILIDAD Y DE RESPONSABILIDAD PERSONAL

Antes, y no sólo en España, se solía considerar que en el Derecho Administrativo sancionador regía una responsabilidad objetiva. Por tanto, se rechazaba la vigencia en este ámbito del principio de culpabilidad. Sólo se exigía como requisito de la represión administrativa la voluntariedad de las acciones u omisiones. Pero entendida la voluntariedad estrictamente, sólo falta, como explica el Derecho penal, cuando el sujeto queda paralizado, en los estados de inconsciencia, cuando concurre fuerza irresistible o se obra por movimientos reflejos.

Ahora, además de esa exigencia elemental de voluntariedad, se proclama el principio de culpabilidad, que restringe más intensamente la posibilidad de imponer castigos. Esto, siempre aceptado para los delitos, se afirma en la actualidad también para las infracciones administrativas hasta el punto de que el TC, en su Sentencia 76/1990, de 26 de abril, ya consideró que tal

principio de culpabilidad está constitucionalizado tanto para los delitos como para las infracciones administrativas.

Consecuencias de este principio de culpabilidad que nos interesan en este momento, son:

— Para imponer una sanción administrativa (como para imponer una pena) es necesario que la infracción administrativa (como el delito) se haya realizado con dolo o, al menos, con culpa o imprudencia. Si el Código Penal dice que «no hay pena sin dolo o imprudencia» (art. 5), lo mismo debe decirse de las sanciones administrativas. Ahora lo proclama expresamente el artículo 28.1 *in fine* LRJSP: sólo podrá sancionarse a quienes resulten responsables «a título de dolo o culpa».

— No cabe imponer sanción administrativa cuando concurre alguna causa que excluya la culpabilidad: inimputabilidad (menor de edad, enajenación, trastorno mental transitorio...), falta de conciencia del injusto, error de prohibición invencible, no exigibilidad de otra conducta, etc.

No obstante, en general, se exige un extenso deber de diligencia —que incluye un amplio deber de saber e informarse— a muchos de los sujetos que pueden cometer infracciones administrativas (entidades de crédito, fabricantes de productos, obligados tributarios, empleadores, etc.). Esto origina que, en la mayoría de los casos en los que se alega falta de culpabilidad, acabe imponiéndose la sanción por entenderse que no se había cumplido plenamente con este deber de diligencia.

Por otro lado, alguna matización debe efectuarse con respecto a la inimputabilidad de los menores de edad. No hay una regla general sobre la edad a partir de la cual se es responsable a efectos sancionadores. Sólo hay previsiones en algunas leyes sectoriales. Por ejemplo, el artículo 30.2 LOSC dice: «Estarán exentos de responsabilidad por las infracciones cometidas los menores de catorce años». A falta de ello, bastante acertada y orientadora resulta la regla contenida en el artículo 6.3 de la Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas del País Vasco: «Las normas sancionadoras sectoriales, en atención a la naturaleza y finalidad de la concreta regulación material sectorial de que se trate y a la capacidad de obrar que en dicha regulación se reconozca a los menores, fijarán el límite de edad a partir del cual se puede ser responsable de una infracción. A falta de disposición al efecto, no serán responsables los menores de 14 años». Esto es, si la legislación de tráfico prevé que un menor pueda conducir un ciclomotor, también es razonable que pueda ser responsable de ciertas infracciones administrativas conectadas con dicha actividad.

— No se puede imponer a nadie una sanción por un hecho de otro. A esta

idea se alude como principio de responsabilidad personal o de personalidad de las sanciones administrativas. Esto, sin embargo, no comporta que sólo pueda sancionarse a los autores de la infracción, sino que, al igual que en Derecho Penal, cabe que se sancione a los sujetos que, con su propia conducta, colaboren en la infracción de otro si así lo ha previsto una ley.

A diferencia de lo que ocurre en el Derecho Penal, no hay en el Derecho Administrativo sancionador una regulación general de las personas responsables de las infracciones administrativas (autor, cómplice, inductor, cooperador necesario...). Sólo algunas leyes prevén que se sancione a los sujetos que participan en las infracciones de las que es autor otro. Por ejemplo, artículo 93.2 y 3 EBEP. Sin una previsión legal de ese género, sólo es responsable y sólo cabe sancionar al autor. No obstante, eso no significa que esas otras conductas queden impunes, sino que, en muchos casos, las mismas están tipificadas expresamente como una infracción administrativa autónoma. Por ejemplo, el artículo 71 de la Ley de Defensa y Protección de los consumidores y usuarios de Andalucía tipifica como infracción administrativa «elaborar, distribuir u ofertar al público bienes prohibidos» y mediante esta descripción del tipo encuadra conductas que pudieran calificarse como de complicidad o cooperación necesaria.

El requisito de la culpabilidad no impide que se pueda sancionar a personas jurídicas. Ésta era una de las diferencias más notables del Derecho Administrativo sancionador con el Derecho Penal. En Derecho Penal sólo se consideraban autores de los delitos y sólo podían sufrir penas las personas físicas (*societas delinquere non potest*). Por el contrario, siempre se ha admitido que las infracciones administrativas las cometen personas jurídicas y que la sanción se les imponga a ellas. Así lo declara con carácter general el artículo 28.1 LRJSP: «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las *personas físicas y jurídicas*... que resulten responsables de los mismos...». Este dato fundamental hacía que el principio de culpabilidad sufriera cierta adaptación en su aplicación al Derecho Administrativo sancionador. Pero no suponía su exclusión: en general, se exige dolo o culpa a las personas físicas que dirigen la persona jurídica. En cualquier caso, tras la reforma del Código Penal en 2010, también se admite que las personas jurídicas puedan ser responsables de algunos delitos.

El mencionado artículo 28.1 LRJSP añade con alcance general que también podrán ser responsables los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar. Diversas leyes sectoriales (tributaria, subvenciones...) ya habían recogido esta responsabilidad. Se trataría de una responsabilidad sancionadora de entes sin personalidad jurídica. El precepto establece una reserva de ley en esta materia, aunque no exige que esa ley prevea expresamente

esa responsabilidad sancionadora, sino que la misma se anuda al hecho de que se les reconozca capacidad de obrar.

Más difícil de justificar y de conciliar con el principio de culpabilidad y, en particular, con el de personalidad de las sanciones, es que se haya admitido la responsabilidad solidaria y subsidiaria. Bajo esa denominación se pueden encontrar distintas figuras: responsables solidarios de la infracción, responsables solidarios en el pago de la sanción, responsables subsidiarios en el pago de la sanción... Y sus regímenes jurídicos son distintos. Con carácter general, puede afirmarse que todas estas modalidades de responsabilidad requieren una expresa previsión en una norma con rango de ley. Así, hay numerosas leyes sectoriales que prevén responsabilidades solidarias y subsidiarias. Por su parte, el artículo 28.3 LRJSP regula un supuesto de responsabilidad solidaria que es de aplicación directa en cualquier sector; y en el artículo 28.4 LRJSP *in fine*, aunque sin mencionarlas expresamente, se deja en manos del legislador sectorial la elección de una responsabilidad solidaria o subsidiaria para el pago de las sanciones en los supuestos de personas que tienen un cierto poder sobre «quienes de ellas dependan o estén vinculadas».

Aunque la jurisprudencia mira con recelo esta figura y ha hecho a veces declaraciones generales contrarias a esta posibilidad, no la ha considerado nunca incompatible con el principio de culpabilidad ni con la CE, pero parece exigir, al menos para el caso de los responsables solidarios, que en todos ellos se pueda detectar dolo o culpa.

IV. CONCEPTO DE INFRACCIÓN ADMINISTRATIVA

La sanción administrativa sólo puede imponerse si se ha cometido una infracción administrativa en sentido estricto. Si la sanción administrativa es la figura paralela a la pena, la infracción administrativa es la figura paralela al delito. Una infracción administrativa no es cualquier incumplimiento del ordenamiento jurídico. Es sólo aquella acción u omisión contraria al ordenamiento jurídico (antijurídica) que, además, como se ha explicado, está tipificada en una ley como tal infracción y a la que la misma ley atribuye una sanción administrativa. Como además, según también se ha explicado, se exige el requisito de la culpabilidad, se puede definir la infracción administrativa como *acción u omisión antijurídica, típica y culpable para la que la ley prevé la imposición de una sanción por una autoridad*

administrativa.

Con esta definición de infracción administrativa, deliberadamente similar a la de delito, se pone de relieve la posibilidad de aplicar prácticamente todas las causas que excluyen o eximen las responsabilidades propias del Derecho Penal, ya sea porque excluyan la voluntariedad, la tipicidad, la antijuridicidad o la culpabilidad.

Alguna ley sectorial ha recogido este planteamiento expresamente. Así, el artículo 314.2 del TR de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante de 2011 dice que «se aplicarán analógicamente, en la medida de lo posible y con las matizaciones y adaptaciones que exija la peculiaridad del sector administrativo de que se trata, las reglas penales sobre exclusión de la antijuridicidad y de la culpabilidad, sin perjuicio de atender a idénticos efectos a otras circunstancias relevantes en dicho sector». Aunque la inmensa mayoría de las leyes no contienen un precepto similar, la situación no es distinta y a ello se atiene la jurisprudencia. Por ejemplo, la STS de 17 de abril de 1990, entre otras similares, define la infracción administrativa como «conducta antijurídica, típica y culpable». Y la STS de 23 de febrero de 2000 (Ar. 7047) afirma: «Para que una determinada acción u omisión pueda ser objeto de sanción es necesario que sea típica, antijurídica y culpable; presupuestos que quedan eliminados por la concurrencia de causas de justificación o excluyentes de la culpabilidad o antijuridicidad».

V. LAS SANCIONES: CONTENIDO Y EXTENSIÓN. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

1. CLASES DE SANCIONES POR SU CONTENIDO

No hay en Derecho Administrativo sancionador una enumeración general de las posibles sanciones administrativas al modo en que lo establece para las penas el artículo 33 CP. Así que es cada ley reguladora de un sector la que, al mismo tiempo que establece las infracciones, determina las sanciones.

A este respecto, las leyes tienen algunos límites. El más claro es el del artículo 25.3 CE: «La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad».

La prohibición sólo alude a la libertad ambulatoria del artículo 17 CE, no a las demás. Como la prohibición se refiere sólo a la «Administración civil», caben sanciones administrativas privativas de libertad en el ámbito militar. Por otra parte, la CE prohíbe también las «penas o tratos inhumanos o degradantes» (art. 15): a

fortiori, hay que entender prohibidas las sanciones administrativas inhumanas o degradantes. Con esos límites, las leyes pueden prever muy diferentes sanciones administrativas que afectan a los distintos derechos del infractor en su estatuto general de ciudadano o persona jurídica, esto es, a su patrimonio y libertad, incluso, en su caso, a sus derechos fundamentales.

Las sanciones más frecuentemente previstas por las leyes, fuera del ámbito disciplinario, son las siguientes: la multa; el comiso de ciertos productos o utensilios o del beneficio obtenido; el cierre de establecimientos por un tiempo determinado; la prohibición de realizar ciertas actividades durante un tiempo determinado (prohibición de ejercer una profesión, de actuar como directivo de entidades de crédito, de cazar, etc.); la restricción de la capacidad para contratar con la Administración o para obtener ayudas públicas durante un período; la amonestación; y la publicidad de la infracción y de la sanción en periódicos oficiales o de difusión general.

En el ámbito disciplinario, lo tradicional es que las sanciones no afecten al estatuto general del ciudadano, sino sólo a los específicos propios de la especial relación con la Administración (derechos del funcionario como tal, derechos del usuario de un servicio público, derechos como colegiado o referidos al ejercicio profesional...).

Dos observaciones complementarias son convenientes:

— Con frecuencia, las sanciones que consisten realmente en el cierre de un establecimiento o en la prohibición de realizar una actividad son presentadas por las leyes como revocación del acto administrativo (una autorización o similar) que permitía la apertura de aquél o la realización de ésta.

— El mismo contenido de estas sanciones frecuentes puede ser el contenido de actos no sancionadores si no se imponen como castigo: recuérdese el ejemplo que antes se puso sobre la prohibición de conducir que unas veces es sanción y otras una medida para garantizar la seguridad vial; la multa impone la obligación de pagar una cantidad de dinero a la Administración, pero hay otros muchos actos que imponen lo mismo y no son sanciones (incluso la multa coercitiva no es una sanción).

2. LA DETERMINACIÓN LEGAL DE LA SANCIÓN CORRESPONDIENTE A CADA INFRACCIÓN

Como ya sabemos, las leyes no sólo tienen que establecer las sanciones posibles sino también la correspondiente a cada tipo infractor, aunque pueden y suelen dejar un cierto margen. Muy frecuentemente las leyes lo hacen clasificando las infracciones en leves, graves o muy graves (como prevé el art. 27.1 LRSP) y señalando después la sanción, entre un mínimo y

un máximo, correspondiente a cada uno de esos grados.

Por ejemplo, artículos 68 y 74 de la Ley de Montes: el primero dice cuáles son las infracciones leves, cuáles las graves y cuáles las muy graves; el segundo dice que les corresponden respectivamente multas de 100 a 1.000, de 1.001 a 100.000 y de 100.001 y 1.000.000 euros.

A este respecto de la determinación abstracta de las sanciones correspondientes a cada tipo infractor, las leyes tienen que respetar el principio de proporcionalidad, como recuerda el artículo 29.3 LRJSP: «en la determinación normativa» de las sanciones se deberá guardar «su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción».

Con todo, se trata de un límite impreciso que sólo ante sanciones patentemente desproporcionadas permitirá que el TC anule la previsión legal. Ya más concretamente para las multas, el artículo 29.2 LRJSP impone un mínimo: «el establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas». O sea, que debe aspirarse a que cometer infracciones no sea rentable. No hay un límite constitucional máximo a la cuantía de las multas administrativas ni ninguna regla que establezca que las sanciones administrativas de multa tengan que ser menores que las previstas para delitos. De hecho, hay leyes que prevén multas administrativas de mayor cuantía que las establecidas en el CP para muchos delitos.

3. LA ELECCIÓN DE LA SANCIÓN EN EL CASO CONCRETO

Ante un hecho concreto, la Administración tendrá un marco legal dentro del cual deberá elegir la sanción correspondiente y la extensión en que imponerla.

Así, por seguir con el ejemplo de la Ley de Montes, si la Administración comprueba que los hechos son constitutivos de infracción grave, sólo podrá imponer sanción de multa y su mínimo será de 1.001 y su máximo de 100.000 euros.

A este respecto desempeña un papel trascendental el principio de proporcionalidad que no sólo constriñe al legislador, como ya se ha dicho, sino, sobre todo, a la Administración a la hora de elegir la concreta extensión de la sanción dentro del margen dado por la ley. Lo dice el mismo artículo 29.3 LRJSP: «en la imposición de sanciones por las Administraciones» deberán respetar «su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción».

Volviendo al mismo ejemplo, la elección entre 1.001 y 100.000 euros para las infracciones graves de la Ley de Montes no se deja a la libérrima decisión del órgano administrativo sancionador sino que debe imponer la multa en la cuantía proporcionada a las circunstancias específicas del supuesto. A este respecto, lo que el legislador puede hacer y ha hecho es señalar qué circunstancias concretas debe valorar predominantemente la Administración para elegir la extensión de la sanción dentro del intervalo legal. Generalmente, cada ley enumera una lista de circunstancias propias, aunque muchas de ellas se repiten en diversas leyes. Lo correcto para el caso de las multas es tener también en cuenta la situación económica del infractor.

Con carácter general, el artículo 29.3 LRJSP ha establecido una serie de circunstancias que siempre han de tenerse en cuenta por la Administración a la hora de fijar la extensión de la sanción: el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad, la naturaleza de los perjuicios causados, la continuidad o persistencia en la conducta infractora y el haber cometido antes otras infracciones.

Los Tribunales contencioso-administrativos realizan un control de la proporcionalidad de las sanciones llegando a afirmar que, en virtud del principio de proporcionalidad, la determinación de la sanción procedente en cada caso es reglada. Aunque esto sea discutible, lo cierto es que permite a los Tribunales burlar el escollo que supondría el artículo 71.2 LJCA (que no permite a las sentencias «determinar el contenido discrecional de los actos anulados») y, así, no sólo anular la sanción que consideren desproporcionada sino sustituirla por otra más baja. Además, los Tribunales exigen una completa motivación de las resoluciones administrativas para imponer las sanciones en cualquier extensión que supere al mínimo legal: sin esa motivación, normalmente rebajan la sanción al mínimo legal.

Hay en el artículo 29.4 LRJSP una previsión que extrema las consecuencias de la proporcionalidad de suerte que se permite a la Administración, no ya sólo imponer la sanción en el mínimo legal previsto para la gravedad de la infracción, sino incluso poner la sanción correspondiente a las infracciones de gravedad menor. Por ejemplo, imponer la sanción prevista para las infracciones leves a un hecho constitutivo de infracción grave. Tal posibilidad debe aplicarse restrictivamente y, desde luego, con motivación.

VI. PROHIBICIÓN DE DOBLE CASTIGO (*NON BIS IN IDEM*) Y CONCURRENCIA DE RESPONSABILIDADES

La prohibición de imponer dos castigos por un mismo hecho (*non bis in idem*) no está expresamente consagrada en la CE. No obstante, el TC declaró que está implícita en el artículo 25.1 CE, de modo que su vulneración se considera violación de un derecho fundamental. Además, es una consecuencia más del principio de proporcionalidad.

En realidad, no están prohibidos todos los casos de doble castigo. Es necesario, para que se entienda vulnerado el *non bis in idem*, que los dos castigos se impongan por los mismos hechos, a la misma persona y con el mismo fundamento. La LRJSP lo refleja así:

«Artículo 31. *Concurrencia de sanciones.*

1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento».

Por tanto, son posibles dos o más castigos al mismo sujeto si no se trata exactamente de los mismos hechos o, incluso, siendo el mismo hecho, si esos castigos tienen distinto fundamento. Estos son casos de concurso de infracciones (similares a los concursos de delitos del Derecho Penal) en los que se pueden sancionar todas las infracciones concurrentes.

No siempre es fácil saber cuándo hay uno o varios hechos ni, partiendo de que haya un único hecho, cuándo dos castigos tienen el mismo o distinto fundamento. Por otra parte, hay casos en los que habiendo varios hechos constitutivos de infracción, la sanción de uno absorbe a la del otro. Lo refleja el artículo 29.5 LRJSP: «Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida». Además, hay casos en que, pese a haber varias infracciones, se deben sancionar como una sola y con una única sanción, aunque valorando la antijuridicidad y culpabilidad de toda la conducta. Es lo que apunta para el caso paralelo al de los delitos continuados el artículo 29.6 LRJSP: «Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión».

Cuando hay varias normas que prevén castigos para la misma conducta y con el mismo fundamento, la prohibición de doble castigo plantea la cuestión de elegir la única norma que resulte aplicable:

— Si una es penal y la otra es una norma administrativa sancionadora, prevalece en todo caso la norma penal. Por ello, siempre que la

Administración sospeche que una conducta constitutiva de infracción administrativa puede ser también delito, debe suspender el procedimiento administrativo sancionador, comunicar el hecho a las autoridades judiciales y esperar la sentencia penal. Si dicha sentencia considera que el hecho no es constitutivo de delito, la Administración podrá continuar la tramitación del procedimiento sancionador y, si procede, imponer sanción. Pero en todo caso «los hechos declarados probados por resoluciones judiciales penales firmes vincularán a las Administraciones Públicas respecto de los procedimientos sancionadores que substancien». Así lo establece el artículo 77.4 LPAC que, en realidad, se limita a recoger lo que previamente el TC ha considerado constitucionalizado.

— Si las dos normas son administrativas, el *non bis in idem* también prohíbe la imposición de dos sanciones administrativas con el mismo fundamento. Sin embargo, no se ha establecido ninguna regla general sobre cuál debe ser la que se aplique preferentemente, pese a que a veces el que se aplique una u otra puede suponer sanciones muy diferentes.

Algunas leyes sectoriales sí recogen reglas específicas a este respecto. Por ejemplo, el artículo 30 de la Ley de Industria prevé que cuando una conducta tipificada en esa Ley lo esté al mismo tiempo en la legislación sobre seguridad, higiene y salud laboral, «será esta infracción la que será objeto de sanción conforme a lo previsto en dicha normativa».

La prohibición de doble castigo tiene alguna matización en los casos de sujetos sometidos a relaciones de sujeción especial.

Sobre todo ocurre respecto a los funcionarios. Normalmente, se acepta que puedan sufrir el castigo previsto con carácter general para cualquier persona que realice el delito y además la sanción disciplinaria prevista para los funcionarios. Por ejemplo, que por los mismos hechos un funcionario de prisiones sea condenado por un delito de coacción contra un preso y, al mismo tiempo, sancionado disciplinariamente por la infracción consistente en «la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos». Lo mismo sucede, entre otros casos, respecto a las sanciones que imponen los Colegios Profesionales que se consideran compatibles con penas o con sanciones administrativas ordinarias. Sin embargo, los tribunales vienen admitiendo excepciones. La más destacable es que, en algunos casos, excluyen la doble sanción cuando el funcionario ha sido condenado por delito en el que ya el Código Penal tiene en cuenta la condición de funcionario. Pero ni siempre es así ni es ésta la única excepción.

Por otra parte hay que destacar que el *non bis in idem* no impide que, junto a una sanción, se impongan otras medidas perjudiciales no sancionadoras. A este respecto,

dice el artículo 28.2 LRJSP: «Las responsabilidades administrativas que se deriven de la comisión de una infracción serán compatibles con la exigencia al infractor de la reposición de la situación alterada por el mismo a su estado originario, así como con la indemnización por los daños y perjuicios causados...». La misma idea late en el artículo 103.2 LPAC: «La multa coercitiva es independiente de las sanciones que puedan imponerse con tal carácter y compatible con ella».

VII. EXTINCIÓN DE LA RESPONSABILIDAD. EN ESPECIAL, LA PRESCRIPCIÓN

La responsabilidad sancionadora se puede extinguir por varias causas, similares a las de extinción de la responsabilidad penal: muerte del responsable (si se trata de una persona jurídica, está previsto en algunas leyes que su disolución no extingue la responsabilidad, sino que pasa a los socios o a los administradores), la prescripción de la infracción, la prescripción de la sanción impuesta pero no ejecutada, etc. La más destacable es la prescripción de la infracción y, en menor medida, de la sanción. Esto es abordado por el artículo 30 LRJSP que comienza por proclamar lo siguiente: «Las infracciones y sanciones prescribirán según lo dispuesto en las leyes que las establezcan». Por tanto, hay que acudir en primer lugar a la legislación sectorial específica (tráfico, urbanismo, comercio, etc.) para conocer los plazos y régimen de prescripción. Sólo si en ellas no se prevé nada, rige lo siguiente:

«Si éstas (las leyes sectoriales específicas) no fijan plazos de prescripción, las infracciones muy graves prescribirán a los tres años, las graves a los dos años y las leves a los seis meses...».

Aclara, de otro lado, el artículo 30.2 que «el plazo de prescripción de las infracciones comenzará a contarse desde el día en que la infracción se hubiera cometido». No siempre es fácil, sin embargo, fijar el día en que la infracción se hubiere cometido y a este respecto hay una jurisprudencia casuística. Digamos sólo que, en general, cuando una infracción se hubiere cometido a lo largo de un cierto tiempo (ya sea porque se trate de una infracción que requiere diversos actos o porque sea una infracción permanente o varias infracciones iguales que se sancionen como una sola infracción continuada), el plazo de prescripción no comienza a correr hasta el último acto.

Esto es lo que ahora se recoge expresamente en el artículo 30.2 LRJSP: «En el

caso de infracciones continuadas o permanentes, el plazo comenzará a correr desde que finalizó la conducta infractora». Por ejemplo, ante una infracción urbanística o medioambiental consistente en la realización de una actividad extractiva de arena sin licencia, la prescripción no comienza mientras la actividad siga realizándose.

Continúa el mismo apartado así: «Interrumpirá la prescripción la iniciación, con conocimiento del interesado, de un procedimiento sancionador...». Esto se identifica normalmente con la notificación al imputado del acto de incoación. Por tanto, no interrumpen la prescripción las diligencias de inspección, la información previa, la mera presentación de denuncia, etc.

Y finaliza el artículo 30.2 con esto: «[...] reiniciándose el plazo de prescripción si el expediente sancionador estuviera paralizado durante más de un mes por causa no imputable al presunto responsable». Se recoge así la regla característica de la prescripción: la interrupción del cómputo del plazo de prescripción hace que se reinicie, es decir, que se vuelva a contar el plazo desde cero. En cualquier caso, retengamos que, aunque alguna vez se haya interrumpido la prescripción, ello no impide que se dé esta causa de extinción si la Administración no impulsa el procedimiento. Se relaciona esto, a su vez, con la caducidad de los procedimientos sancionadores, a la que nos referiremos en la siguiente lección.

En cuanto a la prescripción de las sanciones, el artículo 30 LRJSP establece plazos supletorios de tres, dos y un año según se hayan impuesto por infracción muy grave, grave o leve (apartado 1, *in fine*). En este caso: a) el plazo comienza a contarse «desde el día siguiente a aquel en que sea ejecutable la resolución por la que se impone la sanción o haya transcurrido el plazo para recurrirla»; b) se interrumpe por «la iniciación, con conocimiento del interesado, del procedimiento de ejecución»; y c) vuelve a «transcurrir el plazo si aquél está paralizado durante más de un mes por causa no imputable al infractor».

Bajo la vigencia de la Ley 30/1992 y ante su silencio se llegó a un escenario confuso en lo relativo a la prescripción en el supuesto de desestimación presunta del recurso administrativo interpuesto contra la misma. Para poner fin a esta situación, el artículo 30.3 LRJSP —con una redacción poco afortunada en la que, entre otras cosas, obvia mencionar el recurso de reposición— establece la siguiente regla: «En el caso de desestimación presunta del recurso de alzada interpuesto contra la resolución por la que se impone la sanción, el plazo de prescripción de la sanción comenzará a contarse desde el día siguiente a aquel en que finalice el plazo legalmente previsto para la resolución de dicho recurso».

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO I CUDOLÀ, V.: *La presunción de certeza en el derecho administrativo sancionador*, Civitas, 1994.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson/Civitas, 2007.
- *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, 2008.
- «La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo (a propósito de la STC 37/2012, de 19 de marzo)», *REDA*, n.º 154 (2012).
- «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre derecho penal y derecho administrativo sancionador», *RAP*, n.º 195 (2014).
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: «Las formas de extinción de la responsabilidad administrativa», *Justicia Administrativa*, n.º extraordinario, 2001.
- CANO CAMPOS, T.: «*Non bis in ídem*, prevalencia de la vía penal y teoría de los concursos en el Derecho administrativo sancionador», *RAP*, n.º 156 (2001).
- «La analogía en el Derecho Administrativo sancionador», *REDA*, n.º 113 (2002).
- *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho administrativo sancionador*, Aranzadi, 2008.
- «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 2, enero-diciembre de 2015.
- «El concepto de sanción y los límites entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador», *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, 2017.
- CASINO RUBIO, M.: «La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida», *Documentación Administrativa. Nueva época*, n.º 2, enero-diciembre de 2015.
- CASARES MARCOS, A. B., *Principio de legalidad y ejercicio de la potestad administrativa sancionadora*, Instituto Andaluz de Administración Pública, 2012.
- CUETO PÉREZ, M., «Los principios de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas. Tipicidad y responsabilidad», *Documentación Administrativa*, n.º 280-281 (2008).
- DE DIEGO DíEZ, L. A.: *Prescripción y caducidad en el derecho administrativo sancionador*, Bosch, 2006.
- DE PALMA DEL TESO, A.: *El principio de culpabilidad en el derecho administrativo sancionador*, Tecnos, 1996.
- «Infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción», *REDA*, n.º 112 (2001).
- DOMÉNECH PASCUAL, G., «La tipificación de infracciones y sanciones por las entidades locales», *RGDA*, n.º 6 (2004).
- FERNANDO PABLO, M. M., «Un resto prebeccariano en la ordenación de las sanciones administrativas: sobre la prescripción de las infracciones sancionadas y recurridas», *REDA*, n.º 124 (2004).
- GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y*

- práctica*, Iustel, 2008.
- GARBERÍ LLOBREGAT, G.: *La aplicación de los derechos y garantías constitucionales a la potestad y al procedimiento administrativo sancionador: doctrina del Tribunal Constitucional y reforma legislativa*, Trivium, 1989.
- GÓMEZ TOMILLO, M., «La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas», *Derecho Administrativo y Derecho Penal: reconstrucción de los límites*, Bosch, 2017.
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo sancionador. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, 2.^a ed., Aranzadi Thomson Reuters, 2010.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El procedimiento administrativo sancionador. Teoría y práctica*, Dykinson, 2013.
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: «La determinación de la sanción administrativa», *Justicia Administrativa*, n.º extraordinario, 2001, pp. 207 ss.
- LOZANO CUTANDA, B.: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990.
- «La tensión entre eficacia y garantías en la represión administrativa: aplicación de los principios constitucionales del orden penal en el derecho administrativo sancionador con especial referencia al principio de legalidad», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 11, 1997 (ejemplar dedicado a: *Las fronteras del Código penal y el derecho administrador sancionador*).
- MESEGUER YEBRA, J.: *La caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*, Bosch, 2002.
- *La prescripción de las infracciones administrativas*, Bosch, 2002.
- NIETO GARCÍA, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, 5.^a ed., Tecnos, 2012.
- PAREJO ALFONSO, L. J.: «La deriva de las relaciones entre los derechos administrativo y penal. Algunas reflexiones sobre la necesaria recuperación de su lógica sistemática», *Documentación administrativa*, n.º 284-285 (2009).
- «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del status de la sanción administrativa», *RGDA*, n.º 36 (2014).
- PEMÁN GAVÍN, I., *El sistema sancionador español: (hacia una teoría general de las infracciones y sanciones administrativas)*, Cedecs, 2000.
- PIZARRO NEVADO, R., «La responsabilidad personal por infracciones administrativas», en *Estudios penales y jurídicos, Homenaje Casas Barquero*, Universidad de Córdoba, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., «La autotutela. Los límites al poder sancionador de la Administración Pública y los principios inspiradores del Derecho Penal», *RAP*, n.º 126 (1991).
- REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, Ministerio para las Administraciones Públicas, 1989.
- «Derecho administrativo sancionador de las Comunidades Autónomas», *RAAP*, n.º 2 (1990).
- «Responsabilidad de los autores y de los partícipes», *RVAP*, n.º 99-100 (2014).
- «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de

- los responsables de las infracciones», en *Homenaje a Cosculluela*.
- «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», en *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones Locales*, dir. H. GOSÁLBEZ PEQUEÑO, CEMCI, 2016.
- «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», *Revista Ius et Veritas*, n.º 53, diciembre 2016; y *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMIJO, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, 2010.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., «Comentario a los artículos 139, 140 y 141», En *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local*, dir. REBOLLO PUIG, Tirant lo Blanch, 2007.
- SANZ RUBIALES, I.: «Imposición de sanciones administrativas y exigencia de responsabilidad patrimonial», en *Límites entre el derecho sancionador y el derecho privado: daños punitivos, comiso y responsabilidad patrimonial derivada de infracciones administrativas*, Lex Nova, 2012.
- SUAY RINCÓN, J.: *Sanciones administrativas*, Real Colegio de España de Bolonia, 1989.
- «El principio de legalidad en materia sancionadora», *Justicia Administrativa*, n.º extraordinario, 2001.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «El procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa*, n.º extraordinario monográfico sobre «Infracciones, sanciones y procedimiento administrativo sancionador», 2001.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M., y AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Derecho administrativo sancionador: materiales*, Cedecs, 1995.
- VVAA: *Diccionario de sanciones administrativas*, dir. B. LOZANO CUTANDA, Iustel, 2010.

* Por Manuel REBOLLO PUIG y Manuel IZQUIERDO CARRASCO. (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P).

LECCIÓN 8

DERECHO ADMINISTRATIVO

SANCIONADOR: GARANTÍAS FORMALES Y PROCEDIMIENTO SANCIONADOR*

I. LAS GARANTÍAS APLICABLES AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. CARÁCTER NECESARIO DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

De la CE se deduce, como ha reconocido siempre el TC, la prohibición de imponer sanciones sin que se haya seguido antes el correspondiente procedimiento administrativo (es la llamada prohibición de las sanciones «de plano»). Aunque éste es un requisito general de los actos administrativos según disponen el artículo 105.c) CE y el artículo 34.1 LRJSP, adquiere mayor relevancia y valor constitucional en las sanciones. La LRJSP ya se refiere a ello en el primer artículo dedicado a la potestad sancionadora (art. 25.1: «La potestad sancionadora... se ejercerá... con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio...») y la LPAC lo reitera en el artículo 63.2:

«En ningún caso se podrá imponer una sanción sin que se haya tramitado el oportuno procedimiento».

La insistencia no es fruto de un formalismo huero. Como siempre, el procedimiento tiende a garantizar, de un lado, el acierto de la resolución administrativa y, de otro, la defensa de los interesados. Pero es que esta última faceta alcanza especial relieve en el procedimiento sancionador porque en éste, no en los demás procedimientos administrativos, son de aplicación en parte los derechos consagrados en el artículo 24.2 CE.

2. DERECHOS FUNDAMENTALES DEL ACUSADO EN EL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

El artículo 24.2, primer párrafo, CE dispone:

«[...] todos tienen derecho al Juez ordinario predeterminado por la Ley, a la defensa y a la asistencia de letrado, a ser informados de la acusación formulada contra ellos, a un proceso público sin dilaciones indebidas y con todas las garantías, a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa, a no declarar contra sí mismos, a no confesarse culpables y a la presunción de inocencia».

A diferencia de lo que sucede con el artículo 25.1 CE, el artículo 24 sólo se refiere a los derechos en los procesos judiciales, sobre todo, de naturaleza penal, no en los procedimientos administrativos sancionadores. Pero, a semejanza de lo que ha hecho el Tribunal Europeo de Derechos Humanos con el artículo 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos, el TC ha trasladado, con muchas adaptaciones y matices, algunos de estos derechos al procedimiento administrativo sancionador (no a los demás procedimientos administrativos). Ahora bien, no todos los derechos del artículo 24.2 CE son aplicables a los procedimientos administrativos sancionadores; ni tampoco los que lo son se han trasladado exactamente en los mismos términos que en el proceso penal. Se trata más bien de una proyección en parte y en lo esencial de los derechos del artículo 24.2 CE.

Según el TC, el ciudadano que sea imputado en un procedimiento administrativo sancionador goza a lo largo de su tramitación de los siguientes derechos fundamentales que el artículo 24.2 garantiza al acusado en los procesos penales: a ser informado de la acusación; a utilizar los medios de prueba pertinentes para su defensa; a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable; y a la presunción de inocencia.

Es esto lo que ha plasmado la LPAC en el artículo 53.2, aunque alguno no haya sido recogido (por ejemplo, el derecho a no declarar contra sí mismo) y se haya añadido algún otro derecho que no se deduce de la CE:

«Art. 53. Derechos del interesado en el procedimiento administrativo.

2. Además de los derechos previstos en el apartado anterior, en el caso de procedimientos administrativos de naturaleza sancionadora, los presuntos responsables tendrán los siguientes derechos:

a) A ser notificado de los hechos que se le imputen, de las infracciones que tales hechos puedan constituir y de las sanciones que, en su caso, se le pudieran imponer, así como de la identidad del instructor, de la autoridad competente para imponer la sanción y de la norma que atribuya tal

competencia.

b) A la presunción de no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario».

A estos derechos hay que sumar los generales establecidos para todo procedimiento en el artículo 53.1 LPAC. Y, entre ellos, destacadamente, el derecho a la prueba que, aunque no nombrado expresamente, está implícito en su letra e) («a utilizar los medios de defensa admitidos por el ordenamiento jurídico y a aportar documentos») y que, en el procedimiento sancionador (no en los otros procedimientos administrativos) tiene categoría de derecho fundamental del acusado.

Conviene referirse ahora al contenido esencial de esos derechos fundamentales del imputado en el procedimiento administrativo sancionador:

A) El derecho a ser informado de la acusación

Entraña el derecho del inculcado a conocer de forma expresa y precisa en el procedimiento administrativo sancionador el contenido de la imputación formulada contra él para poder combatirla, así como el consiguiente derecho a que los hechos por los que finalmente se le sanciona sean los mismos hechos por los que antes se le acusó. Dicho con otras palabras: el derecho fundamental entraña el derecho a ser sancionado, en su caso, sólo por la acusación de la que previamente se informó, lo que se traduce en la exigencia de correlación entre la acusación y la resolución sancionadora final.

En su virtud, el acusado tiene que ser notificado del hecho que se le imputa y de su calificación jurídica, esto es, de la infracción que tal hecho pueda constituir y de la sanción que, en su caso, quepa imponer. Es decir, la información sobre la acusación debe contener los siguientes elementos: identidad de la persona inculpada, hecho imputado, calificación jurídica del mismo y sanción procedente en su caso.

El derecho fundamental a ser informado de la acusación no incluye el derecho a conocer los siguientes aspectos, aunque el artículo 53.2 LPAC se refiera a algunos de ellos:

— La identidad del instructor, de la autoridad competente para resolver y de la norma atributiva de la competencia.

— Las denuncias y la identidad del denunciante.

Por tanto, la falta de estos aspectos podrá suponer una ilegalidad, pero no vulneración del derecho fundamental.

El derecho surge desde que hay propiamente acusación formal. Por eso no existe en las actuaciones previas al procedimiento sancionador ni en las actuaciones de inspección. De ordinario, debe materializarse mediante la notificación personal del acto de incoación, que generalmente ya contiene una acusación completa. La jurisprudencia afirma que el derecho a conocer la acusación también comporta la notificación personal de la propuesta de resolución que en este tipo de procedimientos es obligatoria (art. 89.2 LPAC).

B) El derecho a utilizar los medios de prueba pertinentes para la defensa

Este derecho fundamental confiere al acusado:

— El derecho a proponer pruebas en tiempo y forma.

— El derecho a elegir entre los distintos medios de prueba admisibles en Derecho los que resulten más convenientes para la defensa de sus intereses.

— El derecho a la admisión de las pruebas que, propuestas en tiempo y forma, resulten pertinentes y útiles.

— El derecho a la práctica de las pruebas admitidas con las garantías formales necesarias.

El imputado ha de proponer los medios de prueba de que pretenda valerse en el período establecido para ello y de la manera que la normativa disponga. Una vez propuestas, el instructor del procedimiento ha de emitir un juicio de pertinencia en el que admita las pruebas propuestas que sean procedentes y útiles y rechace las que no reúnan esa cualidad. Una prueba es pertinente si su objeto es verificar algún hecho relevante para la resolución del procedimiento sancionador y útil si sirve además para ello. La denegación de la prueba solicitada ha de ser expresa y motivada y la motivación que se dé racional y razonada. Lo normal es que el instructor del procedimiento abra un período formal de prueba para practicar las que él decida de oficio y las admitidas a propuesta del imputado. Su ejecución ha de respetar algunos principios esenciales como la contradicción, la publicidad para el acusado y

la inmediación del órgano administrativo que haya de valorarla.

C) El derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable

El TC lo ha trasladado al procedimiento administrativo sancionador con profundas matizaciones por razón de las diferencias existentes entre el Derecho Penal y el Derecho Administrativo sancionador.

El acusado tiene derecho a guardar silencio, es libre para declarar o no declarar y, si decide declarar, para determinar el contenido de su declaración. Pero este derecho fundamental es compatible, y aquí estriba la matización, con el cumplimiento, bajo amenaza de sanción, de ciertos deberes legales que tiene el ciudadano de informar y colaborar con la Administración en la investigación o inspección de ciertos hechos desfavorables por los que, posteriormente, puede resultar sancionado. Ahora bien, esos deberes de colaboración sólo son exigibles hasta que comienza el procedimiento sancionador; iniciado éste desaparecen ante el derecho a no declarar contra sí mismo.

La posible contradicción con el derecho a no autoincriminarse se ha planteado, sobre todo, con relación a tres deberes legales de colaboración: el deber legal del contribuyente de aportar los documentos contables requeridos por la Inspección de tributos; el deber legal del propietario de identificar al conductor de su vehículo a motor en el momento en que con él se cometió una infracción administrativa de tráfico, incluso cuando ello suponga identificarse a sí mismo como el conductor; y el deber legal del conductor de un vehículo a motor de someterse al control de alcoholemia. Pero la jurisprudencia del TC ha declarado que los tres son compatibles con el derecho fundamental a no autoincriminarse (SSTC 76/1990, de 26 de abril; 197/1995, de 21 de diciembre; y 161/1997, de 2 de octubre, jurisprudencia que hay que circunscribir a las fases previas al procedimiento sancionador).

En el caso de que el acusado voluntariamente decida manifestarse sobre los hechos sancionables que se le atribuyen, hay que determinar si tiene el deber de decir la verdad o si, por contra, puede falsear la realidad. Esto último plantea la controversia sobre si el derecho fundamental a no autoincriminarse incluye o no la facultad de mentir.

Ninguna norma —ni estatal ni internacional— consagra formalmente la existencia de un derecho a mentir. Ni en el proceso penal ni en los procedimientos sancionadores. Pero tampoco proclaman el deber del acusado de decir la verdad. El acusado en el proceso penal no tiene el deber de declarar. Y está prohibido hacerle juramento o promesa de decir verdad, si es que decide manifestarse. Además, sus mentiras no pueden ser castigadas de ninguna forma. Con estas premisas, parece que

el TC en el fondo sí ha aceptado el derecho a mentir del acusado en los procesos penales. Y lo mismo ha mantenido el TS en el ámbito de los procedimientos disciplinarios contra militares (STS de 9 de diciembre de 2002, Sala de lo Militar, Ar. 1580/2003). No hay inconveniente en extender esa jurisprudencia a todos los procedimientos sancionadores.

En síntesis, el inculpado puede callar por completo, puede alegar sólo sobre cuestiones que no le incriminen y puede no decir la verdad. Todas estas facultades integran el contenido esencial del derecho fundamental analizado en el procedimiento administrativo sancionador.

D) El derecho a la presunción de inocencia

Rige plenamente en el procedimiento administrativo sancionador (art. 53.2 LPAC). Tiene dos vertientes: una, como regla probatoria o sobre las pruebas necesarias para dictar una resolución sancionadora; otra, como regla de tratamiento del imputado en ese procedimiento y fuera de él, de manera que no puede ser considerado un infractor mientras no haya una resolución administrativa que así lo declare.

Las consecuencias más importantes se producen en la primera vertiente y son las siguientes:

— La necesidad de prueba para sancionar. Se precisa una prueba de cargo para destruir la presunción de inocencia y, con ello, poder castigar. Ha de ser previa a la sanción y suficientemente incriminadora.

— La exigencia de que la prueba existente sea auténtica prueba en el sentido estricto que confiere a este término el Derecho Procesal Penal. Es decir, no toda actividad de verificación de hechos es auténtica prueba. Es imprescindible que cumpla dos requisitos: que haya sido obtenida con respeto de los derechos fundamentales del acusado (prueba lícita); y que haya sido ejecutada con las garantías formales exigidas por la Ley, en esencia, la posibilidad de contradicción y la presencia o intermediación del órgano administrativo que haya de valorarla.

— La carga de la prueba corresponde a la Administración que es quien acusa. La jurisprudencia afirma que corresponde a la Administración la prueba del hecho constitutivo de la infracción administrativa, del resultado que haya ocasionado, de la causalidad existente entre ambos y de la participación del acusado en su realización. Y es el acusado quien tiene la

carga de probar en su caso la existencia de eximentes y atenuantes de la responsabilidad (error, enajenación mental, legítima defensa, ejercicio de un derecho, prescripción...).

De otra parte, la presunción de inocencia es compatible con la libre valoración de todas las pruebas practicadas en el procedimiento sancionador. Esto quiere decir que no existe ninguna regla que obligue a la Administración a valorar unas pruebas más que otras, sino que ha de valorarlas todas conjuntamente según su buen criterio y conforme a la razón. Por tanto, la Administración puede otorgar mayor verosimilitud a cualquiera de las pruebas practicadas, ya sea de cargo ya de la defensa (p. ej., se puede creer a un testigo y no a otro; o se puede dar más credibilidad a una prueba documental que a una prueba testifical, o a la inversa). Sólo excepcionalmente se prevé el sistema de prueba tasada en el que la propia ley impone un determinado valor a una prueba (p. ej., en el caso del art. 77.4 LPAC) o exige que determinados tipos de hechos constitutivos de infracción administrativa se acrediten con un medio de prueba determinado (p. ej., que el exceso de ruido o de velocidad o de alcohol en sangre se pruebe con determinados aparatos homologados). Pero no parece que, en general, quepa limitar los medios probatorios de la defensa.

El mismo sistema de libre valoración de la prueba rige para el juez de lo contencioso-administrativo que conozca del recurso contra la sanción administrativa que, además, no queda vinculado por la valoración de las pruebas que haya realizado la Administración: puede valorar, de nuevo y por completo, no sólo las nuevas pruebas practicadas en sede judicial, sino también las realizadas en el procedimiento administrativo sancionador.

Pero, además de una regla probatoria, la presunción de inocencia también es una regla de tratamiento, es decir, que se refiere al trato que debe darse al acusado durante la sustanciación del procedimiento sancionador, ya sea en la propia tramitación o en otros ámbitos diferentes.

Fuera del procedimiento sancionador —*ad extra*—, la presunción de inocencia comporta que no pueda perjudicarse al inculpado, precisamente, por estar tramitándose un procedimiento sancionador en su contra o, en general, por ser sospechoso de haber cometido una infracción administrativa. Esta vertiente ha podido apreciarse, por ejemplo, en los casos en que la Administración ha denegado la licencia de armas solicitada por una persona denunciada o sospechosa de haber cometido una infracción administrativa,

pero que aún no había sido sancionada por ella.

Dentro del procedimiento sancionador —*ad intra*—, prohíbe que se le impongan medidas de gravamen basadas en su culpabilidad, es decir, por considerarlo culpable antes de tiempo y antes de que su presunción de inocencia haya sido debidamente destruida. Esto ha planteado problemas, sobre todo, con relación a dos actuaciones específicas del procedimiento administrativo sancionador. En primer lugar, respecto de la posibilidad de adoptar medidas provisionales durante la pendencia del procedimiento. En segundo lugar, a la hora de determinar el momento exacto en que la Administración puede ejecutar sus sanciones.

Por lo que se refiere a las medidas provisionales, suele argumentarse que pueden dañar el derecho cuando aparente o materialmente se presentan como un anticipo de la sanción que, eventualmente, pudiera llegar a recaer. Pero, según la jurisprudencia y la doctrina mayoritaria, si la medida provisional cumple ciertos requisitos —proporcionalidad, racionalidad y motivación— se considera constitucional y, en especial, conforme con el derecho fundamental analizado.

Tampoco la ejecutividad inmediata de las sanciones entra en colisión con la presunción de inocencia, que se destruye cuando la Administración impone la sanción y no cuando la confirma un juez. Lo ha declarado la jurisprudencia (ya en la STC 66/1984, de 6 de junio) y parte de la doctrina, aunque algunos autores hayan sostenido lo contrario. Así que la competencia para establecer si la sanción puede hacerse efectiva desde que se dicta, cuando cause estado, desde que sea firme en vía administrativa o cuando la confirme el juez es una cuestión de legalidad ordinaria que, según la jurisprudencia constitucional, no afecta a la presunción de inocencia, con independencia de que, como se verá después, pueda lesionar el derecho fundamental del sancionado a la tutela judicial efectiva.

3. CONSECUENCIAS INVALIDANTES DE LOS VICIOS DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Con carácter general, los vicios de procedimiento originan la anulabilidad de la decisión cuando hayan causado la indefensión real o efectiva del interesado que los haya sufrido. Como se explicó en la lección 3, sólo si hay falta total y absoluta del procedimiento legalmente establecido [art. 47.1.e) LPAC] hay causa de nulidad de pleno derecho de la resolución; pero, a

cambio, otras muchas veces —sobre todo si los defectos de procedimiento no han producido indefensión (art. 48.2 LPAC *sensu contrario*)— pueden ser simples irregularidades no invalidantes. Incluso cuando inicialmente pudieran ser considerados como determinantes de invalidez, según también se explicó, los tribunales tienden a entenderlos subsanados si, aunque sea ya en el posterior recurso administrativo y hasta en el contencioso-administrativo, el interesado pudo defenderse plenamente y superar la indefensión padecida inicialmente.

Todo esto cambia en parte cuando se trata del procedimiento administrativo sancionador porque en él buena parte de los vicios de procedimiento pueden integrar otra causa de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos, la del artículo 47.1.a) LPAC: «Los actos de las Administraciones Públicas son nulos de pleno derecho en los casos siguientes: a) Los que lesionen los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional». Es así porque, como se acaba de explicar, ciertos derechos fundamentales del artículo 24.2 CE rigen en el procedimiento administrativo sancionador y gran parte de los vicios de procedimiento constituirán lesión de alguno de ellos. Por ejemplo, si no se notifica la propuesta de resolución puede resultar vulnerado el derecho fundamental a ser informado de la acusación; si no se practica una prueba relevante que sea propuesta por el imputado puede resultar lesionado el derecho fundamental a la prueba; si se sanciona en virtud de una prueba de cargo ilícita puede resultar vulnerado el derecho fundamental a la presunción de inocencia; si no se da trámite de audiencia puede resultar lesionado el derecho fundamental de defensa; si se obliga a declarar al acusado contra sí mismo puede resultar lesionado el derecho fundamental a no autoincriminarse. Además, la jurisprudencia más acertada entiende que estos derechos fundamentales han de haber sido respetados por la Administración en el procedimiento antes de que recaiga la sanción, sin que puedan entenderse satisfechos *a posteriori* en sede judicial. Aunque esta jurisprudencia no está del todo consolidada, sí puede afirmarse, desde luego, que aquí los defectos de procedimiento tienen una relevancia invalidante muy superior a la que tienen en otros ámbitos.

II. REGULACIÓN DE LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONADORES

1. LA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR BAJO LA

VIGENCIA DE LA LEY 30/1992

La Ley 30/1992 no regulaba el procedimiento sancionador, sino que se limitaba a establecer unos principios en términos muy generales y remitía la regulación de los distintos procedimientos sancionadores a otras leyes o reglamentos. Conforme a sus previsiones, la competencia (estatal o autonómica) sobre una materia (por ejemplo, seguridad ciudadana o comercio) llevaba implícita la competencia para regular el procedimiento sancionador correspondiente; y esa competencia —del Estado o de cada Comunidad Autónoma— se podía ejercer por ley o por reglamento, para cada materia o con carácter más general para un conjunto de ellas.

En suma, no había una sola regulación del procedimiento administrativo sancionador ni un solo procedimiento administrativo sancionador en desarrollo de la Ley 30/1992. El Estado aprobó por RD 1.398/1993, de 4 de agosto, el Reglamento del Procedimiento para el Ejercicio de la Potestad Sancionadora, que, en principio, es el que debían seguir todas las Administraciones para sancionar en aquellas materias en las que el Estado tiene competencias normativas plenas. Pero el propio Estado aprobó otras normas procedimentales para materias concretas de su competencia (p. ej., tráfico o defensa de la competencia; además, por supuesto, de un procedimiento disciplinario para empleados públicos en general, otro para militares, otro para los guardias civiles... y también otro para sanciones tributarias, otro para sanciones del orden social). Por su parte, muchas Comunidades Autónomas aprobaron sus normas específicas de procedimiento sancionador para todas aquellas materias en las que tienen competencia legislativa. Normalmente lo hicieron mediante reglamento (Madrid, Cataluña, Asturias, Extremadura, Aragón, Baleares...), salvo en el caso del País Vasco que lo hizo por Ley (Ley 2/1998, de 20 de febrero, de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco). Y otras Comunidades —en concreto, Andalucía— no lo hicieron por lo que, como regla general, aplicaban el RD 1.398/1993, que también era norma supletoria.

Por último, en lo que respecta a las Administraciones locales, también podían regular algunas especialidades procedimentales para la represión de las infracciones previstas en sus Ordenanzas. Pero normalmente han venido aplicando, ya sea para esas infracciones o para otras reguladas en leyes estatales o autonómicas pero cuya sanción les compete, el RD 1.398/1993 o, en su caso, la norma sobre procedimiento sancionador que hubiera aprobado su respectiva Comunidad Autónoma.

2. LA NUEVA REGULACIÓN DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR COMÚN EN LA LPAC

La LPAC, a diferencia de la Ley 30/1992, sí ha regulado los trámites esenciales del procedimiento administrativo sancionador común. De hecho, esta ha sido una de sus principales novedades con relación a la Ley 30/1992:

«Artículo 1. Objeto de la Ley.

1. La presente Ley *tiene por objeto regular [...] el procedimiento administrativo común a todas las Administraciones Públicas, incluyendo el sancionador...*».

Para ello, se ha servido en gran parte de la regulación del procedimiento sancionador ordinario que contenía el RD 1.398/1993, al que ha derogado expresamente. Es decir, la LPAC ha convertido en Ley y en procedimiento administrativo sancionador común buena parte de lo que aquel RD establecía con mero valor reglamentario y carácter supletorio.

En concreto, en el Título IV —«De las disposiciones sobre el procedimiento administrativo común»—, la LPAC ha regulado, en esencia:

— Las especialidades en el inicio de los procedimientos de naturaleza sancionadora (art. 63).

— El contenido mínimo y la notificación al acusado del acto de iniciación del procedimiento administrativo sancionador (art. 64).

— La terminación del procedimiento sancionador por reconocimiento de responsabilidad o por pago voluntario (art. 85).

— El contenido mínimo de la propuesta de resolución del procedimiento sancionador (art. 89.3).

— La notificación al imputado de la propuesta de resolución y el trámite de audiencia ulterior (art. 89.2).

— Las especialidades de la resolución en los procedimientos sancionadores (art. 90).

Nótese, además, que la LPAC ya no remite ni a leyes ni a reglamentos posteriores la regulación del procedimiento sancionador porque, como bien señala su artículo 1.1, ella misma se ha encargado de regularlo. Esta regulación del procedimiento sancionador común que contiene la LPAC se ha dictado en virtud de las competencias exclusivas del Estado sobre las bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y el procedimiento administrativo común —art. 149.1.18 CE—, por lo que resulta aplicable por todas las Administraciones Públicas y para cualquier sector aunque la competencia legislativa sea íntegramente de las Comunidades Autónomas. De modo que, aunque una Comunidad Autónoma

pueda regular las infracciones y sanciones en, por ejemplo, materia de turismo, el procedimiento sancionador será el de la LPAC.

Es importante aclarar que al margen de la LPAC han quedado los procedimientos para imponer sanciones tributarias, los procedimientos por infracciones del orden social, los procedimientos sancionadores en defensa de la competencia, los procedimientos por infracciones de tráfico y los procedimientos por infracciones de extranjería. Todos ellos cuentan con sus regulaciones específicas y para todos ellos la LPAC sólo resulta de aplicación supletoria en virtud de su Disposición Adicional primera.

Por lo que respecta a los procedimientos disciplinarios contra empleados públicos, conviene resaltar que la LPAC no los ha excluido expresamente de su ámbito de aplicación —a diferencia de lo que hacía la Ley 30/1992—, y que la LRJSP —art. 25.3— ha declarado expresamente que sus previsiones sobre los principios de la potestad sancionadora serán aplicables al ejercicio por las Administraciones Públicas de su potestad disciplinaria respecto del personal a su servicio. Por tanto, hay que entender que los procedimientos disciplinarios contra empleados públicos están sometidos a las previsiones de la LPAC sobre procedimiento sancionador y así habrá que interpretar sus regulaciones específicas.

III. FASES Y TRÁMITES MÁS RELEVANTES DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

1. LAS FASES, SU CONTENIDO Y SEPARACIÓN

Conforme a lo previsto por el Título IV de la LPAC, puede describirse aquí el esquema general del procedimiento sancionador común.

Lo que vamos a estudiar aquí es la tramitación ordinaria del procedimiento sancionador común pero hay que tener en cuenta que la LPAC también ha previsto como novedad una tramitación simplificada del procedimiento sancionador en el artículo 96.5. La estudiamos en la lección 1 de este Tomo II y a ella nos remitimos ahora. Sólo conviene recordar que, según se explicó entonces, la llamada tramitación simplificada es oscura y deficiente y, al menos en los procedimientos sancionadores, es un engendro pésimamente regulado.

Prescindiendo de la posibilidad de que, antes de su incoación, se decida realizar una «información previa» (art. 55.2 LPAC), las fases o etapas del procedimiento sancionador común son tres y están compuestas por los

siguientes trámites:

A) Fase de iniciación: comprende el acto de iniciación, su comunicación al instructor y su notificación al acusado o presunto responsable.

El procedimiento sancionador se inicia siempre de oficio como ahora establece el artículo 63.1 LPAC. Aunque puede haber mediado previa denuncia —pública o privada— o, incluso, una solicitud de iniciación, nada de eso le da comienzo, salvo en los procedimientos para sancionar infracciones de tráfico en los que el boletín de denuncia del agente encargado de la vigilancia del tráfico, notificado en el acto, sí lo inicia por sí mismo sin necesidad de acto posterior.

Es discutido si la Administración está obligada a iniciar procedimientos sancionadores y, luego, si se prueba la comisión de la infracción, a sancionar o si, por el contrario, tiene completa libertad para hacerlo o no; si puede haber particulares que exijan la iniciación del procedimiento sancionador y que puedan recurrir contra la no iniciación o archivo; si esos particulares podrían ser parte en el procedimiento administrativo sancionador y si, luego, podrían recurrir la resolución absolutoria. Salvo raras excepciones, las leyes no ofrecen respuestas. Tampoco de la jurisprudencia se deduce una solución clara. Aquí sólo pueden apuntarse algunas ideas. En general, puede reconocerse a la Administración una cierta discrecionalidad a la hora de incoar o no un procedimiento administrativo sancionador, pero, como siempre sucede, la discrecionalidad no supone una plena libertad ni ampara la arbitrariedad ni la discriminación; no cabe descartar que haya particulares que tengan en algunos casos un interés legítimo en que se imponga una sanción, sobre todo, las víctimas o perjudicados por la infracción cometida, y los tribunales no lo niegan, aunque se muestran muy restrictivos a la hora de reconocer ese interés legítimo; esos particulares con un interés legítimo podrían, conforme a las reglas generales, ser parte interesada en el procedimiento sancionador (art. 4.1 LPAC) o recurrir el archivo o la resolución absolutoria o, incluso, la que sancione menos de lo que estiman procedente —art. 19.1.a) y h) LJCA—; pero la sentencia, sin poder imponer la sanción que no puso la Administración o incrementar la que hubiera puesto, sólo podrá condenar a la Administración a tramitar un nuevo procedimiento sancionador y a dictar nueva resolución, a la que, si acaso, podría imponer un marco.

El conjunto es insatisfactorio. En la práctica, si la Administración no

quiere sancionar alguna infracción es muy difícil, por no decir imposible, conseguir imponerle la obligación de sancionar.

B) Fase de instrucción: comprende fundamentalmente actuaciones de oficio del instructor, el escrito de alegaciones del acusado, el trámite de prueba, la propuesta de resolución y el trámite de audiencia y vista del expediente.

C) Fase de terminación: además de la resolución, puede ocasionalmente comprender ciertas actuaciones complementarias de la instrucción e incluso nuevos escritos de alegaciones del acusado.

Con relación a la separación de las fases del procedimiento sancionador, el artículo 63.1 LPAC establece:

«Los procedimientos de naturaleza sancionadora... establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos».

Con ello, el legislador ha pretendido consagrar una regla similar a la que rige en el proceso penal con el carácter de derecho fundamental y, según la cual, para garantizar la imparcialidad y evitar los prejuicios del juez competente para dictar sentencia, éste ha de ser distinto del juez instructor. Su traslación al procedimiento administrativo sancionador, como ha declarado el TC, no era obligada. Pero la LPAC —también lo hacía la Ley 30/1992—, con acierto y utilidad muy discutibles, ha optado por consagrarla aquí. Por ello, siempre tienen que estar atribuidas a órganos administrativos diferentes la fase de instrucción y la de terminación. Sin embargo, sí es posible y hasta frecuente, que la iniciación y la terminación correspondan al mismo órgano.

2. REFERENCIA A LOS TRÁMITES MÁS RELEVANTES

Conviene realizar ahora un breve análisis de la regulación que establece el Título IV de la LPAC sobre los principales trámites del procedimiento sancionador:

— Como regla general, el acto por el que se inicia el procedimiento administrativo sancionador ya constituye una acusación formal, pues obligatoriamente ha de contener el hecho del que se acusa, su calificación jurídica —esto es, la presunta infracción cometida— y la sanción que

podiese corresponder, así como la identidad del acusado (art. 64.2 LPAC). Habrá de notificarse al acusado, con lo que se satisface su derecho a ser informado de la acusación inicial (art. 64.1 LPAC). El artículo 64.3 LPAC ha previsto que el procedimiento sancionador pueda iniciarse sin una calificación de los hechos, lo que se pospone a un posterior y específico pliego de cargos. Esto ya existía antes para ciertos procedimientos (por ejemplo, el disciplinario de funcionarios). Ahora cabe en cualquier género de procedimientos pero sólo «excepcionalmente, cuando en el momento de dictar el acuerdo de iniciación no existan elementos suficientes para la calificación inicial de los hechos».

— Una vez notificado este acto, se concede al acusado un plazo para que formule alegaciones —artículo 64.2.f) LPAC—, presente documentos y proponga los medios de prueba de que pretenda valerse. Pero el acusado no tiene la obligación de alegar ni la de colaborar con la Administración en la investigación de los hechos sancionables una vez que se haya iniciado el procedimiento en su contra. No obstante, a pesar de su derecho a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, tiene la posibilidad de reconocer su responsabilidad (art. 85 LPAC).

— La LPAC no le dedica ningún precepto específico al derecho a la prueba ni al trámite de prueba en el procedimiento sancionador, por lo que hay que estar a lo que con carácter general prevén los artículos 77 y 78 para la prueba en el procedimiento administrativo común. Conforme a dichos preceptos, si el acusado ha propuesto pruebas en tiempo y forma, el instructor tendrá que admitir las que sean pertinentes y podrá rechazar de forma expresa y motivada las que manifiestamente no lo sean (art. 77.3 LPAC). En el mismo acuerdo se incluirán las pruebas que, en su caso, el instructor decida realizar por iniciativa propia.

— Seguidamente, se practicarán las pruebas, posibilitando al acusado que esté presente e intervenga activamente en su desarrollo (art. 78.1 y 2 LPAC) cuando ello sea posible por la naturaleza del medio probatorio de que se trate (testifical, inspección ocular, pericial), y garantizándole la posibilidad de un debate contradictorio en los demás casos (documental).

— Practicadas las pruebas, el instructor redactará la propuesta de resolución, que incluirá un proyecto de sanción o de absolución, según entienda o no que se ha conseguido obtener una prueba de cargo suficiente. En el primer caso, su contenido estará constituido por los hechos imputados

que se consideren probados, la infracción concreta que se entiende cometida, la sanción específica que proceda imponer y la identidad del responsable (art. 89.3 LPAC).

Como novedad cabe señalar que el artículo 89.1 LPAC ha previsto la posibilidad de que el instructor dicte directamente una resolución absolutoria que ponga fin al procedimiento sancionador cuando aprecie que concurre alguna de las circunstancias que enumera el precepto (entre otras, la inexistencia del hecho constitutivo de la infracción; la falta de prueba del hecho constitutivo de la infracción; que el hecho probado no sea constitutivo de infracción administrativa; que no exista persona responsable; que no se haya podido identificar a la persona responsable; que la infracción imputada haya prescrito...).

— La propuesta de resolución ha de notificarse al acusado (art. 89.2 LPAC). Con ello, se satisface su derecho a ser informado de la acusación final. Además se le da una nueva y fundamental posibilidad de defensa pues, una vez recibida la propuesta de resolución, el acusado tiene un nuevo plazo para realizar alegaciones, aportar documentos y examinar el expediente completo. La jurisprudencia le ha atribuido a este trámite de audiencia un carácter esencial.

— Después de la audiencia, el instructor elevará la propuesta de resolución —tal y como la hubiera redactado, esto es, sin modificarla en virtud de las alegaciones que haya presentado el acusado en el trámite de audiencia— junto con el expediente completo al órgano competente para sancionar. Éste, después de revisar todas las actuaciones realizadas, puede, o bien dictar resolución sancionadora o absolutoria, o bien, cuando entienda que las labores de instrucción han sido incompletas, realizar por sí mismo las actuaciones complementarias que sean indispensables para resolver el procedimiento. Lo regula ahora con carácter general para cualquier procedimiento administrativo el artículo 87 LPAC.

— La resolución sancionadora tiene que ser motivada y contener al menos: la fijación de todos los hechos relevantes; la valoración de las pruebas practicadas, en especial, de aquellas que fundamenten la decisión; la persona o personas responsables; la infracción o infracciones cometidas; y la sanción o sanciones que se imponen (art. 90.1 LPAC). También, si es el caso y conforme al artículo 28.2 LRJSP, exigirá la reposición de la realidad alterada y la indemnización procedente.

La resolución, dentro del marco legal previsto en cada caso, puede separarse de la calificación jurídica propuesta por el instructor (cambiando,

por ejemplo, la infracción por otra más perjudicial o agravando la sanción), aunque ello requiere que se otorgue al acusado un nuevo trámite de audiencia (art. 90.2 LPAC). Lo que no puede hacer, porque vulneraría el derecho a conocer la acusación, es sancionar por hechos distintos de los que fueron objeto del procedimiento y resultaron fijados en la propuesta (art. 90.2 LPAC), salvo, en su caso, por los nuevos hechos que resulten de la realización de actuaciones complementarias siempre que, en este último supuesto, sean de naturaleza accidental y, por tanto, no se trate de sancionar por nuevos hechos esenciales. Hay que reconocer, sin embargo, que no están del todo claras las posibilidades de apartarse del contenido de la acusación previamente formulada y que la jurisprudencia al respecto ha sido muy casuística.

Con todo, el artículo 90.2 LPAC ha mejorado y regulado con más detalle la cuestión de la exigencia de correlación entre la resolución y la propuesta de resolución. En concreto, no sólo ha establecido la vinculación de la resolución a los hechos fijados en la propuesta sino que, también, ha previsto la posibilidad de agravar la calificación de la infracción contenida en la propuesta y la de, incluso sin agravar la calificación de la infracción, imponer mayor sanción, pero siempre con información y audiencia previas al acusado. Así que, ahora, conforme a lo previsto por el artículo 90.2 LPAC, hay que informar para poder agravar tanto la infracción como la sanción que hayan sido propuestas en la posterior resolución sancionadora.

— El artículo 85 LPAC (al igual que algunas normas sectoriales como, por ejemplo, la de tráfico) admite el reconocimiento de la responsabilidad y el pago voluntario del acusado —incluso con descuento— como formas de terminación del procedimiento sancionador, sin perjuicio de la posibilidad de interponer los recursos pertinentes, al menos el recurso contencioso-administrativo. Esto no es exactamente igual que una terminación convencional, porque el acusado puede estar en desacuerdo con la sanción y sólo buscar el beneficio del descuento; por eso, de hecho, puede recurrirla en vía contencioso-administrativa, pese a haber pagado. En ambos supuestos —reconocimiento de responsabilidad y pago voluntario— el órgano resolutorio, no el que esté instruyendo, ha de dictar una resolución sancionadora que le ponga fin al procedimiento.

— En todo momento se pueden acordar medidas provisionales (art. 56 LPAC). En algunos casos, conforme al régimen general del artículo 56.2 LPAC, son posibles incluso medidas provisionales antes de iniciarse el procedimiento sancionador —medidas provisionalísimas—. También cabe adoptar medidas provisionales en la misma resolución (art. 90.3 LPAC) si se

tiene en cuenta que, como ahora se dirá, las resoluciones sancionadoras no son inmediatamente ejecutivas.

3. EN ESPECIAL, EL VALOR PROBATORIO DE LAS ACTAS DE INSPECCIÓN

Particularmente problemático ha resultado el valor probatorio que puede otorgarse a las actas de inspección y otros documentos similares (por ejemplo, los boletines de denuncia de los agentes de la policía) en el procedimiento administrativo sancionador. Y ello porque estos documentos públicos de carácter administrativo son, por regla general, la principal prueba de cargo con la que cuenta la Administración en muchos procedimientos para destruir la presunción de inocencia del acusado y fundamentar la imposición de la sanción.

Era muy frecuente, y todavía sigue siéndolo, que las leyes sectoriales atribuyeran a las actas de inspección «presunción de veracidad» o de «certeza». Aunque no era una presunción *iuris et de iure*, sino *iuris tantum*, esto significaba que había que considerarlas ciertas salvo que el acusado consiguiera demostrar su falsedad aportando una prueba de descargo; incluso algunas leyes añadían que había que considerarlas ciertas salvo que el inculpado demostrara concluyente o inequívocamente su falsedad. Frente a ello, buena parte de la doctrina entendió que esta presunción de certeza era inconstitucional en el ámbito administrativo sancionador por resultar contraria a la presunción de inocencia. También podía considerarse contraria a la libre valoración de la prueba, aunque es más dudoso que este sistema de valoración esté constitucionalizado. Hasta podría haberse discutido, no ya esa presunción de veracidad, sino incluso el simple hecho de que se les reconociera valor probatorio porque están realizadas sin las garantías de una prueba en el procedimiento administrativo sancionador. De hecho, en el proceso penal se las asimila a simples denuncias sin ningún valor probatorio.

Sin embargo, el TC, con una jurisprudencia discutible y algo oscura y confusa, no declaró la inconstitucionalidad de las normas que consagran tal presunción de certeza, aunque sí la matizó profundamente (STC 76/1990, de 26 de abril).

En esta situación, la Ley 30/1992 optó por atribuir a las actas de inspección solo «valor probatorio»; o sea, el valor de una prueba más —pese a no estar realizadas con las garantías de una verdadera prueba en el procedimiento— pero sin conferirles presunción de veracidad o certeza.

Ahora el artículo 77.5 LPAC establece lo siguiente:

«Los documentos formalizados por los funcionarios a los que se reconoce la condición de autoridad y en los que, observándose los requisitos legales correspondientes, se recojan los hechos constatados por aquéllos *harán prueba* de éstos salvo que se acredite lo contrario».

No es fácil saber qué significa exactamente ese «hacer prueba». Pero parece que con esa expresión la LPAC ha querido reforzar el valor de las actas de inspección.

Súmese a ello que sigue habiendo muchas leyes sectoriales que continúan consagrando la presunción de certeza de las actas de ciertas ramas de la inspección. Por ejemplo, dice el art. 53.2 del Texto Refundido de las Infracciones y Sanciones en el Orden Social que «los hechos constatados por los (Inspectores de Trabajo) que se formalicen en las actas de infracción observando los requisitos establecidos en el apartado anterior, tendrán presunción de certeza, sin perjuicio de las pruebas que en defensa de los respectivos derechos e intereses puedan aportar los interesados».

Pese a todo, lo más correcto es entender que las actas de inspección y documentos similares son una prueba más; que como tal prueba son capaces por sí mismas de destruir la presunción de inocencia; que no hay un mandato legal de valorarlas más que al resto de las pruebas; pero que, no obstante, de ordinario, atendiendo a la imparcialidad y cualificación profesional que muchas veces (no siempre) tienen los inspectores, es razonable valorarlas más que otras.

IV. PLAZO MÁXIMO DE DURACIÓN Y CADUCIDAD DEL PROCEDIMIENTO SANCIONADOR

Como todo procedimiento administrativo, el sancionador ha de sustanciarse en un determinado plazo máximo que será el fijado en la norma que en cada caso lo regule (art. 21.2.1º LPAC). Pero lo cierto es que la LPAC, pese a regular por completo el procedimiento sancionador, no establece su plazo máximo de duración. Ante ello cabe sostener que habrá que estar al plazo general de tres meses establecido por la propia LPAC para cuando las normas reguladoras de los procedimientos no fijen el plazo máximo (art. 21.3). Aunque ese plazo puede ser suspendido con cierta

amplitud (art. 22 LPAC), la Administración tendrá que actuar con diligencia para conseguir finalizar un procedimiento sancionador ordinario en plazo.

Antes de la LPAC diversas normas reguladoras de distintos procedimientos sancionadores sí establecían plazos (normalmente de seis meses o un año) y, ante el silencio de la LPAC y la brevedad de los tres meses, cabe la tentación de rescatar aquellos plazos para aplicarlos ahora al nuevo procedimiento sancionador de la LPAC. Pero no parece que eso tenga fundamento sólido.

La superación del plazo máximo sin notificación de la resolución comporta la caducidad automática del procedimiento sancionador, según lo establecido con carácter general en el artículo 25.1.b) LPAC, por lo que la Administración ha de proceder al archivo de las actuaciones de modo que una resolución sancionadora tardía estará viciada. Ello, según la jurisprudencia hoy consolidada, no impide abrir un nuevo procedimiento para sancionar la misma infracción. Pero hay que tener en cuenta que el procedimiento caducado no interrumpe el plazo de prescripción de la infracción, según prevé el artículo 95 LPAC, al que remite el artículo 25.1.b) *in fine*.

V. LA EJECUTIVIDAD DE LAS SANCIONES

1. NO SON EJECUTIVAS MIENTRAS QUEPA CONTRA ELLAS ALGÚN RECURSO ADMINISTRATIVO ORDINARIO O ESTÉ PENDIENTE DE RESOLUCIÓN

Como ya vimos en la lección 4, el artículo 98.1 LPAC consagra que los actos administrativos son «inmediatamente ejecutivos». Pero señala algunas excepciones; entre ellas, en su letra b), ésta: que «se trate de una resolución de un procedimiento de naturaleza sancionadora contra la que quepa algún recurso en vía administrativa, incluido el potestativo de reposición». Esta excepción se completa en el artículo 90.3 de la misma Ley:

«La resolución que ponga fin al procedimiento (sancionador) será ejecutiva cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa».

Decir que la sanción será ejecutiva «cuando no quepa contra ella ningún recurso ordinario en vía administrativa» es lo mismo que decir que será ejecutiva cuando sea firme en vía administrativa, que es lo que dicen otras leyes.

Junto a esas reglas legales hay que tener en cuenta otra jurisprudencial: interpuesto un recurso administrativo contra una sanción, ésta no será ejecutiva hasta que el recurso se desestime expresamente (STC 243/2006 y 37/2012); o, lo que es lo mismo, la desestimación del recurso administrativo por silencio no es suficiente para que la sanción sea ejecutiva.

Combinando aquellos dos preceptos y esta regla jurisprudencial, resulta lo siguiente:

a) Si la resolución sancionadora no agota la vía administrativa, no será ejecutiva mientras no pase el mes durante el que se puede interponer recurso de alzada. Si en ese mes se interpone la alzada, la sanción ya no será ejecutiva hasta que se desestime expresamente. Si durante ese mes no se interpone recurso de alzada, la sanción será ejecutiva.

b) Si la resolución sancionadora agota la vía administrativa, no será ejecutiva mientras no pase el mes durante el que se puede interponer recurso de reposición. Si en ese mes se interpone la reposición, la sanción ya no será ejecutiva hasta que se desestime expresamente. Si durante ese mes no se interpone recurso de reposición, la sanción será ejecutiva.

c) Por tanto, al interponer un recurso administrativo ordinario contra una sanción, a diferencia de lo que sucede con el resto de actos administrativos, ni siquiera tiene sentido pedir su suspensión: ésta se produce automáticamente al interponer el recurso y hasta que se desestime expresamente.

2. SU EJECUTIVIDAD MIENTRAS SE SUSTANCIA UN PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO CONTRA ELLAS

En el recurso contencioso-administrativo la eventual suspensión de las sanciones queda sometida a las reglas generales sobre medidas cautelares en este género de procesos, reglas que se verán en la lección 13. Por tanto, para que una sanción recurrida en el contencioso-administrativo se suspenda es necesario que el recurrente lo solicite y que el juez acuerde la suspensión aplicando, para tomar esa decisión, los mismos criterios que debe valorar para suspender cualquier otro tipo de actos administrativos. Ni la ley ni los tribunales han establecido a este respecto ninguna singularidad.

El hecho de tratarse de sanciones y el derecho a la presunción de inocencia podrían haber llevado a otra solución. Podría haberse tenido en cuenta que las penas

no son ejecutivas hasta que la sentencia condenatoria no es completamente firme y definitiva; o acaso podría haberse pensado que la presunción de inocencia no se destruye hasta que el juez confirma la sanción impuesta por la Administración. Y todo ello podría haber llevado a sostener que las sanciones administrativas no son ejecutivas hasta que sean confirmadas por sentencia contencioso-administrativa. Pero, como decimos, no ha sido así. Parece partirse de la idea de que la existencia de una resolución sancionadora ya no recurrible en vía administrativa ha destruido la presunción de inocencia aunque esté siendo objeto de un contencioso-administrativo.

3. EJECUTIVIDAD MIENTRAS SE RESUELVE SOBRE LA SUSPENSIÓN EN EL PROCESO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Con lo explicado en los dos apartados anteriores queda sin solucionar lo que sucede en el periodo que va desde que terminó la vía administrativa y hasta que el juez contencioso-administrativo resuelva sobre la suspensión que se le solicite. El TC entendió que, para garantizar el derecho a la tutela judicial efectiva, durante ese tiempo no se podía ejecutar la sanción, o sea, que había que esperar hasta ver si el sancionado pedía al juez la suspensión y, si la pedía, hasta que el juez contencioso-administrativo se pronunciara sobre ella (así, SSTC 78/1996, 259/2007, entre otras).

La LPAC afronta esta situación intermedia en su artículo 90.3.2.º LPAC: «Cuando la resolución sea ejecutiva (o sea, cuando sea firme en vía administrativa), se podrá suspender cautelarmente si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer recurso contencioso-administrativo contra la resolución firme en vía administrativa».

Para que este precepto resulte razonable y conforme a la jurisprudencia constitucional que acabamos de reseñar, hay que entender: 1.º) que lo que el interesado (normalmente, el sancionado) tiene que manifestar a la Administración no es sólo su intención de interponer contencioso-administrativo sino de pedir allí la medida cautelar de suspensión; 2.º) que si el interesado hace esa manifestación, no es que «se podrá suspender cautelarmente» la sanción, sino que hay que entenderla automáticamente suspendida.

Según el mismo precepto, esa suspensión automática finalizará cuando transcurra el plazo previsto sin que el interesado haya interpuesto recurso contencioso-administrativo o sin haber solicitado la suspensión o cuando «el órgano judicial se pronuncie sobre la suspensión» solicitada, momento a partir del cual habrá que estar a lo que el juez haya decidido.

Además, por otra parte, hay que tener en cuenta el artículo 117.4.3.º LPAC en cuya virtud, como se vio en la lección 5, si un acto administrativo se suspendió en vía

administrativa con prestación de caución, la suspensión continuará en vía contencioso-administrativa hasta que el juez resuelva sobre la medida cautelar de suspensión.

BIBLIOGRAFÍA

Además de la relacionada en la lección anterior:

- AAVV: *Manual de Derecho Administrativo sancionador*, Ministerio de Justicia/Aranzadi, 2009.
- ABERASTURI GORRIÑO, U.: «La lista de deudores de la LGT, ¿una medida sancionadora proporcional?», *RAP*, n.º 203 (2017).
- AGUADO i CUDOLÁ, V.: «La prueba en el procedimiento administrativo sancionador», *Justicia Administrativa. Revista de Derecho Administrativo*, n.º extraordinario, 2001.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: *El procedimiento administrativo sancionador y los derechos fundamentales*, Thomson-Civitas, 2007.
- *La garantía non bis in ídem y el procedimiento administrativo sancionador*, Iustel, 2008.
- «La prescripción de las infracciones y las sanciones en vía de recurso administrativo», *REDA*, n.º 154 (2012).
- «El adelanto excepcional a la Inspección administrativa del derecho fundamental a no declarar contra sí mismo: casos y causas», en *La Función Inspectora. Actas del VIII Congreso de la AEPDA*, coord. DÍEZ SÁNCHEZ, INAP, 2013.
- «Los confines de las sanciones: en busca de la frontera entre Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador», *RAP*, n.º 195 (2014).
- «La indefensión material y los vicios del procedimiento sancionador», en *Homenaje a Cosculluela*.
- «La indefensión material y la protección de los derechos del artículo 24.2 CE en el Derecho sancionador de la competencia», *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, dir. GUILLÉN CARAMÉS y CUERDO MIR, Thomson-Civitas, 2015.
- ALARCÓN SOTOMAYOR, L., REBOLLO PUIG, M., IZQUIERDO CARRASCO, M., y BUENO ARMIJO, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, 2010.
- ARZOZ SANTISTEBAN, X.: voz «CEDH y procedimiento administrativo sancionador», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.
- BAÑO LEÓN, J. M.: *Potestades administrativas y garantías de las empresas en el Derecho español de la competencia*, McGraw-Hill, 1996.
- «Del procedimiento sancionador en materia de conductas prohibidas», *Comentario a la Ley de Defensa de la Competencia*, Thomson-Civitas, 3.ª ed., 2012.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Habeas denuncia. Identidad del denunciante en el procedimiento sancionador», *RGDA*, n.º 40 (2015).
- «La denuncia en el Anteproyecto de Ley de procedimiento administrativo común de las Administraciones Públicas», *DA*, n.º 2 (2015).

- BERTAZZO, S.: «El Derecho Administrativo sancionador a la luz del Convenio Europeo de Derechos Humanos», *RGDA*, n.º 39 (2015).
- BUENO ARMIJO, A.: «El (imperfecto) sistema de garantías del Derecho Administrativo sancionador de la Unión Europea. A propósito de la potestad sancionadora del Banco Central Europeo», en *RDUE*, n.º 23 (2012).
- CABALLERO SÁNCHEZ, R.: *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*, McGraw-Hill 1999.
- CANO CAMPOS, T.: *Presunciones y valoración legal de la prueba en el Derecho Administrativo sancionador*, Aranzadi, 2008.
- «El nuevo procedimiento de imposición de las sanciones de tráfico», *REDA*, n.º 147 (2010).
- «¿Es una sanción la retirada de puntos del permiso de conducir?», *RAP*, n.º 184 (2011).
- «La imposibilidad de retrotraer actuaciones cuando se vulneran los derechos fundamentales en el procedimiento administrativo sancionador», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- *Las sanciones de tráfico*, Thomson-Aranzadi, 2.ª ed., 2014.
- «La potestad sancionadora de la Administración: una regulación fragmentaria, incompleta y perniciosa», *DA*, n.º 2 (2015).
- «El autismo del legislador; la ‘nueva’ regulación de la potestad sancionadora de la Administración», *RAP*, n.º 201 (2016).
- CASINO RUBIO, M.: «Presunción legal de culpabilidad *versus* prueba indiciaria de la autoría en las infracciones de tráfico», *RAP*, n.º 182 (2010).
- *La increíble historia del deber de notificar al conductor infractor*, Civitas, 2010.
- «La potestad sancionadora de la Administración y vuelta a la casilla de salida», *DA*, n.º 2 (2015).
- «El control jurisdiccional del *quantum* de las sanciones administrativas y los casos de anulación seguida de la retroacción de actuaciones», en *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- CASTILLO BLANCO, F.: «A vueltas con la ejecutividad de las sanciones: la Ley de Seguridad Ciudadana y su posible inconstitucionalidad», *Poder Judicial*, n.º 30 (1993).
- CHINCHILLA MARÍN, C.: «Potestad sancionadora de las Administraciones Públicas», en *Administraciones Públicas y Ciudadanos*, Praxis, 1993.
- CID MOLINÉ, J.: «Garantías y sanciones (argumentos contra la tesis de la identidad de garantías entre las sanciones punitivas)», *RAP*, n.º 140 (1996).
- COBREROS MENDAZONA, E.: «La posición del denunciante en el procedimiento administrativo sancionador. Nuevas perspectivas», *RVAP*, n.º 41 (1995).
- «El reconocimiento al denunciante de la condición de interesado en el procedimiento sancionador», *Homenaje a Martín Mateo*, vol. II, Tirant lo Blanch, 2000.
- DOMÉNECH PASCUAL, G.: «El rango constitucional del principio según el cual quien instruye un procedimiento administrativo sancionador no lo resuelve», *RGDA*, n.º 10 (2005).
- «Los derechos fundamentales a la protección penal», *Revista Española de*

- Derecho Constitucional*, n.º 78, 2006.
- De DIEGO DíEZ, L. A.: *Prescripción y caducidad en el Derecho Administrativo sancionador*, Bosch, 2006.
- De LEÓN VILLALBA, F. J.: *Acumulación de sanciones penales y administrativas. Sentido y alcance del principio ne bis in idem*, Bosch, 1998.
- De PALMA DEL TESO, A.: «Las infracciones administrativas continuadas, las infracciones permanentes, las infracciones de estado y las infracciones de pluralidad de actos: distinción a efectos del cómputo del plazo de prescripción», *REDA*, n.º 112 (2001).
- «La culpabilidad», *JA*, n.º extraordinario, (2001).
- FERNÁNDEZ BURGUEÑO, B.: «El principio de responsabilidad en la potestad sancionadora de la Administración Pública bajo la Ley 40/2015: Un retroceso en las garantías constitucionales “a título de dolo o culpa” o quizá de “simple inobservancia”», *REDA*, n.º 186 (2017).
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: voz «Inspección administrativa y potestad sancionadora», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.
- FERNANDO PABLO, M.: «Un resto prebeccariano en la ordenación de las sanciones administrativas: sobre la prescripción de las infracciones sancionadas y recurridas», *REDA*, n.º 124 (2004).
- FORTÚN ESQUIFINO, R.: «El procedimiento sancionador», *Comentarios a la Ley Disciplinaria de las Fuerzas Armadas*, Ministerio de Defensa, 2000.
- FUSTER ASENCIO, C.: *El procedimiento sancionador tributario*, Aranzadi, 2001.
- GALLARDO CASTILLO, M. J. (dir.): *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, 2016.
- *Los procedimientos administrativos en la Ley 39/2015: análisis y valoración de la reforma*, Tecnos, 2016.
- «El procedimiento sancionador tras la reforma de 2015: reflexiones y propuestas para un debate», *REDA*, n.º 179 (2016).
- GAMERO CASADO, E.: *Las sanciones deportivas*, Bosch, 2003.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «La incidencia de la Constitución sobre la potestad sancionatoria de la Administración: dos importantes sentencias del Tribunal Constitucional», *REDA*, n.º 29 (1981).
- «La problemática puesta en aplicación de la LRJ-PAC: el caso del Real Decreto 1.398/1993, de 4 de agosto, que aprueba el Reglamento del procedimiento para el ejercicio de la potestad sancionadora. Nulidad radical del Reglamento y desintegración general del nuevo sistema legal», *REDA*, n.º 80 (1993).
- GARCÍA LUENGO, J.: «La adaptación de las sanciones pecuniarias administrativas a la capacidad económica del infractor y los problemas de tipicidad de las medidas sancionadoras», *RGDA*, n.º 38 (2015).
- GARCÍA MANZANO, P.: «De la potestad sancionadora», *Comentario sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Carperi, 1993.
- GARRIDO FALLA, F.: «Los medios de policía y la teoría de las sanciones administrativas», *RAP*, n.º 28, 1959.

- GÓMEZ TOMILLO, M.: «La culpabilidad de las personas jurídicas por la comisión de infracciones administrativas: especial referencia a los programas de cumplimiento», *RAP* n.º 203 (2017).
- GÓMEZ TOMILLO, M., y SANZ RUBIALES, I.: *Derecho Administrativo sancionador. Parte general. Teoría general y práctica del Derecho Penal Administrativo*, Aranzadi, 2.ª ed., 2010.
- GONZÁLEZ ALONSO, F.: «La inmediata ejecutividad de las sanciones disciplinarias militares y el derecho a la tutela judicial efectiva», *RGDA*, n.º 36 (2014).
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «La llamada caducidad del procedimiento administrativo», *RAP*, n.º 45 (1964).
- «El “Big-Bang” del procedimiento administrativo sancionador común», *REDA*, n.º 78, 1993.
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: «Los interesados en el ejercicio de la potestad administrativa sancionadora y los denunciantes de las infracciones administrativas (¿tutela judicial efectiva de las víctimas en la última jurisprudencia contencioso-administrativa?)», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- «Los procedimientos administrativos y las denuncias de infracciones administrativas», *Homenaje a Cosculluela*.
- (dir.), *El nuevo régimen jurídico del sector público*, Wolters Kluwer, 2016.
- (dir.), *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones locales*, CEMCI, 2016.
- GUILLÉN CARAMÉS, J. (dir.): *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Thomson-Civitas, 2013.
- GUILLÉN CARAMÉS, J., y CUERDO MIR, M. (dirs.): *Estudios sobre la potestad sancionadora en Derecho de la competencia*, Thomson-Civitas, 2015.
- HUERGO LORA, A.: *Las sanciones administrativas*, Iustel, 2007.
- voz «Derecho comparado europeo: la potestad sancionadora de la Administración en Alemania, Francia e Italia», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.
- IZQUIERDO CARRASCO, M., y REBOLLO PUIG, M.: *Manual de la Inspección de Consumo. Con especial referencia a la inspección local*, Instituto Nacional de Consumo, 1998.
- LASAGABASTER HERRARTE, I.: voz «Causas de extinción de la responsabilidad», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Marco institucional de las sanciones comunitarias», *Documentación Administrativa*, n.ºs 280-281 (2008).
- «Algunas consideraciones en torno a la práctica de una información reservada en los procedimientos sancionadores en materia de defensa de la competencia», en *Cuestiones actuales del procedimiento sancionador en Derecho de la competencia*, Civitas, 2013.
- LÓPEZ PELLICER, J. A.: «La actuación extemporánea de la Administración en el procedimiento sancionador», *REDA*, n.º 105 (2002).
- LÓPEZ RAMÓN, F.: «La caducidad del procedimiento de oficio», *RAP*, n.º 194 (2014).
- LOZANO CUTANDA, B.: *La extinción de las sanciones administrativas y tributarias*, Marcial Pons, 1990.

- «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991, de 19 de diciembre)», *RAP*, n.º 129 (1992).
- (dir.), *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.
- MARCOS CARDONA, M.: *El procedimiento sancionador tributario*, Iustel, 2005.
- MARCOS FERNÁNDEZ, F.: «Cesión e intercambio de pruebas entre investigaciones de defensa de la competencia y procesos penales», *REDA*, n.º 186 (2017).
- MARINA JALVO, B.: «La cobertura legal del Reglamento de régimen disciplinario de los funcionarios de la Administración del Estado», *REDA*, n.º 188 (2017).
- MORENO MOLINA, J. A., «Las novedades en la regulación por las Leyes 39 y 40/2015 de la responsabilidad patrimonial y la potestad sancionadora de la Administración», *REDA*, n.º 179 (2016).
- MORENO TRAPIELLA, P.: «La aplicación del artículo 6 CEDH en el procedimiento administrativo sancionador», *REDA*, n.º 157 (2013).
- MUÑOZ MACHADO, S.: «La carga de la prueba en el contencioso-administrativo. Su problemática en materia de sanciones administrativas», *REDA*, n.º 11 (1976).
- OLIVÁN DEL CACHO, J.: *Procedimiento sancionador y Estado autonómico*, Cedecs, 1996.
- PARADA VÁZQUEZ, R.: «El poder sancionador de la Administración y la crisis del sistema judicial penal», *RAP*, n.º 67 (1972).
- «Evolución y constitucionalización de las infracciones administrativas», *Poder Judicial*, n.º 4 (1982).
- PAREJO ALFONSO, L.: «Algunas reflexiones sobre la necesidad de la depuración del estatus de la sanción administrativa», *RGDA*, n.º 36 (2014).
- PASCUA MATEO, F.: «La potestad sancionadora, y ¿disciplinaria?, de la Administración electoral», *RAP* n.º 202 (2017).
- PEMÁN GAVÍN, I.: *El sistema sancionador español*, Cedecs, 2000.
- PONS CÀNOVAS, F.: *Las medidas provisionales en el procedimiento administrativo sancionador*, Marcial Pons, 2001.
- PIZARRO NEVADO, R., «Disposiciones generales, principios de actuación y funcionamiento del sector público», *El nuevo régimen jurídico del sector público*, dirigido por GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H., Wolters Kluwer, 2016.
- REBOLLO PUIG, M.: *Potestad sancionadora, alimentación y salud pública*, MAP, 1989.
- «Interesados y denunciantes en el procedimiento administrativo sancionador», *Poder Judicial*, n.º 29 (1993).
- «El contenido de las sanciones», *JA*, n.º extraordinario (2001).
- «Propuesta de regulación general y básica de la inspección y de las infracciones y sanciones administrativas», *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004.
- «Régimen de infracciones y sanciones», *Comentario a la Ley General de Subvenciones*, Thomson-Civitas, 2005.
- Voces «Derecho Penal y Derecho Administrativo sancionador: principios comunes y aspectos diferenciadores», «Antijuridicidad» y «Sanciones pecuniarias», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.

- «Artículo 134. Garantía de procedimiento», en *Comentarios a la Ley 30/92*, dirigidos por SÁNCHEZ MORÓN, Thomson-Lex Nova, 2013.
- «Potestades inspectoras y sancionadoras», en *La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia*, Civitas, 2014.
- «Responsabilidad de los autores de las infracciones y de los partícipes», *RVAP*, n.ºs 99-100 (2014).
- «La protección administrativa del espacio público. En particular, mediante sanciones», en *Uso y control del espacio público: viejos problemas, nuevos desafíos*, Aranzadi, 2015.
- «Los principios de legalidad, personalidad y culpabilidad en la determinación de los responsables de las infracciones», en *Homenaje a Cosculluela*.
- «Novedades relativas al procedimiento sancionador y al de responsabilidad en la Ley 39/2015 de Procedimiento Administrativo Común», *Aproximación al nuevo procedimiento administrativo común de la Ley 39/2015: reflexiones y claves para su aplicación*, CEMCI, 2016.
- «Potestad sancionadora y responsabilidad en la Ley 40/2015», *La Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público y las Administraciones locales*, CEMCI, 2016.
- «Responsabilidad sancionadora de personas jurídicas, entes sin personalidad y administradores», en *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- «La ejecutividad de las sanciones tras la nueva Ley de Procedimiento Administrativo Común», en *Homenaje a Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M., y ALARCÓN SOTOMAYOR, L.: «Artículos 139, 140 y 141», *Comentarios a la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local*, vol. IV, Tirant lo Blanch, 2007.
- REBOLLO PUIG, M.; IZQUIERDO CARRASCO, M.; ALARCÓN SOTOMAYOR, L., y BUENO ARMJO, A.: *Derecho Administrativo sancionador*, Lex Nova, 2010.
- «XII. Country Analysis-Spain», en *Administrative Sanctions in the European Union*, JANSEN, O. (dir.), Intersentia, 2013.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Tutela judicial efectiva y no suspensión en vía de recurso», *RAP*, n.ºs 100-102, vol. II, 1983.
- «Caducidad del procedimiento», *RAP*, n.º 168, 2005.
- SILVA FORNÉ, D.: «Posibles obstáculos para la aplicación de los principios penales al Derecho Administrativo sancionador», en *La Ciencia del Derecho Penal ante el nuevo siglo. Homenaje a Cerezo Mir*, Tecnos, 2002.
- SUAY RINCÓN, J.: «El Derecho Administrativo sancionador: perspectivas de reforma», *RAP*, n.º 109, 1986.
- «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», *RAP*, n.º 123 (1990).
- «Las sanciones administrativas en el Derecho Comparado: Italia y Alemania», *Homenaje a Garrido Falla*.
- «Los principios del procedimiento sancionador», *La nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Tecnos, 1993.
- «La renovación del Derecho Administrativo sancionador: evolución y actualidad»,

Revista española de Derecho Militar, n.º 69, Escuela Militar de Estudios Jurídicos, Ministerio de Defensa, 1997.

— voz «Concepto de sanción administrativa», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.

TORNOS MAS, J.: «¿Quién debe ejercer el *ius puniendi* del Estado?», *REDA*, n.º 161 (2014).

TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: Voces «Procedimiento sancionador: instrucción» y «Procedimiento sancionador: terminación», en *Diccionario de sanciones administrativas*, Iustel, 2010.

VÉLEZ FRAGA, M., y CODINA GARCÍA-ANDRADE, X.: «Las sanciones por vender a pérdida y su incompatibilidad con el Derecho de la Unión Europea», *REDA*, n.º 188 (2017).

ZORNOZA PÉREZ, J. J.: *El sistema de infracciones y sanciones tributarias. Los principios constitucionales del Derecho sancionador*, Civitas, 1992.

* Por Lucía ALARCÓN SOTOMAYOR. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-1-P (FEDER, UE).

LECCIÓN 9

LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA^{*}

I. EL CONCEPTO DE RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL. ASPECTOS GENERALES, BASES CONSTITUCIONALES Y REGULACIÓN VIGENTE

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública constituye una de las instituciones básicas del Derecho Administrativo, así como del sistema de garantías de los ciudadanos. Decía Hauriou que hay dos correctivos de las prerrogativas de la Administración Pública: que actúe, pero que obedezca la Ley; que actúe, pero que pague el perjuicio.

La responsabilidad patrimonial se puede definir de manera inicial como la institución por la cual nace para la Administración Pública la obligación de reparar los daños que sufren otros sujetos; por tanto, traslada las consecuencias económicas del daño sufrido por un sujeto al patrimonio de la Administración (a fin de cuentas, a la colectividad en su conjunto). Qué daños, en qué medida, cuándo y cómo sucede eso es lo que aquí nos ocupará. Digamos por ahora que ello está regulado por el Derecho Administrativo y que —después de una larga evolución— lo hace, no sólo al margen del Derecho Civil, sino con presupuestos, requisitos y condiciones diferentes de éste, aunque también con aspectos comunes o similares.

Es una institución capital para entender el régimen de las Administraciones Públicas, de un lado, y las garantías de los ciudadanos, de otro; institución capital enraizada en la idea misma de Estado de Derecho y en su evolución.

A lo largo del siglo XIX, a distinto ritmo y con muchas singularidades en cada país, se fueron admitiendo supuestos de responsabilidad de los funcionarios o de la Administración hasta finalmente convertirse en una pieza general inherente a la construcción del Estado de Derecho pero, incluso así, con diferencias entre los distintos ordenamientos.

En España, a falta de una regulación general, se estableció la responsabilidad de la Administración para supuestos concretos previstos en normas sectoriales. En la Ley General de Expropiación Forzosa de 1836, la responsabilidad se limitó a los supuestos de daños producidos por actos ilícitos o por funcionamiento irregular o anormal, esto es, por error, negligencia o dolo de las autoridades, funcionarios o agentes. La aprobación del Código Civil en 1889 no comportó en la práctica modificación de la situación. Contenía en su artículo 1.903.5, entre los supuestos de responsabilidad por hecho de otro, una previsión específica: «El Estado es responsable en este concepto cuando obra por mediación de un agente especial; pero no cuando el daño hubiere sido causado por el funcionario a quien propiamente corresponda la gestión practicada, en cuyo caso será aplicable lo dispuesto en el artículo anterior». Bien fácil hubiera sido entender que el Estado (la Administración) era responsable conforme al artículo anterior —el art. 1.902, que contiene la regla general de responsabilidad por hecho propio— cuando causara el daño por sus funcionarios normales y que en caso de «agente especial» sería responsable conforme a ese artículo 1.903.5. Pero los tribunales acogieron una interpretación distinta según la cual la Administración sólo respondía cuando hubiera ese «agente especial» que rara vez se encontraba. Tampoco la Ley de responsabilidad civil de los funcionarios de 1904 comportó cambios efectivos pues exigía unos requisitos previos difíciles de superar. La Constitución de 1931 dispuso: «Si el funcionario público, en el ejercicio de su cargo, infringe sus deberes con perjuicio de tercero, el Estado o la Corporación a quien sirva serán subsidiariamente responsables de los daños o perjuicios consiguientes, conforme determina la ley» (art. 41.3). Esa remisión a la ley sólo se cumplió en la Ley Municipal de 1935 que contempló algunos supuestos de responsabilidad directa pero que no fue efectivamente aplicada. Fue después, y precisamente en el ámbito local, cuando con la Ley de Régimen Local de 1950 se consagró cierta responsabilidad directa de la Administración ante culpa o negligencia grave de los funcionarios.

Un cambio de rumbo entrañó la Ley de Expropiación Forzosa de 1954 que, desbordando la materia que por su nombre parecía llamada a regular, incluyó la indemnización por daños no expropiatorios. Éste fue el primer paso hacia un sistema de responsabilidad directa de carácter objetivo, en el que el artículo 121 de la referida Ley incluía la indemnización de toda lesión que los particulares sufrieran, siempre que aquélla fuera consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, o la adopción de medidas de carácter discrecional no fiscalizables en vía contenciosa. Poco después, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 afianzó este sistema de responsabilidad directa y objetiva extendiendo su alcance al incluir daños distintos de los patrimoniales (personales, morales) y exonerar sólo en casos de fuerza mayor.

Hito fundamental en esta evolución y marco de la situación actual es la Constitución de 1978 que se ocupa de la responsabilidad en su artículo 106.2:

«Los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos».

Fácil es advertir la influencia de la legislación española anterior sobre responsabilidad administrativa cuyos rasgos esenciales, por tanto, se constitucionalizaron. Pero también hay una clara remisión a la ley de modo que es la ley la que, con el margen que deja abierto el precepto constitucional, debe concretar el régimen de responsabilidad administrativa.

Hay otra alusión constitucional a la responsabilidad administrativa en el artículo 149.1.18.^a Allí, cuando se enumeran las competencias exclusivas del Estado y, más en concreto, cuando se alude a la competencia para regular las instituciones nucleares del Derecho Administrativo, se menciona expresamente al «sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas». Por tanto, la ley a la que remite el artículo 106.2 CE ha de ser estatal y debe establecer un régimen sustancialmente común para todas las Administraciones. Aun así, algunos Estatutos de Autonomía han tratado de arañar parte de la competencia sobre la materia. Por ejemplo, el artículo 47.4 EAA dice que «corresponde a la Junta de Andalucía, en materia de responsabilidad patrimonial, la competencia compartida para determinar el procedimiento y establecer los supuestos que pueden originar responsabilidad con relación a las reclamaciones dirigidas a ella, de acuerdo con el sistema general de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas». En la práctica, esta competencia autonómica tiene ínfima relevancia.

La regulación legal sustantiva de la responsabilidad patrimonial se contiene ahora sobre todo en los artículos 32 a 37 LRJSP. Los aspectos procedimentales se regulan en la LPAC. Ello, además, debe completarse con las previsiones de la LOPJ y de la LJCA sobre el orden jurisdiccional competente para los litigios sobre responsabilidad.

El precepto capital es el del artículo 32.1.1.º LRJSP que, reiterando con alguna diferencia el artículo 106.2 CE, establece los rasgos cardinales del sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley».

Añadamos, por otra parte, que, si en todos los ámbitos es relevante la

jurisprudencia, lo es especialmente en éste pues son los tribunales los que han conformado casuísticamente muchos aspectos de la responsabilidad administrativa y los que la han hecho evolucionar en uno u otro sentido. Aquí, sin embargo, no podremos aludir a esa rica —y a veces desconcertante— jurisprudencia de la que sólo dejaremos ocasionalmente pálido reflejo.

II. CARACTERES GENERALES DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. SISTEMA UNITARIO Y GENERAL

El régimen de responsabilidad establecido en la LRJSP (así como su complemento de la LPAC) se aplica por igual a todas las Administraciones y sea cual sea el tipo de actividad administrativa en la que se genere el daño.

Cuando decimos que se aplica a todas las Administraciones estamos afirmando que es un régimen aplicable a todas las entidades que son consideradas Administraciones Públicas en los artículos 2 LRJSP y LPAC (esto es, a los tres niveles de Administraciones territoriales más los entes institucionales con personalidad de Derecho público).

Cuando decimos que se aplica sea cual sea el género de actividad administrativa en la que se genere el daño estamos afirmando que este régimen rige cuando el daño deriva de una actividad o inactividad material de la Administración pero también cuando tiene su origen en su actividad jurídica, esto es, en actos administrativos o en reglamentos.

Cuando se habla en este contexto de servicios públicos (como hacen los arts. 106.2 CE y 32.1 LRJSP) se está utilizando esa expresión en su sentido más amplio, el que vimos en la lección 1 del Tomo I, como cualquier actividad administrativa para la consecución de interés general (no como un concreto modo de actividad administrativa consistente en dar prestaciones a los ciudadanos, que vimos en la lección 2 del mismo tomo).

Aun así, podrían haberse entendido excluidos de este régimen los daños causados por las Administraciones cuando actúen en relaciones de Derecho privado. Y también podrían haberse entendido excluidos los daños causados por los entes institucionales con personalidad de Derecho privado (sociedades mercantiles de titularidad íntegramente administrativa y fundaciones creadas por Administraciones). En todos estos casos podría haberse entendido que sería de aplicación el régimen de responsabilidad extracontractual de Derecho privado. Pero el artículo 35 LRJSP lo desmiente y ha optado por establecer que también en esos casos es aplicable el mismo

régimen de responsabilidad patrimonial.

El ámbito de aplicación de este régimen de responsabilidad se amplía en el artículo 35 LRJSP:

«Cuando las Administraciones Públicas actúen, directamente o a través de una entidad de derecho privado, en relaciones de esta naturaleza, su responsabilidad se exigirá de conformidad con lo previsto en los artículos 32 y siguientes, incluso cuando (...) la responsabilidad se exija directamente a la entidad de derecho privado a través de la cual actúe la Administración...».

En cuanto a las Corporaciones sectoriales —que como sabemos no son propiamente Administraciones— este régimen de responsabilidad sólo es aplicable cuando causen daños en el ejercicio de funciones públicas, ya sean atribuidas directamente por la ley o por decisión de la Administración.

Problemática es la situación en que queda la responsabilidad de las Universidades Públicas puesto que el artículo 2 LRJSP no las considera Administraciones y dice que «se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de esta Ley». Pese a todo, resulta inconcebible que escapen al régimen general de responsabilidad de las Administraciones Públicas.

Pero este sistema unitario y general es el de la responsabilidad extracontractual de las Administraciones de modo que quedan excluidas de su ámbito de aplicación otras obligaciones indemnizatorias o reparadoras de la Administración.

En concreto, quedan al margen de este régimen de responsabilidad las obligaciones administrativas indemnizatorias surgidas por:

— Responsabilidad contractual, esto es, por incumplimiento de las obligaciones contractuales de la Administración. Ésta tiene su regulación en la LCSP.

— Responsabilidad cuasicontractual, especial aunque no exclusivamente por enriquecimiento injusto que, pese a cierta confusión, es distinta en su fundamento, requisitos y régimen (vid. el último epígrafe de la lección 11).

— Responsabilidad civil por delito cometido por autoridades y empleados públicos que se regula en los artículos 109 y siguientes CP y que prevé una responsabilidad subsidiaria de la Administración (art. 121 CP).

— Consagración legal. No nacen ante un daño antijurídico originado por el funcionamiento de la Administración, sino, al margen de ello, por una decisión del legislador obediente a otras razones (solidaridad con los afectados, efectividad de ciertas políticas públicas, etc.). Son ejemplos las indemnizaciones administrativas por

daños debidos a catástrofes, actos terroristas, sacrificio de animales con enfermedades contagiosas, etc.

Por otras razones, también es discutible si son distintas las obligaciones indemnizatorias de una Administración por daños sufridos por sus propios empleados con ocasión de su actuación como tales, o los causados a otras Administraciones o al medio ambiente (Ley 26/2007) o los daños adicionales a una expropiación. Cosa distinta es que ocasionalmente estas otras responsabilidades puedan concurrir en algunos casos con la genérica responsabilidad patrimonial de la que aquí nos ocupamos (STS de 30 de junio de 2010, entre otras muchas).

En cualquier caso, el régimen unitario y general de responsabilidad que analizamos no se ve alterado de ninguna forma por el hecho de que la Administración haya suscrito un contrato de seguro por daños a terceros, esto es, un contrato que cubra su responsabilidad patrimonial y en cuya virtud una compañía aseguradora se obligue a satisfacer la indemnización que en principio habría de pagar aquélla.

La existencia de tal aseguradora —lo que es frecuente, sobre todo en el caso de municipios— tiene algunas consecuencias procedimentales además de que, claro está, le obliga a hacerse cargo de la indemnización. Pero no cambia un ápice el régimen sustantivo de responsabilidad patrimonial de la Administración en ninguno de sus aspectos: el perjudicado por el funcionamiento de los servicios públicos tendrá derecho a ser indemnizado en los mismos casos, términos y condiciones que iremos viendo, sin perjuicio de las relaciones que se establezcan entre la Administración y su aseguradora o, incluso, de las que se entablen directamente entre ésta y el perjudicado. Parece que a este supuesto se refiere el artículo 35 LRJSP cuando finalmente alude a «la entidad que cubra su responsabilidad».

2. RESPONSABILIDAD DIRECTA DE LA ADMINISTRACIÓN

Es la Administración Pública la que responde y para la que surge la obligación indemnizatoria frente al perjudicado. No es, por tanto, una responsabilidad alternativa a la del empleado público que concretamente haya originado el daño: el perjudicado no puede optar por reclamar la indemnización al empleado público o a su Administración, sino que tiene que dirigirse contra ésta como deja claro el artículo 36.1 LRJSP. Tampoco es una responsabilidad subsidiaria de la del empleado público para el caso de que éste sea insolvente. En realidad, puede incluso que no haya un concreto empleado causante del daño y, aunque lo haya, no tiene que ser identificado para que surja la responsabilidad de la Administración.

Esto, sin embargo, tiene dos matizaciones. La primera es que, una vez que la

Administración haya satisfecho la indemnización puede y hasta debe, en vía de regreso, reclamar en algunos casos esa indemnización o parte de ella al concreto empleado público que comprometió la responsabilidad administrativa (vid. *infra*). La segunda es que sí subsiste la responsabilidad subsidiaria de la Administración en el caso de daños causados en la comisión de delitos por sus empleados (art. 121 CP).

3. RESPONSABILIDAD OBJETIVA Y POR FUNCIONAMIENTO NORMAL O ANORMAL. RELATIVIZACIÓN

Como se habrá observado —a diferencia del art. 1.902 CC—, ni el artículo 106.2 CE ni el artículo 32.1 LRJSP, exigen culpa o negligencia por parte de la Administración para que se genere su responsabilidad. Es decir, se prescinde del elemento subjetivo. Es más, tal responsabilidad se puede comprometer, no sólo por funcionamiento anormal (ilegal o de cualquier modo defectuoso, inadecuado), sino incluso por funcionamiento normal (legal y correcto). O sea, que parece que es indiferente que la actuación administrativa dañosa sea antijurídica o perfectamente lícita y correcta. También se refuerza este carácter objetivo y por funcionamiento normal al excluir sólo la fuerza mayor (no, por tanto, el caso fortuito).

Estos caracteres, que en parte parecen incluso constitucionalizados, configuran un sistema jurídico inusual en el Derecho comparado, pues pocos son los ordenamientos en los que se establece como regla general la responsabilidad directa y objetiva de la Administración Pública. Así, en el caso de los países del ámbito anglosajón se mantiene un sistema de responsabilidad subsidiaria por culpa o negligencia de los funcionarios. En el caso de Francia se parte ampliamente de un régimen que exige para que surja la responsabilidad la falta del empleado y sólo hay algunos casos de responsabilidad sin falta...

Durante un tiempo, se cantaron las ventajas de nuestro sistema del que, por así decir, la doctrina española se vanagloriaba. Pero después, aun reconociendo aspectos positivos, se alzaron voces críticas que destacaron ciertos excesos y los peligros de un sistema tan «generoso» para los particulares y tan severo para la Administración, sistema que, además de poder resultar económicamente insostenible, conducía a una especie de socialización del riesgo y a convertir a la Administración en algo similar a una aseguradora universal. Se objetó, además, que no se alcanza a entender por qué los hospitales o los colegios públicos, por ejemplo, han de tener un régimen de responsabilidad más severo que un hospital o un colegio privados.

En la práctica, sin embargo, no rige un régimen puramente objetivo ni en el que sea siempre y por completo indiferente que los servicios públicos hayan funcionado bien o mal, normal o anormalmente.

Por el contrario se observa que, salvo muy raras sentencias, los tribunales, si no detectan ningún funcionamiento anormal ni grado alguno de negligencia, no declaran la responsabilidad de la Administración. Hasta el extremo de que se ha llegado a decir que, pese a lo que proclaman las normas, lo que se aplica a la Administración es un régimen subjetivo o culposo de responsabilidad o, por lo menos, mixto; y que, en el fondo, a la postre, es bastante similar al que rige en el Derecho privado.

Aunque esta forma de proceder de los tribunales esté justificada, no puede dejar de advertirse que ese divorcio entre lo que parecen consagrar las normas (una responsabilidad objetiva de la Administración con irrelevancia de que haya funcionado normal o anormalmente) y lo que realmente se aplica (con una jurisprudencia más moderada y casuística) merma la seguridad jurídica y deja demasiado margen a la decisión de los jueces y a sus sentimientos de justicia. Además, el panorama se hace extraordinariamente confuso porque, para no condenar a la Administración a indemnizar en los casos de funcionamiento normal y sin culpa, las sentencias no pueden decir sencillamente eso —lo que chocaría sin paliativos con el texto de los preceptos aplicables—, sino que se ven obligadas a razonamientos oscuros y a retorcer el significado de otros elementos. Así, por ejemplo, se sirven de subterfugios como negar que la causa del daño sea imputable a la Administración o afirmar que el perjudicado tiene el deber legal de soportar el daño, todo ello en casos en los que la lógica y el significado general de estos conceptos lleva con claridad a otra conclusión.

La doctrina ha tratado de poner orden y racionalidad en esta situación con algunos resultados valiosos, aunque tampoco pacíficos ni definitivos.

Digamos aquí, al menos, que puede sostenerse que la regla general es que la Administración sólo responde ante daños causados por funcionamiento anormal (o sea, deficiente, incorrecto, inadecuado; en su caso, ilegal) lo que de ordinario, aunque no siempre, aparece mezclado más o menos subrepticamente con la culpa (aunque no sea la culpa de un concreto sujeto sino de la organización). Y que sólo se debe declarar la responsabilidad de la Administración por funcionamiento normal y sin culpa en ciertos géneros de supuestos, sobre todo, dos: primero, cuando las actividades administrativas generan un riesgo y éste se materializa en daños en un caso concreto (lo que supone una responsabilidad por riesgo que también conoce el Derecho privado); y, segundo, cuando el daño se identifica con el sacrificio del patrimonio de un particular en beneficio del interés general, supuesto éste que en el fondo tiene una naturaleza muy similar a una expropiación. En estos casos, es posible que la actuación de la Administración sea por completo legal, o sea, que cause legalmente un daño a un particular y que, sin embargo, dé derecho a indemnización.

Puesto que, como acabamos de ver, sí que tiene relevancia de ordinario el que el funcionamiento haya sido normal o anormal se plantea la cuestión de delimitar qué haya de entenderse por uno y otro. Funcionamiento normal no es el óptimo, el impecable, el mejor de los imaginables; ni el anormal es el pésimo. Así, ¿cuándo podrá decirse que los servicios de un hospital o de un colegio o de abastecimiento de aguas o de prisiones... o los servicios burocráticos han funcionado defectuosamente? Rara vez eso está establecido en leyes o reglamentos y, en cualquier caso, el funcionamiento anormal no puede identificarse con actuación formalmente ilegal. Se acude a este respecto a los estándares de calidad que se consideren exigibles a cada servicio. A veces, para señalar esos estándares, ayudan algunas normas o las denominadas cartas de servicios (de las que hablamos en la lección 7 del Tomo I) o los protocolos de actuación. También, sobre todo para los servicios sanitarios, se invoca la denominada *lex artis*, esto es, el conjunto de prácticas médicas aceptadas generalmente como adecuadas para tratar a los enfermos o pacientes en el momento presente. Pero por lo general son los tribunales los que caso por caso, sin criterios fijos ni claros, van decidiendo cuándo el funcionamiento del servicio no ha alcanzado los niveles de calidad exigibles y cuándo, por tanto, el daño que hayan originado debe ser indemnizado.

III. REQUISITOS DE LA RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL

Para que surja la responsabilidad de la Administración, esto es, su obligación de indemnizar —o, dicho desde la perspectiva del perjudicado, para que nazca su derecho a la indemnización—, es necesario que concurran una serie de requisitos establecidos por la LRJS. Veámoslos.

1. LA LESIÓN RESARCIBLE

Tanto el artículo 106.2 CE como el artículo 32.1 LRJSP hablan de «lesión». Por lesión se entiende un daño con una serie de requisitos que están enunciados en la ley.

Por una parte, dice la Ley (arts. 32.1 y 34.1 LRJSP) que ha de tratarse de un daño que quien lo sufre «no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley». A esto se alude afirmando que la lesión ha de consistir en un

daño antijurídico. Lo antijurídico no es la actuación administrativa que causa el daño (pues ya sabemos que también puede dar lugar a responsabilidad eventualmente el funcionamiento normal de los servicios públicos, esto es, el comportamiento jurídico o lícito de la Administración). Lo que tiene que ser antijurídico es el daño y éste lo será cuando el perjudicado no tenga el deber jurídico de soportarlo. Para ser más exactos, se trata de que no tenga el deber jurídico de soportar sus consecuencias patrimoniales. Una multa, un impuesto o el cierre de un establecimiento por no reunir las condiciones legales pueden causar un gran daño a un particular; pero de ordinario el particular tendrá el deber de soportarlo y, por ello, no darán origen a responsabilidad administrativa; es más, sería absurdo que el particular tuviera un derecho a indemnización. Pero otros muchos casos son más dudosos: ¿existirá el deber jurídico de soportar todas las consecuencias patrimoniales de la realización de una obra pública o de una reordenación del tráfico?, ¿de una limitación para proteger el patrimonio histórico o el medio ambiente? Los tribunales abordan estas y otras muchas cuestiones similares casuísticamente y sólo con el estudio pormenorizado de las sentencias pueden encontrarse respuestas y, aun así, no siempre uniformes ni convincentes.

Por otra parte —y conectado con lo que antes decíamos sobre cómo la imposibilidad formal de valorar que el funcionamiento haya sido normal o anormal, con o sin negligencia, ha llevado a introducir apreciaciones equivalentes por otras vías—, es cierto que se afirma que existe el deber jurídico de soportar el daño en casos en los que se haya originado en el funcionamiento normal y diligente de la Administración. Así, el artículo 34.1 LRJSP presenta como un caso de deber de soportar la lesión éste: «No serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado del conocimiento de la ciencia o de la técnica existente en el momento de la producción de aquéllos». Seguramente, en otro contexto, podría haberse dicho que esos supuestos eximen de responsabilidad por falta de culpa o porque el funcionamiento de la Administración ha sido normal. Pero como eso no exime de responsabilidad en nuestro sistema supuestamente objetivo, se llega a la misma conclusión, en vez de negando la culpa, afirmando un extraño deber de soportar la lesión.

Lo mismo se observa para otros supuestos en diversas sentencias. Por ejemplo, en los daños causados por los servicios sanitarios públicos cuando han funcionado normal y diligentemente, se suele negar la indemnización por la vía de argumentar que el paciente tenía el deber jurídico de soportar el daño (al menos, si dio su

«consentimiento informado» a la intervención a la que se le sometió), razonamiento artificioso que sólo se comprende por la imposibilidad de absolver a la Administración sencillamente por falta de culpa.

Añade, por otra parte, el artículo 32.2 LRJSP que el daño ha de ser «efectivo, evaluable económicamente e individualizado con relación a una persona o grupo de personas».

Al exigir que sea efectivo se quiere decir que sea realmente un menoscabo cierto, real, con exclusión de los hipotéticos, potenciales y aleatorios, fruto de meras especulaciones (SSTS de 13 de octubre de 1998 y 23 de julio de 2001 y 1 de abril de 2003, entre otras). Pero eso no excluye ni el lucro cesante ni los daños personales y morales (SSTS de 13 de octubre de 1998 y 1 de abril de 2003). Tampoco excluye la aplicación de la «teoría de la pérdida de oportunidad» que, entre otras cosas, ha permitido indemnizar supuestos en que un diagnóstico tardío impidió disfrutar de todas las posibilidades de un tratamiento médico que, prescrito en su momento, habría dado simplemente más posibilidades de curación o aquellos otros en los que el excluido injustamente de un proceso selectivo podría quizá haberlo concluido con éxito. En esos casos no se sabe a ciencia cierta qué habría sucedido si la Administración hubiese actuado de otra forma, pero se indemniza la pérdida de la oportunidad.

Poco añade el requisito de que el daño sea evaluable económicamente. Todo, hasta la vida o el dolor o el honor, de alguna forma es evaluable económicamente y, en cualquier caso, nadie ha sostenido que los daños a esos bienes o los que causa la pérdida de una persona querida, no sean indemnizables.

Al decir que el daño ha de ser individualizable se excluyen los daños generales que sufren todos los ciudadanos o todos los que se encuentran en una situación (todos los conductores de motos, todos los ganaderos...), y se destaca que sólo son indemnizables aquellos daños de carácter concreto y singularizado. No obstante, es necesario matizar que el daño puede ser individualizado, respecto de un individuo o respecto de un grupo o colectivo determinado, quedando sólo al margen los perjuicios causados a grupos indeterminados o indefinidos. Así, en concreto, se trata de excluir la indemnización a quienes sufren medidas normativas o generales en igual modo que el resto de los ciudadanos. A este respecto es criterio de gran relevancia el del «sacrificio especial»: si hay tal sacrificio patrimonial en uno o varios sujetos en beneficio del interés público habrá derecho a indemnización. Su aplicación requiere un análisis casuístico de las circunstancias concurrentes en cada supuesto (STS de 15 de enero de 2013). Con todo, no puede negarse que los confines de los daños individualizables son problemáticos y brumosos.

2. LA IMPUTACIÓN DEL DAÑO

Para que surja la responsabilidad administrativa es necesario que la lesión de que hemos venido hablando sea imputable a la Administración.

En el caso de que el daño tenga su origen en un reglamento o en un acto administrativo no se plantean especiales dificultades: el reglamento o el acto son obra de la Administración y, por tanto, el daño es imputable a ella.

Otra cosa es que, por razones distintas a la de la imputación, el daño debido a reglamentos o actos pueda no ser indemnizable. En ese sentido, dice el artículo 32.1.2.º que «la anulación [...] de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización». Es así porque tienen que darse todos los requisitos de la responsabilidad, además de la imputación. Además, se ha desarrollado una jurisprudencia según la cual se admite una especie de «margen de tolerancia» con las actuaciones jurídicas ilegales y dañosas de la Administración: casos en los que se parte de que la Administración aprobó reglamentos o actos ilegales que causaron daños pero en los que se estima que el error de la Administración no fue grave ni indiscutible y en los que, por ello, aunque se anule el reglamento o el acto, no se la condena a indemnizar. Esta jurisprudencia —criticada por la doctrina— es, en realidad, expresión de la tendencia, antes explicada, a exigir subrepticamente culpa pues en el fondo se exime a la Administración porque, aunque ilegalmente, actuó sin negligencia ante un problema jurídico complejo. Sea lo que fuere, en todos estos casos se plantean problemas por la concurrencia o no de otros requisitos, no del de la imputación que no ofrece dificultades en los casos de reglamentos y de actos administrativos.

Por lo que se refiere a la responsabilidad por actuaciones materiales o inactividad material, se imputan a la Administración por lo pronto las actividades y omisiones de su personal (autoridades, funcionarios, empleados laborales) en tanto que actúe como tal, no cuando realice sus propias actividades privadas.

En ocasiones se plantean problemas de deslinde entre la actuación del personal administrativo al servicio de la Administración y su actividad puramente privada. Por ejemplo, se ha admitido que se imputa a la Administración la actividad dañosa de policías o militares fuera de servicio cuando causan daños con sus armas reglamentarias de las que disponen por su empleo público. De ordinario, ello se justifica como una responsabilidad por el riesgo generado por la Administración al dar esas armas o como una responsabilidad por la mala elección o por el mal control de su personal (*culpa in eligendo* o *in vigilando*).

Alguna vez los empleados públicos no imputan su actividad ni los daños que causan a la Administración con la que tiene su relación funcional o contractual,

sino a otra con la que ocasionalmente tienen su relación orgánica. Ejemplo de ello ofrece el artículo 42.5 de la Ley General de Sanidad cuando prevé que el personal sanitario de los servicios de salud autonómicos que preste apoyo a los Ayuntamientos tendrá la consideración de personal municipal a los efectos, entre otros, de la responsabilidad patrimonial.

Pero la responsabilidad de la Administración no se agota en esos casos en que el daño tiene su origen en concretas actuaciones de determinados empleados públicos. La fórmula del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos da mucha mayor amplitud a la imputación y permite comprender los daños atribuibles en abstracto al conjunto de la organización administrativa. Así, también surge la responsabilidad de la Administración por los daños que tienen su origen en el mal estado de sus bienes (de las calles, de sus parques o de los árboles que hay en ellos, de las carreteras o de su defectuosa señalización, etc.) y en otros muchos casos de «daños anónimos» pero cuyo origen es localizable en algún servicio público. Es así sobre todo cuando el origen del daño es una inactividad administrativa. También puede surgir por un daño que materialmente puede atribuirse a un usuario de un servicio público (v. gr., alumno que causa daños a otro en el recreo, preso que lesiona a otro, enfermo mental internado que agrede a un tercero, etc.). En esta clase de supuestos se suele hablar también de una culpa administrativa *in vigilando*; pero, al margen de eso, la imputación se produce, no porque esos sujetos actúen por la Administración o en su nombre ni nada similar, sino porque la lesión tiene su origen en un servicio público de la Administración.

Ideas similares se han barajado también en algunos casos de daños causados por particulares en el ejercicio de actividades puramente privadas por el hecho de que la Administración no había ejercido adecuadamente las potestades de control que tenía sobre esos particulares. Pero sólo cabe admitir esta extensión de la responsabilidad administrativa muy excepcionalmente. Puede que, en efecto, haya un mal funcionamiento de los servicios de control o vigilancia pero, incluso así, el verdadero origen del daño no está en tales servicios públicos, sino en la actividad privada ilegal. Lo razonable y lo justo es que en tales supuestos la responsabilidad sea del sujeto privado. Lo contrario, además, conduciría a una responsabilidad administrativa amplísima, desmesurada e insostenible económicamente pues, dada la extensión actual de las potestades administrativas de control, vigilancia o inspección que cubren infinidad de actividades privadas, la Administración acabaría respondiendo de casi todos los daños.

A caballo entre los casos de daños causados por el personal de la Administración o los usuarios de los servicios públicos y los causados por particulares en ejercicio de sus actividades privadas (aunque sometidos a potestades administrativas de control)

está el de los daños causados por los contratistas de la Administración al ejecutar los contratos. Se analizará este supuesto en la lección 11.

Admitido que un daño sea imputable a la Administración, por lo general no es problemático determinar a qué concreta Administración debe atribuirse y cuál, por tanto, será responsable y estará obligada a indemnizar. Dependerá de cuál sea la titular del servicio, de la competencia o de la actividad generadora del daño. Y a este respecto debe partirse de que cada una de ellas tiene personalidad propia de modo que es un centro de imputación de obligaciones y sujeto de relaciones jurídicas; también un centro de imputación de la obligación indemnizatoria.

Siendo así, a cada una de ellas habrá que imputar los daños producidos en su actividad sin que a este respecto las potestades de tutela o las especialmente intensas propias de las relaciones de instrumentalidad alteren ese presupuesto. Por tanto, si el daño se produce en la actividad, por ejemplo, del Servicio Andaluz de Salud o de una entidad pública empresarial local gestora del servicio de abastecimiento de aguas, aquél o ésta serán responsables y deudores de la indemnización, no sus Administraciones matrices. Este punto de partida necesita, sin embargo, alguna puntualización. Para empezar, hay supuestos en los que varias Administraciones concurren en la producción de un daño, pero esto, que puede dar origen a la responsabilidad de todas ellas (vid. *infra*), no desmiente en absoluto lo que hemos dicho. Por otro lado, si la Administración matriz o de tutela ha determinado por completo en el caso concreto la actividad dañosa de la otra sí que podrá hacerse responsable a aquélla. Asimismo hay que tener en cuenta que en ocasiones una Administración actúa por delegación o en virtud de encomienda de gestión de otra y en tales hipótesis quizá sí sería posible entender eventualmente que los daños causados por una son imputables a la titular de la competencia o actividad.

3. LA RELACIÓN DE CAUSALIDAD

Junto a la existencia de una lesión antijurídica y su imputación a la Administración, debe existir una relación de causalidad, una vinculación entre el daño que se produce y la actuación pública. En otras palabras, debe existir una relación causa-efecto.

Determinar exactamente la causa de los daños es muchas veces complicado porque aquéllos, por lo general, son el resultado de un cúmulo de circunstancias, condiciones, actuaciones... sin que pueda señalarse una sola procedencia. Además, incluso detectada una causa, ésta tiene a su vez otra u otras. Es éste un problema general que se da también en el Derecho Civil y en el Penal. Aquí sólo procede decir que para la responsabilidad

administrativa la cuestión es determinar cuándo la actuación de la Administración o de los servicios públicos tiene una entidad causal suficiente como para generar su responsabilidad. Se proponen y se utilizan aquí en la misma forma y medida que en Derecho Civil tres teorías: la teoría de la causa eficiente (sólo es causa la más eficaz o relevante, no las que más bien son condición u ocasión para que aquélla desencadene sus consecuencias); la teoría de la equivalencia de las condiciones (son causas todas las condiciones que suprimidas mentalmente darían lugar a que no se hubiese producido el daño); y la teoría de la causalidad adecuada (es causa aquella que según el curso natural de las cosas habría llevado normalmente al daño). Todas se manejan por los tribunales según los casos (por lo general sin nombrarlas ni aludir formalmente a ellas) y, a la postre, deben combinarse con grandes dosis de sentido común.

Tres supuestos destacados en los que se niega la relación de causalidad y, por tanto, la responsabilidad de la Administración son:

a) Aquellos que obedecen a fuerza mayor. El mismo artículo 106.2 CE y el artículo 32.1.1.º LRJSP excluyen expresamente la responsabilidad administrativa en supuestos de fuerza mayor. Constituyen fuerza mayor los hechos imprevisibles y externos a la propia Administración Pública y su ámbito razonable de control (inundaciones, terremotos...). El TS los ha calificado como situaciones imprevisibles o, siendo previsibles, inevitables (por insuperables e irresistibles). Puede que la fuerza mayor aparezca como causa del daño o que, al menos, rompa la relación de causalidad. Es una situación diferente a la del caso fortuito que comprende acontecimientos igualmente imprevisibles, pero no externos, sino propios de la actividad administrativa, y que no excluyen la causalidad ni la responsabilidad administrativa.

b) Aquellos en los que el daño se debe exclusivamente a la conducta de la víctima, aunque se produzca con ocasión o en el seno de un servicio público.

c) Aquellos en los que el daño se debe a la conducta de un tercero totalmente ajeno a la Administración, aunque se produzca con ocasión o en el seno de un servicio público.

Ahora bien, puede suceder que el daño esté causado en parte por la Administración y en parte por fuerza mayor o por culpa de la víctima o por la actuación de un tercero. En estos casos no se excluye la responsabilidad de

la Administración pero se modera, es decir, se disminuye la indemnización que tendrá que pagar la Administración tomando en consideración, de un lado, la intensidad de la contribución causal de la Administración y, de otro lado, la intensidad de la contribución de la fuerza mayor, del comportamiento de la víctima o el del tercero.

Un supuesto particular e importante es aquél en que causan un mismo daño varias Administraciones. Está abordado en el artículo 33 LRJSP bajo el rubro «responsabilidad concurrente de las Administraciones Públicas». Distingue dos géneros de supuestos:

a) Para aquellos en los que el daño deriva de una actuación conjunta organizada y formalizada en la que hay un instrumento jurídico (un convenio) que la establece y regula, impone la responsabilidad solidaria frente al lesionado, sin perjuicio de que internamente se distribuya la indemnización según lo que eventualmente haya establecido el instrumento jurídico regulador de la actuación (apdo. 1).

Añade dos precisiones respecto al procedimiento: ha de tramitarlo la Administración que indique el instrumento regulador de la actuación o, si nada se previó allí, la que tenga «mayor participación en la financiación del servicio» (apdo. 3); y esa Administración «deberá consultar a las restantes Administraciones implicadas para que, en el plazo de quince días, éstas puedan exponer cuanto consideren conveniente» (apdo. 4). No siempre será fácil para el perjudicado saber cuál sea la Administración que deba instruir y resolver. Pero ello no debe suponer para él un problema: podrá dirigir su reclamación a cualquiera de las implicadas y serán éstas las que deberán decidir cuál de ellas debe instruir y resolver.

b) Para los restantes casos, «la responsabilidad se fijará para cada Administración atendiendo a los criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención»; y sólo «cuando no sea posible dicha determinación» establece la responsabilidad solidaria (apdo. 2 del art. 33).

Esta regla es de acierto dudoso pues resultará muy difícil para el perjudicado saber de antemano si es posible o no determinar la responsabilidad de cada una de las Administraciones intervinientes y qué parte de la indemnización debe pedir a cada una. Además, parece absurdo que se vea obligada a hacer peticiones separadas, instar varios procedimientos administrativos y, después, varios contenciosos.

IV. LA INDEMNIZACIÓN

La responsabilidad implica una reparación integral de los daños causados para conseguir que el perjudicado quede realmente indemne, es decir, libre de daño. Esa reparación puede producirse en especie (o sea, reponiendo al perjudicado en la misma situación que antes tenía; p. ej., reparando el objeto dañado o dándole otro igual) o mediante un resarcimiento pecuniario que, a su vez, puede consistir en un único pago o en varios periódicos o en una renta vitalicia... La ley parte aquí de la regla general del resarcimiento pecuniario en un único pago. Pero admite otras posibilidades en ciertas condiciones: «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» (art. 34.4 LRJSP).

La reparación o indemnización administrativa, como la propia del Derecho Civil, incluye diversos conceptos: el daño emergente y el lucro cesante; los daños materiales y los personales. En concreto, ha de compensar los gastos de tratamiento para recuperación, la disminución de facultades o secuelas, las perturbaciones anímicas, el llamado precio del dolor...

La ley ofrece algunos criterios para cuantificar la indemnización: «La indemnización se calculará con arreglo a los criterios de valoración establecidos en la legislación fiscal, de expropiación forzosa y demás normas aplicables, ponderándose, en su caso, las valoraciones predominantes en el mercado» (art. 34.2 LRJSP). Pero los mayores problemas se presentan respecto a las lesiones personales y las muertes. A este respecto, la LRJSP, asumiendo lo que ya venían haciendo los tribunales, dispone: «En los casos de muerte o lesiones corporales se podrá tomar como referencia la valoración incluida en los baremos de la normativa vigente en materia de seguros obligatorios y de la Seguridad Social» (art. 34.2, *in fine*).

Por otra parte se establece que «la cuantía de la indemnización se calculará con referencia al día en que la lesión efectivamente se produjo» (art. 34.3 LRJSP).

No hay que tener en cuenta, por tanto, la valoración del día en que se solicita o en el que se declara la obligación indemnizatoria o en el que se paga. Esto puede suponer una depreciación en épocas de alta inflación o devaluación monetaria. La solución se ha buscado por otras vías que establece el mismo artículo 34.3. De una parte, mediante «su actualización a la fecha en que se ponga fin al procedimiento de responsabilidad». Tal actualización se hace con arreglo al Índice de Garantía de la Competitividad que introdujo la Ley de Desindexación de la Economía de 2015. De

otra parte, con el devengo de intereses por la mora en el pago.

Un problema adicional es el de la compatibilidad de la indemnización por responsabilidad patrimonial de la Administración con otras indemnizaciones o prestaciones reparadoras o compensadoras de todo género. Visto desde otro punto de vista, el problema es si la indemnización que haya de pagar la Administración debe cubrir daños que el perjudicado ve reparados por otras vías o incluso por otros sujetos.

Piénsese, por ejemplo, en la indemnización por días dejados de trabajar cuando el perjudicado ha cobrado una prestación de la Seguridad Social que cubre todo o parte de los salarios no percibidos. El problema no es exclusivo de las indemnizaciones administrativas, sino que se presenta también en el Derecho Civil y en otros ámbitos, aunque aquí adquiere caracteres singulares cuando es la propia Administración la que también satisface esas otras prestaciones. En general, se afirma que la indemnización que satisfaga la Administración es compatible con otras vías de reparación (STS de 10 de noviembre de 2011). Así cabe aceptarlo respecto a las prestaciones de la Seguridad Social o las de un seguro privado. Más problemas se plantean en su concurrencia con indemnizaciones establecidas por ley atendiendo a razones de solidaridad (indemnizaciones por actos de terrorismo, catástrofes...) o con las específicas para funcionarios que sufren daños en acto de servicio. Por otra parte, los tribunales tienden a evitar que la suma de indemnizaciones supere el valor del daño y origine un enriquecimiento injusto del perjudicado.

V. LA RECLAMACIÓN DE LA REPARACIÓN

1. PLAZO

El derecho a reclamar prescribe al año de producido el hecho o el acto que motive la indemnización o de manifestarse su efecto lesivo (art. 67.1.1.º LPAC). El plazo, como se ve, es de prescripción, no de caducidad, lo que comporta que es susceptible de interrupción y que, tras ello, el plazo vuelve a correr desde el principio. Respecto al día inicial de ese plazo anual late en su regulación y en su aplicación jurisprudencial la idea de la *actio nata* que luce en el artículo 1.969 CC, esto es, que el plazo de prescripción de la acción sólo corre desde el día en que pudo ejercitarse. A este respecto, la regla general es la ya vista: *dies a quo* es aquel en el que se produjo el hecho o acto que motive la indemnización o aquel posterior en que se manifieste su efecto lesivo. Pero ello se completa con dos reglas especiales: a) en los casos de daños de carácter físico o psíquico a las personas, el plazo empezará a

computarse desde la curación o la determinación del alcance de las secuelas; b) en los casos en que la indemnización surja a raíz de la anulación de un acto o reglamento, el año se contará desde la notificación de la resolución administrativa o sentencia «definitiva» que haya declarado tal anulación. Estas reglas no han dejado de suscitar dificultades y dudas (p. ej., respecto a daños permanentes, secuelas cuya evolución se desconoce, significado de sentencia «definitiva») que ha abordado una copiosa jurisprudencia.

2. COMPETENCIA DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

La jurisdicción contencioso-administrativa es la única competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas.

Durante mucho tiempo reinó cierta confusión a este respecto que, de hecho, llevaba a que tanto la jurisdicción civil, como la social (por los daños causados por la asistencia sanitaria de la Seguridad Social) como la contencioso-administrativa se considerasen competentes para resolver parte o todos los litigios sobre responsabilidad de la Administración. En la actualidad está claro que la competencia es siempre y exclusivamente de la jurisdicción contencioso-administrativa y se han cortado, además, todas las escapatorias que pudieran permitir a la jurisdicción civil o social entrar en tales asuntos. Tras sucesivas reformas, la legislación no deja ningún cabo suelto.

Declara el artículo 9.4 LOPJ que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo «conocerán [...] de las pretensiones que se deduzcan en relación con la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y del personal a su servicio, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación del que se derive. Si a la producción del daño hubieran concurrido sujetos privados, el demandante deducirá también frente a ellos su pretensión ante este orden jurisdiccional. Igualmente conocerán de las reclamaciones de responsabilidad cuando el interesado accione directamente contra la aseguradora de la Administración, junto a la Administración respectiva. También será competente este orden jurisdiccional si las demandas de responsabilidad patrimonial se dirigen, además, contra las personas o entidades públicas o privadas indirectamente responsables de aquéllas». Concuerda con ello la LJCA. Por lo pronto, en términos inhabitualmente severos y tajantes, consagra en su artículo 2.e) que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo es el competente para conocer de: «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive, *no pudiendo ser demandadas aquéllas por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social*, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuentan con un seguro de responsabilidad». Y se suma a ello que, según el artículo 21.1.c) de la misma Ley, serán demandadas «las aseguradoras de las Administraciones Públicas, que siempre serán parte codemandada

junto con la Administración a la que aseguren». Acaso podría quedar el resquicio de demandar exclusivamente a la aseguradora de la Administración, como permite la Ley de Contrato de Seguros y no excluyen expresamente ni la LOPJ ni la LJCA; pero los tribunales civiles vienen negando esa posibilidad.

Distinto es el caso en que se exija responsabilidad, no a la Administración, sino a alguno de sus entes institucionales con personalidad de Derecho privado (sociedades mercantiles cuyo capital sea íntegramente administrativo y fundaciones en mano pública). Hasta ahora cabía sostener que ello correspondía a la jurisdicción civil. Pero del artículo 35 LRJSP podría acaso deducirse que también esos litigios competen a la jurisdicción contencioso-administrativa.

Al margen queda sólo la responsabilidad civil subsidiaria de la Administración derivada de delito cometido por sus autoridades o funcionarios, responsabilidad que corresponde declarar a los jueces penales.

Sin embargo, no se trata propiamente de una excepción a lo que hemos afirmado porque tal responsabilidad administrativa *ex delicto* declarada por el juez penal no es propiamente la responsabilidad patrimonial de la Administración, la regulada en los artículos 32 y siguientes LRJSP, sino otra que consagra el artículo 121 CP con un régimen por completo distinto en el que la diferencia más evidente, pero no única, es que se trata de una responsabilidad subsidiaria de la del funcionario condenado.

3. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO PREVIO

Pero, como regla general, la responsabilidad patrimonial de la Administración no se puede exigir directamente ante los órganos judiciales, sino que la reclamación de indemnización debe plantearse primero ante la Administración supuestamente responsable: sólo cuando ésta se haya pronunciado sobre tal reclamación —o, en su caso, tras la producción del silencio administrativo— podrá ejercerse la acción de responsabilidad ante los órganos del orden contencioso-administrativo.

Así, la previa vía administrativa ofrece un cauce de solución al conflicto y es un presupuesto procesal. Se trata en gran parte de una consecuencia del carácter revisor de esta jurisdicción en virtud del cual necesita un previo acto administrativo sobre cuya validez o invalidez se discutirá en el proceso y se resolverá en la sentencia. Así, primero, habrá que provocar un acto administrativo (o su ficción) y después se ejercerá ante la jurisdicción una doble pretensión: de nulidad de ese acto administrativo y de reconocimiento del derecho de indemnización o, por mejor decir, de condena de la Administración al pago de la indemnización.

La regla general de la necesaria vía administrativa previa tiene algunas

excepciones; esto es, casos en los que cabe ejercer directamente y por primera vez ante la jurisdicción contencioso-administrativa la pretensión indemnizatoria. El más relevante se da cuando la indemnización se pide como una pretensión complementaria a la de anulación de un acto o reglamento y por los daños que ha causado ese acto o reglamento.

Desde luego es posible que el particular opte por pedir sólo la anulación y después, cuando ya esté declarada, pedir la indemnización. Hemos visto más arriba, incluso, que para ello está establecido que el plazo de prescripción se cuente desde la sentencia anulatoria. Si hace esa opción tendrá luego que pedir la indemnización en vía administrativa para acceder finalmente a la jurisdiccional conforme a la regla general. Lo que añadimos ahora es que, además de esa posibilidad, tiene la de interponer un recurso contencioso-administrativo en el que pida conjuntamente la anulación y la indemnización. Lo permite el artículo 31.2 LJCA. Y si sigue esta vía puede ejercer la pretensión indemnizatoria ante el Juzgado o Tribunal sin haberla planteado antes en vía administrativa.

La regulación de esa previa reclamación y del consecuente procedimiento administrativo se contiene en la LPAC. No es que esta Ley contenga un capítulo dedicado específicamente al procedimiento para reclamar la responsabilidad de la Administración sino que, dispersamente, a lo largo de su articulado sobre el procedimiento administrativo en general, incluye preceptos específicos para este procedimiento. Demos sólo algunas pinceladas sobre sus aspectos más destacados.

Normalmente, este procedimiento administrativo comienza por solicitud del interesado.

El artículo 67.2 LPAC dice lo que concretamente debe indicar esta solicitud. Pero en nada hay especialidad alguna. Hay, no obstante, una precisión de interés cuando se dispone que la reclamación incluirá «la proposición de prueba, concretando los medios de que pretenda valerse el reclamante».

No obstante, aunque resulte chocante e inusual, el procedimiento puede iniciarse de oficio (art. 65 LPAC).

Que el procedimiento se inicie de oficio no cambia sustancialmente el resto de la tramitación. Tras el acto de incoación, notificado a los presuntamente lesionados, se les concede plazo para que presenten un escrito muy similar, por no decir idéntico, a la reclamación con la que lo podrían haber iniciado a su instancia. Tampoco esta peculiar iniciación de oficio altera el plazo para resolver ni el sentido negativo del silencio, como luego se verá.

La Ley regula un procedimiento simplificado (art. 96 LPAC) para los casos en los

que, iniciado el ordinario, se considere inequívoca la concurrencia de los requisitos necesarios de la responsabilidad así como la cuantía de la correspondiente indemnización. Pero son pocas las ventajas de este procedimiento simplificado.

De entre los trámites, interesa hacer referencia a los siguientes:

— Es preceptivo solicitar «informe del servicio cuyo funcionamiento haya ocasionado la presunta lesión» (art. 81.1 LPAC).

— Por lo que se refiere a la prueba, debe haber sido solicitada, como antes dijimos, en la misma solicitud.

La cuestión más relevante es la de la carga de la prueba. En principio —y tanto para este procedimiento administrativo como para el posterior contencioso-administrativo— recae sobre el solicitante conforme a la regla general del artículo 217.2 LEC que es aplicable aquí. Pero también lo son los artículos 217.3 y 7 y 386 LEC que lo matizan profundamente y, de hecho, la jurisprudencia establece una serie de criterios que suavizan mucho la carga de la prueba del solicitante en cuanto a la causalidad. Además, cargan sobre la Administración la prueba de la concurrencia de acontecimientos de fuerza mayor o circunstancias demostrativas de la culpa de la víctima o la prescripción. Por el contrario, exigen rigurosamente al solicitante la prueba de los daños causados y su valoración.

— Es preceptivo el dictamen del Consejo de Estado u órgano autonómico similar cuando la indemnización solicitada supera cierta cuantía (art. 81.2 LPAC).

Si se reclama la indemnización a la Administración del Estado o a alguno de los entes dependientes de ella, habrá de solicitarse el dictamen del Consejo de Estado si se reclaman 50.000 euros o más.

La Ley 4/2005, de 8 de abril, del Consejo Consultivo de Andalucía, impone el dictamen de este órgano en los «expedientes tramitados por la Administración de la Comunidad Autónoma» respecto a «reclamaciones administrativas de indemnización por daños y perjuicios de cuantía superior a 60.000 euros» [art. 17.10.a)]. Pero, «tratándose de solicitudes de dictamen que versen sobre reclamaciones en materia de responsabilidad patrimonial frente a Administraciones Públicas no pertenecientes a la Administración de la Comunidad Autónoma, el Consejo Consultivo será competente cuando la cuantía de la reclamación sea superior a 15.000 euros». La alusión a «Administraciones Públicas no pertenecientes a la Administración de la Comunidad Autónoma» hay que ponerla en relación con el artículo 1 de la misma Ley que configura a este órgano no sólo como «superior órgano del Consejo de Gobierno y de la Administración de la Junta de Andalucía, incluidos los organismos y entes sujetos a Derecho público de la Junta de Andalucía», sino también como «supremo órgano de asesoramiento de las entidades locales y de los organismos y entes de Derecho

público de ellas dependientes» e incluso de las «universidades públicas andaluzas y de las demás entidades y corporaciones de Derecho público no integradas en la Administración de la Junta de Andalucía, cuando las leyes sectoriales así lo prescriban».

En cuanto a la terminación debe destacarse la posibilidad, expresamente consagrada, de terminación convencional (arts. 86.5 y 91.1 LPAC).

El plazo de duración máxima del procedimiento ordinario es de seis meses pasados los cuales se produce silencio administrativo negativo, tanto se haya iniciado a instancia de interesado como de oficio [arts. 24.1.2.º, 25.1.a) y 91.3 LPAC]. En el caso del procedimiento simplificado el silencio negativo se produce a los treinta días de notificarse tal forma de tramitación (art. 96.6 LPAC).

La resolución del procedimiento pone fin a la vía administrativa [art. 114.1.e) LPAC] de modo que cabe ya contencioso-administrativo, sin perjuicio del potestativo recurso de reposición.

Se ocupa de la competencia para resolver estos procedimientos el artículo 92 LPAC.

La competencia para resolver los procedimientos de responsabilidad de la Administración General del Estado corresponde al Ministro respectivo, salvo que una Ley la atribuya al Consejo de Ministros. Cuando se trate de las Administraciones autonómicas habrá que estar a lo que dispongan sus respectivas normas que normalmente la han atribuido a los Consejeros. Y en cuanto a las entidades locales no hay respuesta expresa ni en la LRJSP ni en la LRBRL, aunque puede entenderse atribuidas a sus presidentes de conformidad con la cláusula residual que en su favor contienen los artículos 21, 34.1 y 124.1 LRBRL. Por lo que se refiere a los distintos entes institucionales de Derecho público, el artículo 92.3º LRJSP permite que sus normas reguladoras atribuyan la competencia a sus propios órganos, pero si nada establecen la competencia será del Ministro, Consejero u órgano municipal o provincial de la entidad matriz.

4. LEGITIMACIÓN

Reclamante en el procedimiento administrativo previo y demandante en el contencioso-administrativo será normalmente quien considere que ha sufrido un perjuicio propio y por ello pida una indemnización para sí. Basta que en su reclamación administrativa o en el posterior contencioso-administrativo afirme ser el titular del derecho a la indemnización. Distinto es que

realmente tenga o no ese derecho, lo que ya es una cuestión de fondo. Pero también pueden ser reclamantes personas distintas del perjudicado. Así, sus herederos, la compañía de seguros de la víctima que haya satisfecho la indemnización, el comunero que pida indemnización en beneficio de la comunidad... También tienen legitimación activa las asociaciones y agrupaciones de consumidores u otros colectivos perjudicados conforme a los artículos 11.2 y 3 LEC y 4.2 LPAC.

Demandada en el contencioso-administrativo será la Administración a la que el actor considere responsable del daño, a la que previamente habrá dirigido su solicitud y que habrá tramitado y resuelto el procedimiento. Pero, además de las reglas específicas para los casos en los que se pretenda la responsabilidad concurrente de varias Administraciones, hay que tener en cuenta que deben ser codemandados la aseguradora de la Administración [art. 21.1.c) LJCA] y los particulares a los que se considere, junto con la Administración, co-causantes del daño.

Más dudoso es si estos sujetos (aseguradoras y particulares co-causantes del daño) han de ser parte necesaria en el procedimiento administrativo previo. Puede mantenerse lo contrario en tanto que se sostenga que la resolución de ese procedimiento administrativo no contendrá ningún pronunciamiento sobre las obligaciones de esos otros sujetos, sino exclusivamente sobre las de la propia Administración.

VI. RESPONSABILIDAD PATRIMONIAL DE AUTORIDADES Y FUNCIONARIOS

La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública es, como ya hemos dicho, directa. Por tanto, los particulares que se consideren perjudicados por alguna actuación administrativa deben dirigirse contra la Administración y no pueden hacerlo contra la concreta autoridad o empleado público que haya originado el daño (art. 36.1 LRJSP). Ahora bien, lo anterior se completa con la posibilidad de que la Administración que haya satisfecho al perjudicado la indemnización ejerza una *acción de regreso* contra la autoridad o empleado público que hubiera incurrido en dolo o culpa o negligencia graves (art. 36.2 LRJSP).

En principio, la exigencia de esta responsabilidad no es una opción discrecional, sino un deber de la Administración (nótese que la ley dice «*exigirá* de oficio»). Pero esta acción de regreso no procede en todos los casos en que la Administración haya

indemnizado a un particular un daño atribuible a una concreta autoridad o funcionario, sino sólo si ha actuado con dolo o culpa o negligencia graves. Además, a continuación añade la ley que para la exigencia de dicha responsabilidad «se ponderarán, entre otros, los siguientes criterios: el resultado dañoso producido, el grado de culpabilidad, la responsabilidad profesional del personal [...] y su relación con la producción del resultado dañoso». Estos factores no sólo sirven para cuantificar el alcance de la indemnización exigida a la autoridad o funcionario (que, por tanto, puede cubrir sólo una parte de la pagada por la Administración al perjudicado), sino también para decidir si se ejerce o no esa acción de regreso. Lo cierto es que en la práctica es excepcional que la Administración ejerza esta acción de regreso.

La Ley aprovecha para regular, al hilo de lo anterior, un supuesto por completo diferente: el de la responsabilidad de las autoridades y empleados públicos por los daños que causen, no a los administrados, sino a la propia Administración en sus bienes y derechos. También esta acción de responsabilidad de la Administración contra su personal se configura como de ejercicio obligado pero limitada a los casos de dolo o culpa o negligencia graves (art. 36.3 LRJSP).

Y somete ambos supuestos de responsabilidad a un mismo procedimiento administrativo. Lo regula el artículo 36.4 LRJSP

Lo expuesto debe completarse, primero y sobre todo, con la posible responsabilidad penal de la autoridad o empleado público si su actuación, además de originar daños, es constitutiva de delito. Esa responsabilidad penal «se exigirá de acuerdo con lo previsto en la legislación correspondiente» y, por tanto, ante la jurisdicción penal. Pero ello también arrastra la responsabilidad civil nacida del delito que igualmente será declarada por el juez penal; responsabilidad que se rige por los artículos 109 y siguientes CP y que recae sobre el responsable criminal (o sea, en nuestro caso, sobre la autoridad o empleado público condenado penalmente por el delito) y sólo subsidiariamente sobre la Administración (art. 121 CP), como ya anticipamos.

Podría pensarse que mientras se sustancia el proceso penal que puede terminar con sentencia condenatoria que declare también la responsabilidad civil, incluida la subsidiaria de la Administración, no debería ejercerse la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración en vía administrativa y contencioso-administrativa y que, a su vez, consecuentemente, estaría interrumpido entretanto el plazo anual de prescripción de ésta. Sin embargo, la ley dispone que, como regla general, estos procesos penales no suspenden los procedimientos administrativos de responsabilidad patrimonial. Establece, empero, esta excepción: «salvo que la

determinación de los hechos en el orden jurisdiccional penal sea necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial» (art. 37.2 LRJSP). La regla general es de acierto discutible pues no parece lógico que se simultaneen dos vías que pueden acabar reconociendo indemnización al mismo sujeto y por los mismos daños, aunque a cargo de sujetos diferentes y con regímenes jurídicos diversos. Tampoco la excepción está formulada en términos correctos: nunca la determinación de los hechos por la jurisdicción penal es necesaria para la fijación de la responsabilidad patrimonial de la Administración; cosa distinta es que convenga que no se declaren hechos distintos en vía penal y administrativa. No es de extrañar por todo ello que las relaciones entre la vía penal y la administrativa (o posterior contencioso-administrativa) en cuanto a responsabilidad hayan dado origen a una jurisprudencia no del todo clara de la que, al menos, interesa destacar su tendencia a entender que mientras se tramita el proceso penal no corre el plazo de prescripción para el ejercicio de la acción de responsabilidad patrimonial contra la Administración.

Además, y ya en otro orden, cabe en segundo lugar que el funcionario incurra en responsabilidad disciplinaria. Por ejemplo, es infracción muy grave «la adopción de acuerdos manifiestamente ilegales que causen perjuicio grave a la Administración o a los ciudadanos» [art. 95.2.d) EBEP]; es infracción grave «causar daños graves en los locales, materiales o documentos de los servicios». Y, en tercer lugar, sólo en cuanto a los casos de responsabilidad de las autoridades y empleados públicos por daños a la Administración, debe notarse que la responsabilidad contable tiene un régimen singular establecido en la legislación presupuestaria y en la reguladora del Tribunal de Cuentas.

VII. LA RESPONSABILIDAD DE OTROS PODERES PÚBLICOS

La Constitución, además de referirse a la responsabilidad administrativa en su artículo 106.2, ya visto, se refiere también a ciertos supuestos de responsabilidad por error judicial y por anormal funcionamiento de la Administración de Justicia (art. 121) y más ampliamente a un vago principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3). Lo cierto es que también se ha aceptado la responsabilidad del Estado por leyes y hasta de la responsabilidad por la actuación del TC. A ello se alude en los distintos apartados del artículo 32 LRJSP y conviene referirse aquí, siquiera sea muy sucintamente, a la responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia y a la responsabilidad por actos legislativos.

1. RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR EL FUNCIONAMIENTO DE LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

Ya el artículo 121 CE distingue entre daños causados por error judicial y

por el funcionamiento anormal de la Administración de Justicia aunque en ambos casos se remite a lo que determine la Ley. La regulación legal está en los artículos 292 a 296 LOPJ que han añadido un tercer supuesto, el de la responsabilidad por prisión preventiva.

Hay una cuarta posibilidad de responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia: cuando ésta vulnera el Derecho de la Unión Europea. Pero se trata de un supuesto por completo distinto que hay que contemplar en el conjunto de la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho europeo (*infra*).

La responsabilidad por error judicial se refiere a la equivocación de los Jueces y Tribunales en su función jurisdiccional (sobre todo, al dictar sentencia) y requiere previamente una sentencia que declare ese error.

Esa declaración puede producirse en un recurso de revisión o en un proceso *ad hoc* instado en el plazo de tres meses a partir del día en que pudo ejercitarse y cuyo conocimiento corresponde al TS (art. 293.1 LOPJ). Sólo cabe respecto de resoluciones judiciales definitivas y firmes pues como dispone la LOPJ no procederá la declaración de error contra la resolución judicial a la que se impute mientras no se hubieren agotado previamente los recursos previstos en el ordenamiento [art. 293.1.f)].

Pero error judicial a efectos de generar esta responsabilidad no es cualquier equivocación sino, según la jurisprudencia, sólo la que sea *evidente, crasa, palmaria, manifiesta, esperpéntica, absurda, indudable e incontestable, de un modo objetivo y no tan sólo a ojos de quienes fueron parte o se sienten perjudicados* (SSTS de 11 de septiembre de 2015, 5 de octubre de 1987 y 16 de junio de 1988). No es de extrañar, entonces, que hayan sido pocos los casos en los que ha apreciado su existencia. Incluso, nótese, por poner sólo un ejemplo que parece especialmente sangrante, que quien haya sufrido pena de prisión durante mucho tiempo y después sea declarado inocente por nuevos descubrimientos posteriores, puede no tener derecho a indemnización si el error judicial en el que se incurrió no reúne los requisitos aludidos.

La responsabilidad por funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, que ya no se refiere propiamente a la función jurisdiccional, sino a su actividad más puramente burocrática o material, es más fácil de declarar y más amplia. Puede producirse por causas muy diversas, aunque los supuestos más frecuentes son los de retrasos o dilaciones indebidas (STS de 19 de octubre de 2015) y los de pérdida, substracción o deterioro de objetos (STS de 6 de julio de 2015). Aun así, obsérvese que sólo se prevé por funcionamiento anormal, no, como en la responsabilidad administrativa, por funcionamiento normal; pero el funcionamiento anormal no requiere

propiamente dolo o culpa de personas concretas.

Por lo que respecta a la responsabilidad por prisión provisional se produce cuando quienes la sufrieron son «absueltos por inexistencia del hecho imputado» (art. 294.1 LOPJ).

Eso no quiere decir que la prisión provisional se acordara ilegalmente: es posible que en su momento se acordase legalmente conforme a los datos entonces conocidos pero que después se declare la inexistencia del hecho imputado y se genere responsabilidad.

El supuesto en el que surge esta responsabilidad específica es muy limitado: si se absuelve, por ejemplo, por falta de pruebas, no es de aplicación (lo que, por cierto, ha suscitado algunos problemas en relación con el derecho a la presunción de inocencia). Pero no cabe descartar que en otros supuestos de absolución (distintos de la acordada por inexistencia del hecho) surja también la responsabilidad en virtud de alguno de los otros dos títulos, esto es, error judicial o funcionamiento anormal.

La cuantía de la indemnización en este tercer caso se fija en función del tiempo de privación de libertad y de las consecuencias personales y familiares que se hayan producido (art. 294.2 LOPJ; SSTs de 9 y 23 de julio y de 23 de septiembre de 2015).

En los tres casos la solicitud de indemnización debe dirigirse al Ministerio de Justicia en el plazo de prescripción de un año; y contra la resolución del Ministerio cabe recurso contencioso-administrativo (art. 293 LOPJ).

Conforme a lo explicado, esa solicitud ante el Ministerio puede formularse directamente en el caso de funcionamiento anormal de la Administración de Justicia; tras sentencia o auto absolutorio o de sobreseimiento libre en el de la prisión provisional; y tras sentencia que declare el error judicial cuando se trate de tal género de responsabilidad.

El procedimiento administrativo ante el Ministerio de Justicia es el mismo que el ya visto para los supuestos de responsabilidad patrimonial de la Administración con la singularidad de que, en vez del dictamen del Consejo de Estado, hay que recabar el del CGPJ (art. 81.3 LPAC).

En la actualidad, tras recientes reformas, los perjudicados no pueden reclamar la indemnización a los jueces. Pero una vez que la Administración del Estado haya pagado la indemnización tiene acción de regreso contra el juez que haya actuado con dolo o negligencia graves.

Ello sin perjuicio, además, de la posible imposición de sanciones disciplinarias. Todo, como se ve, en términos similares a los previstos para las autoridades y funcionarios de la Administración. No obstante, para garantizar la independencia

judicial, se ha establecido que sólo una sentencia o una resolución del CGPJ pueden apreciar el dolo o culpa grave del juez (art. 296 LOPJ), sentencia o resolución que será requisito necesario para iniciar el procedimiento en el que se sustanciará esa acción de regreso.

2. RESPONSABILIDAD POR ACTOS LEGISLATIVOS

Aunque la responsabilidad por leyes no está expresamente consagrada en la CE, el TS entendió que se deducía de la proclamación genérica del principio de responsabilidad de los poderes públicos (art. 9.3 CE).

No fue una jurisprudencia pacífica (contó con oposición de parte de la doctrina, destacadamente de García de Enterría) pero está ya consolidada. Asumiendo esa jurisprudencia, o parte de ella, alude a esta responsabilidad el artículo 32.2 LRJSP.

Es necesario distinguir dos supuestos según se trate de leyes constitucionales o inconstitucionales.

En realidad, hay un tercer supuesto: el de las leyes contrarias al Derecho de la Unión Europea. Pero es un supuesto que hay que analizar en el conjunto de la responsabilidad del Estado por vulneración del Derecho europeo (*infra*).

Para el caso de las leyes constitucionales el artículo 32.3 LRJSP dice que las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos «de naturaleza no expropiatoria» cuando produzcan una lesión «que no tengan el deber jurídico de soportar» pero sólo si la misma ley lo establece y en los términos en que lo prevea.

El precepto resuelve poco. Por lo pronto, excluye a las leyes de naturaleza expropiatoria. A este respecto digamos, primero, que no es tan fácil delimitar las que tengan tal naturaleza y, segundo, que no dice qué sucede con esas leyes materialmente expropiatorias. Hay que entender que darán lugar al pago de justiprecios y que si la ley no lo admite será inconstitucional.

Dentro de las leyes sin naturaleza expropiatoria puede haber muy distintos supuestos de leyes que perjudiquen a los particulares. Algunas no darán derecho a indemnización por la propia naturaleza del perjuicio que irroguen. Así, las que simplemente delimiten derechos de forma más restrictiva con su nueva regulación pero lo hagan con un carácter general que no dé lugar a daños individualizables o respecto a los que exista el deber jurídico de soportar la lesión. Por ejemplo, una ley que contenga una nueva regulación del tabaco o del alcohol o de ciertos medicamentos o de algunos vehículos o de ciertas propiedades... Pero habrá otras que originen daños individualizables en determinadas personas o grupos de personas que no tengan el deber jurídico de soportarlo. Lo cierto, sin embargo, es que incluso

para este tipo de leyes el artículo 32.3 LRJSP parece remitir la solución a lo que el legislador decida en cada caso libérrimamente. Esto es absurdo, especialmente teniendo en cuenta que antes circunscribe la cuestión a los casos en los que los particulares no tengan el deber jurídico de soportar la lesión. Si no tienen el deber jurídico de soportar la lesión, ¿cómo es que la ley puede decidir no indemnizar o sólo prever indemnizaciones parciales? Tampoco parece que esta pura remisión a lo que decida cada ley se acomode a la jurisprudencia del TS que de hecho ha seguido admitiendo a veces la responsabilidad por leyes que nada dicen aunque eventualmente lo haga afirmando que indaga la «voluntad tácita» del legislador.

Para el caso de leyes inconstitucionales se requiere, por supuesto, que tal inconstitucionalidad haya sido declarada por el TC (único que puede hacerlo) y que antes de ello produjera perjuicios efectivos, individualizados y evaluables.

Ahora bien, la misma sentencia del TC puede establecer que la anulación sólo tenga efectos *pro futuro* lo que excluye cualquier pretensión de responsabilidad por los daños anteriores. El TS ratifica que es necesario aceptar el criterio que establezca el TC (SSTS de 1 de julio de 2003 y 24 de febrero de 2015). Si el TC no hace esa salvedad, sí es posible que surja la responsabilidad sin que a ello obste que los asuntos concretos estén resueltos por sentencias firmes con fuerza de cosa juzgada: esta cosa juzgada es como regla general inconstitucional (art. 40.1 LOTC), pero ello no impide que, sin alterar lo fallado, se declare después el derecho a indemnización. El TS se ha pronunciado en el sentido de reconocer indemnización por los perjuicios irrogados por la aplicación de una Ley declarada inconstitucional, sosteniendo que la declaración de inconstitucionalidad deja incólume y no menoscaba el valor de cosa juzgada de la sentencia firme cuyo pronunciamiento se sustentó en la aplicación de la norma luego declarada contraria a la Constitución (SSTS de 28 de febrero de 2000 y de 2 de junio de 2010, entre otras).

La LRJSP añade una serie de requisitos y límites a la responsabilidad del Estado legislador. De una parte, su artículo 32.4 exige: *a)* que el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño; y *b)* que se hubiera alegado la inconstitucionalidad posteriormente declarada. De otra parte, circunscribe los daños indemnizables a los producidos en los cinco años anteriores a la fecha de la sentencia del TC que haya declarado la inconstitucionalidad (art. 34.1.2.º). Aquellos requisitos suponen una restricción notable respecto a lo que viene aplicando el TS y tan intensa que va a hacer muy difícil conseguir indemnización por leyes inconstitucionales.

Esta responsabilidad se exige por solicitud que ha de presentarse en el plazo de prescripción de un año contado desde la publicación en el *BOE* de la STC que anuló la ley y que resolverá el Consejo de Ministros (arts. 67.1.3.º y 92.1.º Ley 39/2015) tras seguir el mismo procedimiento general de

responsabilidad y contra su resolución cabe recurso contencioso-administrativo.

VIII. LA RESPONSABILIDAD POR INFRACCIÓN DEL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

Es el mismo Derecho de la Unión Europea el que establece la responsabilidad de los Estados miembros por los daños causados a los particulares como consecuencia de la violación del propio Derecho europeo y el que fija los requisitos para que surja esa responsabilidad. Pero es el Derecho interno de cada uno de los Estados miembros, el español en nuestro caso, el que completa esa previsión y concreta los cauces y formalidades para hacer efectiva tal responsabilidad.

El principio de responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho de la Unión no está expresamente consagrado en ningún Tratado (lo que sí aparece en ellos es la responsabilidad de las propias Instituciones europeas, art. 340 TFUE). Fue el TJUE el que lo proclamó ya en su sentencia de 19 de noviembre de 1991, asunto *Francovich y Bonifaci*, con doctrina después reiterada y completada. En esa ocasión declaró la responsabilidad para el caso de la no incorporación en plazo de las Directivas. Pero estableció una doctrina que permitía dar a la responsabilidad un ámbito mucho más amplio.

Presentó a la responsabilidad de los Estados miembros por incumplimiento del Derecho europeo como un principio general al mismo nivel que los principios de primacía y de efecto directo y como complemento necesario de éstos. Se sirvió para ello del artículo 4.3.2.º TUE que impone a todos los Estados miembros adoptar todas las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de las obligaciones derivadas de los Tratados pues entre esas obligaciones se encuentra la de eliminar las consecuencias ilícitas de una violación del Derecho comunitario.

No todo incumplimiento estatal del Derecho europeo genera esta responsabilidad. Los requisitos para que nazca se establecieron ya en la sentencia *Brasserie* de 1996 y se han reiterado después. En primer lugar requiere que el incumplimiento haya consistido en la lesión de un derecho otorgado por el Derecho europeo (y no se trate, por tanto, de un mero incumplimiento formal o de alguna otra norma no destinada a conferir derechos a los particulares); en segundo lugar, que exista relación de

causalidad entre el hecho (el incumplimiento) y el daño (el no disfrute del derecho); y, por último, la cualificación del incumplimiento estatal como una «violación suficientemente caracterizada» lo que equivale a una conculcación manifiesta o grave.

Dada la evidente indeterminación de este requisito, el propio Tribunal de Justicia ha ido señalando criterios con los que decidir en cada caso cuándo la vulneración es suficientemente caracterizada, como son:

- a) el grado de claridad y de precisión de la norma vulnerada,
- b) la amplitud del margen de apreciación que la norma infringida deja a las autoridades nacionales,
- c) el carácter intencional o involuntario de la infracción cometida o del perjuicio causado,
- d) el carácter excusable o inexcusable de un eventual error de Derecho,
- e) la circunstancia de que las actitudes adoptadas por una institución comunitaria hayan podido contribuir a la omisión, la adopción o el mantenimiento de medidas o de prácticas nacionales contrarias al Derecho europeo.

Queda claro, por tanto, que no toda lesión debida a incumplimiento del Derecho de la Unión comprometerá la responsabilidad de los Estados y que, en consecuencia, hay un cierto ámbito para la irresponsabilidad ante incumplimientos dañosos.

El incumplimiento estatal del Derecho europeo que puede dar origen a responsabilidad puede adoptar las formas más variadas (actuaciones jurídicas o materiales o simples omisiones) y provenir de cualquier poder de los Estados miembros: no sólo de todas sus Administraciones, sino también de los Parlamentos y de los jueces (sentencia *Köbler*).

Con estos presupuestos establecidos por el propio TJUE, corresponde a cada Estado miembro completar y concretar ese principio de responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión pero sin desfigurarlo y en todo caso respetando los principios de equivalencia y de efectividad.

Recuérdese que en virtud de estos principios (que ya expusimos en la lección 15 del tomo I), los Estados miembros no pueden establecer regulaciones que hagan menos favorable la aplicación de las normas europeas que la de las propias normas nacionales para situaciones similares ni regulaciones que hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil la ejecución del Derecho europeo. También vimos en aquella lección que estos dos principios de equivalencia y efectividad valen especialmente en lo que se refiere a las vías de reacción de los ciudadanos frente a los

incumplimientos por los Estados miembros del Derecho de la Unión.

Por tanto, los Estados miembros deben establecer sistemas para hacer efectiva la responsabilidad de sus poderes públicos por incumplimiento del Derecho de la Unión similares a los previstos para los casos de incumplimiento de su propio Derecho interno y que, al mismo tiempo, como mínimo, permitan sin dificultades excesivas la exigencia de tal responsabilidad en los términos establecidos por el TJUE.

En este contexto tan elementalmente explicado hay que contemplar el artículo 32.3.b), 5 y 6 y el artículo 34.1.2.º LRJSP que son los que se dedican a la responsabilidad por incumplimiento del Derecho de la Unión y que constituyen una novedad en la legislación española.

Hasta la LRJSP no se habían establecido en España reglas específicas para hacer efectiva la responsabilidad por vulneración del Derecho de la Unión. Por tanto, si el origen del daño estaba en un incumplimiento del Derecho europeo por parte de las Administraciones, la responsabilidad de éstas debía exigirse conforme a las reglas generales para todos los casos de responsabilidad administrativa; si el origen estaba en un error judicial, el régimen sería el mismo establecido con carácter general en la LOPJ; y si el origen estaba en una Ley, el régimen sería el que hemos visto para el caso de las leyes inconstitucionales, como quedó ya establecido en la STS de 17 de septiembre de 2010, tras plantear una cuestión prejudicial que resolvió la STJUE de 26 de enero de 2010, asunto C-118/08, sobre Transportes Urbanos. Ahora, con la LRJSP, la situación cambia, al menos parcialmente.

Para empezar, debe notarse que estos preceptos de la LRJSP no se ocupan de todos los supuestos de responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho europeo. Sólo abordan aquellos en los que tal incumplimiento ha sido perpetrado por una norma con rango de ley. Se observa en el artículo 32.3 LRJSP que presenta la responsabilidad del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión como uno de los supuestos de responsabilidad del Estado legislador.

Otros preceptos permitirían una interpretación algo más amplia puesto que hablan simplemente de «norma declarada contraria al Derecho de la Unión» (art. 32.5), de «norma contraria al Derecho de la Unión Europea» (art. 32.6). Esto llevaría a incluir a los meros reglamentos internos contrarios al Derecho de la Unión. Pero, de una parte, la clara dicción del artículo 32.3, y, de otra, lo absurdo que sería dar distinto trato a los reglamentos y a las otras actuaciones administrativas contrarias al Derecho de la Unión, conducen a concluir que todos los preceptos de la LRJSP sobre responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo se constriñen a los casos en que ese incumplimiento se ha producido por ley.

Por tanto, no hay ninguna regla específica para la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo cuando sea atribuible a actuación administrativa de cualquier género (incluida la reglamentaria) o a la judicial. Para tales supuestos, en principio, deberá exigirse la responsabilidad por vulneración del Derecho europeo conforme a las reglas de la LRJSP establecidas en general para la responsabilidad por actuación administrativa o, si es el caso, conforme a las de la LOPJ para la responsabilidad por funcionamiento de la Administración de Justicia.

Eso es lo que se deduce de la LRJSP en la que parece partirse de la idea de que esos supuestos no plantean problemas especiales. Y, sin embargo, como ha explicado Cobreros, las cosas no son tan simples: por ejemplo, el principio de equivalencia permite dudar si puede exigirse la «violación suficientemente caracterizada» en los casos en los que el incumplimiento del Derecho de la Unión sea imputable a actuación administrativa puesto que en nuestro sistema y para la normal responsabilidad administrativa por vulneración del Derecho nacional no se exige ese requisito; o, por otro lado, cabe cuestionar si la aplicación de las enrevesadas reglas y gravosas exigencias de la LOPJ para la responsabilidad por error judicial no hace tan difícil exigir la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo imputable a los jueces que no respeta el principio de eficacia.

Volviendo a la responsabilidad por incumplimiento del Derecho europeo producida por norma con rango de ley, los tres requisitos enunciados en las letras *a)*, *b* y *c*) del artículo 32.5 LRJSP son pura reproducción de los que, como hemos recordado más arriba, ha consagrado el TJUE. Lo relevante está antes, cuando ese mismo apartado 5 exige que «el particular haya obtenido, en cualquier instancia, sentencia firme desestimatoria de un recurso contra la actuación administrativa que ocasionó el daño, siempre que se hubiera alegado la infracción del Derecho de la Unión Europea posteriormente declarada». También cuando el apartado 6 de ese artículo 32 se refiere a la sentencia que declare la vulneración del Derecho de la Unión y a su publicación en el Diario Oficial de la Unión Europea. Y asimismo en el artículo 34.1.2.º LRJSP cuando limita los daños indemnizables a los producidos en los cinco años anteriores a la publicación de esa sentencia.

No puede dejar de reconocerse que se cumple el principio de equivalencia puesto que eso mismo exige la LRJSP para la responsabilidad por leyes inconstitucionales, responsabilidad ésta que sería con la que hay que comparar lo establecido para la responsabilidad por leyes contrarias al Derecho de la Unión. Pero cabe plantear si se respeta el principio de efectividad o si la suma de restricciones señaladas hace excesivamente difícil conseguir indemnizaciones por la violación legislativa del Derecho de la Unión Europea. Acaso proceda plantear una cuestión prejudicial ante el TJUE para comprobar si el régimen instaurado con los artículos 32.3.b), 5 y 6 y

34.1.2.º LRJSP sobre responsabilidad por leyes vulneradoras del Derecho de la Unión es, él mismo, respetuoso con el Derecho de la Unión.

BIBLIOGRAFÍA

- AHUMADA RAMOS, E.: *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas: elementos estructurales: lesión de derechos y nexo causal entre la lesión y el funcionamiento de los servicios públicos*, Aranzadi, 2009.
- ALEGRE ÁVILA, J. M.: «Responsabilidad civil extracontractual de la Administración Pública y la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, n.º 126 (2005).
- ALONSO GARCÍA, M.^a C.: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador*, Marcial Pons, Madrid, 1999.
- ALONSO GARCÍA, R.: *La responsabilidad de los Estados miembros por infracción del Derecho Comunitario*, Civitas, 1997.
- ALONSO MAS, M. J., y NARBÓN LAÍNEZ, E.: *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Civitas, 2013.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La teoría de la responsabilidad de la Administración y sus crisis en la práctica», *Cuadernos de Derecho Judicial*, 2010.
- BARCELONA LLOP, J.: «La acción de regreso en la LRJAP», *REDA*, n.º 105 (2000).
- BARRERO RODRÍGUEZ, M. C.: *Fuerza mayor y responsabilidad administrativa extracontractual*, Aranzadi, 2009.
- BELADÍEZ ROJO, M.: *Responsabilidad e imputación de daños por el funcionamiento de los servicios públicos*, Tecnos, 1997.
- BLASCO ESTEVE, A.: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Civitas, 2.^a ed., 1985.
- «La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en las Leyes 39 y 40/2015», *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- CANO CAMPO, T.: «La transmisión *mortis causa* de los derechos a ser indemnizado por los daños no patrimoniales causados por la Administración», *RAP*, n.º 191 (2013).
- CARAZA CRISTÍN, M. M.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración y su relación con los estándares de calidad de los servicios públicos*, INAP, 2016.
- CARRILLO DONAIRE, J. A.; GUICHOT REINA, E., y LÓPEZ MENUDO, F.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 2006.
- CASINO RUBIO, M.: *Responsabilidad civil de la Administración y delito*, Marcial Pons, 1998.
- COBO OLVERA, T.: *El procedimiento para la exigencia de la responsabilidad patrimonial a las Administraciones Públicas*, Bosch, 2003.
- COBREROS MENDAZONA, E.: *Incumplimiento del Derecho comunitario y responsabilidad del Estado*, Civitas, Madrid, 1994.
- *La responsabilidad del Estado derivada del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia*, Civitas, 1998.
- «Funcionamiento anormal de la Administración de justicia e indemnización»,

- RAP, n.º 177 (2008).
- *Responsabilidad patrimonial del Estado por incumplimiento del Derecho de la Unión Europea*, Iustel, 2015.
 - «La exigibilidad del requisito de la violación suficientemente caracterizada al aplicar en nuestro ordenamiento el principio de la responsabilidad patrimonial de los Estados por el incumplimiento del Derecho de la Unión Europea», *RAP*, n.º 196 (2015).
 - «Los paradójicos efectos de la protección de la presunción de inocencia sobre el sistema indemnizatorio por prisión provisional», *Homenaje a T. R. Fernández*.
 - «Un paso más en la consolidación de la responsabilidad patrimonial de los Estados por incumplimiento judicial del Derecho de la Unión Europea», *Revista Española de Derecho Europeo* n.º 58 (2016).
- COLÓN PIAZUELO, E.: *Los procedimientos especiales de responsabilidad administrativa (Expropiación, contratos, anulación de actos y leyes ampliatorias de la responsabilidad)*, Aranzadi, 2007.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «Consideraciones sobre el enriquecimiento injusto en el Derecho Administrativo», *RAP*, n.º 84 (1977).
- CUETO PÉREZ, M.: «Avances y retrocesos en la responsabilidad de las Administraciones Públicas tras la Ley 30/1992», *RAP*, n.º 152 (2000).
- DIEZ SASTRE, S.: «Culpa vs. ilegalidad. De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo», *REDA*, n.º 153 (2012).
- DOMENECH PASCUAL, G.: «La responsabilidad patrimonial de la Administración derivada de la adopción de medidas cautelares», *REDA*, n.º 125 (2005).
- «¿Por qué la Administración no ejerce nunca la acción de regreso contra el personal a su servicio?», *Indret*, n.º 2 (2008).
 - «Responsabilidad patrimonial de la Administración por actos jurídicos ilegales. ¿Responsabilidad objetiva o por culpa?», *RAP*, n.º 183 (2010).
 - «Ni más ni menos. El principio de indemnidad y sus excepciones», *REDA*, n.º 156 (2012).
- ESTEVE PARDO, J.: «La protección de la ignorancia. Exclusión de responsabilidad por los riesgos desconocidos», *RAP*, n.º 161 (2003).
- FERNÁNDEZ FARERRES, G.: «La responsabilidad patrimonial del Estado-Juez», *Poder Judicial*, n.º 12 (1984).
- «Responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas y títulos de imputación del daño», en la obra colectiva *La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. Crisis y propuestas para el siglo XXI*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
 - «La responsabilidad patrimonial del Estado por funcionamiento anormal del Tribunal Constitucional», *REDA*, n.º 146 (2010).
- FORTES GONZÁLEZ, A. I.: «Los procedimientos para la determinación de la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Vasca de Administración Pública*, n.º 48 (1997).
- *La responsabilidad patrimonial de las autoridades y personal al servicio de las Administraciones Públicas*, INAP, 2014.
- GALÁN VIOQUE, R.: *La responsabilidad del Estado legislador*, Cedecs, 2001.

- «A vueltas con la regulación de la responsabilidad del Estado legislador (Un nuevo intento introducido en el Proyecto de Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de limitar el alcance de la responsabilidad del Estado Legislador, esta vez en su vertiente de ilícito legislativo)», *DA*, n.º 2 (2015).
- GAMERO CASADO, E.: *Responsabilidad administrativa: conflictos de jurisdicción*, Aranzadi, 1997.
- «Los contratos de seguro de responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas», *REDA*, n.º 103 (1999).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El principio de la “responsabilidad de los poderes públicos” según el artículo 9.3 de la Constitución y la responsabilidad patrimonial del Estado Legislador», en *REDC*, n.º 67 (2003).
- *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Civitas, 2.ª reimpresión, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E.: «Notas sobre el procedimiento abreviado en materia de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *REDA*, n.º 81 (1994).
- *Plazo para exigir la responsabilidad extracontractual de las Administraciones Públicas*, Civitas, 1990.
- GARRIDO FALLA, F.: «Sobre la responsabilidad del Estado legislador», *RAP*, n.º 118 (1989).
- «La responsabilidad del Estado legislador en la nueva Ley 30/1992 y en la STS de 30 de noviembre de 1992», *REDA*, n.º 77 (1993).
- GÓMEZ PUENTE, M.: «La repercusión institucional de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- GUICHOT REINA, E.: *La responsabilidad extracontractual de los poderes públicos según el Derecho comunitario*, Tirant lo Blanch, 2001.
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E. (coord.): *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Comares, Granada, 2000.
- HUERGO LORA, A.: *El seguro de responsabilidad civil de las Administraciones Públicas*, Marcial Pons, 2002.
- JORDANO FRAGA, J.: «La reforma del artículo 141, apartado 1, de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, o el inicio de la demolición del sistema de responsabilidad objetiva de las Administraciones Públicas», *RAP*, n.º 149 (1999).
- *La reparación de los daños catastróficos. Catástrofes naturales, Administración y Derecho público: responsabilidad, seguro y solidaridad*, Marcial Pons, 2000.
- «Ciencia, tecnología, medio ambiente y responsabilidad patrimonial de la Administración: en especial, los denominados riesgos del desarrollo», *DA*, n.ºs 265-266 (2003).
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «Responsabilidad de la Administración por daños causados por el sujeto autorizado», *RAP*, n.º 155 (2001).
- LEGUINA VILLA, J.: *La responsabilidad civil de la Administración Pública*, Tecnos, 2.ª ed., 1983.
- «Responsabilidad del Estado legislador», *Cuadernos de derecho judicial*, n.º 19

- (1993).
- «Responsabilidad patrimonial de la Administración y unidad jurisdiccional», *JA*, n.º extraordinario (1999).
 - «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad de la Administración», *RAP*, n.º 136 (2007).
- LÓPEZ MENUDO, F.: «Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso: un paso adelante en la definición del sistema», *RAAP*, n.º 36 (1999).
- «Reparación integral derivada de la responsabilidad en concurrencia con otras prestaciones», *Homenaje a Rivero Ysern*.
- LÓPEZ MENUDO, F.; GUICHOT REINA, E., y CARRILLO DONAIRE, J. A.: *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos*, Lex Nova, 2005.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Jueces y responsabilidad del Estado. El artículo 121 de la Constitución*, CEC, 1983.
- *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Civitas, 1977.
 - «La responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas en España: estado de la cuestión, balance general y reflexión crítica», *DA*, n.ºs 237-238 (1994).
 - «Ayer y hoy de la responsabilidad patrimonial de la Administración: un balance y tres reflexiones», *RAP*, n.º 150 (2000).
 - *La responsabilidad patrimonial de las entidades locales*, Iustel, 2005.
 - «Presunción de inocencia y responsabilidad del Estado: una relación paradójica», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- MARTÍN-RETORTILLO, L.: «Responsabilidad patrimonial de la Administración y jurisdicción», *RAP*, n.º 42 (1963).
- MARTÍN VALDIVIA, S.: *Una aproximación jurisprudencial a la responsabilidad patrimonial de la Administración local*, Cemci, 2014.
- MAURANDI GUILLÉN, N.: «La doctrina del TJUE sobre responsabilidad del Estado legislador por violaciones del ordenamiento europeo. Su plena incorporación a la jurisprudencia española en las sentencias de 17 de septiembre de 2010 de la Sala 3.ª del TS», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- MEDINA ALCOZ, L.: *La responsabilidad patrimonial por acto administrativo*, Civitas, 2005.
- *La teoría de la pérdida de oportunidad*, Civitas, Madrid, 2005.
 - «Mitos y ficciones en la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas. A propósito de la STS de 27 de septiembre de 2011», *REDA*, n.º 153 (2012).
- MEILÁN GIL, J. L.: «El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración desde el derecho español y comunitario», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- MIR PUIGPELAT, O.: *La responsabilidad patrimonial de la Administración: hacia un nuevo sistema*, Civitas, Madrid, 2002.
- «La jurisdicción competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración: una polémica que no cesa (Comentario a los Autos de la Sala Especial de Conflictos de Competencia del Tribunal Supremo de 27 de diciembre

- de 2001 y 21 de octubre de 2002 y propuesta de reforma legislativa», en *Homenaje a Entrena*.
- MONTORO CHINER, M. J., y HILL PRADOS, M. C.: *Responsabilidad patrimonial de la Administración y contrato de seguro*, Atelier, 2002.
- MUÑOZ GUIJOSA, M. A.: «Sobre el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial administrativa. Antijuridicidad y atención al tipo de funcionamiento administrativo», *RAP*, n.º 187 (2012).
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La responsabilidad civil concurrente de las Administraciones Públicas (y otros estudios sobre responsabilidad)*, Civitas, 2.ª ed., 1998.
- «Regulaciones lesivas e indemnización», *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- NAVARRO DEL CACHO, C.: «El caótico marco de la jurisprudencia sobre el orden jurisdiccional competente en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración», *Revista aragonesa de Administración Pública*, n.º 12 (1998).
- PANTALEÓN PRIETO, F.: «Los anteojos del civilista: hacia una revisión del régimen de responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *DA*, n.º 237-238 (1994).
- PARADA VÁZQUEZ, J. R.: «Justicia administrativa e irresponsabilidad de los servidores públicos», *RAP*, n.º 153 (2000).
- PLAZA MARTÍN, C.: «Un viaje de ida y vuelta en transportes urbanos: responsabilidad patrimonial del Estado legislador y principio de equivalencia (sobre la STJUE de 10 de enero de 2010 y la STS de 17 de septiembre de 2010)», en *Homenaje a T. R. Fernández*.
- QUINTANA LÓPEZ, T. (dir.), CASARES MARCOS, A. (coord.): *La responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, 2.ª ed., 2 vols., Tirant lo Blanch, 2012.
- QUINTANA LÓPEZ, T. A.: «La responsabilidad patrimonial por la aplicación de normas con rango de ley declaradas inconstitucionales», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*, n.º 20 (1990).
- *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, 1995.
- «Vía administrativa y jurisdicción competente para declarar la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas», *Revista Jurídica de Andalucía*, n.º 26 (1998).
- «El procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública. Especial referencia a la Comunidad Andaluza», *La responsabilidad patrimonial de los poderes públicos en el marco de la estructura territorial del Estado*, Comares, Granada, 2000.
- «Sobre la reforma del régimen de responsabilidad patrimonial de la Administración», en F. SAINZ MORENO (dir.), *Estudios para la reforma de la Administración Pública*, INAP, 2004.
- «Capacidad, representación y legitimación del reclamante en el procedimiento administrativo de responsabilidad patrimonial», *Revista de la Función Consultiva*, n.º 16 (2011).
- «La reclamación de la indemnización», *La responsabilidad patrimonial de la*

Administración Pública, 2.^a ed., Tirant lo Blanch, 2012.

SAINZ MORENO, F.: «Transmisión hereditaria de la indemnización por daños morales», en *RAP* n.º 124 (1991).

SAURA FRUCTUOSO, C.: «La ignota acción de regreso de la Administración en la era de la transparencia, la eficiencia y la responsabilidad», *DA*, n.º 2 (2015).

TORNOS MAS, J.: «La responsabilidad del Estado legislador por vulneración del Derecho comunitario. El cambio de jurisprudencia establecido por la STS de 17 de septiembre de 2010», en *Homenaje a T. R. Fernández*.

URIARTE RICOTE, M.: «El conflicto de competencia planteado por la Administración al juez civil o social como mecanismo unificador (hacia la jurisdicción contencioso-administrativa) en materia de responsabilidad», *RAP*, n.º 143 (1997).

* Por Diego J. VERA JURADO, Carmen María ÁVILA RODRÍGUEZ Y Manuel REBOLLO PUIG.

LECCIÓN 10

LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO^{*}

I. CONCEPTO

Además de aprobar reglamentos, dictar actos y realizar actividad técnica o material, la Administración Pública también celebra *contratos* con los particulares. De manera aproximada, el contrato público puede definirse como *aquel negocio jurídico bilateral y oneroso celebrado entre una Administración Pública, o un ente dependiente de ella, y un sujeto privado (denominado habitualmente contratista), cuyo régimen jurídico es, en mayor o menor medida, de Derecho Administrativo, y cuya finalidad es la satisfacción directa o indirecta de un interés general encomendado por el ordenamiento jurídico a la Administración (o al ente) contratante.*

Esta definición requiere algún análisis y permite distinguir el contrato del sector público de figuras afines:

1.º En primer lugar, debe insistirse en que estamos ante *verdaderos contratos*. Como negocio jurídico bilateral, el contrato administrativo nace de la concurrencia de dos declaraciones de voluntad, la de la Administración contratante y la del contratista.

A diferencia de épocas pasadas, en las que el contrato se perfeccionaba con el acto administrativo de adjudicación, la legislación vigente enfatiza el carácter bilateral del contrato público, en la medida en que establece que la perfección del contrato se produce en general con su formalización por ambas partes (arts. 36.1 y 153 LCSP). Las únicas excepciones a esta regla general son los contratos basados en un acuerdo marco y los contratos específicos en el marco de un sistema dinámico de adquisición, que se perfeccionan con la adjudicación (art. 36.3 LCSP). Pero incluso en estos casos el carácter bilateral no deja de estar claramente presente: el acuerdo marco en el que se basan los contratos de la primera excepción, tiene, a su vez, carácter contractual y se adjudica y formaliza conforme a los criterios generales (art. 220.1 LCSP). Por lo demás, el que el contenido del contrato esté prácticamente prefijado por la propia Administración (pliegos de cláusulas), no quita nada a su naturaleza verdaderamente contractual. También el contenido de muchos contratos privados está predeterminado

por una de las partes contratantes (piénsese en la categoría de los contratos de adhesión, frecuentes en las relaciones empresario-consumidores).

2.º Son contratos *celebrados entre una Administración Pública, o un ente dependiente de ella, y un sujeto privado* (contratista). El contrato lo puede celebrar no sólo una Administración, sino también un ente dependiente de ella, aunque no tenga dicho ente condición de Administración Pública en sentido estricto.

Como veremos, también los celebrados, por ejemplo, por sociedades mercantiles o fundaciones de la Administración pueden ser, por ese hecho, contratos públicos sometidos al Derecho Administrativo. Por eso, la legislación administrativa de contratos utiliza la expresión *contratos del sector público*. En puridad, y como también veremos, dentro de esa legislación, los *contratos administrativos* son una categoría más concreta dentro de la de los contratos del sector público, y se reserva para algunos de los celebrados por Administraciones Públicas en sentido estricto.

De todas formas, y en relación con esto último, una precisión es necesaria desde ahora: el concepto de «Administración Pública» que a estos efectos maneja la legislación de contratación pública no es exactamente el mismo que el que maneja el Derecho Administrativo general. El concepto de Administración Pública en materia de contratos públicos o del sector público es algo más estrecho que el concepto generalmente vigente en el Derecho Administrativo: se excluyen expresamente de él a las «entidades públicas empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, del Sector Público» [art. 3.2.a) LCSP], y que —sin embargo— para el artículo 2 LPAC tienen la consideración de Administración Pública.

Por tanto, que el contratista sea un sujeto privado permite diferenciar la categoría de los contratos del sector público de otros fenómenos negociales parecidos, pero en los que se relacionan dos Administraciones, como sucede, por ejemplo, en los *convenios interadministrativos* o en la figura de la *encomienda de gestión*. Esto no quita que, en ocasiones, estos negocios jurídicos queden sometidos y deban regirse por la legislación de los contratos del sector público. Así lo exige actualmente la legislación administrativa de contratos y de organización del sector público en determinados casos con relación a la figura de los convenios administrativos y a cualquier encargo por parte de las Administraciones a sus entes dependientes.

En efecto, para proteger la existencia de un mercado abierto de la contratación pública, la vigente legislación de contratos —compelida por el Derecho de la Unión Europea— mira con recelo los *convenios de colaboración* entre Administraciones y los somete a su ámbito de aplicación cuando no cumplan algunas de las condiciones enumeradas en el artículo 6.1.a) LCSP: ausencia de «vocación de mercado» en las entidades intervinientes, que el convenio tenga la finalidad de garantizar los objetivos

comunes de los servicios públicos encomendados a las entidades participantes, consideraciones relacionadas únicamente con el interés público en cuanto al desarrollo de la colaboración instrumentalizada a través del convenio, etc. En la misma línea se mueve el artículo 47.1 LRJSP que establece en relación con todo tipo de convenios la prohibición de que tengan «por objeto prestaciones propias de los contratos. En tal caso, su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en la legislación de contratos del sector público».

Algo similar sucede con la *encomienda de gestión* (art. 11 LRJSP). Se trata de una técnica que obedece también a finalidades y principios distintos de los estrictamente contractuales y que sólo cabe entre órganos administrativos o entidades de Derecho público. Por eso, el artículo 6.3 LCSP las excluye del ámbito de aplicación de la Ley. Pero cuando vaya más allá de esto, es decir, cuando —como también recuerda el art. 11.1 LRJSP— tenga por «objeto prestaciones propias de los contratos regulados en la legislación de contratos del sector público [...], su naturaleza y régimen jurídico se ajustará a lo previsto en ésta». Estos encargos, que pueden ser a medios de la propia Administración tanto no personificados como con personalidad jurídica propia distinta de la Administración, deben cumplir los requisitos establecidos en los artículos 30 y 32 LCSP. En concreto, para que la entidad encomendada, con personalidad jurídica propia, tenga la condición de «medio propio» debe reunir los requisitos que se encuentran en el artículo 32.2 LCSP y se examinan más adelante: que la totalidad de su capital o patrimonio sea de titularidad o aportación pública en caso de configurarse como ente de Derecho privado, que la parte esencial de su actividad se realice para la Administración encomendante, que ésta ejerza sobre la entidad encomendada un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios, etc.

En principio, aunque el sujeto relacionado con la Administración sea un particular, tampoco son contratos del sector público los convenios concluidos en el seno de la denominada *terminación convencional*. Esos pactos o convenios acordados entre la Administración y el particular, pese a su indudable componente bilateral, son contemplados por la legislación administrativa, general y sectorial, como una forma de terminación del procedimiento administrativo. Tienen, asimismo, por tanto, una génesis negocial y una lógica propias y por completo diferentes a las de los contratos que estamos considerando en ésta y en la siguiente lección. Ahora bien, esto no quita que se trate de auténticos convenios y que, como tales, estén sometidos también al límite general ya aludido que se contiene en el citado artículo 47.1 LRJSP, y que se proyecta sobre los convenios celebrados no sólo entre Administraciones, sino también entre una Administración y un particular. A ello se refiere la propia LCSP, al establecer como condición para excluir de su ámbito de aplicación a estos convenios con particulares, el que el objeto de éstos no esté comprendido en el de los contratos del sector público (art. 6.2).

Con todo, estos límites, formulados en unos términos tan abiertos y generales, hacen que en ocasiones no sea sencillo diferenciar determinados convenios de genuinos contratos, y no es raro que bajo la forma de aquéllos se encubran auténticos

contratos.

3.º En tercer lugar, el carácter jurídico-público de los contratos del sector público no es absolutamente uniforme, ya que estos contratos se rigen por normas originales de Derecho Administrativo *en mayor o menor medida*. Como veremos, no existe una única tipología de contratos del sector público. Dependiendo de la categoría contractual a la que pertenezcan, su régimen es más o menos diferente del de los contratos celebrados entre sujetos privados.

Así, los contratos administrativos cuentan con reglas del todo peculiares, que los apartan del régimen contractual del Derecho privado. En cambio, otras categorías de contratos del sector público, como los contratos privados de la Administración, se rigen en parte por reglas idénticas a las del Derecho privado.

Esa (mayor o menor) singularidad del régimen de los contratos celebrados por la Administración y sus entidades, que los aparta de las normas que rigen los contratos entre particulares (Código Civil, leyes especiales de Derecho privado, etc.), encuentra fundamento en diversos principios:

— El principio constitucional de eficiencia en el gasto público (art. 31.2 CE). Se trata de asegurar que la Administración, al contratar, se decante a favor del empresario que formula la oferta que mayores ventajas reporte a la Administración, normalmente —a veces entran en juego otros criterios de selección— aquella oferta cuyo precio sea más bajo. Por eso, este régimen peculiar de Derecho Administrativo se plasma en primer lugar en ciertas reglas sobre la *preparación y adjudicación* de los contratos.

— El interés general, al que debe servir con objetividad la Administración (art. 103.1 CE). Cuando la Administración celebra un contrato lo hace para satisfacer un interés general (la construcción de una carretera, la prestación de un servicio público, etc.). En determinados contratos —sobre todo en los contratos administrativos— la conexión entre el objeto del contrato y el interés general es tan estrecha e intensa, que justifica el que la Administración aparezca en ellos como titular de unos poderes, unas potestades, unas prerrogativas, de las que desde luego carecen los particulares en sus relaciones contractuales. Por ejemplo, merced a ese interés general, a la Administración se le reconocen las potestades de interpretar unilateralmente los contratos administrativos, de modificarlos dentro de ciertos límites, etc. Por eso, este régimen peculiar se manifiesta en la existencia para dichos contratos de ciertas reglas especiales en materia de *ejecución y extinción* de los contratos, reglas que son de Derecho Administrativo y distintas de las que existen en Derecho privado.

A estas dos exigencias más o menos tradicionales, fundadas en la eficiencia y en el interés general, se suman hoy las libertades europeas de circulación. Como veremos más adelante, una buena parte de las reglas contenidas en la legislación española vigente en materia de contratación responde a la finalidad perseguida por el Derecho

de la Unión Europea de permitir que cualquier empresario europeo concorra libremente a la contratación del sector público español (o de cualquier otro Estado miembro). Esta exigencia del Derecho europeo se ha traducido fundamentalmente en la categoría —que también estudiaremos— de los «contratos sujetos a una regulación armonizada».

El régimen jurídico especial de los contratos públicos se manifiesta también en la jurisdicción normalmente competente para conocer de los litigios en esta materia: la jurisdicción contencioso-administrativa, frente a la civil, que es la normal en relación con la actividad contractual de los particulares, de los ciudadanos.

4.º La finalidad de todo contrato del sector público es la *satisfacción de un concreto interés general encomendado a la Administración o al ente contratante*. Esa satisfacción puede ser más o menos *directa*, como cuando el contrato tiene por objeto la construcción de una carretera, o *indirecta*, como cuando el contrato tiene por objeto el suministro de material de oficina al ente contratante. En cualquier caso, no deja de tener por finalidad la satisfacción de un interés general.

5.º Finalmente, el contrato del sector público es un contrato «*oneroso*», es decir, aquel en el que el contratista obtiene «algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta» (art. 2.1 LCSP).

Normalmente, la obtención de ese beneficio económico se concreta en el cobro de un *precio*, elemento regulado con detalle en el artículo 102 LCSP y que comienza sentando el principio de que los contratos del sector público «tendrán siempre un precio cierto, que se abonará al contratista en función de la prestación realmente ejecutada y de acuerdo con lo pactado».

II. REGULACIÓN

1. LA INCORPORACIÓN POR EL LEGISLADOR ESPAÑOL DEL DERECHO EUROPEO DE LA CONTRATACIÓN DEL SECTOR PÚBLICO

Como se ha señalado, además del interés general y del principio de eficiencia, la legislación de contratos del sector público también persigue satisfacer en la actualidad la exigencia de cumplir el Derecho de la Unión Europea que, con el paso de los años, se ha desarrollado extraordinariamente en esta materia. En efecto, el Derecho europeo pretende que —como en otros sectores económicos— también en el de la contratación pública exista un auténtico mercado común. Se trata de hacer posible que todo empresario de

cualquier Estado miembro concurra libremente a la contratación del sector público de cualquier Estado miembro. El instrumento utilizado por las autoridades europeas ha sido tradicionalmente el de las Directivas. En la actualidad, las Directivas vigentes en la materia son las Directivas del Parlamento y del Consejo 2014/23/UE, de adjudicación de contratos de concesión; 2014/24/UE, sobre contratación pública; y 2014/25/UE, sobre contratos por entidades en los denominados «sectores excluidos».

Se las llama de «cuarta generación» porque las primeras Directivas europeas sobre contratación pública se aprobaron en 1971 y fueron sucesivamente sustituidas en 1993 y en 2004. La transposición de las Directivas de «cuarta generación», cuyo plazo expiró el 18 de abril de 2016, no se ha producido totalmente sino con la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP). Este retraso en la transposición de las Directivas no es, sin embargo, extraño en un contexto de incumplimientos frecuentes de los deberes derivados del ordenamiento europeo en materia contractual. En efecto, el legislador español se ha mostrado tradicionalmente reacio a adaptarse a las sucesivas modificaciones del Derecho europeo. Ello ha provocado que el TJUE haya condenado a España en diversas ocasiones (SSTJUE de 13 de enero de 2005, C-84/03; 15 de mayo de 2003, C-214/00...). En cualquier caso, el legislador nacional ha procurado siempre transponer el Derecho europeo en esta materia ciñéndose al mínimo imprescindible para eludir la correspondiente condena por incumplimiento. De ahí, en buena parte, la enorme complejidad de la legislación española, con su proliferación de categorías contractuales superpuestas, definiciones, excepciones, etc. El propio ámbito de aplicación de la LCSP —que estudiaremos en el siguiente epígrafe— es bien elocuente al respecto.

Puesto que el artículo 149.1.18.^a CE atribuye al Estado la competencia para aprobar la «*legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas...*», es el legislador estatal sobre el que recae más directamente el deber de transponer en esta materia la legislación europea. Al amparo de dicho título competencial el Estado ha aprobado la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público (LCSP), que deroga el anterior Texto Refundido de 2011. A las Comunidades Autónomas corresponde, en consecuencia, la legislación de desarrollo.

En cualquier caso, hay que señalar que tanto al Estado como a las Comunidades Autónomas les corresponden también la ejecución en relación con los contratos que celebren sus respectivas Administraciones. Además, lógicamente, al Estado le corresponde asimismo el desarrollo de las disposiciones legales básicas en relación con los contratos celebrados por su Administración. De hecho, muchas reglas contenidas en la legislación estatal de contratos públicos no tienen carácter básico, sino que son directa y exclusivamente aplicables a la Administración General del Estado y a sus entes dependientes, sin perjuicio de su aplicación supletoria en defecto de legislación autonómica (art. 149.3 CE).

Por lo demás, la normativa europea tiene un alto grado de detalle. De ahí que la LCSP se caracterice por ser extraordinariamente extensa y minuciosa. Por tanto, en la práctica la legislación europea ha condicionado en esta materia la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, de forma que la regulación aprobada por éstas no puede diferir demasiado de la LCSP a riesgo de violar el Derecho europeo (excepción hecha de las cuestiones puramente organizativas y de procedimiento, que corresponden a las Comunidades Autónomas).

Quizá sea ésta la razón por la que muy pocas Comunidades Autónomas hayan aprobado leyes generales de desarrollo sobre contratación pública. Con ese carácter general, en el ámbito autonómico se han aprobado la Ley de Aragón 3/2011, de 24 de febrero, de medidas en materia de contratos del sector público, y la Ley Foral 6/2006, de 9 de junio, de contratos públicos.

La ley básica estatal cuenta también con dos reglamentos que la desarrollan, en buena parte con idéntico carácter básico: RD 1.098/2001, de 12 de octubre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, y RD 817/2009, de 8 de mayo, por el que se desarrolla parcialmente la Ley de Contratos del Sector Público (fundamentalmente, en materia de adjudicación: registros de licitadores, criterios de selección que requieran juicios de valor, etc.).

Por lo demás, según la DF 1ª de la LCSP, el artículo 27 de la Ley se dicta al amparo del título competencial del Estado en relación con la «legislación procesal» (art. 149.1.6.^a), pues se refiere a las jurisdicciones competentes para resolver las cuestiones litigiosas relativas a la preparación, adjudicación, efectos, ejecución y extinción de los contratos públicos (art. 21 LCSP). Y otros pocos, en fin, se aprueban como «legislación civil y mercantil» (art. 149.1.6.^a y 8.^a CE): emisión de títulos valores, apelación al crédito por parte del concesionario, etc.

Por las razones aludidas, Andalucía carece de una ley general de desarrollo y se ha limitado a aprobar algunas disposiciones dispersas y fragmentarias y las normas de procedimiento y de organización estrictamente indispensables.

Las más importantes a nuestros efectos son el Decreto 93/2005, de 29 de marzo, por el que se regula la organización y funciones de la Comisión Consultiva de Contratación Pública; el Decreto 39/2011, de 22 de febrero, por el que se establece la organización administrativa para la gestión de la contratación de la Administración de la Junta de Andalucía y sus entidades instrumentales y regula el régimen de bienes y servicios homologados; y el Decreto 332/2011, de 2 de noviembre, por el que se crea el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía.

2. ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY DE CONTRATOS DEL SECTOR

PÚBLICO

En cuanto al *ámbito de aplicación* de la LCSP —cuestión tan importante como compleja—, se encuentra delimitado en sus artículos 2 y 3. En ellos se sigue fundamentalmente un criterio subjetivo: son «contratos públicos» o del «sector público» los celebrados por cualquiera de los sujetos enumerados en el artículo 3 y que integran el «sector público», y que podrían resumirse así:

— Administraciones Públicas (entendiendo por tales todas las Administraciones territoriales, los organismos autónomos, las universidades públicas e incluso los entes institucionales independientes en general).

También se incluyen los consorcios con personalidad jurídica constituidos al amparo del régimen general básico del sector público y cualesquiera otros entes de Derecho público no financiados mayoritariamente con ingresos de mercado, así como determinados entes atípicos, como las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.

— Entidades *de Derecho privado* (sociedades o fundaciones) que pertenezcan a la Administración por el volumen de su aportación al capital social o al patrimonio fundacional (más de un 50 %) o por los poderes de control o dirección sobre ellas.

También, dentro de la categoría de entidades de Derecho privado, se encuentran contempladas las mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.

— Como categoría residual procedente de las Directivas europeas, cualquier persona jurídica creada para satisfacer una necesidad de interés general y que no tenga carácter industrial o mercantil siempre que algún sujeto del sector público financie mayoritariamente su actividad, controle su gestión o nombre a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

— Asociaciones constituidas por cualquiera de los entes u organismos anteriores.

También se incluyen ahora dentro del sector público a los efectos de la LCSP a los «fondos sin personalidad jurídica» a los que se refiere la LRJSP.

Pero asimismo están dentro del ámbito de aplicación de la Ley —en los términos que en su lugar se señalan— determinados contratos celebrados no ya por una Administración o un ente del sector público, sino por un *sujeto*

totalmente privado.

Estos casos son:

1) Los llamados «*contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada*», es decir, los que celebra un sujeto totalmente privado, pero gracias o merced a una subvención otorgada para ello por un ente del sector público (aunque sólo cuando la subvención alcance la proporción y se haya realizado bajo las modalidades señaladas en el artículo 23 LCSP).

2) Los contratos celebrados por los partidos políticos, los sindicatos y las organizaciones empresariales patronales si hay financiación pública mayoritaria (cfr. art. 3.4).

De forma parecida a estos casos, el artículo 3.5 LCSP sujeta también a la LCSP a las Corporaciones de Derecho público, pero sólo cuando «cumplan los requisitos para ser poder adjudicador», es decir, cuando, además de satisfacer necesidades de interés general, su control o su financiación mayoritaria sea pública. Pero es muy improbable que estos requisitos se den en la práctica, al menos en relación con los tipos más frecuentes de corporaciones de base sectorial, como los colegios profesionales y las cámaras de comercio (López Benítez).

Finalmente, los artículos 4-11 LCSP abordan el ámbito de aplicación de forma *negativa*, es decir, enumerando determinados negocios jurídicos que quedan excluidos de la aplicación de la LCSP. Algunas de esas exclusiones lo son por naturaleza (negocios que no tienen naturaleza de contratos públicos) y otras por decisión del legislador. Entre los supuestos excluidos, a los que no se les aplica la LCSP, resultan destacables los siguientes:

— Los contratos de carácter *patrimonial*: por ejemplo, las compraventas, donaciones, permutas, arrendamientos y demás negocios análogos sobre bienes inmuebles (cfr. art. 9 LCSP).

Todo ello dispone ya de una legislación propia, constituida esencialmente por la Ley de Patrimonio de las Administraciones.

— Determinadas *relaciones regidas por el Derecho público*.

Como la relación de servicio de los funcionarios y los contratos regulados en la legislación laboral, o la relación consistente en la prestación de un servicio público a cambio de una tarifa, tasa o precio público de aplicación general (cfr. art. 11 LCSP).

— Los *convenios* con Administraciones y particulares, y los negocios jurídicos en los que se encargue una determinada prestación a un órgano o

una entidad que tenga la consideración de «medio propio» de la Administración (los denominados servicios *in house providing*) (cfr. arts. 6, 30 y 32 LCSP).

Como ya señalamos, los convenios administrativos (los concluidos tanto con otra entidad pública como con un particular) carecen de naturaleza contractual y no se someten a la legislación administrativa de contratos. Pero como también se indicó — y a ello nos remitimos— esta exclusión no carece de límites y la LCSP los somete excepcionalmente a su ámbito de aplicación cuando su objeto esté comprendido en alguno de los contratos regulados por él.

También se señaló que algo similar sucede con cualquier tipo de negocio jurídico (una encomienda de gestión, p. ej.) por el que una Administración encarga a otra entidad (de Derecho público o privado) una determinada prestación. Cuando la entidad beneficiaria del encargo pertenece a la propia Administración encomendante estamos ante la categoría de los denominados servicios *in house providing*. En estos casos, por pertenecer a la Administración que realiza el encargo, al ente o entidad que lo recibe se lo califica de «medio propio o servicio técnico» de la Administración encomendante.

Estos encargos *in house* no están sometidos a la LCSP, pero —recogiendo una abundante jurisprudencia del TJUE— la entidad encomendada, para tener la condición de medio propio, debe cumplir una serie de requisitos. Dichos requisitos están regulados de forma diferenciada si el medio propio no está «personificado», es decir, que no tiene personalidad jurídica propia (art. 30 LCSP) y si se trata de un «medio propio personificado» (art. 32). El encargo a «medio propio no personificado» estará fuera del ámbito de aplicación de la Ley cuando la prestación de que se trate sea encomendada a los servicios de la propia Administración, aunque dichos servicios se sirvan eventualmente de la colaboración de empresarios particulares, en los ámbitos, formas y proporción señalados en el artículo 30 LCSP. En cambio, constituirá un encargo a «medio propio personificado» cuando la prestación se encomiende a un ente con personalidad jurídica propia, ya sea de Derecho público o privado, y no se regirá por la LCSP cuando cumpla los requisitos recogidos en el artículo 32 LCSP: básicamente, que la entidad encomendante ejerza sobre la entidad encomendada un control análogo al que puede ejercer sobre sus propios servicios; que la parte esencial de la actividad del ente encargado (cifrada en más del 80 %) se realice para la entidad encomendante; y si la entidad encargada está configurada como persona jurídico-privada, la totalidad de su capital o patrimonio debe ser de titularidad o aportación pública. Además, desde el punto de vista formal, la norma de creación o los estatutos de la entidad encargada deben especificar expresamente su condición de medio propio o servicio técnico, precisando tanto la entidad pública respecto de la cual lo es, como «el régimen jurídico y administrativo de los encargos que se les puedan conferir; y establecer la imposibilidad de que participen en licitaciones públicas convocadas por el poder adjudicador del que sean medio propio personificado, sin perjuicio de que, cuando no concurra ningún

licitador, pueda encargárseles la ejecución de la prestación objeto de las mismas» (art. 32.2 LCSP).

A los efectos de admitir la adjudicación *in house*, el TJUE ha entendido que se da el requisito del «control análogo» aun cuando la entidad adjudicataria no esté participada exclusivamente por la Administración adjudicadora, sino también por otras entidades públicas; incluso cuando no exista relación orgánica alguna entre Administración adjudicadora y entidad adjudicataria, pero siempre y cuando ambas entidades estén bajo el control de una misma Administración. No obstante, ha negado que se cumpla este requisito cuando la entidad adjudicataria esté controlada por la misma Administración de la que formalmente depende la universidad pública adjudicadora y respecto de la cual ésta tiene —sin embargo— una autonomía real (STJUE de 8 de mayo de 2014, asunto C-15/13). En la misma línea se ha pronunciado cuando la entidad adjudicataria es una asociación sin fines de lucro y entre sus socios figuren, además de la entidad adjudicadora y otros entes públicos, algunos sujetos privados, aunque éstos representen una minoría (STJUE de 19 de junio de 2014, asunto C-574/12).

— Finalmente, otra exclusión relevante es la que se contiene en el artículo 4 LCSP relativa a determinados convenios y contratos en el sector de la defensa y la seguridad.

De todas formas, aunque todos estos negocios y relaciones jurídicas se regulen por sus normas específicas, se aplicarán los principios de la LCSP para resolver las dudas y lagunas que pudieran presentarse (art. 4 LCSP).

III. CLASIFICACIÓN DE LOS CONTRATOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP clasifica los contratos del sector público con diversos criterios y de estas clasificaciones depende el régimen jurídico aplicable a cada contrato.

De igual forma que las reglas contenidas en el Código Civil para la compraventa, por ejemplo, no son las mismas que las que se contienen para el arrendamiento de obra o de servicios, las reglas previstas en la LCSP no son exactamente las mismas si el contrato del sector público es —por ejemplo— un contrato administrativo de obras, de concesión de servicios o de suministro; como no lo son si es un contrato administrativo en sentido estricto o un contrato privado de la Administración.

1. LOS CONTRATOS TÍPICOS

La LCSP no utiliza un único criterio clasificatorio, sino diversos y que son, además, en parte compatibles entre sí. El primero de ellos es el del objeto del contrato, elemento sobre el que la Ley distingue una serie de *tipos contractuales*.

Estos tipos contractuales o contratos típicos están enumerados y definidos entre los artículos 12 y 18 LCSP:

— *Contrato de obras*. Es el que tiene por objeto la realización de una obra de interés general (p. ej., un hospital, una carretera...).

El apartado 1 del artículo 13 LCSP define los contratos de obras como «aquellos que tienen por objeto uno de los siguientes: a) La ejecución de una obra, aislada o conjuntamente con la redacción del proyecto, o la realización de alguno de los trabajos enumerados en el Anexo I.b). La realización, por cualquier medio, de una obra que cumpla los requisitos fijados por la entidad del sector público contratante que ejerza una influencia decisiva en el tipo o el proyecto de la obra». A su vez, el apartado 2 señala que se entiende por «obra» el «resultado de un conjunto de trabajos de construcción o de ingeniería civil, destinado a cumplir por sí mismo una función económica o técnica, que tenga por objeto un bien inmueble».

— *Contrato de concesión de obras*. En general, es el que tiene por objeto la realización de una obra y en el que la contraprestación consiste total o parcialmente en el derecho a explotar dicha obra.

El artículo 14.4 LCSP, siguiendo la estela de la Directiva 2014/23/UE —que es la relativa a la adjudicación de contratos de concesión—, exige que en este contrato el concesionario asuma lo que denomina un «riesgo operacional» en la explotación de dichas obras, el cual abarcará el riesgo relativo a la demanda o al suministro, o a ambos. Y aclara que existe tal «riesgo operacional cuando no esté garantizado que, en condiciones normales de funcionamiento, el [concesionario] vaya a recuperar las inversiones realizadas ni a cubrir los costes en que hubiera incurrido como consecuencia de la explotación de las obras que sean objeto de la concesión. La parte de los riesgos transferidos al concesionario debe suponer una exposición real a las incertidumbres del mercado que implique que cualquier pérdida potencial estimada en que incurra el concesionario no es meramente nominal o desdeñable».

El riesgo de suministro consiste en el riesgo de que el contratista padezca reducciones en su retribución como consecuencia de la producción, ante un exceso de demanda, y aunque se esté cumpliendo correctamente el contrato, de denegaciones de uso o incumplimiento de los estándares de calidad o disponibilidad (por ejemplo, embotellamientos en autopista de peaje). El riesgo de demanda alude más bien a lo contrario: a la posibilidad de que el contratista sufra pérdidas a consecuencia de una contracción en la demanda de utilización de la infraestructura. Para asegurar esto

último, la Ley introduce algunas restricciones a las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico del contrato cuando éste se rompe por acontecimientos o circunstancias sobrevenidas e imprevisibles en el momento de celebración del contrato, tal y como se señala en su lugar en la lección siguiente.

Por lo demás, la DA 22.^a LCSP admite que la concesión de obras pueda instrumentalizarse utilizando la fórmula peculiar de la *sociedad de economía mixta*, es decir, que el contrato se adjudique «directamente a una sociedad [...] en la que concurra mayoritariamente capital público con capital privado, siempre que la elección del socio privado se haya efectuado de conformidad con las normas establecidas en esta Ley para la adjudicación del contrato cuya ejecución constituya su objeto, y siempre que no se introduzcan modificaciones en el objeto y las condiciones del contrato que se tuvieron en cuenta en la selección del socio privado».

— *Contrato de concesión de servicios*. En términos genéricos, es aquel en el que el ente contratante encomienda a un particular la gestión de «un servicio cuya prestación sea de su titularidad o competencia» (por ejemplo, atención sanitaria, educación, transporte de viajeros, abastecimiento de agua a la población, etc.), «y cuya contrapartida venga constituida bien por el derecho a explotar los servicios objeto del contrato o bien por dicho derecho acompañado del de percibir un precio».

Este contrato ha sustituido al tradicionalmente denominado de gestión de servicios públicos, que es el instrumento jurídico que ha utilizado la Administración para la *gestión indirecta de los servicios públicos* de su titularidad; y revestía, a su vez, cuatro modalidades posibles (concesión, gestión interesada, concierto y sociedad de economía mixta), de las cuales sólo sobrevive, además de la concesión, la adjudicación del contrato a *sociedades de economía mixta*, que es también posible en los términos que se han visto para la concesión de obras según la DA 22.^a LCSP.

Por otra parte, el contrato de concesión de servicios también exige que el concesionario asuma el «riesgo operacional» en los mismos términos que en el contrato de concesión de obras (art. 15.2 LCSP).

— *Contrato de suministro*. Es aquel que tiene por objeto la adquisición por la Administración de productos o bienes muebles.

— *Contrato de servicios*. Es el que tiene por objeto la prestación de hacer consistente en el desarrollo de una actividad o dirigida a la obtención de un resultado distinto de una obra o un suministro.

El objeto de este contrato es un servicio «a la Administración», no «a los ciudadanos», que es a lo que responde el servicio público y lo que trata de satisfacerse con el contrato de concesión de servicios visto arriba. Aquí más bien se

trata, por ejemplo, del contrato por el que una empresa se ocupa de la limpieza de las dependencias de un hospital público o de una universidad pública. El servicio público lo presta directamente la Administración (sanidad, educación...); la empresa lo que hace es un «servicio» a esa Administración (limpieza de sus dependencias).

— *Contrato mixto*. Es, finalmente, el que contiene prestaciones correspondientes a otro u otros contratos, que necesariamente no tienen que ser típicos. Para determinar el régimen aplicable al contrato mixto se atenderá al carácter de la prestación que tenga más importancia según los criterios empleados por el artículo 18.1 LCSP.

De todas formas, el artículo 34.2 LCSP establece importantes restricciones: «Sólo podrán fusionarse prestaciones correspondientes a diferentes contratos en un contrato mixto cuando esas prestaciones se encuentren directamente vinculadas entre sí y mantengan relaciones de complementariedad que exijan su consideración y tratamiento como una unidad funcional dirigida a la satisfacción de una determinada necesidad o a la consecución de un fin institucional propio de la entidad contratante».

2. LOS CONTRATOS «SUJETOS A UNA REGULACIÓN ARMONIZADA» (SARA)

Clasificados los contratos por su objeto y agrupados en los tipos contractuales que hemos visto, la LCSP procede a continuación a realizar otra clasificación añadiendo, a los criterios objetivos, ciertas consideraciones subjetivas. Y así, la LCSP se refiere a la categoría de los *contratos sujetos a una regulación armonizada* (en adelante, contratos SARA), es decir, sometidos a las Directivas europeas, que se definen como los contratos que hemos denominado «típicos» —obras, concesión de obras y de servicios, suministro y servicios— que reúnan los requisitos de los artículos 19 a 22 LCSP. Esos requisitos en general —hay diversas excepciones— son dos:

1) Que superen las distintas cuantías señaladas para cada contrato típico en esos artículos.

2) Que el sujeto contratante sea un «poder adjudicador».

«Poder adjudicador» es una anodina expresión traída de las normas europeas de armonización en materia de contratación pública y que alude a las siguientes categorías de sujetos (art. 3.3 LCSP): Administraciones Públicas, según la peculiar definición de éstas que ya hemos visto que contiene la Ley; las fundaciones públicas; las mutuas colaboradoras de la Seguridad Social; los entes creados para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil y estén financiados mayoritariamente, controlados o cuyos miembros directivos sean

nombrados en más de la mitad por una Administración Pública; y las asociaciones constituidas por cualquiera de los sujetos anteriores.

Determinar si un contrato es o no SARA resulta importante a algunos efectos, sobre todo en materia de preparación y adjudicación. Por ejemplo, la licitación debe publicarse en el *Diario Oficial de la Unión Europea*: artículo 135.1 LCSP. También es importante a efectos de límites a la tramitación de urgencia del procedimiento de adjudicación, anuncio de rechazo de proposiciones y de formalización de los contratos, deber de informar a la Comisión en determinados casos, especialidades en los distintos procedimientos de adjudicación, etc.

3. LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS Y LOS CONTRATOS PRIVADOS DEL SECTOR PÚBLICO

La LCSP realiza además otra clasificación: *contratos administrativos o de la Administración y contratos privados*. Según el artículo 25.1 LCSP los *contratos administrativos o de las Administraciones Públicas* son aquellos de los incluidos en el ámbito de aplicación de la Ley que celebra una Administración Pública en sentido estricto, y que además:

- son, por su objeto, un contrato típico (salvo algunas excepciones);

- o, no siendo típico, estén así declarados por una Ley o su objeto esté vinculado al «giro o tráfico específico de la Administración contratante o por satisfacer de forma directa o inmediata una finalidad pública de la específica competencia de aquélla». La admisibilidad de estos «contratos administrativos especiales», merced a la cláusula del «giro o tráfico administrativo», hace de los contratos administrativos una categoría que incluye un *numerus apertus* de contratos. Un ejemplo de esta tipología de contrato administrativo puede ser, si es celebrado por una Administración Pública, el nuevo *contrato de asociación para la innovación*, configurado de forma asistemática por la propia LCSP al hilo de la regulación de los procedimientos de adjudicación de los contratos en el artículo 177.

El *contrato de asociación para la innovación* tiene por objeto el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes. Según dispone el precepto citado, este contrato se regirá en la fase de investigación y desarrollo, por las normas que se establezcan reglamentariamente, así como por las prescripciones contenidas en los correspondientes pliegos, y supletoriamente por las normas del contrato de servicios; y en la fase de ejecución de las obras, servicios o suministros derivados de este procedimiento, por las normas correspondientes al contrato relativo a la prestación de que se trate. Se trata, por tanto, de una especie de contrato mixto cuya ubicación en la

ley deja su régimen jurídico en una situación ambigua y virtualmente conflictiva con las exigencias derivadas del Derecho de la Unión en materia contractual.

En cualquier caso, recuérdese a propósito de esta categoría de los contratos administrativos, que la LCSP tiene su propio concepto de Administración Pública en sentido estricto, que no coincide exactamente con el de las normas generales de procedimiento y organización administrativa.

La principal consecuencia de régimen jurídico que se deriva de esta categoría es que los contratos administrativos, a diferencia de las demás clases de contratos públicos, se rigen íntegramente por el Derecho Administrativo, y sólo con una suplencia de segundo grado, por el Derecho privado.

Es decir, según el artículo 25.2 LCSP, los contratos administrativos se rigen en cuanto a su preparación, adjudicación, efectos y extinción, por la LCSP y sus normas de desarrollo (o por sus normas específicas, en el caso de los contratos administrativos «especiales»); en caso de laguna, no se acude sin más al Derecho privado, sino que supletoriamente se aplicarán las restantes normas de Derecho Administrativo y, en su defecto, las normas de Derecho privado.

Desde el punto de vista procesal, la jurisdicción contencioso-administrativa será la competente para resolver las cuestiones litigiosas en relación con la preparación, adjudicación, efecto, cumplimiento y extinción de los contratos administrativos [art. 27.1.a) LCSP].

Como contraposición a la figura de los contratos administrativos, los *contratos privados* son los que celebren entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones Públicas, más los celebrados por Administraciones Públicas que recaigan sobre determinados servicios y suministros concretos (art. 26.1 LCSP).

En cuanto al régimen jurídico aplicable, desde el punto de vista sustantivo hay que distinguir:

— Si se trata de contratos privados celebrados por *Administraciones Públicas*, en lo que se refiere a la preparación y adjudicación, su régimen es semejante al de los contratos administrativos: normas específicas si las hubiere; la LCSP y normas de desarrollo; y, supletoriamente, las restantes normas de Derecho Administrativo o las normas de Derecho privado, según corresponda por la naturaleza del sujeto o entidad contratante. En cambio, por lo que se refiere a los efectos, modificación y extinción, estos contratos

se registrarán por el Derecho privado salvo que se trate de un contrato SARA, en cuyo caso se registrará por los preceptos de la LCSP relativos a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión, subcontratación y resolución de los contratos (art. 26.2 LCSP).

— Si se trata de contratos privados celebrados por entidades que, siendo *poderes adjudicadores*, no sean *Administraciones Públicas*, su preparación y adjudicación se rige por normas parcialmente distintas si se trata de contratos SARA o no.

Efectivamente, cuando sean contratos SARA, el artículo 317 LCSP remite la preparación y adjudicación a las normas de los contratos administrativos. Pero si no son contratos SARA, el artículo 318 LCSP permite, dependiendo del tipo contractual y la cuantía, utilizar la llamada contratación directa (es decir, sin procedimiento).

En cambio, a los efectos y extinción de estos contratos se les aplica en general el Derecho privado, aunque se trata de una aplicación muy matizada por las excepciones previstas en el artículo 319 LCSP.

Esas excepciones se refieren a obligaciones en materia medioambiental, social o laboral; condiciones especiales de ejecución; modificación del contrato; cesión y subcontratación; racionalización técnica de la contratación; determinadas condiciones de pago; y determinadas causas de resolución.

— Finalmente, si se trata de contratos privados celebrados por *entidades del sector público que no son poderes adjudicadores* (por ejemplo, una entidad pública empresarial de las previstas en la LRJSP, financiada mayoritariamente con «ingresos de mercado»), en su preparación y adjudicación tan sólo debe darse cumplimiento a las reglas y principios previstos en el artículo 321 LCSP, notablemente más flexibles que en los casos anteriores. En cuanto a sus efectos y extinción, el artículo 322.1 LCSP se remite sin excepciones a «las normas de derecho privado que les resulten de aplicación».

Desde el punto de vista procesal, la delimitación de los órdenes jurisdiccionales competentes también es muy matizada:

— La *jurisdicción contencioso-administrativa* es competente para las cuestiones que se susciten sobre la preparación y adjudicación de todos los contratos privados del sector público, sean o no *Administraciones Públicas* o *poderes adjudicadores* quienes contraten (art. 27.1 LCSP). A este respecto se habla tradicionalmente de «actos separables», esto es, actos que se separan

del régimen jurídico-privado de estos contratos y que tanto por su régimen sustantivo como procesal se someten al régimen de los actos administrativos.

Adicionalmente, también es competente la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con un asunto relativo a la ejecución de estos contratos: las impugnaciones en materia de modificación de los contratos por entender que la modificación debió ser objeto de una nueva adjudicación. Esta extensión afecta a ciertas modalidades de contratos privados de las Administraciones públicas que sean contratos SARA y a los contratos privados celebrados por entidades del sector público que tengan la consideración de poderes adjudicadores.

— La *jurisdicción civil*, en cambio, es competente en general para las cuestiones litigiosas sobre efectos, cumplimiento y extinción (art. 27.2 LCSP).

4. RELACIÓN ENTRE LAS CLASIFICACIONES REALIZADAS POR LA LCSP

En general, todas estas categorías y clasificaciones no son excluyentes. Es más, las *distintas* clasificaciones de que puede ser objeto un *mismo* contrato son las que determinan con exactitud cuál es el régimen jurídico de ese contrato.

Por ejemplo, un contrato administrativo puede ser, además, un contrato SARA o no. Lo será si es típico y supera los umbrales señalados por la Ley para los SARA. En tal caso, no sólo la preparación y adjudicación, sino también sus efectos y extinción se regirán por normas de Derecho Administrativo. Del mismo modo, un contrato privado será SARA si, siendo típico y superando los umbrales señalados por la Ley para los contratos SARA, lo celebra un ente que, aunque no sea Administración Pública, sí tiene la consideración de «poder adjudicador». En tal caso, mientras que la preparación y adjudicación se regirán por normas especiales de Derecho Administrativo, los efectos y extinción se regirán en general por las normas de Derecho privado que resulten aplicables.

Digamos que las dos grandes categorías entrecruzadas de los contratos administrativos y los contratos SARA responden a motivaciones diferentes que proceden de esferas igualmente diversas. Es decir, y simplificando mucho, a la UE no le interesa tanto cómo se construyan, por ejemplo, las carreteras españolas como que dicha construcción la pueda realizar cualquier empresa europea, no sólo las españolas. A este propósito obedece la categoría de los contratos SARA. En cambio, a las autoridades españolas lo que les preocupa fundamentalmente es que la carretera se construya bien: para eso está la categoría de los contratos administrativos, en los que la Administración aparece pertrechada de prerrogativas destinadas a la consecución de dicho fin (potestad de modificar el contrato, potestad de interpretación, de inspección, de dirección, etc.).

5. REFERENCIA A LA CONTRATACIÓN EN LOS DENOMINADOS «SECTORES EXCLUIDOS»

Distintos de los contratos del sector público en sentido estricto son los contratos en los denominados «sectores excluidos».

El Derecho europeo somete a ciertas empresas, de forma jurídica y titularidad enteramente privadas, a procedimientos de contratación similares a los de las Administraciones Públicas. Es lo que sucede con las que operan en los sectores del agua, la energía, el transporte y los servicios postales, tal como resultaba de la Directiva 2004/17/CE, de 31 de marzo, hoy sustituida por la Directiva 2014/25/CE, de 26 febrero, y de la Directiva 92/13/CE, de 25 de febrero de 1992, sobre recursos en esta materia. Ambas normas han sido incorporadas al Derecho español por la Ley 31/2007, de 30 de octubre.

El motivo del Derecho europeo para someter a reglas específicas de selección de contratistas a los que operan en estos sectores es fundamentalmente el hecho de que en ellos los operadores disponen de derechos especiales o exclusivos (títulos concesionales o similares), que deben ser contrapesados mediante obligaciones de transparencia en la contratación.

IV. SUJETOS DEL CONTRATO: EN PARTICULAR, LOS REQUISITOS PARA SER CONTRATISTA

Como en todo negocio jurídico bilateral, en los contratos del sector público existen dos partes: la Administración, que es la que contrata, la parte contratante; y el sujeto contratado —normalmente una empresa— al que se denomina tradicionalmente contratista.

A su vez, dentro de cada Administración, la competencia para contratar debe estar atribuida a órganos administrativos concretos. Son los denominados órganos de contratación (cfr. art. 61 LCSP).

Por ejemplo, la competencia para contratar en la Administración General del Estado está atribuida a los Ministros y Secretarios de Estado en relación con su ámbito de competencias (art. 323 TRLCSP), y sin perjuicio de la previa autorización del Consejo de Ministros cuando superen determinada cuantía (art. 324 LCSP). En la Comunidad Autónoma de Andalucía son competentes los Consejeros para asuntos propios de su Consejería, salvo en los casos en que corresponda al Consejo de Gobierno [art. 26.2.i) LAJA]. La Disposición Adicional 2.^a LCSP determina los órganos competentes en la Administración local, Pleno, Alcalde o Presidente y Junta de Gobierno Local según la entidad de que se trate y el importe y duración del

contrato.

Otra de las funciones del órgano de contratación es la de publicar en Internet el llamado *perfil del contratante*, es decir, la información y documentos relativos a su actividad contractual con la finalidad de asegurar la transparencia y el acceso público a los mismos. El contenido y alcance de esta función se hallan concretados en el artículo 63 LCSP.

Las competencias propias como órgano de contratación son, en cualquier caso, delegables, concretamente en los términos del artículo 61.2 LCSP: «Los órganos de contratación podrán delegar o desconcentrar sus competencias y facultades en esta materia con cumplimiento de las normas y formalidades aplicables en cada caso para la delegación o desconcentración de competencias, en el caso de que se trate de órganos administrativos, o para el otorgamiento de poderes, cuando se trate de órganos societarios o de una fundación».

Por otra parte, conviene no confundir el órgano de contratación con la figura del *responsable del contrato*, previsto en el artículo 62 LCSP y que, distinto de la unidad administrativa encargada del seguimiento y ejecución ordinaria del contrato según los pliegos, se define como el sujeto designado por el órgano de contratación para supervisar la ejecución del contrato y adoptar las decisiones e instrucciones precisas para la correcta realización de la prestación pactada. En el contrato de obras, las facultades propias del responsable del contrato son ejercidas por el *director facultativo*, y en el contrato de concesión de servicios y de obras, la Administración contratante debe designar también un sujeto equivalente encargado de velar por el cumplimiento de las obligaciones del concesionario en aras del interés general.

Con todo, del lado del contratante a veces no hay una Administración. Como sabemos, hay contratos del sector público que no están celebrados por una Administración Pública en sentido estricto, sino por una entidad del sector público, que — pese a carecer de personalidad jurídica pública— están incluidas en el ámbito de aplicación de la LCSP. Incluso, como en el caso de los contratos subvencionados, existe la posibilidad de que el contratante sea una entidad privada. En tales casos, el órgano de contratación será el que se señale en sus normas específicas o en los estatutos correspondientes.

Por lo que se refiere al *contratista*, éste es cualquier persona física o jurídica, española o extranjera, con plena capacidad de obrar. En este sentido, señala el artículo 65.1 LCSP: «Sólo podrán contratar con el sector público las personas naturales o jurídicas, españolas o extranjeras, que tengan plena capacidad de obrar, no estén incurso en alguna prohibición de contratar, y acrediten su solvencia económica y financiera y técnica o profesional o, en los casos en que así lo exija esta Ley, se encuentren debidamente clasificadas».

El contratista puede ser también una unión temporal de varios empresarios sin personalidad jurídica propia, es decir, lo que la legislación de contratos públicos contempla tradicionalmente como «Unión Temporal de Empresas» (UTE), y cuyos requisitos y reglas de responsabilidad se encuentran detallados en el artículo 69 LCSP.

Por lo demás, la condición de contratista puede ser objeto de sucesión por fusión o escisión, si bien con los requisitos y límites señalados en el artículo 98 LCSP.

Conviene desarrollar algunos aspectos del artículo 65.1 LCSP en relación con el contratista. En primer lugar, se admite como contratista a las empresas *extranjeras*.

A las europeas no se les dirige ninguna exigencia distinta a las españolas (cfr. art. 67 LCSP). En cambio, las no comunitarias requieren un informe de la oficina económica y comercial de España en el exterior, excepto las de Estados signatarios del Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio en relación con contratos SARA (art. 68.1 LCSP).

El tercer requisito señalado por el artículo 65.1 LCSP es el relativo a que el contratista *no esté incurso en una «prohibición de contratar»*. Las prohibiciones para contratar están fundamentalmente enumeradas en el artículo 71 LCSP: por ejemplo, haber sido condenado por sentencia firme en relación con determinados delitos especialmente relacionados con el principio de buena Administración y la protección del patrimonio (tráfico de influencias, malversación, cohecho, fraudes, etc.); no hallarse al corriente de las obligaciones tributarias y de la Seguridad Social; haber solicitado el concurso voluntario, o haber sido declarado en concurso; etc.

Las prohibiciones de contratar, así como algunos aspectos relevantes de su régimen jurídico, están detallados en los artículos 72 y 73 LCSP y en el ya citado Reglamento de 2001 de desarrollo de la Ley. Por ejemplo, de estas normas se deduce que estas prohibiciones son —lógicamente— temporales, no tienen carácter definitivo. En ellas se detalla la extensión temporal que la Administración puede fijar a las prohibiciones, dependiendo fundamentalmente de la causa concreta que la desencadene.

En tercer lugar, se requiere que acrediten su *solvencia económica, financiera y técnica o profesional*, esto es, que reúnen o están en posesión de las condiciones mínimas de solvencia en esos aspectos que se determinen por el órgano de contratación (en el anuncio de licitación y en el pliego del contrato). Deben ser proporcionadas y adecuadas al objeto del contrato (art. 74.2 LCSP). Se trata de asegurar que los contratistas tengan no sólo la

capacidad jurídico-formal para celebrar el contrato, sino también la capacidad real para llevarlo a buen puerto y cumplirlo, supuesto el carácter general del interés que está en juego.

Esta acreditación puede producirse de forma *singular*, es decir, contrato por contrato (a través de los medios que se establezcan), o de forma general, es decir, mediante la llamada *clasificación del contratista*.

La clasificación, que es obligatoria sólo para celebrar determinados contratos (art. 77 LCSP), supone someterse favorablemente a un procedimiento de verificación de criterios de solvencia y experiencia ante la Administración (la Junta Consultiva de Contratación Administrativa del Estado, u órganos autonómicos equivalentes —art. 80 LCSP—). Se denomina clasificación porque de dicho procedimiento se deriva la inclusión del empresario en un grupo o subgrupo según la especialidad y características de la empresa y determina así qué contratos, según objeto y cuantía, puede suscribir. La clasificación tiene vigencia indefinida y sobre el empresario pesa la obligación de mantener actualizados los datos que sustentan su clasificación (art. 82 LCSP).

Todos estos requisitos del contratista son muy importantes, ya que el incumplimiento de cualquiera de ellos determina o integra una de las causas de nulidad de Derecho Administrativo de los contratos celebrados por poderes adjudicadores, tal y como dispone el artículo 39.2.a) LCSP.

En efecto, dispone dicho precepto: «Serán igualmente nulos de pleno derecho los contratos celebrados por poderes adjudicadores en los que concurra alguna de las causas siguientes: a) La falta de capacidad de obrar o de solvencia económica, financiera, técnica o profesional; o la falta de habilitación empresarial o profesional cuando sea exigible para la realización de la actividad o prestación que constituya el objeto del contrato; o la falta de clasificación, cuando ésta proceda, debidamente acreditada, del adjudicatario; o el estar éste incurso en alguna de las prohibiciones para contratar señaladas en el artículo 71». Repárese, sin embargo, en que se refiere sólo a los contratos del sector público celebrados por *poderes adjudicadores*. La Ley no precisa si la celebración de contratos del sector público por parte de entes que carezcan de tal condición (fundamentalmente entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles de titularidad pública), con empresas que no reúnan los requisitos que hemos analizado, tiene consecuencias invalidantes, y ello pese a que los requisitos del contratista son también aplicables a estos contratos, como se deduce del artículo 65.1 LCSP.

V. PROCEDIMIENTOS DE CONTRATACIÓN Y SELECCIÓN DEL CONTRATISTA

La Administración contratante selecciona al contratista a través de un procedimiento diseñado por la Ley para tal fin. Dicho procedimiento tiene una gran relevancia jurídica porque en él se dan los llamados «actos administrativos separables», es decir, ciertos actos administrativos distintos del contrato en sí y que pueden ser objeto de impugnación autónoma a través de los recursos correspondientes, normalmente ante la jurisdicción contencioso-administrativa, con independencia de que el fondo del contrato se rija incluso por Derecho privado y de que respecto a la ejecución la jurisdicción competente sea la civil.

Frente al procedimiento ordinario de contratación, que es al que nos vamos a referir, la Ley contempla también una «tramitación urgente», que fundamentalmente supone una reducción en los plazos de tramitación y de inicio de ejecución del contrato (regulado en el art. 119 LCSP), con la finalidad de acelerar la contratación por razones de interés público que habrán de ser expresa y formalmente declaradas como tal al inicio del expediente; e incluso «una tramitación de emergencia», dirigida a actuar de manera inmediata ante situaciones catastróficas, de grave peligro o de necesidades que afecten a la defensa nacional, y supone la posibilidad de ordenar la ejecución de lo necesario para remediar la situación o contratar libremente su objeto, en todo o en parte, sin sujetarse a los requisitos establecidos en la Ley (regulado en el art. 120 LCSP).

En los contratos administrativos hay que distinguir dos fases diferentes en el procedimiento de contratación y selección del contratista: la *preparación* y la *adjudicación* del contrato.

La preparación es un expediente informal, puramente interno, doméstico, de la Administración contratante, aunque con cierta trascendencia externa. Dispone el artículo 116 LCSP que la «celebración de contratos por parte de las Administraciones Públicas requerirá la previa tramitación del correspondiente expediente, que se iniciará por el órgano de contratación motivando la necesidad del contrato». Entre los contenidos del expediente, deberán figurar las cláusulas administrativas particulares y las prescripciones técnicas particulares a las que nos referiremos ahora. Y el artículo 117 LCSP establece que, completado «el expediente de contratación, se dictará resolución motivada por el órgano de contratación aprobando el mismo y disponiendo la apertura del procedimiento de adjudicación», resolución que «deberá ser objeto de publicación en el perfil de contratante».

El procedimiento de adjudicación, por el contrario, es un procedimiento en principio público, en el que la Administración traba contacto directo con los candidatos a contratista.

1. LA PREPARACIÓN DE LOS CONTRATOS

Con la preparación del contrato la Administración persigue la determinación previa (y unilateral, por tanto) del contenido del contrato. Desde este punto de vista, el contrato administrativo es un contrato fundamentalmente de adhesión. Esa determinación unilateral se plasma en distintos documentos administrativos:

— El *pliego de cláusulas administrativas particulares*: básicamente se recogen en él los derechos y obligaciones de las partes (art. 122.2 LCSP).

Entre otras muchas determinaciones, cuando de forma excepcional el órgano de contratación, por motivos de interés público, lo considere necesario y lo haya justificado motivadamente en el expediente, el pliego de cláusulas administrativas puede exigir a los licitadores que, al presentar sus ofertas o solicitudes en el procedimiento de adjudicación, acrediten haber constituido una *garantía provisional* (art. 106 LCSP), esto es, el depósito de una cantidad en dinero o en créditos para responder del mantenimiento de sus ofertas hasta que se adjudique el contrato. Una vez perfeccionado el contrato, las garantías provisionales se cancelan y se devuelven inmediatamente a los licitadores. La pierden —en principio— si retiran injustificadamente sus ofertas antes de la adjudicación.

— El *pliego de prescripciones técnicas particulares*: en él se recoge la descripción técnica del objeto del contrato (art. 124 LCSP).

Es, por así decir, su «parte técnica» (calidad de los materiales a utilizar, por ejemplo). Sin embargo, esto es un modo de decir, porque estas prescripciones se integran en el contenido del contrato, obligan a las partes, y —desde este punto de vista— son tan «jurídicas» como las cláusulas administrativas.

— Además, pueden existir —no es necesario— *pliegos generales*, tanto de cláusulas administrativas como de prescripciones técnicas, a los que pueden remitirse los pliegos particulares (arts. 121 y 123 LCSP).

En cuanto a la naturaleza jurídica de estos documentos, hay que señalar que las cláusulas particulares no son reglamentos, sino el clausulado de un contrato. Como dispone el artículo 122.4 LCSP: «Los contratos se ajustarán al contenido de los pliegos de cláusulas administrativas particulares, cuyas cláusulas se consideran parte integrante de los mismos».

Tampoco tienen naturaleza reglamentaria los pliegos generales, aunque se llamen así. Son clausulados a disposición —puede utilizarlos o no— de la Administración en relación con los contratos que se disponga a adjudicar. En consecuencia, que los pliegos particulares contradigan lo dispuesto en los generales no supone una vulneración del principio de inderogabilidad singular de los reglamentos, aunque para ello —en el caso de la AGE— sea necesario informe previo de la Junta Consultiva de

Contratación Administrativa del Estado (art. 122.6 LCSP).

Por lo demás, ciertos contratos administrativos tienen normas específicas adicionales en materia de preparación: el contrato de obras, el contrato de concesión de obra pública y el contrato de concesión de servicios (arts. 231-236, 247-250 y 245 LCSP).

Finalmente, si el sujeto contratante no es Administración Pública, pero tiene la condición de *poder adjudicador* y *el contrato es SARA*, la preparación del contrato debe observar las mismas reglas que se han analizado para los contratos administrativos (art. 317 LCSP).

En cambio, los contratos celebrados por *entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores*, carecen de normas específicas relativas a la preparación.

2. PROCEDIMIENTOS Y CRITERIOS DE ADJUDICACIÓN

En cuanto a la *selección* del contratista, hay diversos procedimientos, que van de mayor a menor publicidad y concurrencia. Desde el punto de vista de la concurrencia, los dos procedimientos extremos son:

— El *procedimiento abierto*, en el que cualquier empresario interesado con capacidad para ello puede participar presentando su proposición, sin que se puedan negociar los términos del contrato (art. 156.1 LCSP).

— El *procedimiento de contratación o adjudicación directa*, para contratos de reducida cuantía, lo que la Ley denomina «contratos menores» (art. 131.3 LCSP): en general, los contratos de valor estimado inferior a 40.000 euros, cuando se trate de contratos de obras, o a 15.000 euros, cuando se trate de contratos de suministro o de servicios. Prácticamente lo único que se requiere es el informe del órgano de contratación motivando la necesidad del contrato, la aprobación del gasto y la incorporación al expediente de la factura correspondiente (art. 118.1 LCSP).

Sin embargo, para evitar que por esta vía de los contratos menores se desnaturalice el objeto de los contratos, evitando las reglas de la contratación, establece ahora la LCSP que en «el expediente se justificará que no se está alterando el objeto del contrato para evitar la aplicación de las reglas generales de contratación, y que el contratista no ha suscrito más contratos menores que individual o conjuntamente superen la cifra» máxima ya señalada para estos contratos (art. 118.3 LCSP). Además, estos contratos deberán ser publicados trimestralmente en el perfil del contratante (art. 118.4 LCSP).

Los demás procedimientos previstos por la Ley son:

— El *procedimiento restringido*: se llama así porque en él sólo participan los empresarios que previamente hayan sido seleccionados para ello, aunque sin negociar los términos del contrato (art. 160 LCSP).

— El *procedimiento negociado*. En él el contrato se adjudica al empresario elegido tras consultar con varios y haber negociado los términos del contrato (art. 166 LCSP). No es posible siempre —de ahí su cierto cariz excepcional—, sino sólo en los casos admitidos por la Ley (art. 167 LCSP); por ejemplo, cuando los productos o servicios objeto del contrato hayan de ser modificados o adaptados tal y como se comercializan en el mercado.

— El *diálogo competitivo*. Es parecido al anterior, en el que los términos del contrato no están claros para la Administración. Como señala el artículo 172.1 LCSP al caracterizarlo, en él el órgano competente «dirige un diálogo con los candidatos seleccionados, previa solicitud de los mismos, a fin de desarrollar una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades y que servirán de base para que los candidatos elegidos presenten una oferta».

Hay, por tanto, una fase previa de diálogo y otra posterior, de adjudicación propiamente dicha, que se inicia cuando los candidatos finalmente elegidos en la fase de diálogo presentan sus ofertas sobre la base de las soluciones presentadas o formuladas en dicha fase de diálogo.

— El *procedimiento de asociación para la innovación*. Es un procedimiento introducido por la nueva LCSP para la adjudicación de los que podríamos denominar «contratos de asociación para la innovación», caracterizados por tener como objeto el desarrollo de productos, servicios u obras innovadores y la compra ulterior de los suministros, servicios u obras resultantes (art. 177.1 LCSP). El procedimiento se distingue por reunir las dos notas características de los procedimientos restringido y negociado.

En efecto, en él hay tanto selección previa de empresarios para ser candidatos (art. 178 LCSP) como negociación previa de las ofertas con cada uno de los candidatos seleccionados (art. 179 LCSP).

Por lo demás, la Ley añade ciertas especialidades en cada uno de estos procedimientos, sobre todo en relación con los plazos, cuando se trata de contratos SARA.

En todos estos sistemas, salvo en la contratación directa y el procedimiento negociado en determinados casos (denominado por esto «procedimiento negociado sin publicidad» —cfr. art. 168 LCSP—), se debe dar *publicidad* a la licitación. Esa publicidad se realiza de dos formas: mediante la publicación del anuncio en el perfil del contratante y, además, en el Boletín Oficial correspondiente y, cuando sean SARA, también en el *Diario Oficial de la Unión Europea* (art. 135 LCSP).

En estos últimos casos, para facilitar la participación de los empresarios eventualmente interesados, se dispone en el artículo 135.3 LCSP que la publicación en el *DOUE* será previa a cualquier otra, con las especificaciones previstas en el citado precepto.

En cuanto a la selección del adjudicatario en todo caso de trata de elegir la mejor oferta que se presente «en base a la mejor relación calidad-precio», según dice el artículo 145.1 LCSP. Ahora bien, como se desprende del mismo 145.2 LCSP, la oferta más ventajosa no es siempre y necesariamente la más barata, por lo que dicho precepto obliga a tener en cuenta, al evaluar esa relación, «criterios económicos y cualitativos», pudiéndose incluir entre estos últimos «aspectos medioambientales o sociales».

Ahora bien, como ahora de lo que se trata es de valorar las ofertas, y no cualidades subjetivas de los licitadores, dichos aspectos tienen que estar «vinculados al objeto del contrato», en la forma en que se detalla en el apartado 6 de ese artículo 145 LCSP. Además de este límite, los criterios relativos a características medioambientales y sociales, que han cobrado pujanza en los últimos años y han recibido un notable espaldarazo en las Directivas de cuarta generación y en la nueva LCSP, han suscitado en la práctica otros límites, más o menos difíciles de concretar *a priori*, como son el respeto a las políticas empresariales, la repercusión en la calidad de la prestación y la salvaguardia del principio de proporcionalidad, analizados con detalle por Gallego Córcoles.

Para la valoración de las ofertas se constituyen normalmente las «mesas de contratación» que, con composición predominantemente funcionarial, asisten al órgano de contratación (art. 326 LCSP) y desempeñan un papel capital en el proceso de selección del contratista.

En cambio, para los procedimientos de diálogo competitivo y de asociación para la innovación se prevé como órgano de asistencia una mesa especial en la que se incorporan personas especialmente cualificadas en la materia sobre la que verse el diálogo competitivo o la asociación para la innovación (art. 327 LCSP). En cualquier caso, teniendo en cuenta que a veces la valoración de las ofertas exige conocimientos muy cualificados, se permite que las mesas de contratación puedan solicitar el

asesoramiento de técnicos o expertos independientes en las materias relacionadas con el objeto del contrato (art. 326.5 LCSP).

Distintos de los procedimientos de selección son los *criterios de selección*, es decir, los factores que tendrá en cuenta la Administración en el procedimiento en cuestión para decidirse, entre las diversas ofertas, por una de ellas y adjudicar a su oferente el contrato. Tradicionalmente el criterio de selección era el menor precio (empleándose entonces en la práctica administrativa la expresión «subasta»), aunque se permitía la utilización de más de un criterio relativo a la calidad (hablándose entonces de «concurso»). Ahora, la LCSP admite la utilización de un solo criterio, aunque de forma más bien excepcional. E incluso en tal caso, aunque el criterio utilizado deba tener una significación predominantemente económica, ya no se exige que éste tenga que ser únicamente el del precio: «cuando sólo se utilice un criterio de adjudicación, éste deberá estar relacionado con los costes, pudiendo ser el precio o un criterio basado en la rentabilidad, como el coste del ciclo de la vida calculado de acuerdo con lo indicado en el artículo 148 LCSP» (art. 146.1 LCSP).

La noción de «coste del ciclo de la vida» alude a un concepto más amplio que el del precio, pues se incluyen en él total o parcialmente, según los casos, los costes en que incurra el producto, servicio u obra objeto del contrato, en todas las fases consecutivas o interrelacionadas que se sucedan durante su existencia, como los costes de investigación o desarrollo, de mantenimiento, de consumo de energía, de recogida y reciclado, de externalidades medioambientales vinculadas al objeto (como coste de emisiones de gases de efecto invernadero), etc. (cfr. art. 148 LCSP).

Todas las normas anteriores sobre el procedimiento de adjudicación son aplicables a los contratos celebrados por Administraciones Públicas. En relación con los contratos del sector público celebrados por *poderes adjudicadores que no tengan la condición de Administraciones Públicas*, las exigencias son notablemente menores (cfr. art. 318 LCSP), a menos que tengan la condición de contratos SARA, en cuyo caso las normas aplicables son sustancialmente las mismas que para los contratos administrativos (cfr. art. 317 LCSP). Más flexibles aún son las normas relativas a los *contratos celebrados por entidades del sector público que no tengan la condición de poderes adjudicadores* (cfr. art. 321 LCSP): basta, en general, con que el anuncio de su licitación se publique en el perfil del contratante de la entidad, y los procedimientos para la selección del contratista y su adjudicación pueden ser concretados y desarrollados por la propia entidad (conforme a los principios genéricos de publicidad, concurrencia, transparencia, confidencialidad, igualdad y no discriminación) en unas «instrucciones» que se publicarán también en el perfil del contratante.

Antes de la adjudicación del contrato, el órgano de contratación exigirá al licitador que haya presentado la oferta económicamente más ventajosa, la acreditación de haber constituido una *garantía definitiva* (art. 150.2 LCSP) en alguna de las formas previstas en el artículo 108 LCSP (efectivo o valores, aval, contrato de seguro de caución) para responder de la correcta ejecución de las prestaciones contempladas en el contrato.

Se llama «definitiva» porque con anterioridad, y como se señaló arriba, el órgano de contratación puede haber exigido a todos los licitadores la constitución de garantía provisional que responda del mantenimiento de sus ofertas hasta la perfección del contrato. Pero se trata de una posibilidad que ahora, en la LCSP, se contempla como excepcional: sólo cuando por motivos de interés público se considere necesario y se justifique motivadamente (crf. art. 106.1 LCSP). El licitador que finalmente resulte adjudicatario puede aplicar el importe de la garantía provisional que, eventualmente, hubiere prestado, a la constitución de la garantía definitiva (art. 106.4 LCSP). Si no se presta en el plazo correspondiente, la adjudicación no se produce y se entiende que el licitador ha retirado su oferta. La Administración pasa, entonces, a requerir la misma al licitador siguiente según el orden en que hayan quedado clasificadas las ofertas (cfr. arts. 109.1 y 150.2 LCSP).

VI. VICIOS DE LOS ACTOS PREPARATORIOS Y DE ADJUDICACIÓN

1. SUPUESTOS DE INVALIDEZ

Señalamos arriba que los «actos separables» son aquellos actos administrativos distintos y previos al contrato en sí. Los actos separables se dan, por tanto, en las fases de preparación y adjudicación y son fundamentalmente dos:

— El *acto de aprobación de los pliegos*. Tanto los pliegos de cláusulas administrativas como los de prescripciones técnicas son objeto de un acto expreso de aprobación, que corresponde al órgano de contratación (arts. 122 y 124 LCSP).

— El *acto de adjudicación del contrato*. El procedimiento de selección o adjudicación acaba con el acto de adjudicación, un acto administrativo dictado también por el órgano de contratación, y cuyos requisitos de forma y de fondo se encuentran regulados en el artículo 151 LCSP, sobre todo en sus apartados 3 y 4.

Estos actos —como cualquier acto administrativo en general— pueden ser inválidos, es decir, pueden estar afectados por algún vicio que conlleve su invalidez. La particularidad en estos casos es que la invalidez de estos actos acarrea, a su vez, la del contrato al que se refieren: así se deduce inequívocamente de lo que dispone el artículo 42 LCSP.

Por tanto, la invalidez de estos actos se transmite, se «contagia», al contrato que se celebre o se haya celebrado ulteriormente.

Los vicios de invalidez de los actos de preparación y adjudicación pueden ser tanto de nulidad como de anulabilidad. Los supuestos que dan lugar a uno y otro tipo de invalidez se encuentran previstos respectivamente en los artículos 39 y 40 LCSP:

— *Causas de nulidad*: básicamente, las indicadas en el artículo 47 LPAC en general para los actos administrativos, más las específicas en esta materia enumeradas en el apartado 2 del citado artículo 39 LCSP (falta de los requisitos para contratar por parte del contratista, incumplimiento de las exigencias de publicidad del anuncio de licitación, etc.).

— *Causas de anulabilidad*: en general, cualquier infracción de la LCSP y del ordenamiento jurídico en los términos que ya nos son conocidos del artículo 48 LPAC, y entre los que el citado artículo 40 LCSP especifica algunos propios de esta materia (por ejemplo, el relativo a las disposiciones, resoluciones, cláusulas o actos del poder adjudicador que otorguen de forma directa o indirecta ventajas a empresas que hayan contratado previamente con cualquier Administración).

2. MECANISMOS DE CONTROL. EN ESPECIAL, EL RECURSO EN MATERIA DE CONTRATACIÓN

Los mecanismos para controlar estos vicios, para hacer valer la invalidez de los «actos separables», son la *revisión de oficio prevista en la LPAC* (para casos de nulidad a través del procedimiento del art. 106 LPAC y para casos de anulabilidad a través de la declaración de lesividad ex art. 107 LPAC), a la que se remite el artículo 41.1 LCSP, los *recursos administrativos y contencioso-administrativos* y, para cierto tipo de actos, el *recurso administrativo especial en materia de contratación* regulado en los artículos 44 ss. LCSP.

En relación con los *recursos administrativos ordinarios previstos en la*

LPAC, dispone el artículo 44.6 LCSP que estos pueden interponerse frente a los actos de los procedimientos de adjudicación que no sean objeto del citado recurso especial en materia de contratación.

Por supuesto, frente a este mismo tipo de actos es susceptible de interposición el *recurso contencioso-administrativo* que corresponda, como también se encarga de aclarar el artículo 44.6 LCSP. Por otra parte, el artículo 321.5 LCSP puntualiza cuál es el régimen de impugnación *en vía administrativa* de las actuaciones de preparación y adjudicación de los contratos de las *entidades del sector público que no sean poderes adjudicadores*: «se impugnarán en vía administrativa de conformidad con lo dispuesto en la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas ante el titular del departamento, órgano, ente u organismo al que esté adscrita la entidad contratante o al que corresponda su tutela. Si la entidad contratante estuviera vinculada a más de una Administración, será competente el órgano correspondiente de la que ostente el control o participación mayoritaria».

Finalmente, como se ha señalado, la LCSP contempla también la posibilidad de interponer un *recurso administrativo especial*, ya existente con anterioridad, pero notablemente modificado en la actualidad. Los caracteres de este recurso son los de un recurso ordinario, especial y potestativo:

— *Ordinario*, porque cabe alegar en él cualquier tipo de vicio de los actos objeto de recurso, es decir, tanto los vicios de nulidad como de anulabilidad.

— *Especial*, en el sentido de que sólo está previsto para los actos de preparación, adjudicación y de trámite cualificados enumerados en el artículo 44.2 LCSP y, además, sólo en relación con los contratos a los que se refiere el artículo 44.1 LCSP (por ejemplo, contratos de obras y de concesiones celebrados por poderes adjudicadores y que superen determinada cuantía). Esto quiere decir además que contra tales actos no cabe la interposición de ninguno de los recursos administrativos ordinarios de la LPAC (art. 44.5 LCSP).

Con todo, en su configuración actual se ha ampliado el objeto de este recurso a actos que no pertenecen a las fases de preparación y adjudicación del contrato, sino más bien a su ejecución y extinción, como son los acuerdos de modificación del contrato que, por sus características, hubieran debido ser objeto de una nueva adjudicación, y los acuerdos de rescate de concesiones [letras d) y f) del artículo 44.2 LCSP].

— *Potestativo*, tal y como expresamente señala el artículo 44.7 LCSP, de

modo que puede prescindirse de él e impugnarse los actos correspondientes directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La especialidad de este recurso también tiene reflejo en el *órgano competente* para su resolución, que no es ni el mismo órgano autor ni su superior jerárquico, ya que es tramitado y resuelto por un *órgano especial dotado de independencia funcional*. En el Estado, dicho órgano es el Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales (art. 45 LCSP).

Algunas Comunidades Autónomas han creado órganos equivalentes. Por ejemplo, en la Comunidad Autónoma andaluza se ha creado el Tribunal Administrativo de Recursos Contractuales de la Junta de Andalucía (Decreto 332/2011, de 2 de noviembre).

En otras Comunidades Autónomas se ha preferido encargar la resolución de estos recursos en relación con sus Administraciones al Tribunal Administrativo Central mediante el oportuno convenio.

El Tribunal andaluz está compuesto por Presidente y al menos dos Vocales, nombrados todos ellos entre funcionarios de carrera cualificados por el Consejo de Gobierno para un mandato de cinco años renovable una sola vez. El cese sólo puede producirse por alguna de las causas objetivas taxativamente previstas en la norma (expiración de mandato, incapacidad sobrevenida, aceptación de renuncia, condena penal firme a pena privativa de libertad, etc.; cfr. art. 3 Decreto 332/2011). No obstante, el insuficiente rango normativo de esta norma hace que su independencia funcional pueda ser puesta en entredicho.

En cuanto a las entidades locales, el órgano competente para conocer de los recursos contra sus actos será el que determine la legislación de la Comunidad Autónoma correspondiente. En el caso de que no exista previsión expresa en la legislación autonómica, la competencia corresponderá al mismo órgano al que las Comunidades Autónomas, en cuyo territorio se integran las entidades locales correspondientes, hayan atribuido la competencia para resolver los recursos de su ámbito (art. 46.4 LCSP). En Andalucía se ha optado por atribuir a las entidades locales la facultad de crear sus propios órganos de resolución, correspondiendo al Tribunal de Recursos de la Junta de Andalucía la competencia sólo cuando aquéllas no hayan ejercido dicha facultad (art. 10 Decreto 332/2011).

Los demás entes públicos andaluces con capacidad para contratar (Parlamento de Andalucía, Cámara de Cuentas, Consejo Consultivo, universidades públicas...) también tienen facultad para crear sus propios órganos especiales de resolución, aunque si deciden no crearlos, la competencia será del Tribunal de la Junta de

Andalucía, aunque supeditada a la conclusión del convenio correspondiente (art. 11 Decreto 332/2011).

Aunque todos estos órganos especiales de resolución son órganos administrativos, la independencia funcional de que están dotados ha servido de fundamento para reconocerles la condición de «órgano jurisdiccional remitente» a los efectos de plantear ante el TJUE cuestión prejudicial (STJUE de 6 de octubre de 2015, asunto C-203/14, en relación con el Tribunal Catalán de Contratos del Sector Público).

La tramitación del recurso se rige por las reglas generales de procedimiento administrativo de la LPAC (art. 56.1 LCSP), más las abundantes especialidades previstas en la propia LCSP.

Un aspecto concreto particularmente relevante de la tramitación de este recurso es que, una vez interpuesto, si el acto recurrido es el de adjudicación, quedará automáticamente suspendida la tramitación del expediente de contratación (art. 53 LCSP); lo cual quiere decir que en principio el contrato no podrá formalizarse (ni, por tanto, comenzar a ejecutarse) hasta que el recurso se resuelva y lo haga —además— en sentido desestimatorio.

La resolución agota la vía administrativa y es impugnabile, por tanto, ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, a tenor del artículo 59.3 LCSP, no cabe en relación con ella —ni en relación con los actos de trámite dictados en el procedimiento— la revisión de oficio prevista en la LPAC. Estamos, por tanto, ante un curioso supuesto en el que casos de nulidad de pleno derecho son sanables por el mero transcurso del tiempo (en concreto, del plazo de interposición del recurso contencioso-administrativo). El fundamento de esta previsión parece residir en principios generales tales como el de equidad, seguridad jurídica y prohibición de enriquecimiento injusto. En efecto, de admitirse, la revisión de oficio en relación con estas resoluciones se proyectaría sobre procedimientos de adjudicación de contratos que seguramente ya se habrían ejecutado más o menos tiempo atrás. Es lo que históricamente venía sucediendo y lo que hacía que nuestro sistema de garantías en materia de contratación fuera en buena medida ineficaz.

VII. PERFECCIÓN Y FORMALIZACIÓN DEL CONTRATO

Frente a la regulación anterior, en la que la perfección del contrato se producía con el acto definitivo de adjudicación, ahora el contrato se perfecciona —con alguna excepción de menor entidad— en un momento posterior, en concreto con su formalización: así se desprende taxativamente del artículo 36.1 LCSP: «Los contratos que celebren los poderes

adjudicadores [...] se perfeccionan con su formalización».

Y a este respecto debe señalarse que los contratos del sector público —salvo el caso de la contratación de emergencia— deben celebrarse por escrito, estando prohibida la contratación verbal (art. 37.1 LCSP).

La formalización se realiza en documento administrativo, si bien el contratista puede solicitar a su costa su elevación a escritura pública (art. 153.1 LCSP).

El momento de la perfección es muy importante porque determina el nacimiento del contrato. Por eso el artículo 153.6 LCSP prohíbe expresamente, salvo contadas excepciones, que la ejecución del contrato se inicie sin su previa formalización.

Con ello el legislador ha tratado de reaccionar frente a situaciones del pasado en las que —como los contratos se perfeccionaban con su mera adjudicación— la anulación de los expedientes de contratación era muy poco efectiva porque, en la mayoría de los casos, los contratos ya se habían ejecutado.

Puede ocurrir, por tanto, que un contrato ya adjudicado no llegue a formalizarse. En tales casos se producen las siguientes consecuencias:

1) Si no se formaliza dentro del plazo indicado *por causa imputable al adjudicatario*, la Administración le exigirá una penalidad equivalente al 3 % del presupuesto base de licitación (sin incluir el IVA), y el contrato se adjudicará al siguiente licitador por el orden en que hubieran quedado clasificadas las ofertas (art. 153.4 LCSP).

2) Si no se formaliza *por causas imputables a la Administración*, ésta indemnizará al contratista de los daños y perjuicios que la demora le pudiera ocasionar (art. 153.5 LCSP).

BIBLIOGRAFÍA

- ALEMANY GARCÍAS, J.: *Los encargos a sociedades mercantiles de capital íntegramente público como medios propios en la legislación actual*, Atelier, 2017.
- ALMEIDA CERREDA, M., y MARTÍN DELGADO, I. (dirs.): *La nueva contratación pública, Actas del I Congreso de la Red Internacional de Derecho Europeo, Toledo, 13 y 14 de noviembre de 2014*, 2015.
- BACA ONETO, V. S.: *La invalidez de los contratos públicos*, Civitas, 2006.
- BALLESTEROS MOFFA, L. A.: «La selección del contratista del sector público: criterios reglados y discrecionales en la valoración de las ofertas», *RAP*, n.º 180 (2009).

- *La adjudicación de contratos en el sector público*, Civitas, 2010.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «El contrato administrativo: entre la validez y el delito», *REDA*, n.º 175 (2016).
- BERMEJO VERA, J. (dir.), y BERNAL BLAY, M. A.: *Diccionario de contratación pública*, Iustel, 2009.
- CANO CAMPOS, T.: «La legitimación especial en el contencioso-administrativo de la contratación», en *Intereses colectivos y legitimación activa*, 2014.
- CARBONELL PORRAS, E.: «El título jurídico que habilita el ejercicio de la actividad de las sociedades mercantiles estatales de infraestructuras viarias ¿convenio o contrato administrativo?», en *Homenaje a Sebastián Martín-Retortillo*.
- «Las sociedades mercantiles públicas y los contratos con terceros en las Directivas comunitarias y en el Derecho español», en *Noticias de la Unión Europea*, n.º 267, 2007.
- CARBONERO GALLARDO, J. M.: *La adjudicación de los contratos públicos*, La Ley, 2010.
- CARLÓN RUIZ, M.: «El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado», *REDA*, n.º 140 (2008).
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «El contrato de suministro», *Comentario a la Ley de contratos de las Administraciones públicas*, 2004.
- «La Ley de Contratos del Sector Público», *Revista española de control externo*, vol. 9, n.º 27 (2007).
- CUDERO DE BLAS, J.: «El control jurisdiccional de la preparación y adjudicación de los contratos del sector público», *RGDA*, n.º 18 (2008).
- DEL OLMO ALONSO, J.: «El Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales: consideraciones sobre los requisitos de admisibilidad de los recursos», *Justicia Administrativa*, n.º 59 (2013).
- DÍEZ SASTRE, S.: *La tutela de los licitadores en la adjudicación de los contratos públicos*, Marcial Pons, 2012.
- DOMENECH PASCUAL, G.: «La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos», *RGDA*, n.º 30 (2012).
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *DA Nueva Época*, n.º 4 (2017).
- GIMENO FELIÚ, J. M.: *La nueva contratación pública europea y su incidencia en la legislación española*, Civitas, 2006.
- «Delimitación conceptual entre el contrato de gestión de servicios públicos, contratos de servicios y el CPP», *REDA*, n.º 156 (2012).
- «Sobre el sistema de ponderación del precio en los supuestos de varios criterios la ilegalidad de las fórmulas basadas en el denominado precio medio o de mercado», *Revista de estudios locales*, n.º 164 (2013).
- «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, n.º 159 (2013).
- «La formación de los contratos en la contratación pública», en *Negociación y perfección de los contratos*, Aranzadi, 2014.
- «Reflexiones en torno al procedimiento de diálogo competitivo: fundamento y prospectiva», *Revista de estudios locales*, n.º 170 (2014).

- «La “codificación” de la contratación pública mediante el derecho pretoriano derivado de la jurisprudencia del TJUE», *REDA*, n.º 172 (2015).
- «Hacia una nueva ley de contratos del sector público. ¿Una nueva oportunidad perdida?», *REDA*, n.º 182 (2017)
- (dir.): *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2018.
- GONZÁLEZ GARCÍA, J.: «Contrato de colaboración público-privada», *RAP*, n.º 170 (2006).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «El control judicial de la adjudicación del contrato mediante concurso», *Justicia Administrativa*, n.º 18 (2003).
- «Riesgos e incidencias en la fase de control judicial de las adjudicaciones contractuales», *Justicia Administrativa*, n.º 33 (2006).
- GOSÁLBEZ PEQUEÑO, H.: *El contratista de la Administración Pública*, Marcial Pons, 2000.
- HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, F.: «La adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Civitas, 2012.
- «El reglamento de procedimientos de revisión en materia contractual como intento de depuración formal de este tipo de procedimientos», *Observatorio de los contratos públicos*, 2013.
- HUERGO LORA, A.: «El Derecho español de los contratos públicos y el Derecho comunitario», *REDA*, n.º 126 (2005).
- «El riesgo operacional en la nueva Ley de Contratos del Sector Público», *DA Nueva Época*, n.º 4 (2017).
- «La prohibición de contratar con el sector público por falseamiento de la competencia», *REDA*, n.º 182 (2017).
- «Los convenios interadministrativos y la legislación de contratos públicos», *REALA Nueva Época*, n.º 8 (2017).
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «La ley de contratos de las Administraciones Públicas: su entronque con el bloque de la constitucionalidad y su ámbito de aplicación», en *Estudios sobre la contratación en las administraciones*, Comares, 1996.
- *Contrato administrativo de suministro y centralización de las compras públicas*, Atelier, 2000.
- «Algunas consideraciones a propósito del ámbito subjetivo de la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017. En particular, el caso de las Corporaciones de Derecho público», *DA Nueva Época*, n.º 4 (2017).
- LÓPEZ ZURITA, L.: «La división en lotes: la tensión entre las políticas horizontales y el principio de competencia en la contratación pública», *DA Nueva Época*, n.º 4 (2017).
- MARTI DEL MORAL, A.: «La nueva regulación del contrato de suministros con especial referencia a la contratación de los entes locales», en *Estudios sobre la contratación en las Administraciones públicas*, Comares, 1996.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «Sentido y alcance de la transposición de las

- directivas de la Unión Europea (análisis particular en materia de contratación pública)», *RAP*, n.º 202 (2017).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E. M.: *El contrato de servicios del sector público*, Civitas, 2009.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Los medios propios o servicios técnicos en la Ley de Contratos del Sector Público: su incidencia en la gestión de los servicios públicos locales*, Fundación Democracia y Gobierno Local, 2009.
- MORENO MOLINA, J. A.: *Los principios generales de la contratación de las Administraciones Públicas*, Bomarzo, 2006.
- *La reforma de los contratos del sector público en materia de recursos*, La Ley, 2011.
- «Un mundo para SARA. Una nueva categoría en el Derecho español de la contratación pública: los contratos sujetos a regulación armonizada», *RAP*, n.º 178 (2009).
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, F.: *La nueva Ley de contratos del sector público: estudio sistemático*, La Ley, 2008.
- PERNAS GARCÍA, J. J.: *Las operaciones «in house» y el Derecho comunitario de los contratos públicos*, Iustel, 2008.
- PULIDO QUECEDO, M.: *El nuevo Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales*, Aranzadi, 2010.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M., y VÁZQUEZ MATILLA, F. J., *La adjudicación de contratos públicos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público*, Aranzadi, 2017.
- REBOLLO PUIG, M.: «La invalidez de los contratos administrativos», *Noticias de la Unión Europea*, n.º 136, 1996.
- «Los entes institucionales de la Junta de Andalucía y su utilización como medio propio», *RAP*, n.º 161 (2003).
- REGO BLANCO, M^a. D.: «Novedades sobre la sociedad de economía mixta en la Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *DA Nueva Época*, n.º 4 (2017).
- ROMÁN MÁRQUEZ, A.: «El riesgo en las concesiones de obras y servicios públicos: orígenes, evolución y situación actual en el ordenamiento jurídico comunitario», *REDA*, n.º 182 (2017).
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: «*Compliance y self-cleaning* en la contratación pública (Una aproximación europea)», *RAAP*, n.º 95 (2016).
- RUIZ OJEDA, A.: *Derecho de la contratación pública y regulada*, Civitas, 2004.
- TRILLO TORRES, R.: «El control judicial de la contratación administrativa», *Justicia Administrativa*, n.º 10 (2001).
- VELÁZQUEZ NAVARRETE, P.: «La excepcionalidad de la contratación menor», *RAAP*, n.º 93 (2015).

* Por Manuel RODRÍGUEZ PORTUGUÉS. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

LECCIÓN 11

LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS^{*}

I. EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS: RÉGIMEN JURÍDICO E IMPOSICIÓN DE CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN

1. EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS PÚBLICOS

Hemos estudiado en la lección anterior determinados aspectos de la vida de los contratos del sector público: fundamentalmente, su preparación, adjudicación y perfección. Vamos a abordar ahora lo que sigue a esos aspectos en la vida natural de todo contrato: su ejecución y extinción. No vamos a hacerlo, sin embargo, en relación con todos los contratos del sector público, sino sólo en referencia con la categoría más concreta de los *contratos administrativos*, caracterizados —recuérdese— por la presencia de una *Administración Pública en sentido estricto* (según la peculiar definición de la LCSP) como sujeto contratante y por su objeto.

No obstante, con independencia de que nos ciñamos en el objeto de estudio de esta lección a la delimitación subjetiva indicada, sí es necesario señalar que algunas de las determinaciones que trataremos en este tema resultan asimismo aplicables a los poderes adjudicadores —que no son Administraciones Públicas—. Sin embargo, las restantes entidades del sector público —que ni tan siquiera ostentan la condición de poderes adjudicadores— sujetan los efectos, modificación y extinción de los contratos que celebren respecto a las normas de derecho privado, a excepción de la responsabilidad del contratista de servicios por errores o defectos en el proyecto que elaboren (arts. 26.4, segundo párrafo, y 322 LCSP).

Con respecto a los poderes adjudicadores que no son Administraciones Públicas, el art. 319.1 LCSP —en concordancia con lo establecido por el art. 26.3 de la misma Ley— parte de la premisa, como ya se señaló en la lección anterior y es tradicional en nuestro ordenamiento jurídico, de que los efectos y extinción de los contratos que celebren se regirán por las normas del Derecho privado. Mas, a partir de este

postulado, el citado precepto declara aplicables a los contratos que concluyan este tipo de poderes adjudicadores las normas de la LCSP relativas a los supuestos de modificación de los contratos (arts. 203 a 205), requiriéndose además —como determinación básica— la autorización del Ministerio o Consejería autonómica competente, previo dictamen preceptivo del Consejo de Estado u órgano consultivo autonómico, para aquellas modificaciones —no previstas en los pliegos—, cuya cuantía —aislada o conjuntamente— suponga un valor superior al 20 % del precio inicial del contrato, siempre que el importe de éste sea igual o superior a 6 millones de euros. Además de ello, también se les aplican a los contratos celebrados por los poderes adjudicadores las previsiones de la LCSP relativas al régimen jurídico de la cesión y subcontratación (arts. 214-217) y a las condiciones de pago (arts. 198.4, 210.4 y 243.1). En materia de resolución de los contratos, les resultan de aplicación las causas de resolución específicamente previstas para las concesiones de obras y de servicios públicos [arts. 279 y 294, respectivamente], requiriéndose el acuerdo del Ministerio o Consejería al que esté adscrito el poder adjudicador para el rescate, la supresión y el secuestro o intervención de las obras o servicios. En fin, constituyen, en todo caso, causas de resolución: la relativa a la imposibilidad de ejecutar la prestación en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato [art. 211.1 g), primer inciso], y la atinente al impago de los salarios a los trabajadores por parte del contratista [art. 211. i)].

Mención especial merecen igualmente los contratos privados celebrados por las Administraciones Públicas, los cuales, de conformidad con lo previsto en el art. 26.2, primer párrafo, LCSP atendrán sus efectos, modificación y extinción a las normas de Derecho privado. No obstante ello, en lo concerniente a los contratos privados de la Administración que tengan por objeto servicios financieros; creación e interpretación artística; espectáculos; y suscripción a revistas, publicaciones periódicas y bases de datos, se les aplican las normas de la LCSP referidas a las condiciones especiales de ejecución, modificación, cesión y subcontratación, y resolución de los contratos. Sin embargo, como tal aplicabilidad sólo rige con respecto a los contratos sujetos a regulación armonizada (art. 26.2, segundo párrafo, *in fine*) se da la paradoja de que su régimen jurídico resulta a la postre más benévolo —en lo que a aplicación de la LCSP se refiere— que el previsto para los contratos privados de los poderes adjudicadores que no son Administración Pública.

Esta atención específica encuentra justificación en que la ejecución y extinción de estos contratos cuentan con infinidad de reglas singulares que no existen para los demás contratos públicos (ni menos aún en el Derecho privado para los contratos celebrados entre particulares). Esas reglas singulares se refieren, en primer lugar, a la existencia de ciertos poderes o prerrogativas —sin parangón en el Derecho contractual privado— que se atribuyen a una de las partes, a la Administración, en relación con la ejecución de los contratos. En segundo lugar, la cesión del contrato, la subcontratación y la responsabilidad del contratista frente a terceros son

aspectos que, aun no desconocidos en otras ramas del ordenamiento, cuentan aquí también con especialidades notorias. En tercer lugar, estudiaremos todo lo relativo al cumplimiento y extinción de esta categoría contractual, para terminar haciendo una referencia a la peculiar figura de los denominados cuasicontratos administrativos.

2. CONDICIONES ESPECIALES DE EJECUCIÓN DE LOS CONTRATOS

A la posibilidad legal, ya estudiada, de valorar como criterios de adjudicación de los contratos públicos, la oferta de determinadas cláusulas ambientales, sociales y de innovación, la LCSP, siguiendo la estela del art. 70 de la Directiva 2014/24/UE, permite que los poderes adjudicadores puedan establecer condiciones especiales en relación con la ejecución de los contratos, siempre que estas condiciones estén vinculadas al objeto del contrato, no sean directa o indirectamente discriminatorias, sean compatibles con el Derecho comunitario y se indiquen en el anuncio de licitación y en los pliegos. Además, de forma novedosa con respecto a la Directiva, el art. 202.1 LCSP impone que, en todo caso, será obligatorio el establecimiento en el pliego de cláusulas administrativas particulares de, al menos, una de las condiciones especiales de ejecución —de índole social, ética, medioambiental o de otro orden— que dicho precepto enumera de manera no exhaustiva.

En concreto, señala el art. 202.2, que estas condiciones de ejecución pueden referirse a condiciones económicas, relacionadas con la innovación, de tipo medioambiental o de tipo social. Entre las consideraciones de tipo medioambiental, se relacionan —como decimos, sin ánimo exhaustivo— la reducción de las emisiones de gases de efecto invernadero; el mantenimiento o mejora de los valores medioambientales que puedan verse afectados por la ejecución del contrato; una gestión más sostenible del agua; el fomento del uso de las energías renovables; la promoción del reciclado de productos y el uso de envases reutilizables; o el impulso de la entrega de productos a granel y la producción ecológica.

En este sentido, merece destacarse que, por RD 6/2018, de 12 de enero, se ha creado la Comisión Interministerial para la incorporación de criterios ecológicos tanto en la adjudicación o selección del contratista, como en las especificaciones técnicas o condiciones especiales de ejecución. Entre las funciones de esta Comisión, está la de elaborar el Plan de Contratación Pública Ecológica de la Administración General del Estado y de sus Organismos Públicos, que sustituirá al Plan de Contratación Pública Verde (Orden PRE/116/2008, de 21 de enero), cuya vigencia ya ha finalizado.

Con respecto a las consideraciones de tipo social o relativas al empleo, el art.

202.2 segundo párrafo LCSP enumera: hacer efectivos los derechos reconocidos en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos de las personas con discapacidad; contratar un número de personas con discapacidad superior al que exige la legislación nacional; promover el empleo de personas con especiales dificultades de inserción en el mercado laboral, en especial, de las personas con discapacidad o en situación o riesgo de exclusión social a través de Empresas de Inserción; eliminar las desigualdades entre el hombre y la mujer en dicho mercado, favoreciendo la aplicación de medidas que fomenten la igualdad entre mujeres y hombres en el trabajo; favorecer la mayor participación de la mujer en el mercado laboral y la conciliación del trabajo y la vida familiar; combatir el paro, en particular, el juvenil, el que afecta a las mujeres y el de larga duración; favorecer la formación en el lugar de trabajo; garantizar la seguridad y la protección de la salud en el lugar de trabajo y el cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables; medidas para prevenir la siniestralidad laboral; otras finalidades que se establezcan con referencia a la estrategia coordinada para el empleo, definida en el art. 145 TFUE; garantizar el respeto de los derechos laborales básicos a lo largo de la cadena de producción mediante la exigencia del cumplimiento de las Convenciones fundamentales de la OIT, incluidas aquellas que busquen favorecer a los pequeños productores de países en desarrollo con los que se mantienen relaciones comerciales que les son favorables, tales como el pago de un precio mínimo y una prima a los productores o una mayor transparencia y trazabilidad de toda la cadena comercial.

De entre las cláusulas sociales reseñadas, la relativa al cumplimiento de los convenios colectivos sectoriales y territoriales aplicables puede resultar controvertida legalmente, habida cuenta de que, como recoge Isabel Gallego Córcoles, la jurisprudencia europea se muestra contraria con respecto a la posibilidad legal de que pueda imponerse a contratistas y subcontratistas el pago de salarios mínimos a sus trabajadores con independencia del lugar en el que se ejecuten las prestaciones (claramente en contra, SSTJUE de 3 de abril de 2008, as. C-346/06, *Ruffert*, y 18 de septiembre de 2014, as. C-549/13, *Bundesdruckerei*, y estableciendo ciertos matices la STJUE de 17 de noviembre de 2015, as. C-115/2014, *Regiopost*). De todos modos, como la mencionada autora relata, la cuestión más espinosa se cifra en determinar si, conforme a la citada previsión del art. 202.2, las condiciones mínimas que deben garantizarse a los trabajadores son las establecidas en el convenio sectorial aplicable (solución seguida por el TRC de Madrid en sus acuerdos de 6 de octubre de 2016 y de 5 de julio de 2017 y por el TRC de Aragón de 14 de julio de 2016) o las del convenio de empresa. Otra cuestión problemática es la relacionada con la posibilidad de que los pliegos puedan imponer como condición de ejecución la subrogación del personal de la adjudicataria saliente, tema resuelto en sentido contrario por la STS de 23 de enero de 2017 (rec. 18754/2015), posibilidad que, no obstante, el art. 130.1 LCSP sí admite cuando la establezca «una norma legal, un convenio colectivo o un acuerdo de negociación colectiva». Los tribunales autonómicos de recursos contractuales vienen admitiendo la validez de condiciones de ejecución mediante las que se impone a las empresas adjudicatarias que en las nuevas contrataciones las contrataciones sean de mujeres hasta un determinado porcentaje (TRC Andalucía de 23 de julio de 2015); o que hasta un determinado porcentaje las nuevas contrataciones

que se hagan lo sean de contrataciones con carácter indefinido (TRC Madrid de 6 de octubre de 2016). En resumen, como afirma Gimeno Feliú, las condiciones especiales de ejecución pueden ser el «vehículo» más idóneo para implementar políticas sociales o ambientales, circunstancia que, como el citado autor nos recuerda, ha sido especialmente subrayada por el Tribunal de Contratos Públicos de Aragón en su Acuerdo 72/2016, en el cual, con relación a la exigencia de mantener la retribución de los trabajadores durante la ejecución del contrato, dicho Tribunal administrativo ha considerado legal tal opción, ya que entiende que *«no limita la competencia ni interfiere en la opción de gestión del contrato, y que pretende dotar de calidad a la prestación del contrato, evitando la precarización de condiciones laborales como justificación de rebaja de precios en las ofertas, lo que casa mal con la obligación de calidad/precio que refiere el artículo 67 de la Directiva 2014/24/UE, de contratación pública. Justifica su argumento en la citada Sentencia TJUE de 17 de noviembre, Regio Post (asunto C-115/14), en tanto permite garantizar la correcta prestación del contrato. Y recuerda que el licitador que oferta conforme a las condiciones de un convenio colectivo, está obligado a mantener esas condiciones por cuanto la oferta es parte del pliego y los pliegos son lex contractus que vinculan durante su ejecución conforme al principio pacta sunt servanda, sin que la ultraactividad de los convenios pueda interferir en la ejecución de un contrato ya adjudicado, pues se quebraría el principio de equivalencia de las prestaciones, así como el principio de igualdad de trato entre licitadores, al alterarse las condiciones de la adjudicación»*.

El cumplimiento de estas condiciones especiales de ejecución, que es independiente de la observancia de las obligaciones aplicables en materia medioambiental, social o laboral (art. 201 LCSP), puede ser garantizado por los pliegos mediante la imposición de penalidades o incluso a través de la consideración de estas condiciones especiales como obligaciones esenciales del contrato —circunstancia que, en los términos que en esta lección veremos, puede suponer la resolución de contrato—, todo ello sin perjuicio de que su incumplimiento —cuando no se tipifique como causa de resolución del contrato— pueda establecerse como una prohibición para contratar (art. 202.3 LCSP). Cabe indicar, por último, que el hecho de que la integración de estas condiciones forme parte del contenido del contrato, entraña que su observancia se impone también a todos los subcontratistas que participen en la ejecución del contrato.

La previsión del art. 202.3 LCSP de que estas consecuencias jurídicas se remitan a la voluntad de los pliegos es duramente criticada por Isabel Gallego Córcoles para quien «la regulación de las consecuencias del incumplimiento debiera ser un elemento preceptivo en todos los pliegos».

II. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

PÚBLICA EN LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. NATURALEZA, FUNDAMENTO Y ENUMERACIÓN

Como se acaba de señalar, la Administración goza en relación con la ejecución de los contratos administrativos de unos poderes o prerrogativas que le están atribuidos para tutelar o asegurar el interés general, como no podía ser de otra forma en atención a su propio fin institucional (art. 103.1 CE).

Una primera idea que conviene retener es que la atribución expresa de estas potestades por la ley —y su más o menos minuciosa regulación— es una exigencia de la naturaleza misma de estas prerrogativas, que no es otra que la de la potestad administrativa. Por eso —porque son auténticas potestades administrativas— no nacen del contrato, sino que la Administración dispone de ellas por atribución de la ley, y su ejercicio se traduce —como veremos— en la producción de auténticos actos administrativos, distintos del propio contrato.

El artículo 190 enumera expresamente cuáles son estas potestades:

- La de *interpretar* los contratos administrativos.
- La de *resolver las dudas* que ofrezca su cumplimiento.
- La de *modificarlos* por razones de interés público (potestad conocida también tradicionalmente con la expresión *ius variandi*).
- La de *suspender* la ejecución de los contratos.
- La de *acordar la resolución* de los contratos, así como determinar los efectos de ésta.
- Como novedad un tanto discutible, la LCSP añade, entre las prerrogativas de la Administración en la ejecución de los contratos, la de «declarar la responsabilidad imputable al contratista a raíz de la ejecución del contrato».

Junto o como parte de algunas de estas prerrogativas, otros preceptos de la LCSP consagran otras, como las de acordar la nulidad del contrato [art. 211.3.a)], facultad reconducible acaso a la potestad de resolución del contrato. Lo mismo puede decirse

con respecto a la potestad de dirección, contemplada para el contrato de obras (art. 238), o, en general, con las prerrogativas contractuales previstas para el contrato de concesión de obras (art. 261), con respecto a las cuales y aparte de las previstas con carácter general por el art. 190 se recogen otras —a las que indistintamente llama prerrogativas y derechos de la Administración— como las de: decidir el restablecimiento del equilibrio económico de la concesión; establecer las tarifas máximas por la utilización de las obras; asumir la explotación de las obras en los casos de secuestro o intervención, etc.

Por otra parte, aunque el art. 190 parece concebirlas como prerrogativas distintas, lo cierto es que las relativas a la interpretación y a la resolución de las dudas que ofrezcan los contratos, se presentan, en realidad, muy unidas. En contra de lo que sucede con respecto a la contratación civil, en la que las dudas y controversias surgidas en relación con la interpretación de las cláusulas contractuales se dirimen ante la jurisdicción ordinaria, en la contratación administrativa, la Administración goza de esta potestad unilateral de interpretar el contrato y de imponer su decisión al contratista, a quien sólo cabe recurrir esta decisión en caso de discrepancia con lo establecido por la Administración y ante la jurisdicción contencioso-administrativa (y fundamentalmente ante los Jueces o Tribunales de instancia y no en vía de casación). Todo lo anterior no es óbice, sin embargo, para que, según tiene sobradamente declarado la jurisprudencia, la Administración deba atener el ejercicio de su potestad de interpretación a las reglas y técnicas establecidas en el Código Civil (arts. 1281 y ss.).

Aunque, a diferencia de lo que hace en otras partes de la Ley, el art. 190 no las incluye entre las prerrogativas contractuales, sino que, en su lugar, habla de «facultades de inspección de las actividades desarrolladas por el contratista durante la ejecución del contrato», es posible hablar incluso de una *potestad general e implícita de inspeccionar y ordenar la ejecución del contrato administrativo*, implícita en la posición jurídica de la Administración contratante dispuesta en la LCSP.

Hay una manifestación de ello tanto a propósito del contrato de concesión de servicios como del contrato de servicios que conllevan prestaciones directas a favor de la ciudadanía, cuando la LCSP señala que la «Administración conservará los poderes de policía necesarios para asegurar la buena marcha de los servicios de que se trate» [arts. 287.2 y 312.e), respectivamente]. Ciertamente, la garantía de la adecuada y prevista ejecución del contrato administrativo reclama, primeramente, la supervisión de la Administración Pública contratante sobre el cumplimiento de las prestaciones pactadas. La Administración conserva, pues, las potestades ordenadoras necesarias, debiendo ejercerlas cuando sea preciso asegurar el correcto cumplimiento contractual. Así, además de la supervisión o inspección en sentido propio de las tareas encomendadas al contratista, el órgano administrativo responsable del cumplimiento del contrato —designado por la Administración contratante— debe supervisar su ejecución, dictando las órdenes, instrucciones o requerimientos

necesarios con el fin de asegurar la correcta realización de la prestación pactada, y designando incluso un responsable del contrato (art. 62.1 LCSP). Esta potestad de supervisión contractual es una potestad secundaria y de carácter previo al ejercicio de la mayoría de las potestades o prerrogativas esenciales atribuidas en la LCSP. Las potestades administrativas ejercitables ante incumplimientos contractuales del contratista (suspensión del contrato, *ius variandi* y resolución contractual, relevantemente) precisan de las previas órdenes o advertencias de incumplimiento, con apercibimiento de iniciar el procedimiento específico de la potestad exorbitante que proceda ejercer en caso de persistir el incumplimiento contractual. Y estas órdenes administrativas en los contratos administrativos, si no se cumplen voluntariamente, podrán ser ejecutadas forzosamente por la Administración contratante, en virtud del principio de la «autotutela administrativa ejecutiva» reconocido con carácter general en el art. 99 LPAC. En la LCSP el medio de ejecución forzosa previsto con más frecuencia es la multa coercitiva.

En todo caso, el art. 190 LCSP ha marcado límites a estas facultades de inspección, prohibiendo que éstas se conviertan en «un derecho general del órgano de contratación» a inspeccionar las instalaciones, oficinas y demás emplazamientos en los que el contratista desarrolle sus actividades, salvo cuando tales lugares «sean determinantes para el desarrollo de las prestaciones objeto del contrato», circunstancia que el órgano de contratación habrá de justificar de forma expresa y detallada en el expediente administrativo.

2. PROCEDIMIENTO PARA SU EJERCICIO

Estas potestades se ejercitan de forma distinta, dependiendo de la prerrogativa concreta de que se trate. Hay, sin embargo, unas pocas reglas generales para las prerrogativas comunes del artículo 190 LCSP en el artículo 191 LCSP, cuyos aspectos más destacables son los siguientes:

— Las potestades de interpretación, modificación, suspensión, declaración de la responsabilidad imputable al contratista y resolución deben ejercitarse a través del cauce formal de un *procedimiento administrativo* en el que, además, debe darse *audiencia al contratista*. Asimismo, en lo que respecta a los contratos administrativos concluidos por las Administraciones Públicas integrantes del sector público estatal, la LCSP impone que los acuerdos referidos al ejercicio de aquellas potestades sean adoptados previo informe del Servicio Jurídico correspondiente, salvo en los casos de reposición y ajuste de garantías (art. 109) y de resolución por demora (art. 195)

— En determinados casos, la LCSP refuerza las garantías procedimentales para el ejercicio de las prerrogativas contractuales,

requiriendo con carácter preceptivo el dictamen del Consejo de Estado o del órgano consultivo autonómico equivalente. Así sucede, según lo previsto por el art. 191.3 LCSP, con:

a) La interpretación, nulidad y resolución de los contratos, cuando se formule oposición por parte del contratista.

b) Las modificaciones de los contratos cuando no estuvieran previstas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y su cuantía, aislada o conjuntamente, sea superior a un 20 % del precio inicial del contrato, IVA excluido, y su precio sea igual o superior a 6 millones de euros.

c) Las reclamaciones dirigidas a la Administración con fundamento en la responsabilidad contractual en que ésta pudiera haber incurrido, en los casos en que las indemnizaciones reclamadas sean de cuantía igual o superior a 50.000 euros (cantidad ésta que constituye un *mínimum* que puede ser objeto de rebaja por parte de la normativa autonómica).

— La resolución que finalmente adopte la Administración agota la vía administrativa y es inmediatamente ejecutiva, de modo que su suspensión sólo puede adoptarse como medida provisional en un recurso de reposición o por el juez como medida cautelar en el seno de un proceso contencioso-administrativo.

3. EN ESPECIAL, LA POTESTAD DE MODIFICACIÓN O *IUS VARIANDI*

El denominado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato representa un fenomenal privilegio de la Administración que excepciona las virtualidades propias del principio general del *pacta sunt servanda, contractus lex interpartes*. Mediante su ejercicio, la Administración trata de adecuar el objeto y los términos del contrato a las necesidades cambiantes requeridas por el interés público.

El fundamento de esta potestad es la salvaguarda del interés público, pero no el justificativo del contrato celebrado, no el que demanda el debido cumplimiento o ejecución del contrato por el contratista en los términos establecidos en el contrato; por el contrario, el interés público que justifica esta potestad administrativa es un interés público sobrevenido al contrato celebrado, un interés público que demanda una cierta modificación no esencial del contrato administrativo, porque su prevista ejecución deviene perjudicial para los intereses públicos. Prevalece así el interés público sobrevenido sobre el interés público subyacente en el contrato administrativo

y sobre los legítimos intereses privados (y derechos subjetivos) del contratista, lo que justifica, como vamos a ver, el carácter obligado que tiene para el contratista la asunción de las modificaciones legalmente acordadas (art. 206).

Tradicionalmente, el ejercicio de esta potestad ha estado sujeto a límites formales, no existiendo, en cambio, límites materiales a tal ejercicio, más allá de lo que suponía establecer garantías a favor del contratista para que no recayese sobre él «el peso del interés común y de las cambiantes necesidades generales» (García de Enterría). Sin embargo, en los últimos tiempos, las cosas se han alterado fundamentalmente en este punto por ministerio del Derecho y la jurisprudencia europeos: la frecuente práctica de los Estados, alterando sustancialmente el objeto y las estipulaciones iniciales de los contratos a través de sus modificaciones reiteradas e indiscriminadas, ha llevado tanto a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia como a las Directivas de 2014 a adentrarse en el examen y regulación del ámbito de las modificaciones contractuales para sujetarlas a límites muy estrictos, y para evitar que, mediante las referidas modificaciones, se falseasen las condiciones de la libre competencia.

Como decimos, la regulación actual de la potestad de modificación de contratos obedece a los cambios introducidos al respecto por las Directivas de 2014; cambios que, a su vez, vinieron motivados por la jurisprudencia europea. En este sentido, la importante STJUE de 29 de abril de 2004, *Succhi di Frutta*, proclamó que «cuando una entidad contratante ha señalado prescripciones en el anuncio de licitación y en el pliego de cláusulas administrativas, el respeto del principio de igualdad de trato de los licitadores exige que todas las ofertas sean conformes a tales prescripciones, con el fin de garantizar una comparación objetiva entre las ofertas, y asimismo, que ese procedimiento de comparación debe respetar en todas sus fases no sólo el principio de igualdad, sino también el de transparencia para que todos ellos dispongan de las mismas oportunidades al formular el contenido de sus ofertas». Tal doctrina ha sido después seguida y perfilada, entre otras, por las SSTJUE de 19 de junio de 2008, *Presstext* (que perfiló, en concreto, qué modificaciones del contrato podrían reputarse esenciales); y de 13 y 22 de abril de 2010, *Wall* y *Comisión contra España*, respectivamente.

Por otra parte, hay que indicar que el legislador español se ha mostrado incluso más restrictivo que las propias Directivas de contratación a nuestro ordenamiento, el giro que, en un primer momento, significó la modificación del anterior Texto Refundido operada por la Ley de Economía Sostenible, ha cristalizado finalmente en la reciente LCSP. Su art. 203 preceptúa tajantemente que «los contratos administrativos *solo podrán ser modificados* por razones de interés público en los casos y formas» previstos por esta Ley, «y de acuerdo con el procedimiento» descrito por los arts. 191 y 207 de la misma.

Desde el punto de vista material, la LCSP establece —como regla general— que la potestad de modificación de los contratos administrativos ha de estar expresamente prevista en el pliego de cláusulas administrativas particulares del contrato. Al margen de esta previsión, el art. 203.2 LCSP contempla el ejercicio del *ius variandi* con un marcado carácter excepcional, debiendo justificarse su ejercicio no sólo en la concurrencia de una serie tasada de supuestos —los que enuncia el art. 205.2—, sino habiendo también de limitarse dicho ejercicio a introducir las variaciones estrictamente indispensables para responder a la causa objetiva que la haga necesaria, todo ello sin perjuicio de que únicamente resultan obligatorias para el contratista las modificaciones que no superen el 20 % del precio inicial del contrato (art. 206.1). En consecuencia, si la potestad de modificación no está prevista en los pliegos o si no concurren los presupuestos para que, a falta de tal previsión, proceda la modificación, lo procedente es resolver el contrato y proceder a una nueva licitación pública.

De acuerdo con lo estipulado por el art. 205.2 LCSP, los supuestos que pueden justificar una modificación del contrato no prevista expresamente en los pliegos se regulan muy estrictamente por el art. 205.2 LCSP. En todos estos supuestos, se requiere, además de que la modificación propuesta no suponga una alteración de la cuantía o del importe del contrato superior al 50 % de su precio inicial, la concurrencia cumulativa de alguna de estas circunstancias: *a)* el añadido de obras, suministros o servicios adicionales a los inicialmente contratados, si el cambio de contratista no fuese posible económica o técnicamente o generase inconvenientes significativos o incrementos sustanciales de costes para el órgano de contratación; *b)* la sobrevenida de circunstancias que fueran imprevisibles en el momento en el que tuvo lugar la licitación del contrato, siempre que dicha modificación no pudiese haberse sido prevista por una Administración diligente y no altere la naturaleza global del contrato; o *c)* el carácter no sustancial de las modificaciones propuestas, justificando tanto dicho carácter —para cuyo desentrañamiento el propio art. 205.2.c) LCSP fija una serie de presunciones *iuris et de iure* en las que las modificaciones revisten carácter sustancial— como las razones por las que no se incluyeron en el contrato inicial.

De cara a acentuar las garantías materiales del interés público y del contratista frente a las modificaciones contractuales, el art. 204 LCSP no se constriñe a otorgar una habilitación en blanco a la Administración para que libremente prevea tal potestad en los pliegos; antes bien, por un lado, le impone la observancia de límites cuantitativos —la modificación sólo puede alcanzar hasta un máximo del 20 % del precio inicial— y, por otro lado, requiere que la cláusula de modificación esté formulada de forma clara, precisa e inequívoca y que dichas modificaciones no alteren la naturaleza

global del contrato inicial.

El art. 204.1.b) LCSP aclara que el contenido de la cláusula de modificación debe precisar con el detalle suficiente: su alcance, límites y naturaleza; las condiciones en que podrá hacerse uso de la misma por referencia a circunstancias cuya concurrencia pueda verificarse de forma objetiva; y el procedimiento que haya de seguirse para realizar tal modificación. En el mismo sentido, se establece que la cláusula de modificación no puede suponer el establecimiento de nuevos precios unitarios no previstos en el contrato.

Por lo que respecta a la no alteración de la naturaleza global del contrato inicial, el art. 204.2 LCSP (en términos bastante más ambiguos que los mantenidos por el art. 72.4 Directiva 2014/24) detalla asimismo —como presunción *iuris et de iure*— que dicha naturaleza queda alterada cuando se sustituyen las obras, los suministros o los servicios que se van a adquirir por otros diferentes o se modifica el tipo de contrato.

En lo concerniente a las garantías formales, el ejercicio de la potestad de modificación ha de sujetarse, como ya se ha dicho, al procedimiento general previsto para el ejercicio de todas las prerrogativas administrativas contractuales, aunque existen, como ya se ha notado, algunas especialidades o exigencias adicionales. Evidentemente, para los casos en que el *ius variandi* esté expresamente recogido en los pliegos, su ejercicio debe atemperarse a los trámites que los propios pliegos hayan establecido al respecto. Con carácter general y de cara a garantizar la publicidad de las modificaciones que se hayan podido llevar a cabo, la LCSP preceptúa la obligatoriedad de que las modificaciones de los contratos sujetos a regulación armonizada sean objeto de anuncio en el Diario Oficial de la Unión Europea. Este anuncio —que además para éstos y para los demás contratos tiene que ser también publicado en el perfil del contratante en el plazo de cinco días desde la aprobación de la modificación— debe acompañarse de las alegaciones del contratista y de todos los informes que, en su caso, se hubieren recabado con carácter previo a su aprobación, incluidos tanto los emitidos por el órgano de contratación como los aportados por el adjudicatario.

En lo que respecta a los casos en que el *ius variandi* no se encuentre previsto en los pliegos, el art. 207.2 LCSP determina que debe darse audiencia al redactor del proyecto o de las especificaciones técnicas, si éstos se hubiesen preparado por un tercero ajeno al órgano de contratación en virtud de un contrato de servicios, para que, en un plazo no inferior a tres días, formule las consideraciones que tenga por conveniente.

Las modificaciones acordadas por el órgano de contratación son, según se ha indicado, obligatorias para el contratista si se producen —lógicamente— dentro de los límites materiales y formales establecidos por la LCSP y deben formalizarse en documento administrativo o en escritura pública si el contratista así lo pidiese. Fuera de tales supuestos, el contratista puede optar por aceptar —por escrito— los términos de la modificación propuesta o por pedir —en otro caso— la resolución del contrato. Ahora bien, en palabras de Santiago Muñoz Machado, conviene recalcar que «el deber de la Administración de compensar al contratista por las modificaciones que acuerde del objeto contractual no depende de las cuantías de las mismas», ya que «la obligación de compensar es general».

Aunque no nos podamos detener aquí en su detallada exposición, cabe recordar que las previsiones generales que los arts. 203 y ss. LCSP contienen en materia de modificación de los contratos, son objeto de pormenorización al hilo de la regulación concreta y específica de cada contrato. La regulación más detallada en este sentido se realiza en relación con el contrato de obras (art. 242), aunque también hay determinaciones particulares para los contratos de concesión de obras y de servicios (arts. 262 y 290) y para los contratos de suministros y servicios *en función de las necesidades* con respecto a los cuales se obliga a tramitar un modificado si, dentro de la vigencia del contrato, las necesidades reales fuesen superiores a las estimadas inicialmente, para lo cual se habrá tenido que tener la precaución de prever tal posibilidad de modificación en la documentación que rija la licitación y tramitar la modificación antes de que se agote el presupuesto máximo inicialmente aprobado (Disposición Adicional 33ª). En cambio, en lo que respecta al contrato de suministro (y en forma similar también para el contrato de servicios, art. 309.1), el art. 301.2 LCSP precisa que, en los casos en los que la determinación del precio se realice mediante precios unitarios, no será necesario tramitar un expediente de modificación cuando se incremente el número de unidades a suministrar hasta el porcentaje del 10 % del precio del contrato, siempre que así se haya establecido en el pliego de cláusulas administrativas particulares y se haya acreditado la correspondiente financiación en el expediente originario del contrato.

El ejercicio del *ius variandi* por parte de la Administración comporta una ruptura del equilibrio económico financiero del contrato para cuyo restablecimiento el ordenamiento dibuja, como vamos a ver, distintas técnicas. En lo que respecta específicamente a la forma en que se restablece la ecuación financiera del contrato en los casos de ejercicio del *ius variandi* en sentido estricto, hay que indicar que la LCSP no establece una fórmula general, válida para las modificaciones de todo tipo de contratos, sino que pergeña distintas soluciones al hilo de cada contrato.

En lo que concierne al contrato de obras, el art. 242.1 LCSP preceptúa que el

contratista no tiene derecho a reclamar indemnización alguna cuando la modificación suponga supresión o reducción de unidades de obra. Por el contrario, en los casos en que la modificación entrañe la introducción de unidades de obra no previstas en el proyecto o cuyas características difieran de las fijadas en éste, los precios aplicables a las mismas se fijarán por la Administración, previa audiencia del contratista. La falta de acuerdo al respecto habilita al órgano de contratación para contratarlas con otro empresario, ejecutarlas directamente u optar por la resolución del contrato.

Para la concesión de obras y de servicios, los arts. 262, 270 y 290 LCSP determinan con carácter general que se deberá mantener el equilibrio económico en los términos que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario. Tal restablecimiento —explicitan los arts. 270.2 y 290.4— se realizará «en beneficio de la parte que corresponda», sin que den lugar a aquél «el incumplimiento de las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario». La LCSP deja un amplio margen de apreciación a la Administración para determinar las medidas que quepa adoptar en cada caso, medidas que engloban la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de las obras o de la retribución a abonar por la Administración concedente; la reducción del plazo concesional y, en general, cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato (arts. 270.3 y 290.5).

Junto a todo lo expuesto en este apartado, debe aludirse también a que, como la jurisprudencia atestigua, existe toda una «patología» en torno a las modificaciones contractuales, y ello no ya por el encadenamiento abusivo e injustificado de éstas, sino también por la existencia de «modificaciones irregulares», esto es, acordadas por la Administración al margen de todo el procedimiento establecido legalmente; modificaciones que, cuando son impuestas unilateralmente por la Administración y no decididas por el contratista, dan derecho a éste a su resarcimiento, bien por el juego del instituto de la responsabilidad patrimonial, bien por el despliegue de los efectos de principios generales, como el del enriquecimiento injusto, ampliamente tratado por Rebollo Puig.

4. EL PRINCIPIO DE RIESGO Y VENTURA Y LAS TÉCNICAS DE GARANTÍA DEL EQUILIBRIO FINANCIERO

El art. 197 LCSP recoge la añeja tesis de que la ejecución de los contratos administrativos se realiza a riesgo y ventura del contratista. Esta regla, vinculada originariamente con el contrato de obras, subrayaba inicialmente la idea de la inmutabilidad del contrato, de tal modo que, conforme a ella, el contratista tenía que soportar la mayor o menor onerosidad del contrato y de los riesgos que acaeciesen anteriores al pago, sin poder desligarse del contrato y sin poder pedir tampoco compensaciones por los quebrantos padecidos. Ello significaba que el contratista era, por tanto, quien debía

asumir tanto las pérdidas como las ganancias derivadas de la ejecución del contrato: lo único que podía esperar de la Administración era estrictamente el abono del precio, de la retribución convenida. Sin embargo, la rigidez inicial de esta regla fue cediendo a medida que su aplicación se extendió también a los demás contratos administrativos y, en particular, a la concesión de servicios. Como entre nosotros estudiara García de Enterría, la doctrina y la jurisprudencia del Consejo de Estado francés destacaron la idea de que en todo contrato de concesión había que buscar un justo equilibrio entre lo que se concede al concesionario y lo que se le exige. Nació así la tesis del equilibrio financiero o de la ecuación financiera de los contratos que, garantizándolo cuando está en riesgo de romperse o restableciéndolo cuando se ha quebrado, trata de asegurar la ejecución del contrato y con ello la realización del interés general que motivó su adjudicación. Varios son los supuestos que pueden dar lugar a dicha ruptura: el *factum principis*; la doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible; la compensación por riesgos imprevistos; y, en determinados supuestos, la fuerza mayor.

Los arts. 270 y 290 LCSP se refieren al mantenimiento del equilibrio económico del contrato cuando regulan la concesión de obras y la de servicios, respectivamente. Tras afirmar que el contrato de concesión «deberá mantener su equilibrio económico en los términos en que fueron considerados para su adjudicación, teniendo en cuenta el interés general y el interés del concesionario», mezcla a continuación las distintas técnicas de mantenimiento de la ecuación financiera: mientras que la letra a) viene referida al restablecimiento del equilibrio económico financiero a resultas del ejercicio del *ius variandi*; la letra b) alude a la ruptura sustancial de la economía del contrato provocada tanto por «actuaciones de la Administración Pública concedente que, por su carácter obligatorio para el concesionario, determinen de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato (supuesto estricto de *factum principis*)», como por la concurrencia de causas de fuerza mayor (asimilables bajo ciertas condiciones a la doctrina de los riesgos imprevistos e imprevisibles), para recoger, por último, hipótesis englobables en lo que llamaríamos ejercicio del *factum principis* [apartado 4º a) y b), este último al menos en lo que se refiere a las mejoras técnicas impuestas por ministerio legal]. Ciertamente, veremos más abajo que las consecuencias y facultades que asisten a los concesionarios no son idénticas para todos estos supuestos. Sin embargo, sí resulta reseñable el hecho de que el apartado 2º de los arts. 270 y 290 aluda a que, en los casos de ejercicio del *ius variandi* [letra a)] y de ruptura sustancial de la economía del contrato por actuaciones de la Administración Pública concedente o por causa de fuerza mayor [letra b)], el restablecimiento del equilibrio económico del contrato se realice «en beneficio de la parte que corresponda», lo que entraña que la recuperación de la equivalencia de las prestaciones acordadas no siempre implica la adopción de medidas administrativas en beneficio del contratista, sino que en ocasiones restablecer el equilibrio patrimonial contractual exige medidas administrativas compensatorias para la Administración

contratante, o, incluso, un reparto de los perjuicios (o, en su caso, de los beneficios) entre la Administración y el concesionario.

A) Con la doctrina del *factum principis* se alude a aquellos supuestos en los que los poderes públicos adoptan una medida o realizan un acto —*factum principis*— que, sin referirse específicamente al contrato, produce realmente una alteración de sus términos, determinando que su cumplimiento sea económicamente imposible para el contratista (p. ej., un alza significativa en los aranceles de la importación de los productos objeto de un contrato de suministro). En tales casos, y para evitar la inejecución del contrato, surge en la Administración el deber de compensar al contratista por el mayor coste o los perjuicios que la medida pública le cause.

Aunque se trata de una técnica sobre todo de creación pretoriana, que —de todas formas— posee escasa incidencia práctica, por cuanto los problemas que trata de resolver suelen afrontarse a través de la revisión de precios o bien a través de la teoría del riesgo imprevisible, que estudiaremos seguidamente, la LCSP contiene formulaciones expresas de esta técnica al hilo de la regulación tanto de la concesión de obras (art. 270) como de la concesión de servicios [arts. 290 y 294.e)]. La LCSP ha enturbiado, no obstante, esta materia, ya que idea distintas soluciones según que la ruptura sustancial del equilibrio del contrato se produzca por actuaciones provenientes de la Administración concedente [arts. 270.2 b) y 290.4 b)], o por disposiciones generales dimanantes de otras Administraciones distintas. El juego tradicional del *factum principis* parece reservarse para las primeras, las cuales además —a tenor de lo establecido por los arts. 270.3 y 290.5— parecen recibir solución dentro de las técnicas propias de la modificación de los contratos.

En cambio, en lo relativo a las alteraciones del equilibrio financiero provenientes de actuaciones de otras Administraciones distintas de la concedente, los arts. 270.4 y 290.6 LCSP otorgan al contratista el derecho a desistir del contrato —sin derecho a indemnización alguna para ninguna de las partes— cuando éste resulte extraordinariamente oneroso para él como consecuencia bien de la aprobación de una disposición de carácter general por una Administración distinta de la concedente con posterioridad a la formalización del contrato, bien cuando deba incorporar, por venir obligado a ello legalmente, a las obras o a su explotación avances técnicos que las mejoren notoriamente y cuya disponibilidad en el mercado, de acuerdo con el estado de la técnica, se haya producido con posterioridad a la formalización del contrato. Extraordinaria onerosidad que el meritado precepto cifra en un incremento neto actualizado de los costes de, al menos, el 5 % del importe neto de la cifra de negocios de la concesión por el período que reste hasta la conclusión de la misma. Solución ésta que, como ha destacado J. M.^a Baño, deja abiertas amplias incertidumbres con respecto a si es posible pedir la responsabilidad extracontractual para el resarcimiento de las inversiones no amortizadas.

Pero además de ello, los arts. 279.e) y 294.e) consagran como causas específicas

de resolución de ambos contratos de concesión, «la imposibilidad de la explotación de las obras (o del servicio) como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato», causas que, conforme a lo dispuesto por los arts. 280.3 y 295.4 constituirá a la Administración en la obligación de indemnizar al contratista de los daños y perjuicios causados, incluidos los beneficios futuros que el concesionario deje de percibir y por la pérdida del valor de las obras e instalaciones que no hayan de ser entregadas o no hayan de revertir a la Administración.

De todos modos, como se dice más arriba, a consecuencia del creciente intervencionismo económico, cada vez resulta más difícil separar los supuestos del *factum principis* de los del riesgo imprevisible, de la que —como afirma R. Parada— sería una de sus especies. La jurisprudencia de nuestro Tribunal Supremo ha definido el *factum principis* como una medida administrativa adoptada al margen del contrato, que supone una repercusión indirecta en el ámbito de sus relaciones contractuales y que hace en exceso onerosa la prestación del contrato. Por tanto, requiere imprevisibilidad, relación de causalidad e imposibilidad de la continuación de la gestión del servicio público.

B) La segunda técnica destinada al restablecimiento del equilibrio económico del contrato es la llamada teoría del riesgo imprevisible. Con ella se trata de afrontar los supuestos en que dicho equilibrio se rompe por acontecimientos o circunstancias sobrevenidas e imprevisibles que una Administración diligente no hubiera podido prever en el momento de la celebración del contrato. En tales casos, la teoría del riesgo imprevisible lo que postula es que la Administración acuda en socorro del contratista restableciendo el equilibrio económico de la explotación a fin de que pueda satisfacer con normalidad las necesidades públicas que el contrato trata de asegurar.

La teoría del riesgo imprevisible es el equivalente a la regla *rebus sic stantibus* del Derecho privado [cfr. STS de 12 de diciembre de 1979]. Inicialmente, la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, que fue la que formó esta doctrina, requería que el riesgo imprevisible derivase de sucesos extraordinarios (guerras, catástrofes, etc.) que revistiesen tal envergadura que condujesen al contratista a la ruina si continuaba prestando el servicio en tales condiciones. Así, el *arrêt* Gaz Burdeos de 30 de marzo de 1916 obligó al municipio de Burdeos a compensar al concesionario de gas ante el incremento desorbitado de los precios del carbón de los que se extraía el gas, debidos a la Primera Guerra Mundial: «conviene decidir, de una parte, que la compañía está obligada a asegurar el servicio concedido, y, de otra parte, que ella debe soportar solamente, a lo largo de este período transitorio, la parte de las consecuencias onerosas de la situación de fuerza mayor [...] que la interpretación razonable del contrato permita dejar a su cargo».

En nuestro ordenamiento jurídico, la teoría del riesgo imprevisible penetró a través del Derecho Local y, en concreto, por las específicas previsiones contenidas al respecto en el RSCL [arts. 126.2.b); 127.2 b); 128.3.2; y 152.3]. La reciente LCSP, en unos términos más restrictivos que los contenidos en el art. 258 del anterior Texto Refundido, contempla en líneas generales la teoría del riesgo imprevisible bajo la perspectiva de los modificados a cuyo régimen jurídico en gran parte la reconduce [art. 205.2]. Con respecto a las concesiones de obras [art. 270.2] y a la de servicios [art. 290.4], ello es claro, puesto que tales preceptos no hablan específicamente del riesgo imprevisible, sino, como hemos visto del *factum principis*, del ejercicio del *ius variandi* y de la fuerza mayor. Con respecto a esta última, para ambos tipos de concesiones se contempla el restablecimiento del equilibrio económico del contrato «cuando causas de fuerza mayor determinaran de forma directa la ruptura sustancial de la economía del contrato», sin que asista tal derecho con respecto a los supuestos en que se incumplan las previsiones de la demanda recogidas en el estudio de la Administración o en el estudio que haya podido realizar el concesionario (es de recordar en este sentido que la STS de 28 de enero de 2015, rec. cas. 449/2012, niega que la merma de vehículos en la utilización de una autopista describa un supuesto de riesgo imprevisible). La LCSP deja, no obstante, un tanto indeterminado el contenido concreto de tal restablecimiento, ya que indica que se adoptarán «las medidas que en cada caso procedan», y que pueden consistir en la modificación de las tarifas establecidas por la utilización de la obra o del servicio; la modificación de la retribución a abonar por la Administración concedente; la reducción del plazo concesional; y, en general, en cualquier modificación de las cláusulas de contenido económico incluidas en el contrato.

Fuera de los supuestos expresamente previstos por la Ley, la aplicación jurisprudencial de esta técnica del riesgo imprevisible es operativa pero muy casuística y sujeta a multitud de cautelas y requisitos (que los hechos desencadenantes del desequilibrio efectivamente no se hubieran podido prever, que sean totalmente independientes de la actuación de la Administración, etc.).

C) La tercera técnica ideada para el mantenimiento de la ecuación financiera del contrato viene representada por la compensación por riesgos imprevistos. A diferencia de la teoría del riesgo imprevisible, que, como hemos visto, describe imprevistos que surgen por circunstancias ajenas al contrato, la doctrina de las sujeciones imprevistas derivan de la propia relación contractual y tienen que ver con las dificultades materiales surgidas durante la ejecución del contrato (así, las condiciones edafológicas de los terrenos sobre los que se realizan las obras no es la inicialmente pensada, por presentarse, por ejemplo, capas de rocas o acuíferos ocultos; la perforación de un túnel que tropieze con unos manantiales cuya existencia se desconocía, etc.), que producen sobrecostos al verse obligado el contratista a realizar obras o prestaciones complementarias no previstas inicialmente. A falta de un tratamiento específico de estas cuestiones en nuestro Derecho, las

soluciones a tales problemas se han solucionado a través del ejercicio del «*ius variandi*» (solución a cuyo recurso cada vez es más difícil acudir) o mediante la aplicación del principio del enriquecimiento injusto (que se examina *infra*).

D) Finalmente, la revisión de precios configura otra técnica —compatible con las compensaciones por riesgo imprevisible— que funciona como excepción a una rigorista aplicación del principio de riesgo y ventura. Su nacimiento se vincula asimismo al contrato de obras y a las dificultades surgidas a los contratistas durante la Gran Guerra para ejecutar y dar término a las obras públicas adjudicadas, debidas al notable encarecimiento de los materiales de construcción precisos para llevarlas a cabo. Situado ante la difícil tesitura de tener que rescindir los contratos en ejecución por incumplimiento de los contratistas o de articular fórmulas que permitieran la continuación de los contratos en ejecución, el Gobierno se decidió por esto último y aprobó el RD de 31 de marzo de 1917 mediante el que se consagraba la posibilidad de revisar los precios de los contratos en curso. Instaurada la técnica, ésta no sólo se fue perpetuando a través de distintas normas (entre ellas, la más importante, sin duda el Decreto-Ley de 4 de febrero de 1964), sino que rebasó el ámbito de los contratos de obras para extenderse a los demás contratos administrativos, ya que, al hilo del Decreto-Ley citado, lo determinante para que la revisión de precios operase fue que las partes pactasen dicha posibilidad en el contrato de que se tratase.

La LCSP regula la revisión de precios en sus arts. 103-105. Ante todo, aunque se trata de una técnica que, desde el punto de vista subjetivo, resulta aplicable a todos los contratos del sector público y no únicamente a los contratos administrativos, desde un punto de vista objetivo, sólo es factible, en cambio, con respecto a los contratos de obra, los contratos de suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, los contratos de suministro de energía y, en general, con respecto a aquellos contratos en los que el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y siempre que en todos estos casos medie una previa justificación en el expediente.

La revisión de precios se configura como una revisión periódica y predeterminada que se articula mediante la aprobación por el Consejo de Ministros de unas fórmulas tipo, calculadas de acuerdo con los principios y la metodología previstos en la Ley de Desindexación de la Economía, o, en su defecto, mediante las fórmulas que se fijen en los pliegos de condiciones

administrativas particulares.

Estas fórmulas reflejarán la ponderación en el precio del contrato de los componentes básicos de costes relativos al proceso de generación de las prestaciones objeto del mismo. En todo caso, indica el art. 103.2 LCSP, no se considerarán revisables en ningún caso los costes asociados a las amortizaciones, los costes financieros, los gastos generales o de estructura, ni el beneficio industrial. Los costes de mano de obra de los contratos distintos de los de obra, suministro de fabricación de armamento y equipamiento de las Administraciones Públicas, se revisarán cuando el período de recuperación de la inversión sea igual o superior a cinco años y la intensidad en el uso del factor trabajo sea considerada significativa. El Instituto Nacional de Estadística elaborará los índices mensuales de los precios de los componentes básicos de costes incluidos en las fórmulas tipo de revisión de precios de los contratos, que serán aprobados por Orden del Ministerio de Hacienda, previo informe del Comité Superior de Precios de Contratos del Estado. Tales índices reflejarán, al alza o a la baja, las variaciones reales de los precios de la energía y materiales básicos observadas en el mercado y podrán ser únicos para todo el territorio nacional o particularizarse por zonas geográficas. El resultado de aplicar a los índices de precios las ponderaciones de costes determinará un coeficiente que se aplicará a los importes líquidos de las prestaciones realizadas que tengan derecho a revisión a los efectos de calcular el precio que corresponda satisfacer.

Salvo en los contratos de suministro de energía, la revisión periódica y predeterminada de precios requiere que el contrato se haya ejecutado ya en, al menos, un 20 % de su importe y que hubiesen transcurrido dos años desde su formalización. De todos modos, dicho porcentaje de ejecución no es aplicable a la revisión periódica y predeterminada de los contratos de concesión de servicios.

El pago del importe de la revisión se hará efectivo, de oficio, mediante el abono o descuento correspondiente en las certificaciones o pagos parciales a cuyo efecto se tramitará a comienzo de cada ejercicio económico el correspondiente expediente de gasto para su cobertura.

E) Al margen de las técnicas de restablecimiento del equilibrio económico-financiero del contrato, que acabamos de estudiar, el contratista goza en la regulación del contrato de obras de una garantía adicional frente a los riesgos que, por destrucción, deterioro, o pérdida pueda padecer la obra que viene ejecutando antes del momento de su entrega. Como se sabe, en el ámbito del Derecho Civil y, por aplicación del principio *res perit domino*, es el contratista quien, como dueño de la obra hasta el momento mismo de su entrega a la otra parte contratante, hace frente y debe soportar los riesgos de pérdida, deterioro o destrucción de aquélla. Sin embargo, en el ámbito de la

contratación pública, la Administración acude en tales casos en auxilio del contratista indemnizándole por los daños y perjuicios que se le hayan podido irrogar. Señala en este sentido el art. 239 LCSP que «en casos de fuerza mayor y siempre que no exista actuación imprudente por parte del contratista, éste tendrá derecho a una indemnización por los daños y perjuicios que se le hubieren producido en la ejecución del contrato». Como recuerda el art. 197 LCSP, la previsión transcrita constituye una excepción al principio de riesgo y ventura que preside la ejecución de todos los contratos administrativos; una excepción que rige sólo en beneficio del contrato de obras y que requiere tanto una actitud prudente por parte del contratista como que se den algunas de las circunstancias considerables como casos de fuerza mayor.

Añade el art. 239.2 LCSP que «tendrán la consideración de casos de fuerza mayor los siguientes: a) los incendios causados por la electricidad atmosférica; b) los fenómenos naturales de efectos catastróficos, como maremotos, terremotos, erupciones volcánicas, movimientos del terreno, temporales marítimos, inundaciones u otros semejantes; y c) los destrozos ocasionados violentamente en tiempo de guerra, robos tumultuosos o alteraciones graves del orden público». Pese al carácter restrictivo con el que, como señalan García de Enterría y T. R. Fernández, concibe la jurisprudencia tales supuestos, parece que las previsiones del art. 239.2 no hay que verlas como un *numerus clausus*, ya que lo decisivo, en acertada interpretación de esos autores, es «el carácter exterior del evento producto del daño como criterio básico de deslinde de la figura con respecto al caso fortuito, que procede siempre de causas internas a la empresa y que no produce el efecto traslativo de los riesgos».

Aunque la aplicación de la regla *res perit domino* sólo se excepciona para los casos de fuerza mayor con respecto al contratista de obras, sí podría decirse que existe también una peculiar forma de aplicarla en relación con la entrega de la cosa en el contrato de suministro. El art. 300.2 LCSP comienza ciertamente aplicando las consecuencias de la regla general del *res perit domino* cuando afirma que «cualquiera que sea el tipo de suministro, el adjudicatario no tendrá derecho a indemnización por causa de pérdidas, averías o perjuicios ocasionados en los bienes antes de su entrega a la Administración». Ahora bien, dicho ello, añade una cautela: «salvo que ésta (la Administración) hubiere incurrido en mora al recibirlos»; *mora accipiendi* que, de conformidad con lo establecido en el art. 210.2 LCSP, hay que situar en el momento en el que el contratista hace entrega o pone a disposición de la Administración el bien o producto y no, en cambio, en el momento de la celebración del acto formal y positivo de recepción o conformidad del bien, acto que ha de celebrarse dentro del mes siguiente a la entrega del bien.

III. OTRAS ESPECIALIDADES DE LA EJECUCIÓN DE

LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

1. LA CESIÓN DEL CONTRATO Y EL SUBCONTRATO

En Derecho privado cabe ceder el contrato o subcontratar. En los contratos administrativos cabe también ambas cosas, pero con límites específicos que conviene estudiar. Esas reglas específicamente previstas para los contratos administrativos se encuentran recogidas en los artículos 214-217 LCSP.

En cuanto a la *cesión*, ésta consiste en la novación subjetiva del cesionario en todos los derechos y obligaciones del cedente. De modo que el cesionario pasa a ser el contratista a todos los efectos. Queda, como señala el artículo 214.3 LCSP, «subrogado en todos los derechos y obligaciones que corresponderían al cedente».

Fuera de los supuestos de cesión del contrato quedan los casos de sucesión del contratista previstos en el art. 98 LCSP y a los que ya se ha hecho referencia en la lección anterior.

Con todo, la cesión debe cumplir una serie de requisitos exigentes, entre los cuales cabe mencionar la previa y expresa autorización del órgano de contratación, así como que el cesionario reúna los requisitos tanto generales como específicos para contratar, en función de la fase de ejecución del contrato, debiendo estar debidamente clasificado si tal requisito ha sido exigido al cedente. Otros requisitos son que el cedente tenga ejecutado al menos un 20 % del importe del contrato o, cuando se trate de un contrato de concesión de obras o concesión de servicios, que haya efectuado su explotación durante al menos una quinta parte del plazo de duración del contrato, y que la cesión se formalice, entre el cedente y el cesionario, en escritura pública. En todo caso, la LCSP exige que la cesión obedezca a una opción inequívoca de los pliegos.

La cesión no se admite cuando las cualidades técnicas o personales del cedente hayan sido razón determinante de la adjudicación del contrato, cuando de la cesión resulte una restricción efectiva de la competencia en el mercado o cuando la cesión suponga una alteración sustancial de las características del contratista si éstas han constituido un elemento esencial del contrato.

La LCSP establece también reglas especiales para los casos en que el contratista sea una sociedad. Preceptúa el art. 214.1, tercer párrafo, LCSP que los pliegos «establecerán» la posibilidad de cesión de las participaciones de esa sociedad, así

como el supuesto en que, por implicar un cambio de control sobre el contratista, esa cesión de participaciones debe ser equiparada a una cesión contractual a efectos de la debida autorización administrativa.

Un cambio significativo contenido en la nueva LCSP estriba en el carácter reglado que ostenta la autorización administrativa a la que se subordina la cesión del contrato. Inequívocamente, el art. 214.2 a) señala que la autorización del órgano de contratación «se otorgará siempre que se den los requisitos» establecidos por dicho precepto y que acaban de indicarse. El plazo para el otorgamiento de la autorización es de dos meses, transcurridos los cuales sin que se haya producido notificación al respecto, se entiende la autorización otorgada por silencio administrativo positivo.

Por lo que se refiere a la *subcontratación*, a diferencia de la cesión, consiste en que el contratista contrata —subcontrata— con otro sujeto la ejecución de una parte o un aspecto del objeto del contrato. El contratista original sigue siendo tal ante la Administración, con todos sus derechos y deberes. En cambio, el subcontratista se relaciona sólo con el contratista, no con la Administración, puesto que los subcontratos y los contratos de suministro concluidos con el contratista principal tienen, en todo caso, naturaleza privada (art. 215.7 LCSP). Así, por ejemplo, si el subcontratista incumple, a quien le exige responsabilidades la Administración es al contratista (cfr. art. 215.4 LCSP). En la misma línea, se excluye expresamente que los subcontratistas puedan ejercer la acción directa frente a la Administración contratante por las obligaciones contraídas con ellos por el contratista como consecuencia de la ejecución del contrato principal y de los subcontratos (art. 215.8 LCSP).

Con todo, la LCSP no se desentiende por completo de la suerte del subcontratista e incluye algunas reglas destinadas específicamente a proteger su posición e intereses. Así, el artículo 216.2 LCSP dispone que los plazos de pago fijados al subcontratista por el contratista no podrán ser más desfavorables que los previstos para las relaciones entre la Administración y el contratista, y se computarán desde la fecha de aprobación por el contratista principal de la factura emitida por el subcontratista o el suministrador, con indicación de su fecha y del período a que corresponda. La aprobación o conformidad deberá otorgarse en un plazo máximo de treinta días desde la presentación de la factura. El contratista deberá abonar las facturas en el plazo fijado. En caso de demora en el pago, el subcontratista o el suministrador tendrá derecho al cobro de los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro en los términos previstos en la Ley 3/2004, de 29 de diciembre.

Además de ello, las Administraciones públicas y demás entes públicos contratantes (lo que en coherencia con el ámbito de aplicación de la Ley parece referirse sólo a los poderes adjudicadores) tienen la potestad de comprobar el estricto cumplimiento de los pagos que los contratistas adjudicatarios han de hacer a todos los

subcontratistas (art. 217 LCSP), siendo obligatorias además esas actuaciones de comprobaciones con respecto a los contratos de obras y de servicios cuyo valor estimado supere los 5 millones de euros y en los que el importe de subcontratación sea igual o superior al 30 % del precio del contrato. Interesa resaltar al respecto que la LCSP ha incluido las obligaciones de pago de los contratistas hacia los subcontratistas o suministradores dentro de las condiciones especiales de ejecución del contrato, debiendo ser, por tanto, recogidas expresamente tanto en los anuncios de licitación como en los pliegos de condiciones y en los contratos. Consiguientemente, el incumplimiento de estas condiciones de ejecución del contrato por parte de los contratistas puede dar lugar a las penalidades previstas a tales efectos en los pliegos, respondiendo la garantía definitiva de las penalidades que se impongan por este motivo.

Finalmente, la Disposición Adicional 51.^a LCSP sustenta la posibilidad de que los pliegos de cláusulas administrativas puedan prever pagos directos a los subcontratistas, pagos que se entenderán realizados a cuenta del contratista principal, y que mantendrán en relación con la Administración contratante la misma naturaleza de abonos a buena cuenta que las certificaciones de obra.

Por lo demás, el subcontrato se encuentra también sometido a una serie de requisitos, para cuyos incumplimientos, aparte de las consecuencias específicas determinadas en la LCSP, los pliegos han podido prever tanto la resolución del contrato como la imposición al contratista principal de penalidades —de hasta un 50 % del importe del subcontrato—. En concreto, tales requisitos son:

— Los pliegos pueden establecer la obligación de que los licitadores indiquen en su oferta la parte del contrato, cuya ejecución tienen previsto subcontratar, señalando su importe, y el nombre o el perfil empresarial (capacidad y condiciones de solvencia profesional o técnica) de los subcontratistas a los que se vaya a encomendar su realización.

— El contratista tiene que comunicar por escrito, en todo caso, al órgano de contratación la intención de celebrar los contratos, señalando la parte de la prestación que se pretende subcontratar y la identidad del subcontratista, justificando la aptitud de éste para ejecutarla por referencia a los elementos técnicos y humanos de que dispone y a su experiencia, y acreditando que no se encuentra incurso en prohibición de contratar.

En este sentido, los pliegos pueden también imponer la obligación de comunicar a la Administración las circunstancias constitutivas de la oferta; de tal modo que los subcontratos que no se ajusten a lo indicado en la oferta, por celebrarse con empresarios distintos de los indicados nominativamente en la misma o por referirse a

partes de la prestación diferentes a las señaladas en ella, no podrán celebrarse hasta que transcurran veinte días —sin notificación de oposición por parte de la Administración— desde que se hubiese cursado la notificación y aportado las justificaciones de aptitud a las que acabamos de referirnos.

La LCSP prevé reglas especiales a este respecto para las situaciones de emergencia, ya que en tales casos permite que la aptitud del subcontratista se acredite inmediatamente después de la celebración del subcontrato.

— La subcontratación queda sujeta a autorización expresa del órgano de contratación con respecto a los contratos de carácter secreto o reservado y a aquellos contratos cuya ejecución deba ir acompañada de medidas de seguridad especiales o así lo exija la protección de los intereses esenciales de la seguridad del Estado.

— Los pliegos pueden establecer también que determinadas tareas críticas hayan de ser ejecutadas directamente por el contratista principal.

Se refiere en este punto el art. 215.2.e) LCSP a determinadas tareas a realizar en los contratos de obras, de servicios y a los trabajos de colocación o instalación que se vinculan a la ejecución de determinados contratos de suministros.

— El subcontrato no puede celebrarse con personas inhabilitadas en general para contratar o en las que concurra alguna de las prohibiciones para contratar con la Administración (art. 215.5 LCSP).

2. LA RESPONSABILIDAD DEL CONTRATISTA FRENTE A TERCEROS

Como en el Derecho privado, la LCSP responsabiliza al contratista de «todos los daños y perjuicios que se causen a terceros como consecuencia de las operaciones que requiera la ejecución del contrato» (art. 196.1). Pero —en atención a las prerrogativas de que goza la Administración aquí— establece una importante excepción: salvo que «tales daños y perjuicios hayan sido ocasionados como consecuencia inmediata y directa de una orden de la Administración» (o salvo que el daño sea consecuencia de los vicios del proyecto elaborado por la Administración en el contrato de obras o en el de suministro de fabricación).

Pese a todo no es muy extraño que, en determinados contratos, como hasta ahora venía sucediendo con respecto al de gestión de servicios públicos, los tribunales condenen a la Administración a indemnizar al tercero, dejando a salvo el derecho de aquélla de repetir frente al contratista.

En este sentido, conviene recordar también que, como especificación de esta previsión para el contrato de obras, la LCSP preceptúa que las obras se ejecutarán con estricta sujeción a las estipulaciones contenidas en el pliego de cláusulas administrativas particulares y al proyecto que sirve de base al contrato y conforme a las instrucciones que diere el Director Facultativo de las mismas; instrucciones —que si se realizasen verbalmente— habrán de ratificarse por escrito en el más breve plazo posible. Durante el desarrollo de las obras y hasta que se cumpla el plazo de garantía el contratista es responsable de todos los defectos que en la construcción puedan advertirse (art. 238).

Otra cuestión que no está del todo clara es la de si el contratista, cuando responde frente a terceros, debe hacerlo por el régimen de responsabilidad aquiliana del CC o por las reglas de responsabilidad patrimonial de Derecho Administrativo que estudiamos en la lección 9. Y, conectado con ello, tampoco se sabe a ciencia cierta —hay pronunciamientos judiciales dispares— si en estos casos la jurisdicción competente es la civil o la contencioso-administrativa, previa reclamación ante la Administración contratante. Lo más lógico es que el contratista deba responder conforme a Derecho público, no conforme a Derecho privado, y exigirse primero en vía administrativa ante la Administración, y después ante la jurisdicción contencioso-administrativa. Sería hasta más coherente también con la Constitución, que al sentar en su artículo 106 la responsabilidad patrimonial de la Administración, lo hace en relación con el «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos», sin distinguir si éstos se prestan directa o indirectamente a través de contratistas (Rebollo Puig).

En lo concerniente a los aspectos procedimentales, el art. 196.3 LCSP establece que los terceros podrán requerir previamente, dentro del año siguiente a la producción del hecho, al órgano de contratación para que éste, oído el contratista, informe sobre a cuál de las partes contratantes corresponde la responsabilidad de los daños, interrumpiendo el ejercicio de esta acción el plazo de prescripción de la acción.

IV. CUMPLIMIENTO Y CONSECUENCIAS DE LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES

El principio *pacta sunt servanda* es un principio general del Derecho, que rige también —en consecuencia— en los contratos administrativos. Esto quiere decir que los contratos administrativos deben ser cumplidos por ambas partes en sus estrictos términos (salvo los casos de *ius variandi* y reequilibrio financiero estudiados en esta lección).

El cumplimiento de lo pactado comprende inexcusablemente el cumplimiento del contrato por las dos partes contratantes, cada una sus respectivas obligaciones

contractuales, que, principalmente, son el debido desarrollo por el contratista de la realización de la obra, prestación del servicio o ejecución del suministro..., y el pago por la Administración Pública del precio acordado en los plazos debidos.

En cuanto al cumplimiento por el contratista, el artículo 210.1 LCSP dispone que «el contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación». Por tanto, también aquí se diferencia del régimen del cumplimiento de los contratos de Derecho privado. En los contratos administrativos, la Administración decidirá si el contratista ha cumplido o no con lo dispuesto en el contrato.

Es más, el artículo 210.2 añade que la comprobación del cumplimiento por la Administración Pública se realizará «en todo caso», mediante «un acto formal y positivo de recepción o conformidad dentro del mes siguiente a la entrega o realización del objeto del contrato, o en el plazo que se determine en el pliego de cláusulas administrativas particulares por razón de sus características». La celebración de dicho acto debe ser comunicada a la Intervención de la Administración competente para que pueda asistir al mismo y comprobar la realidad de la inversión. El cumplimiento por el contratista genera en la Administración el deber de pago del precio, que puede hacerse bien de forma total, bien por partes, mediante abonos a cuenta, o en el caso de los contratos de tracto sucesivo mediante pago en cada uno de los vencimientos que se hubiesen estipulado (art. 198.1 y 2 LCSP).

Para el contrato de obras viene siendo tradicional el pago mediante certificaciones y abono a cuenta (art. 240 LCSP), que son abonos parciales que la Administración — en virtud del documento librado por el Director de la Obra— realiza en los primeros diez días siguientes al mes al que correspondan por la obra ejecutada conforme a proyecto durante dicho período. También es factible que el contratista reciba abonos a cuenta por la realización de tareas preparatorias del contrato como acopio de materiales o de equipos de maquinaria pesada adscritos a la obra (los denominados certificados de acopios). En cuanto pagos a cuenta, tales abonos están sujetos a las rectificaciones y variaciones que se produzcan en la liquidación final y no suponen en forma alguna aprobación y recepción de las obras que comprenden. Las certificaciones y abonos a cuenta, que tienen la consideración de títulos valores, son transmisibles (art. 200 LCSP) y solo pueden ser embargados para subvenir a las obligaciones contraídas con los subcontratistas y suministradores y para pagar tanto los salarios devengados por el personal del contratista en la ejecución del contrato como las cuotas sociales derivadas de los mismos [art. 198.7].

Pero, como es evidente, los contratos pueden ser —y de hecho a veces lo son— incumplidos; y el incumplimiento puede producirse por cualquiera de las dos partes, o incluso por las dos. Vamos a estudiar brevemente de qué formas pueden incumplir cada una de las partes y qué consecuencias se

derivan de cada caso.

Por lo que se refiere al contratista, éste puede incumplir en general de dos formas distintas, de las cuales se derivan consecuencias en partes diferentes:

— El contratista puede incumplir, en primer lugar, ejecutando defectuosamente el contrato. Es el llamado «cumplimiento defectuoso» al que se refiere el artículo 192 LCSP. En estos casos, los pliegos o el documento descriptivo directamente pueden prever la imposición al contratista de penalidades, proporcionales a la gravedad del incumplimiento, y que no podrán ser superiores al 10 % del precio del contrato, IVA excluido, ni el total de las mismas superar el 50 % del precio del contrato.

El art. 192 LCSP extiende el concepto de cumplimiento defectuoso no sólo a los casos de cumplimiento defectuoso de la prestación objeto del mismo, sino también — en línea con uno de los principios vectores de la LCSP— a los supuestos de incumplimiento de las condiciones especiales de ejecución del contrato o de los compromisos que en el mismo se hubiesen establecido.

Además, hay que indicar que, junto a la potestad de imponer penalidades en los términos vistos, la Administración, atendidas las circunstancias del caso, puede optar también por su resolución cuando se hubiere incumplido parcialmente la ejecución de las prestaciones definidas en el contrato (art. 192.2 LCSP), siempre que así estuviese previsto en el pliego o en el documento descriptivo.

— En segundo lugar, el contratista puede incumplir el *plazo de ejecución* pactado con la Administración (art. 193.1 LCSP). En este caso, la Administración puede optar por resolver el contrato o por imponer unas penalidades por cada día de retraso (0,60 euros por cada 1.000 euros del precio del contrato, IVA excluido) (art. 193.3 LCSP). Cabe recordar asimismo que la potestad de resolver el contrato asiste también a la Administración cada vez que las penalidades por demora alcancen un múltiplo del 5 % del precio del contrato, IVA excluido.

El artículo 193.2 LCSP añade que «la constitución en mora del contratista no precisará intimación previa por parte de la Administración». Pero el retraso debe ser por causa imputable al contratista (art. 193.3 LCSP). En otro caso, si el «retraso fuese producido por motivos no imputables al contratista —circunstancia cuya apreciación compete igualmente al órgano de contratación— y éste ofreciera cumplir sus compromisos si se le amplía el plazo inicial de ejecución, el órgano de contratación se lo concederá dándole un plazo que será, por lo menos, igual al tiempo perdido, a no ser que el contratista pidiese otro menor» (art. 195.2).

Interesa recordar que en los contratos que gozan de plazos de ejecución parciales o periódicos y, en especial, en los contratos de tracto sucesivo, la Administración dispone de las facultades que acabamos de reseñar con respecto al incumplimiento por parte del contratista de los plazos parciales, cuando así se hubiere previsto en los pliegos o cuando la demora en el cumplimiento de aquéllos haga presumir razonablemente la imposibilidad de cumplir el plazo total.

La garantía definitiva prestada por el contratista responderá de las penalidades a las que hemos aludido y que se le puedan imponer por el incumplimiento o la incorrecta ejecución del contrato (art. 100 LCSP).

Las penalidades contractuales no tienen la naturaleza jurídica de sanciones administrativas, sino de penas convencionales o cláusulas penales contractuales, previstas en el pliego o en el clausulado del contrato administrativo celebrado, como ha destacado la jurisprudencia. El objetivo perseguido con ellas no es el mero castigo, sino el restablecimiento del principio *pacta sunt servanda*. La resolución del procedimiento imponiendo la penalidad compete al órgano de contratación y será inmediatamente ejecutiva (art. 212.8 LCSP).

Pero también puede ser que sea la Administración la que incumple. Con carácter general, la Administración tiene la obligación de abonar el pago del precio dentro de los treinta días siguientes a la fecha de la aprobación de las certificaciones de obra o de los documentos que acrediten la conformidad con los bienes entregados o los servicios prestados. Por tanto, cuando se incumple esta obligación por parte de la Administración, se producen una serie de consecuencias —que varían según los tipos de contratos—, pero que, en general, son las siguientes:

— Si el pago supera el plazo de treinta días señalado en la Ley, la Administración debe abonar los intereses de demora y la indemnización por los costes de cobro regulados en la Ley de medidas contra la morosidad —Ley 3/2004— (art. 198.4 LCSP). En orden a la exigibilidad del pago de estas deudas, el art. 199 LCSP, recogiendo lo que venía ya reconociendo ampliamente la jurisprudencia, permite al contratista afectado valerse del denominado recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, pudiendo solicitar como medida cautelar el pago inmediato de la deuda, medida que, con carácter general, se adoptará por el órgano judicial, salvo que la Administración acredite que no concurren las circunstancias que justifican el pago o que la cuantía reclamada no corresponde a la que es exigible, en cuyo caso la medida cautelar se limitará a esta última.

El inicio del cómputo del plazo para el devengo de los intereses de demora requiere que el contratista haya presentado previamente la factura electrónica, cosa que debe hacer mediante presentación de la misma en el registro administrativo correspondiente en el plazo de treinta días desde la fecha de la entrega efectiva de las mercancías o la prestación del servicio, no corriendo en otro caso el citado plazo hasta transcurridos treinta días desde la correcta presentación de la factura, sin que la Administración haya aprobado la conformidad, si procede, y efectuado el correspondiente abono.

— Si supera el plazo de cuatro meses, el contratista podrá proceder a la *suspensión* de la ejecución del contrato, debiendo comunicar a la Administración, con un mes de antelación, tal circunstancia, a efectos del reconocimiento de los derechos que pudieran derivarse de dicha suspensión (art. 198.5 LCSP).

— Si la demora de la Administración supera el plazo de seis meses, el contratista tendrá derecho a *resolver* el contrato y exigir el resarcimiento de los perjuicios que como consecuencia de ello se originen (art. 198.6 LCSP).

V. SUSPENSIÓN Y EXTINCIÓN DE LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Como ya se ha indicado, entre las prerrogativas de las que goza la Administración en materia contractual se encuentra la potestad de acordar la suspensión de los efectos de los contratos. Por su propia naturaleza, la suspensión tiene, en principio, un alcance temporal, aunque si se dilata en el tiempo, puede convertirse en una causa de resolución del contrato.

El art. 208 LCSP regula la suspensión, que podríamos denominar temporal, la cual puede ser acordada por la Administración —se entiende, aunque el precepto no lo diga, mediando un interés público debidamente acreditado— o realizarse a instancias del contratista por demorarse la Administración en el pago del precio del contrato por un período superior a cuatro meses. En ambos casos, se requiere documentar la suspensión mediante la extensión de un acta en la que se consignen las circunstancias que han motivado la suspensión y la situación de hecho a la que con ello se ha dado lugar. Dicha acta reviste una extraordinaria importancia, puesto que sólo se indemnizarán los períodos de suspensión que estuvieran documentados en aquélla, razón por la cual la LCSP pertrecha la posición del

contratista de cara a su redacción, arbitrando una solución supletoria para el caso de que la Administración muestre una actitud renuente al respecto.

Conforme a lo que estipula el art. 198.5 LCSP, el contratista puede suspender el cumplimiento de su prestación comunicándolo a la Administración contratante con una antelación de un mes (art. 198.5). Sin embargo, para asegurar su derecho de indemnización, no le basta con el cumplimiento de esta obligación, sino que, por las razones expresadas, debe instar de la Administración —que es la única que puede hacerlo— la redacción de la correspondiente acta en la que se documente la suspensión. El art. 208.2 b), *in fine*, LCSP establece, como solución supletoria, que «si la Administración no responde a esta solicitud se entenderá, salvo prueba en contrario, que se ha iniciado la suspensión en la fecha señalada por el contratista en su solicitud»; solución, como se ve, no del todo satisfactoria, pero que, al no precisar un plazo concreto para que la Administración responda, permite, a nuestro juicio, que el contratista pueda iniciar la suspensión del cumplimiento de su prestación desde el mismo momento en que registre su solicitud.

La suspensión confiere al contratista el derecho a que se le indemnicen los daños y perjuicios efectivamente padecidos, derecho que prescribe en un año contado desde el que el contratista reciba la orden de reanudar la ejecución del contrato.

Para la determinación del montante de estos daños y perjuicios sufridos por el contratista, el art. 208.2 a) LCSP estipula unas reglas que revisten, no obstante, un carácter supletorio en defecto de las que los pliegos que rijan el contrato puedan establecer. Así, sólo quedarán comprendidos los siguientes conceptos: a) gastos por mantenimiento de la garantía definitiva; b) indemnizaciones por extinción o suspensión de los contratos de trabajo que el contratista tuviera concertados para la ejecución del contrato al tiempo de iniciarse la suspensión; c) gastos salariales del personal que necesariamente deba quedar adscrito al contrato durante el período de suspensión; d) alquileres o costes de mantenimiento de maquinaria, instalaciones y equipos siempre que el contratista acredite que estos medios no pudieron ser empleados para otros fines distintos de la ejecución del contrato suspendido; e) un 3 % del precio de las prestaciones que debiera haber ejecutado el contratista durante el período de suspensión, conforme a lo previsto en el programa de trabajo o en el propio contrato; y f) los gastos correspondientes a las pólizas de seguro suscritas por el contratista, previstos en el Pliego de Cláusulas Administrativas y vinculados al objeto del contrato.

Según hemos anticipado, la suspensión del contrato —en principio, temporal— puede tornarse en definitiva cuando se prorroga en el tiempo, convirtiéndose así en una causa de resolución del contrato.

Con carácter general, el art. 198.6 LCSP preceptúa que, si la Administración demora el pago del precio del contrato por más de seis meses, el contratista tiene

derecho a resolver el contrato y a que se le resarzan los perjuicios que como consecuencia de ello se le originen. Más en concreto, en el contrato de obras, la suspensión de la iniciación de éstas por plazo superior a cuatro meses o la suspensión de las obras por más de ocho meses por parte de la Administración, constituyen causas de resolución del contrato de obras [art. 245 b) y c)]. En esta misma línea, la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada para la entrega, o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses —una vez iniciada la ejecución del contrato—, constituyen causas específicas para la resolución del contrato de suministro (art. 306), previsiones que son asimismo extensibles al contrato de servicios cuando se suspende el inicio de la prestación o se suspende ésta [art. 313.1 a) y b)].

Los contratos administrativos se extinguen fundamentalmente por dos causas: por su *cumplimiento* y por *resolución*.

A la *extinción por cumplimiento* se refiere el artículo 210.1 LCSP: «El contrato se entenderá cumplido por el contratista cuando éste haya realizado, de acuerdo con los términos del mismo y a satisfacción de la Administración, la totalidad de la prestación». Pero la extinción por esta causa se encuentra supeditada, en cualquier caso, a un «acto formal y positivo de recepción o conformidad» por parte de la Administración (art. 210.2 LCSP). Además, los contratos tienen fijado un plazo de garantía con posterioridad a la recepción, durante el cual el contratista es responsable de la correcta ejecución y cumplimiento del objeto del contrato (art. 210.3 LCSP).

Para ello, la LCSP distingue entre el momento de la entrega o realización de la prestación objeto del contrato, y el acto de la recepción formal y de conformidad que, por regla general y salvo que los pliegos determinen cosa en contrario, se efectúa dentro del mes siguiente a la entrega y realización de la prestación. La diferenciación de estos dos momentos —el de la entrega y el de la recepción— reviste una extraordinaria importancia en el ámbito de algunos contratos —como los de suministro—, ya que el momento de la entrega es el que marca también el alcance de la responsabilidad del contratista por la pérdida o la avería de la mercancía objeto del contrato. Por su parte, el acto de recepción conforma asimismo el *dies a quo* a partir del cual empieza a surtir sus efectos el período de garantía, transcurrido el cual —sin objeciones por parte de la Administración— queda extinguida la responsabilidad del contratista.

Además, la fecha del acta de recepción o de conformidad es importante porque, a partir de ella y en el plazo de treinta días a contar desde la misma, debe notificársele al contratista la liquidación correspondiente del contrato y abonársele el saldo resultante.

Pese al carácter formal que, como vemos, ha de revestir el acto de recepción, la jurisprudencia basándose en lo establecido —para el contrato de obras— por el art. 243.6, viene admitiendo bajo ciertas premisas lo que llama «recepciones tácitas», esto es, la realización de hechos concluyentes por parte de la Administración de los que quepa deducir la voluntad de dar comienzo al uso de la obra.

La forma de extinción más problemática es la *resolución*, esto es, la extinción anticipada —es decir, antes de su cumplimiento— del contrato.

En los contratos administrativos, la Administración Pública puede resolver unilateralmente, y sin necesidad de previa intervención judicial, los contratos. Así lo dispone el artículo 212.1 LCSP: «La resolución del contrato se acordará por el órgano de contratación, de oficio o a instancia del contratista, en su caso, siguiendo el procedimiento que en las normas de desarrollo de esta Ley se establezca». De esta suerte, la Administración decide y resuelve unilateralmente el acuerdo contractual, extinguiendo el contrato administrativo y declarando los importantes efectos de la resolución anticipada en los términos dispuestos en el art. 213 LCSP. Los expedientes de resolución contractual que al respecto instruya la Administración —y que, en esencia, han de seguir los trámites previstos por el art. 191 LCSP— deben ser resueltos en el plazo máximo de ocho meses, produciéndose en otro caso los efectos propios de la caducidad —si el procedimiento de resolución se incoó de oficio— o del silencio administrativo negativo —si la resolución se inició a instancia del contratista— (Disposición final 2.^a, 1 LCSP).

El art. 211 LCSP enumera de manera taxativa las causas generales de resolución de los contratos en los términos que, a continuación, van a ser expuestos. Sin embargo, antes de entrar en el somero análisis de las mismas, conviene efectuar dos matizaciones importantes: por una parte, hay que poner de relieve que, al margen de estas causas generales, la LCSP recoge otras causas —que pudiéramos denominar específicas— al hilo de la regulación concreta de cada contrato, como reconoce explícitamente el propio art. 211.1 *h*); por otra parte, debe asimismo señalarse que en relación con un mismo contrato pueden concurrir a veces varias causas distintas de resolución, colisión que la LCSP soluciona dando prioridad a la que haya aparecido con prioridad en el tiempo (art. 211.2).

1) Resolución *convencional* o por mutuo acuerdo entre la Administración y el contratista.

Indica el art. 212.4 LCSP que la resolución por mutuo acuerdo solo podrá tener

lugar cuando no concorra otra causa de resolución que sea imputable al contratista, y siempre que razones de interés público hagan innecesaria o inconveniente la permanencia del contrato. En estos casos, los efectos de la resolución se acomodarán a lo válidamente estipulado por las partes contratantes (art. 213.1 LCSP).

2) Resolución por causas que se podrían calificar de *invalides sobrevenida*. Los supuestos a los que se refiere la Ley que responden a esta causa son:

— la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista;

— la declaración de concurso o la declaración de insolvencia en cualquier otro procedimiento;

La muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual o la extinción de la personalidad jurídica de la sociedad contratista, no siempre determinan la resolución contractual, al admitirse la sucesión o subrogación en los términos previstos en el artículo 98 LCSP. En esta línea el artículo 212.3 LCSP prevé que, ante la muerte o incapacidad sobrevenida del contratista individual, la Administración podrá acordar la continuación del contrato con sus herederos o sucesores.

El art. 212.5 LCSP establece igualmente reglas específicas para la aplicación de la causa de resolución concerniente a los casos de declaración de concurso, puesto que, con respecto a ellos, la Administración potestativamente puede decidir la continuación del contrato si razones de interés público así lo aconsejan, siempre y cuando el contratista prestare las garantías adicionales suficientes para su ejecución; garantías que pueden consistir bien en una garantía complementaria de al menos un 5 % del precio del contrato, bien en el depósito de una cantidad en concepto de fianza que quedará constituida como cláusula penal para el caso de incumplimiento por parte del contratista.

— También podría reconducirse a este tipo de resolución la imposibilidad sobrevenida de ejecutar en los términos inicialmente pactados cuando no sea posible modificar el contrato, o cuando dándose las circunstancias establecidas legalmente para la modificación del contrato, dichas modificaciones impliquen, aislada o conjuntamente, alteraciones del precio del mismo, en cuantía superior, en más o en menos, al 20 % del precio inicial del contrato, con exclusión del IVA.

En lo que atañe a la aplicación de estas causas de resolución vinculadas al ejercicio *del ius variandi*, es necesario reparar en que, al amparo de lo previsto por el art. 212.2 LCSP, operan de manera diferente. Cuando las modificaciones no son legalmente viables [primer inciso de la letra g) del art. 211], la resolución del contrato

funciona de manera necesaria. Por el contrario, con respecto a las modificaciones que son viables legalmente —por darse las circunstancias previstas en el art. 205 LCSP—, pero cuya cuantía supera, en más o en menos, aislada o conjuntamente, el 20 % del precio inicial del contrato [último inciso de la letra *g*) del art. 211], el ejercicio de la resolución reviste un carácter potestativo tanto para la Administración como para el contratista.

Con independencia de esta distinción, lo que sí es común a ambos supuestos del art. 211 *g*) es que, cuando el ejercicio del *ius variandi* determine la resolución del contrato, el contratista tiene derecho a una indemnización del 3 % del importe de la prestación dejada de hacer, salvo que la causa sea imputable al contratista o éste rechace la modificación contractual propuesta por la Administración al amparo del art. 205, previsión esta última que deja sin indemnización al contratista en los casos en que sea él quien inste la facultad resolutoria del contrato.

3) Resolución por *demora* —según hemos visto ya— en relación con determinados plazos sobre el cumplimiento del contrato, ya sea por parte de la Administración en relación con el pago del precio, ya sea por parte del contratista en relación con la prestación pactada.

4) Resolución por *incumplimiento de la obligación contractual principal y de las obligaciones contractuales esenciales* calificadas como tales en los pliegos o en el contrato.

El art. 211.1 *f*) LCSP presenta aquí una notable variación con respecto a lo que previamente establecía el anterior Texto Refundido, que se refería, según se recordará, sólo a obligaciones esenciales. La LCSP distingue ahora, como vemos, entre el incumplimiento de la obligación principal del contrato y el incumplimiento de las obligaciones esenciales. El resto de incumplimientos culpables del contratista se entiende que habrán de ser corregidos mediante la vía de las sanciones y penalidades contractuales, pero no a través de la rigurosa medida de la resolución del contrato. La LCSP realiza además una importante precisión en orden a clarificar qué obligaciones contractuales han de ser calificadas como esenciales, ya que, con independencia de que tengan que haber merecido tal calificación en los pliegos o en el correspondiente documento descriptivo, limita la libertad de apreciación de estos dos instrumentos, exigiéndoles que cumplan también con los dos requisitos siguientes: a) que las obligaciones establecidas como esenciales respeten los límites que el art. 34.1 fija para la libertad de pactos; y b) que las obligaciones calificadas como esenciales figuren enumeradas de manera precisa, clara e inequívoca en los pliegos o en el documento descriptivo, no siendo admisibles de cláusulas de tipo general.

En todo caso, hay que aclarar que, tal y como subraya el art. 213.3 LCSP, los incumplimientos del contratista que dan lugar, en su caso, a la resolución del contrato son sus incumplimientos culpables, concepto éste importante no sólo porque excluye

como causa de resolución los incumplimientos que puedan ser debidos a fuerza mayor, sino también porque en un sentido transversal, cuando el incumplimiento no es culpable, exonera igualmente al contratista de soportar la aplicación de ciertas reglas como el principio *res perit domino* en los contratos de suministro. No obstante, limitando en estos momentos nuestra consideración a los casos en que el incumplimiento culpable del contratista constituye causa de resolución del contrato, debe notarse que el art. 213.3 LCSP determina que al contratista le será incautada la garantía y deberá, además, indemnizar a la Administración los daños y perjuicios ocasionados en lo que excedan del importe de la garantía incautada. De esta forma, como ha resaltado C. Barrero Rodríguez, el art. 213.3 LCSP retorna a las previsiones del RCCL y de la LCAP de 1995, determinando que la garantía cumpla «una función liquidatoria en los supuestos en los que los daños causados a la Administración por la extinción del contrato la superen y con una finalidad total o parcialmente punitiva en aquellos otros en los que no ocasione daños o los provoque en una cifra inferior a la de su cuantía». Estos efectos se completan, como ya nos consta por la lección anterior, con la previsión del art. 71.2 d) LCSP que prohíbe contratar a quienes hubieran dado lugar, por causa de la que hubieran sido declarados culpables a la resolución firme de cualquier contrato celebrado con cualquiera de las entidades enumeradas en el art. 3 de la LCSP.

De todos modos, abundando en el tema del incumplimiento del contratista, el art 244 LCSP agrava la responsabilidad de éste, ya que lo hace responsable de los vicios ocultos de la construcción que pudieran presentarse con posterioridad a la expiración del plazo de garantía. Esta responsabilidad por vicios ocultos se extiende durante un plazo de quince años, aunque la acción para exigirla prescribe a los dos años a contar desde que se produzcan o manifiesten los daños.

5) El impago, durante la ejecución del contrato, de los salarios por parte del contratista a los trabajadores que estuvieran participando en la misma, o el incumplimiento de las condiciones establecidas en los Convenios colectivos en vigor para estos trabajadores durante la ejecución del contrato.

La aplicación de esta causa de resolución, que carece de parangón anterior en nuestro ordenamiento jurídico, sólo puede acordarse, con carácter general, a instancias de los representantes de los trabajadores en la empresa contratista; salvo cuando los trabajadores afectados por el impago de salarios sean los trabajadores en los que procediera la subrogación prevista en el art. 130 LCSP y el importe de los salarios adeudados por la empresa contratista supere el 5 % del precio de adjudicación del contrato, en cuyo caso la resolución podrá ser acordada directamente por el órgano de contratación de oficio.

Sin embargo, aparte de esta previsión, lo cierto es que, como agudamente pone de relieve C. Barrero Rodríguez, la operatividad de esta causa resolutoria siembra muchas dudas interpretativas, puesto que si el efecto principal de la resolución de un contrato por incumplimiento del contratista viene representado por la incautación de

la garantía y la indemnización de daños y perjuicios a la Administración, no se advierte bien la razón por la que ésta debiera ser indemnizada por un incumplimiento del contratista que no afecta propiamente a la relación contractual, sino al incumplimiento de unos deberes completamente ajenos a ésta e impuestos por el ordenamiento laboral.

6) Resolución por las demás causas que se señalen específicamente para cada categoría de contrato regulado por la LCSP.

Como ya anticipamos más arriba, además de las causas generales de resolución de los contratos previstas por el art. 211 LCSP, esta Ley, al hilo de la regulación específica de cada uno de los contratos que recoge, contempla algunas nuevas causas de resolución o matiza las ya existentes para adecuarlas a la naturaleza propia de cada contrato.

Así, en lo que respecta al contrato de obras, el art. 245 LCSP considera causas de resolución propias de este contrato: *a)* la demora en la comprobación del replanteo; *b)* la suspensión de la iniciación de las obras; *c)* la suspensión de las obras en curso de ejecución; y *d)* el desistimiento. En lo que respecta a los efectos, el art. 246.1 precisa que «la resolución del contrato dará lugar a la comprobación, medición y liquidación de las obras realizadas con arreglo al proyecto, fijando los saldos pertinentes a favor o en contra del contratista». Por su parte, en lo que concierne a la demora injustificada en la comprobación del replanteo que dé lugar a la resolución del contrato, el contratista sólo tiene derecho a una indemnización equivalente al 2 % del precio de adjudicación. Y en los de desistimiento o suspensión antes de la iniciación de las obras por plazo superior a cuatro meses, y en los de desistimiento o suspensión ya iniciadas las obras por plazo superior a ocho meses, la indemnización al contratista se fija, respectivamente, en el 3 % del precio de adjudicación y en el 6 % del precio de adjudicación del contrato de las obras dejadas de realizar en concepto de beneficio industrial.

La LCSP reproduce, *mutatis mutandi*, las mismas causas específicas de resolución para los contratos de concesión de obra pública (art. 279) y de servicio público (art. 294). Presenta, en primer lugar, la particularidad de que hay causas generales de resolución de los contratos que no operan con respecto a estos dos tipos de contratos (así sucede con las relativas a la demora en el cumplimiento de los plazos por parte del contratista y de la Administración en el pago). Con independencia de ello, la LCSP dibuja como causas específicas de resolución: *a)* la ejecución hipotecaria declarada desierta o la imposibilidad de iniciar el procedimiento de ejecución hipotecaria por falta de interesados autorizados para ello; *b)* la demora superior a seis meses por parte del órgano de contratación en la entrega al concesionario de la contraprestación, de los terrenos o de los medios auxiliares a los que se obligó según contrato; *c)* el rescate de la explotación de las obras por el órgano de contratación o el rescate del servicio por la Administración para su gestión directa por razones de interés público; *d)* la supresión de la explotación de las obras o del servicio por razones de interés público; *e)* la imposibilidad de la explotación de las obras o del

servicio como consecuencia de acuerdos adoptados por la Administración concedente con posterioridad al contrato; y f) el secuestro o intervención de la concesión por un plazo superior al establecido en el art. 263.3, sin que el contratista haya garantizado la asunción completa de sus obligaciones.

De entre estas causas específicas de resolución reseñadas para los contratos de concesión de obra y de servicio público, la LCSP añade precisiones aclaratorias importantes en relación con el rescate. El art. 279.c) define el rescate como «la declaración unilateral del órgano contratante, adoptada por razones de interés público, por la que dé por terminada la concesión, no obstante la buena gestión de su titular, para su gestión directa por la Administración». Además, tanto el precepto citado como el art. 294.c) imponen como requisito específico para que opere esta causa de resolución «la acreditación de que dicha gestión directa es más eficaz y eficiente que la concesional»; previsión esta última que se halla en línea con los criterios que, inspirados en el principio de sostenibilidad financiera, se plasman en otros textos legales como el art. 85 LRBRL. Además de ello, como ha destacado Rafael Fernández Valverde, la nueva regulación, al suprimir, por un lado, el inciso de que el rescate puede acordarse discrecionalmente, y al exigir, por otro lado, justificar el interés público que lo impulsa, impone a la Administración unas mayores exigencias de motivación que favorecen el control judicial de la decisión. Incluso, debe destacarse que la pervivencia del rescate como causa de resolución es cuestión controvertida para un sector de nuestra doctrina que duda de que su consagración legal pueda resultar compatible con el art. 44 de la Directiva de Concesiones, que no la menciona como causa de extinción, y que prima el principio de competencia sobre el ejercicio de las prerrogativas públicas (Gimeno Feliú). Sin perjuicio de ello, hay que destacar que el art. 44 LCSP señala que los acuerdos de rescate de las concesiones cuyo valor supere los 3 millones de euros son susceptibles del recurso especial de contratación. Además de ello, el art. 130 LCSP establece garantías laborales para la subrogación de los trabajadores de las empresas concesionarias afectadas por el rescate.

Junto al rescate, la LCSP contempla también el secuestro o la intervención como causa específica de resolución para los contratos de concesión de obra y de servicios [arts. 279 f) y 294 f), respectivamente]. El secuestro y la intervención, que se justifican en razones de excepcional interés público o de grave daño social (art. 263), funcionan, en principio, con un carácter temporal, pero si se extienden más tiempo del período inicialmente acordado o, en todo caso, más de tres años, determinan la resolución del correspondiente contrato. Tanto el secuestro como la intervención entrañan que el órgano de contratación asume la explotación directa de la obra o del servicio de que se trate; explotación que se hará, valiéndose del personal y del material de la concesionaria, y por cuenta y riesgo del concesionario.

El paralelismo con el que la LCSP traza el régimen jurídico de las concesiones de obra y de servicio público juega igualmente con respecto a los efectos de la resolución (arts. 280 y 295, respectivamente). Para la determinación de tales efectos, la LCSP discrimina según se trate de causas imputables o no imputables a la

Administración, extremo que viene aclarado por el art. 280.1, tercer párrafo LCSP. En esencia, si el contrato se resuelve por causa imputable a la Administración, ésta debe abonar al concesionario el importe de las inversiones realizadas por razón de la expropiación de terrenos, ejecución de obras de construcción y adquisición de bienes que sean necesarios para la explotación de la obra o servicio objeto de la concesión, atendiendo a su grado de amortización, para lo que se seguirá el criterio de la amortización lineal, habiendo asimismo de indemnizar al concesionario por los daños y perjuicios que se le irroguen, para lo cual el art. 280.3 fija criterios en orden a la determinación de la cuantía de los beneficios futuros indemnizables. Por el contrario, cuando la resolución de la concesión se produzca por causas no imputables a la Administración, el importe que ésta abonará al concesionario será el que resulte de la valoración de la concesión, esto es, el valor de mercado que se determine mediante una licitación por el tiempo que reste de concesión y con respecto a la cual el único criterio de adjudicación será el precio. Ello supone que, en abstracto, desaparece la garantía de que el concesionario recupere íntegramente el valor de su inversión en el caso de que el valor de mercado sea inferior al de las inversiones (J. J. Lavilla). Por último, si el contrato se resuelve por causa imputable al concesionario rigen los efectos generales previstos por el art. 213.3 LCSP, quedando asimismo subrogada la Administración en los créditos de los expropiados cuando el concesionario —como beneficiario de la expropiación— no afronte los pagos del justiprecio y la Administración deba, en virtud de resolución judicial, abonar las indemnizaciones a los expropiados.

Para el contrato de suministro, el art. 306 LCSP marca como causas específicas de resolución: *a)* desistimiento antes de la iniciación del suministro o la suspensión de la iniciación del suministro por causa imputable a la Administración por plazo superior a cuatro meses a partir de la fecha señalada en el contrato para la entrega, salvo que en el pliego se señale otro menor, que da derecho al contratista a percibir una indemnización del 3 % del precio de la adjudicación del contrato; y *b)* el desistimiento una vez iniciada la ejecución del suministro o la suspensión del suministro por un plazo superior a ocho meses acordada por la Administración, salvo que en el pliego se señale otro menor, que da derecho al contratista a percibir una indemnización del 6 % del precio de adjudicación del contrato de los suministros dejados de realizar. Por lo demás, con carácter general, la resolución del contrato de suministro da lugar a la recíproca devolución de los bienes y del importe de los pagos realizados, salvo cuando ello no fuera posible o conveniente para la Administración, en los que ésta abonará el precio de los efectivamente entregados y recibidos de conformidad.

Las mismas causas de resolución y los mismos efectos indicados para el contrato de suministro son los que rigen también para el contrato de servicios, con el añadido de que los contratos complementarios quedan resueltos, en todo caso, cuando se resuelva el contrato principal [art. 313.c)].

VI. LOS CUASICONTRATOS ADMINISTRATIVOS

Es ésta una institución íntimamente relacionada con el principio general del Derecho de prohibición del enriquecimiento injusto o sin causa. La figura de los cuasicontratos administrativos trata de responder jurídicamente al problema que plantean determinados supuestos en los que hay una actuación de un administrado de buena fe, que:

- redunda en beneficio del interés público,
- sin que dicha actuación esté amparada en un título jurídico válido,
- y en las que media un previo asentimiento tácito o expreso de la Administración.

En estos casos, quien ha enriquecido a la Administración no puede reclamar nada en virtud de un contrato porque no hay tal contrato (o no es válido). Muchas veces tampoco puede reclamar en virtud de la responsabilidad patrimonial de la Administración porque no se dan los requisitos para ello que vimos en la lección 9. La solución es reconocer una específica fuente de obligaciones administrativas basadas precisamente en el principio general del Derecho que prohíbe el enriquecimiento: se genera en la Administración una obligación de restituir su enriquecimiento con el límite máximo del correlativo empobrecimiento del administrado. Éste exigirá tal restitución mediante el ejercicio de una específica acción (la llamada *actio in rem verso*), cuyo plazo de prescripción es, según el Tribunal Supremo (así STS de 27 de enero de 2003), el general establecido para las obligaciones administrativas que no tienen un plazo especial y que actualmente es de cuatro años (art. 25 LGP).

Los Tribunales contencioso-administrativos han aplicado la prohibición de enriquecimiento injusto a la Administración y la han condenado a restituirlo en muy diversos supuestos: prestaciones en virtud de contrato nulo o incluso inexistente; contratista que realiza prestaciones superiores a las que estaba obligado; persona que realiza mejoras en bienes de la Administración; sujetos que sin nombramiento oficial o con nombramiento anulado han realizado servicios como si fuesen funcionarios; etc. A veces, las situaciones se asemejan a las de la gestión de negocios ajenos o al cobro de lo indebido, o sea, a los tradicionales cuasicontratos del Derecho Civil que también encuentran algún campo de aplicación en el Derecho Administrativo, aunque

con muchas adaptaciones.

BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO MÁS, M.^a J., y NARBÓN LAINEZ, E.: *La responsabilidad por los daños causados en la ejecución de contratos administrativos*, Civitas, 2013.
- ARANA GARCÍA, E.: *Nociones básicas de contratación pública*, Tecnos, Madrid, 2014.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *La teoría del equivalente económico en los contratos administrativos*, ENAP, Madrid, 1968.
- BARRERO RODRÍGUEZ, C.: *La resolución de los contratos administrativos por incumplimiento del contratista*, Lex Nova, 2011.
- «Las causas de resolución de los contratos administrativos en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *DA* n.º 4 (2017).
- BARRIO ANDRÉS, M.: «Consideraciones del Consejo de Estado sobre el contrato de concesión de obra pública en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *DA Nueva Época* n.º 4 (2017).
- BLANQUER CRIADO, D.: *Los contratos del sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013.
- BAUZÁ MARTORELL, F. J.: «Contrato verbal, revisión de oficio y enriquecimiento injusto», *REDA*, n.º 181 (2016).
- CANO CAMPOS, T.: «La incautación de la garantía definitiva en la resolución de los contratos por incumplimiento culpable del contratista», *REDA*, n.º 159 (2013).
- CERRILLO MARTÍNEZ, A.: *Principio de integridad en la contratación pública (SPA)*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «El contrato de suministro», *Comentarios a la Ley de Contratos* (dir. R. GÓMEZ-FERRER MORANT), Civitas, 2003.
- EMBID IRUJO, A., y COLOM PIAZUELO, E.: *Comentarios a la Ley reguladora del contrato de concesión de obras públicas*, Aranzadi, Pamplona, 2003.
- DÍEZ SASTRE, S.: «Contratación socialmente responsable», en *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.
- FERNÁNDEZ ACEVEDO, R., y VALCÁRCEL FERNÁNDEZ, P. (coords.): *La contratación pública a debate: presente y futuro*, Civitas-Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, J. F.: «Equilibrio económico y revisión de precios en los contratos administrativos», *REDA*, n.º 163 (2014).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R., «Los riesgos imprevistos en el contrato de obras», *RAP*, n.º 201 (2016).
- FERNÁNDEZ TORRES, I.: «Algunas consideraciones en torno a los efectos del concurso sobre los contratos del sector público: una perspectiva iusprivatista», *REDA* n.º 143.
- FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: «El rescate de las concesiones de los servicios públicos.

- Jurisprudencia del Tribunal Supremo», *DA Nueva Época* n.º 4 (2017).
- FUERTES LÓPEZ, M.: *El contratista y el subcontratista ante las Administraciones públicas*, Marcial Pons, 1997.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo», *RAP* n.º 2.
- GALLEGO CÓRCOLES, I.: «La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública», *DA Nueva Época* n.º 4 (2017).
- «Avances y retrocesos en la proyectada transposición de la nueva normativa europea sobre modificaciones contractuales», en *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.
- GIMENO FELIÚ, J. M.: *Las reformas legales de la Ley 30/1997, de contratos del sector público*, Aranzadi, Cizur Menos (Navarra), 2011.
- «El Derecho de los contratos del sector público», monografía de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, Zaragoza, 2008.
- «La transposición de las Directivas de contratación pública en España: una primera valoración de sus principales novedades», *DA Nueva Época* n.º 4 (2017).
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Contratación pública», *Tratado de Derecho Administrativo III*, Thomson-Reuters, 2017.
- HERNANDO RYDINGS, M.: *La colaboración público-privada. Fórmulas contractuales*, Aranzadi, 2012.
- HORGUÉ BAENA, C.: *La modificación del contrato administrativo de obras*, Marcial Pons, Madrid, 1997.
- LAVILLA RUBIRA, J. J.: «El nuevo régimen de la denominada responsabilidad patrimonial de la Administración (RPA) en los contratos de concesión», en *Contratación, competencia y sostenibilidad: últimas aportaciones desde el Derecho Administrativo*, Thomson-Reuters, Cizur Menor, 2017.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «El contrato de suministro en la nueva Ley de Contratos del Sector Público de 2017», *Estudio sistemático*, Thomson-Aranzadi, 2018.
- MEILÁN GIL, J. L.: «Las prerrogativas de la Administración en los contratos administrativos: propuesta de revisión», *RAP*, n.º 191 (2013).
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *El contrato de consultoría y asistencia*, Civitas, Madrid, 2002.
- MESTRE DELGADO, J. F.: *La extinción de la concesión de servicio público*, La Ley, Madrid, 1992.
- MORENO MOLINA, J. A., y PLEITE GUADAMILLAS, J. J.: *La nueva Ley de Contratos del Sector Público*, La Ley, Madrid, 2007.
- MUÑOZ MACHADO, S.: «Contratos del sector público», *Tratado de Derecho Administrativo*, tomo XIII.
- PAREJO ALFONSO, L., y PALOMAR OLMEDA, A. (dirs.): *Comentarios a la Ley de Contratos del Sector Público*, 4 tomos, Bosch, Barcelona, 2009.
- PÉREZ ALEGRE, V., y PÉREZ SERRANO, J.: *Ley de contratos del Sector público*, Dykinson, Madrid, 2014.
- REBOLLO PUIG, M.: «Servicios públicos concedidos y responsabilidad de la Administración: imputación o responsabilidad por hecho de otro», *Poder Judicial*,

- n.º 20 (1990).
- *El enriquecimiento injusto de la Administración Pública*, Marcial Pons, 1995.
- «La responsabilidad patrimonial en la gestión indirecta de los servicios públicos sanitarios: concesiones y conciertos», en *Derecho y Salud*, vol. 8, n.º 1 (2000).
- RUIZ OJEDA, A. (dir.): *Derecho de la contratación pública y regulada*, Madrid, 2004.
- SÁEZ LARA, M. C.: «Las cláusulas sociales en los contratos del sector público», *Relaciones Laborales* n.º 14 (2009).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Contratos del sector público y derecho de la Unión», *RAP*, n.º 200 (2016).
- SOSA WAGNER, F.: *El contrato público de suministro*, Thomson-Civitas, 2003, 2.ª ed.
- TORNOS MAS, J. (coord.): *Las reclamaciones de cantidad en el ámbito de la contratación pública*, Atelier, Barcelona, 2006.
- VVAA: *Estudio sistemático de la Ley de Contratos del Sector Público* (dirigido por J. M.ª GIMENO FELIÚ), Thomson-Aranzadi, 2018.

* Por Mariano LÓPEZ BENÍTEZ. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695-C2-2-P (MINECO/FEDER).

LECCIÓN 12

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (I)^{—*}

I. LA FORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. LA LENTA GESTACIÓN DEL SISTEMA CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

Ya nos consta que el artículo 103.1 CE proclama el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho. Sin embargo, para que esta plena sujeción se haga realidad es preciso que, como dice el artículo 106.1 CE, los Tribunales controlen la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican. Fundamentalmente, este control de la Administración se realiza en España, según ya se explicó (Tomo I, lección 6) por medio de la jurisdicción contencioso-administrativa, orden jurisdiccional integrado dentro de la Planta Judicial y servido por jueces y magistrados. Sin embargo, el camino hasta llegar a esta meta no ha sido fácil.

Como también se vio en aquella lección, el particular entendimiento que del principio de la división de poderes efectuaron los revolucionarios franceses llevó a establecer una especie de regla de oro en cuya virtud los jueces no podían interferir la actividad del Poder ejecutivo, esto es, de la Administración. De esta forma, el axioma de que juzgar a la Administración era también administrar condujo en Francia a un sistema de justicia administrativa muy peculiar, en el que el control de la Administración se efectuaba por órganos de la propia Administración. En un primer momento, dentro de lo que se conoce como el sistema de jurisdicción retenida, el Consejo de Estado y los Consejos de Prefectura, órganos integrados en la Administración, conocían del enjuiciamiento de los denominados actos administrativos de gestión y de las relaciones patrimoniales en las que se viera involucrada la Administración y elevaban una suerte de propuesta al Gobierno o al Prefecto, que eran quienes finalmente resolvían los recursos suscitados.

Este sistema de control, que en 1872 dio paso en el país vecino a un sistema de jurisdicción delegada (en el que Consejo de Estado y Consejos de Prefectura

resolvían directamente por delegación los recursos), comportaba también una concepción muy particular acerca de los límites y de la forma en que habría de desenvolverse el control de los actos de la Administración. Junto al denominado «recurso de plena jurisdicción», en el que Consejo de Estado y Consejos de Prefectura desplazaban al juez civil en el conocimiento de aquellos asuntos en los que la Administración y los particulares trababan una relación patrimonial o de Derecho Civil, se levantó el llamado «recurso por exceso de poder» (*recours d'excès de pouvoir*) para conocer propiamente de los actos administrativos.

La peculiaridad de este recurso por exceso de poder es que respondía a un fundamento esencialmente objetivo; de lo que se trataba es de que la Administración respetase la legalidad, de que la actuación administrativa se desarrollase dentro de los límites legales en que la Administración puede actuar válidamente. Tal fundamento objetivo del recurso entrañaba múltiples consecuencias: la principal, que la jurisdicción administrativa se concebía como una instancia revisora de los actos de la Administración. Como afirmó gráficamente Laférriere, el recurso era, en realidad, un «proceso al acto», no a la Administración. En dicho proceso contencioso no existían, por tanto, partes procesales: el ciudadano, que desencadenaba la puesta en marcha del mecanismo procesal, era simplemente un denunciante que, al igual que el Ministerio Público o Fiscal, actuaba únicamente en defensa de la legalidad. Aunque por razones de seriedad se exigiera al denunciante una cierta legitimación o interés para admitir su demanda, el fallo de la sentencia se ceñía sólo y exclusivamente «a la anulación o la absolución del acto impugnado, según que infringiese o no la Ley» (García de Enterría), sin posibilidad de ningún otro pronunciamiento. Pese a sus limitaciones, el recurso de exceso de poder ha sido fundamental no sólo en el Derecho francés, sino también en los derechos continentales europeos sirviendo para configurar un afinado sistema de control de la legalidad de la Administración. Baste decir que tal recurso, que en su origen sólo permitía la invocación de vicios de incompetencia, se fue abriendo paso paulatinamente, por gracia de la jurisprudencia del Consejo de Estado, a la alegación de otros vicios: vicios de forma, infracción de ley, desviación de poder o infracción de los principios generales del Derecho.

2. LA FORMACIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA EN ESPAÑA

En el caso de España, pese a que la Constitución de Cádiz de 1812 (art. 262, desarrollado por el Decreto de Cortes de 13 de septiembre de 1813) consagraba un sistema de control —también para la Administración— de corte absolutamente judicialista, lo cierto es que los avatares políticos y constitucionales impidieron su plena puesta en marcha. En su lugar, las Leyes de 2 de abril y de 6 de septiembre de 1845 instauraron un sistema contencioso-administrativo de gran semejanza al francés.

Por un lado, se situaba el Consejo Real (presidido por el presidente del Consejo de

Ministros y compuesto por todos los ministros y treinta consejeros ordinarios nombrados por el Rey a propuesta del Gobierno), y, por otro lado, estaban los Consejos Provinciales (presididos por el Gobernador Civil e integrados por un número variable de vocales designados por el Rey). Mientras que el Consejo Real actuaba bajo el sistema de jurisdicción retenida, los Consejos Provinciales lo hacían bajo la de jurisdicción delegada. El sistema contencioso-administrativo articulado por las Leyes de 1845, experimentó desde 1854 a 1888, una serie de idas y venidas, de avances y retrocesos, bien estudiados por J. R. Fernández Torres y sobre los que resultaría demasiado prolijo detenerse.

La Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888, conocida por el nombre de su autor —Vicente Santamaría de Paredes, ministro y catedrático de Derecho Administrativo—, ideó un sistema autodenominado armónico, basado en la idea de la jurisdicción delegada, que pivotaba sobre dos niveles: en el estatal, sobre el Consejo de Estado, compuesto por un Presidente y once Consejeros de Estado; y a nivel territorial lo hacía sobre los Tribunales Provinciales de lo Contencioso, compuestos por magistrados y funcionarios. La Ley Santamaría de Paredes se mantenía, por lo demás, absolutamente fiel al carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y, si bien sustituía el sistema de lista de asuntos por el de cláusula general, lo cierto es que las restricciones que al respecto establecía resultaban muy significativas: exigía que los actos hubieran causado estado en vía administrativa; el control contencioso sólo venía referido a actos administrativos dictados en ejercicio de potestades regladas —por lo que bastaba que existiese en un acto un componente o elemento discrecional para que quedase excluido del control contencioso—; y, en fin, requería que resultase lesionado un derecho subjetivo individual de carácter administrativo para que un particular gozase de legitimación para impugnar un acto.

A pesar de todas estas limitaciones, la Ley Santamaría de Paredes mantuvo su vigencia hasta que se promulgó la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 27 de diciembre de 1956. Esta LJCA de 1956 superó gran parte de las restricciones de la Ley de 1888: a) procedió a la judicialización y especialización de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa; y b) instauró como clave del sistema el principio de cláusula general, de modo que se atribuía a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de las pretensiones que se dedujeran en relación con los actos de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo, y con las disposiciones con categoría inferior a la Ley (art. 1). Interesa subrayar especialmente que la Exposición de Motivos de esta

Ley explicaba que no quería «concebir la Jurisdicción contencioso-administrativa como una segunda instancia; ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo».

Es decir, la LJCA afirmaba con rotundidad que el objeto del proceso contencioso-administrativo eran las pretensiones, pretensiones que, según sus artículos 41 y 42, incluían no sólo la anulación de los actos y disposiciones, sino también «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma». La particularidad radicaba en que estas pretensiones siempre tenían que ser ejercitadas en relación con actos administrativos, «presupuesto de admisibilidad de la acción contenciosa» (como afirmaba la Exposición de Motivos). El administrado se veía obligado, pues, a provocar el acto administrativo, expreso o presunto, para poder iniciar el recurso contencioso-administrativo; pero, una vez abierto éste, sus pretensiones no tenían que limitarse, como decimos, a la mera anulación del acto recurrido.

Sin embargo, hay que reconocer que, pese a tan rotundas proclamaciones, la LJCA de 1956, contenía también elementos que limitaban el control contencioso-administrativo: por un lado, existía un amplio rosario de actos —entre ellos, los denominados actos políticos— que quedaban excluidos de todo control [arts. 2.b) y 40]; por otro lado, la ejecución de las sentencias quedaba igualmente confiada a la Administración, lo que determinaba que un gran número de sentencias condenatorias para la Administración quedasen, como estudió con detenimiento T. R. Fernández, sin ejecución. La práctica jurisprudencial anterior a la Constitución de 1978 ayudó también poco a que la LJCA de 1956 desarrollase todas sus potencialidades. Como resume Fernández Farreres, la jurisprudencia estimó que no era posible la reconvención; que el fallo había de limitarse a la declaración de nulidad de lo actuado cuando se apreciase la existencia de vicios del procedimiento; que no procedía conocer del fondo del asunto en aquellos casos en los que la resolución impugnada se limitase a declarar inadmisibile el recurso administrativo previo; y que no eran admitidos los recursos en los que se planteasen cuestiones nuevas no propuestas previamente por el recurrente ante la Administración.

A partir de la Constitución de 1978, la jurisprudencia fue dando pasos importantes en la interpretación de la LJCA de 1956 para adecuarla a las exigencias de los artículos 24, 106, 117 y 153.c) CE. Sobre todo, el derecho a la tutela judicial efectiva fue el principal motor de las transformaciones. En esta nueva lectura tuvo también mucho que ver tanto la doctrina como los propios avances que se estaban verificando en el mismo sistema contencioso-

administrativo francés, origen, como hemos señalado, de la concepción revisora del contencioso-administrativo.

Como entre nosotros estudió con detalle García de Enterría, sobre ese dogma tan bien labrado del recurso de exceso de poder (para Gaston Jèze, «la más maravillosa creación de los juristas»), han irrumpido las Leyes francesas de 16 de julio de 1980 y de 8 de febrero de 1995, para convertir aquel viejo recurso en una «verdadera y plenaria acción procesal de condena de la Administración». La consecuencia es que la sentencia no sólo puede anular el acto impugnado, sino que «va a poder extraer de esa anulación una condena de hacer a la Administración derivada del fallo», cuya efectividad va a ser también cometido del Tribunal Contencioso, quien puede llegar a sustituir la omisión administrativa por sí mismo mediante el ejercicio de poderes de ejecución coercitivos. El complemento de las dos anteriores Leyes ha sido la Ley de 30 de junio de 2000, sobre medidas cautelares ante la jurisdicción administrativa, que ha mitigado «el dogma de la inexorable ejecutoriedad de los actos administrativos».

El hito final de esta evolución viene representado por la vigente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998. Su artículo 1.º, que mantiene el sistema de cláusula general, ya afirma sin ambages que el objeto del proceso contencioso-administrativo es conocer de las *pretensiones* que se deduzcan en relación con la *actuación* (no con los actos) de las Administraciones Públicas sujetos al Derecho Administrativo. En coherencia con ello, los artículos 31 y 32 diseñan un completo conjunto de pretensiones —abierto a todos los recurrentes y no sólo a los que esgriman un derecho subjetivo—, que tienen que ver además con la expansión experimentada por la actividad administrativa impugnabile, comprensiva ahora no sólo de los actos y disposiciones reglamentarias, sino también de las inactividades materiales y de las vías de hecho, como vamos a tener ocasión de exponer más adelante.

La LJCA regula por completo los procesos contencioso-administrativos que, en parte por el origen de esta jurisdicción y en parte por las singularidades de la Administración, conservan rasgos propios y específicos respecto de los demás procesos. Es eso lo que justifica su tradicional estudio en el Derecho Administrativo y no sólo en el Derecho procesal. Aun así, hay aspectos comunes con otros procesos y con la teoría general del Derecho procesal, cuyas categorías fundamentales son imprescindibles para el estudio del contencioso-administrativo. Además, debe destacarse que la LJCA: *a)* ha de ser completada con la LOPJ; *b)* declara expresamente que, en lo no previsto por ella, «regirá como supletoria la de Enjuiciamiento Civil» (Disp. Final 1.ª LJCA y art. 4 LEC); y, *c)* se remite en algunos de sus preceptos (así, arts. 18.1, 42.1, 56.4, 60.4, 85.2, 97.4, 102.3, 139.6) a lo establecido para los procesos civiles.

La LJCA de 1998 se dictó de conformidad con el artículo 149.1.6.ª CE en ejercicio

de la competencia exclusiva del Estado sobre legislación procesal, que sólo hace la salvedad de las especialidades que «se deriven de las particularidades del Derecho sustantivo de las Comunidades Autónomas». Ha sido modificada varias veces. Las principales reformas se han dirigido a combatir la lentitud de esta jurisdicción: así, la que se emprendió con la Ley 13/2009 para la implantación de la nueva Oficina judicial, que traslada funciones clásicas de los Jueces a los Secretarios Judiciales; la de la Ley 37/2011, de agilización procesal, que sobre todo elevó las cuantías que permiten el acceso a los recursos de apelación y casación; y la reciente de la Ley Orgánica 7/2015 que, modificando también la LOPJ, afecta muy sustancialmente a los recursos de casación y también ha sustituido a los Secretarios judiciales por el nuevo Cuerpo de Letrados de la Administración de Justicia (en adelante, LAJ). Según la Memoria del CGPJ de 2016 referida a los datos judiciales del año 2015, se observa, en relación con el contencioso-administrativo, una disminución del 3,9 % en el número de asuntos ingresados con respecto al año anterior, incrementándose la tasa de resolución de asuntos (2,1 %) y bajando las tasas de pendencia (-9,1 %) y de congestión (-5,3 %). La duración estimada media de los procesos es de 12,8 meses en primera instancia; 11,3, en segunda instancia y 13,8 en el Tribunal Supremo. Los tiempos medios de terminación de los procesos son de 11 meses en los Juzgados de lo Contencioso; 20,6 en los Tribunales Superiores de Justicia y 7,4 en el Juzgado Central de lo Contencioso. Finalmente, el número de sentencias puestas por Magistrado/Juez durante el año 2015 fue de 256,1.

II. ÁMBITO Y EXTENSIÓN DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA

1. LA CLÁUSULA GENERAL DEL ARTÍCULO 1.1 LJCA Y SUS MATIZACIONES

A la hora de determinar la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, la LJCA, en concordancia con el artículo 9.4 LOPJ, se vale, como hemos indicado, del sistema de la cláusula general, en cuya virtud dicha jurisdicción «conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones públicas sujeta al Derecho Administrativo, con las disposiciones generales de rango inferior a la Ley y con los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación» (art. 1.1).

Desentrañar el significado último de esta cláusula general supone, en primer lugar, determinar qué entes tienen la consideración de Administraciones públicas a los efectos de la LJCA. A ello se dirige el artículo 1.2 cuando precisa que son Administraciones Públicas: a) la

Administración General del Estado; b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas; c) las Entidades que integran la Administración local; y, d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales. Aun así, la delimitación subjetiva del ámbito de aplicación de la LJCA no queda con ello ultimada, puesto que, por lo pronto, existen también actos que pueden provenir de sujetos que, sin ser formalmente Administraciones Públicas, actúan como agentes, delegados o vicarios de éstas. En este sentido, la LJCA alude a:

— Las Corporaciones de Derecho público, que, en los términos ya vistos (lección 14 del Tomo I), dictan actos en el ejercicio de las funciones públicas que tienen atribuidas o delegadas [art. 2.c) LJCA].

— Los concesionarios de los servicios públicos, que, en unas ocasiones, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente, pueden dictar actos susceptibles de ser recurridos directamente ante la jurisdicción contencioso-administrativo; y, en otras, ven cómo sus actos llegan indirectamente a ser conocidos por esta jurisdicción al administrativizarse aquéllos como consecuencia de la previsión de un específico recurso o reclamación ante la Administración concedente o por el normal ejercicio por parte de ésta de sus potestades de fiscalización o de control [art. 2.d) LJCA].

La segunda matización a la cláusula general viene de la decisión legislativa, plasmada en el artículo 2.3 LJCA, de atribuir a esta jurisdicción el conocimiento de los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial de determinados órganos públicos no administrativos y de la actividad de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales. Esto es una manifestación del fenómeno más amplio de aplicación de ciertas normas de Derecho Administrativo a sujetos distintos de la Administración, a lo que ya se aludió (Tomo I, lección 1). Además, ese mismo artículo 2.3 LJCA, atribuye a esta jurisdicción la actuación de la Administración Electoral en los términos previstos en la LOREG (art. 2.3).

En tercer lugar, la LJCA precisa el alcance de la cláusula general respecto de dos materias administrativas cuyo fuero jurisdiccional siempre ha suscitado problemas particulares. Nos referimos a los contratos y a la responsabilidad patrimonial.

Aunque ya nos referimos a ello en las lecciones 9 y 10, procede hacer aquí algún recordatorio.

Respecto de los contratos, el artículo 2.b) LJCA atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa el conocimiento de los contratos administrativos, concepto éste que viene delimitado a través de un doble criterio subjetivo y objetivo: no todos los contratos que realizan las Administraciones Públicas son contratos administrativos, sino únicamente los que se conocen como contratos típicos y aquellos otros a los que el legislador les otorga tal carácter (art. 19 LCSP). Sobre los restantes contratos que concluyen las Administraciones Públicas —contratos que, según el art. 20.1, segundo párrafo, LCSP, tienen la consideración de contratos privados de la Administración—, la jurisdicción contencioso-administrativa conoce de los llamados actos separables, esto es, los que tengan que ver con la preparación y adjudicación de tales contratos. Ahora bien, la LCSP ha extendido más los términos del artículo 2.b) LJCA, ya que atribuye a esta jurisdicción el conocimiento de los litigios que se susciten en relación con los actos de preparación y adjudicación de algunos contratos en los que las entidades contratantes son Poderes Adjudicadores —que no ostentan la condición de Administraciones Públicas— o entidades o sujetos privados (art. 21.1 LCSP).

Por lo que atañe a la responsabilidad patrimonial de la Administración, el artículo 2.e) LJCA, en concordancia con los artículos 9.4 LOPJ y 35 LRJSP, ha consagrado la llamada unidad de jurisdicción en materia de responsabilidad, de tal modo que declara la competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa para conocer de esta materia «cualquiera que sea la naturaleza de la actividad o el tipo de relación de que derive», no pudiendo ser demandadas las Administraciones Públicas «por este motivo ante los órdenes jurisdiccionales civil o social, aun cuando en la producción del daño concurren con particulares o cuenten con un seguro de responsabilidad».

En cuarto lugar, la originaria exclusión de todo control jurisdiccional de los denominados «actos políticos», se resuelve por el artículo 2.a) LJCA en el sentido de sujetar al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se susciten en relación con la protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y las determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, «cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos» como se estudió en la lección 2.

En quinto lugar, el artículo 3 LJCA excluye del conocimiento de esta jurisdicción: a) las cuestiones expresamente atribuidas a los órdenes jurisdiccionales civil, penal y social, aunque estén relacionadas con la actividad de la Administración Pública; b) el recurso contencioso-disciplinario militar; c) los conflictos de jurisdicción entre los Juzgados y los Tribunales y la Administración Pública que competen al Tribunal de

Conflictos (art. 38 LOPJ; lección 6 del Tomo I) y los conflictos de atribuciones entre órganos de una misma Administración (lección 9 del Tomo I); y, d) los recursos directos o indirectos que se interpongan contra las Normas Forales fiscales de las Juntas Generales de los Territorios históricos de Álava, Guipúzcoa y Vizcaya, que corresponderán en exclusiva al Tribunal Constitucional.

En conexión con lo establecido por el artículo 3.a) LJCA, su Disposición Adicional 10.^a (añadida por la Ley 34/2015) determina que no corresponde a este orden jurisdiccional conocer de las pretensiones que se deduzcan respecto de las actuaciones tributarias vinculadas a delitos contra la Hacienda Pública que se dicten al amparo del Título VI de la Ley General Tributaria, salvo lo previsto en los artículos 256 y 258.3 de la misma; por lo que, una vez iniciado el correspondiente proceso penal por delito contra la Hacienda Pública, tampoco corresponderá al orden contencioso-administrativo conocer de las pretensiones que se deduzcan respecto de las medidas cautelares adoptadas al amparo del artículo 81 LGT.

Asimismo, hay que indicar que la letra d) de este art. 3 LJCA, añadido por la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, ha sido objeto de sentencia interpretativa por parte del Tribunal Constitucional (STC 118/2016, de 23 de junio), especialmente a la hora de delimitar las competencias entre la jurisdicción constitucional y la contencioso-administrativa con respecto a las Normas Forales fiscales. Sostiene la citada sentencia que «el control constitucional de las normas forales fiscales, no está excluyendo [...] todo control de estas normas por parte de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa. Cuando se planteen problemas que no traspasen el umbral de la legalidad ordinaria, quien esté provisto de un interés legítimo las podrá impugnar, directa o indirectamente, ante los mismos, lo que sucederá cuando estemos ante una norma foral fiscal que no sea de las que configuran el régimen tributario de los territorios históricos, o cuando aun siéndolo, la contradicción que se le imputa lo es con una disposición que no forma parte integrante del bloque de la constitucionalidad a que hace referencia el art. 28 LOTC, esto es, con los Tratados y Convenios internacionales, con las normas de armonización fiscal de la UE o con las leyes del Parlamento vasco».

Finalmente, hay que indicar, que, salvando estas exclusiones, el artículo 2.f) LJCA consagra una competencia de atribución a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa sobre cualquier materia que le atribuya expresamente una Ley.

2. EL CARÁCTER IMPRORROGABLE DE LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA Y SU CONOCIMIENTO DE CUESTIONES PREJUDICIALES E INCIDENTALES

La jurisdicción constituye un presupuesto de validez de los actos procesales, de modo que su falta en un órgano judicial determina la nulidad de pleno derecho de los actos que dicte (art. 238.1 LOPJ). La LOPJ distribuye la jurisdicción entre cuatro órdenes, uno de los cuales es el contencioso-administrativo (art. 9.4 LOPJ). Cada orden jurisdiccional sólo puede conocer de las materias que legalmente le han sido atribuidas; límite que el artículo 5.1 LJCA subraya cuando afirma que «la jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable», lo cual significa, por un lado, que la jurisdicción contencioso-administrativa no puede extender su conocimiento a cuestiones litigiosas que pertenezcan en exclusividad a otros órdenes jurisdiccionales; y, por otro, que carecen de validez tanto los pactos de sumisión que pudiesen concluir al respecto los particulares como cualquier decisión administrativa que pretenda imponer a los particulares la sujeción a este orden jurisdiccional de cualquier cuestión que no le pertenezca.

Como presupuesto de validez de los actos procesales, la jurisdicción es una cuestión de orden público que tiene que ser apreciada de oficio por los órganos judiciales. Por ello, cuando un juez o tribunal contencioso-administrativo entienda que carece de jurisdicción, lo declarará así, previa audiencia a las partes y al Ministerio Fiscal, y señalará al mismo tiempo el orden jurisdiccional que estime competente (art. 5.2 LJCA).

Si la parte demandante se personare ante el orden que se estima competente en el plazo de un mes desde la notificación de la resolución que declare la falta de jurisdicción, se entenderá haberlo hecho en la fecha en que se inició el plazo para interponer el recurso contencioso-administrativo, si hubiere formulado éste siguiendo las indicaciones de la notificación del acto o ésta fuese defectuosa (art. 5.3). Esta declaración sobre la falta de jurisdicción se puede hacer al comienzo de proceso [art. 51.1.a) LJCA], pero también después, incluso en sentencia [art. 69.a) LJCA]. Y, aunque la falta de jurisdicción es apreciable de oficio, también puede ser alegada por los demandados al contestar la demanda o incluso antes (art. 58 LJCA).

Si los Tribunales de dos órdenes no están de acuerdo sobre a cuál de ellos corresponde la jurisdicción sobre un asunto surge lo que se llama un «conflicto de competencias» que, de acuerdo con los artículos 42 a 44 LOPJ, resolverá una Sala especial del TS compuesta por su Presidente y dos Magistrados por cada uno de los órdenes jurisdiccionales contendientes. Tal conflicto de competencias puede ser promovido de oficio o a instancia de parte o del Fiscal, pero no cabe plantearlo a los del orden jurisdiccional penal.

El principio de improrrogabilidad de la jurisdicción contencioso-

administrativa no está reñido con que ésta pueda conocer *incidenter tantum* de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal, y lo dispuesto en los Tratados Internacionales. La razón de ello radica en que el principio de improrrogabilidad viene referido a los pronunciamientos de fondo y de manera definitiva sobre una cuestión litigiosa, pero no a las valoraciones de naturaleza civil o laboral que el órgano contencioso-administrativo precise hacer como presupuesto para decidir sobre la legalidad de la actuación administrativa. Por ello, «la decisión que se pronuncie no producirá efectos fuera del proceso en el que se dicte y no vinculará al orden jurisdiccional correspondiente» (art. 4.2 LJCA).

La Ley 34/2015, de 21 de septiembre, ha introducido una nueva Disposición Adicional 9.^a a la LJCA, que, además de entrañar la suspensión incidental del procedimiento, supone una considerable restricción al ámbito de conocimiento que a favor de la jurisdicción contencioso-administrativa formula la cláusula general del artículo 1.1. Dispone, en concreto, que cuando el recurso contencioso-administrativo tenga por objeto un acto administrativo que, relativo a una deuda aduanera, esté vinculado a una decisión adoptada por las instituciones de la Unión Europea, la revisión no podrá extenderse al contenido de dicha decisión. Por tanto, de no proceder la anulación del acto administrativo recurrido conforme al resto de alegaciones del demandante, en el supuesto de que la normativa de la Unión Europea haga depender la no contracción *a posteriori*, la condonación o la devolución de la deuda aduanera de una Decisión de la Comisión Europea, y el acto objeto de recurso haya sido dictado sin someter dicha cuestión a la Comisión, el órgano jurisdiccional deberá pronunciarse sobre si, conforme a lo dispuesto en la normativa de la Unión Europea, procede tal sometimiento. Si el órgano jurisdiccional entiende que dicho sometimiento es procedente, suspenderá el procedimiento e instará a la Administración Tributaria para que someta el asunto a la Comisión en el plazo máximo de dos meses. Cuando el acto relativo a la liquidación de una deuda aduanera objeto de recurso haya sido sometido a una decisión de las instituciones de la Unión Europea que haya de pronunciarse sobre la no contracción *a posteriori*, la devolución o la condonación de dicha deuda, se suspenderá el curso de los autos desde que esa circunstancia se ponga en conocimiento del órgano jurisdiccional y hasta que sea firme la resolución adoptada por dichas instituciones. Igualmente procederá la suspensión del curso de los autos desde que se inicie el procedimiento amistoso en materia de imposición directa a que se refiere la Disposición Adicional 1.^a del Texto Refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de No Residentes, aprobado por Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, hasta que finalice dicho procedimiento.

III. ÓRGANOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS Y SUS COMPETENCIAS

1. CARACTERIZACIÓN GENERAL

La regulación de la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa no la aborda de manera original la LJCA, ya que ésta se limita a recoger y desarrollar las previsiones que al respecto se contienen al alimón en la LOPJ y en la Ley de Demarcación y Planta Judicial (Ley 38/1988, de 28 de diciembre). En la actualidad, la jurisdicción contencioso-administrativa cuenta con órganos unipersonales y órganos colegiados. Unipersonales son los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo (previstos en número variable para cada provincia, pero existentes también en demarcaciones inferiores a ésta), y el Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, único y con sede en Madrid. Como órganos jurisdiccionales colegiados, las normas citadas han previsto la existencia de Salas de lo Contencioso en los Tribunales Superiores de Justicia (existentes en cada Comunidad Autónoma, pero que pueden contar con Salas o Sedes en distintos lugares de ésta), en la Audiencia Nacional y en el Tribunal Supremo, cuya Sala 3.^a (dividida en diferentes secciones por razón de la materia) se ocupa de las atribuciones propias de la jurisdicción contencioso-administrativa. El rasgo que comparten todos estos órganos jurisdiccionales es, como ya nos consta, que son propiamente órganos judiciales integrados en la organización judicial española y servidos por jueces y magistrados pertenecientes a la carrera judicial.

Al margen de ello, y como decimos más arriba, la obligatoria existencia de un Tribunal Superior de Justicia no representa un óbice para que algunos de ellos puedan tener Salas de lo Contencioso en distintos lugares de su ámbito territorial. Así sucede con el TSJ de Castilla y León (que tiene sedes en Valladolid y Burgos); con el de Canarias (con Salas en Las Palmas de Gran Canaria y Santa Cruz de Tenerife); y con el de Andalucía (que dispone de Salas en Granada, Málaga y Sevilla) que, por otra parte, extiende su ámbito jurisdiccional a las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla. En lo que respecta a los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, lo más frecuente es que haya uno o varios en cada capital de provincia, aunque el Gobierno, haciendo uso de las autorizaciones concedidas por la Ley de Demarcación, ha establecido igualmente Juzgados en pueblos y ciudades que no reúnen tal condición (p. ej., en Andalucía, cuentan con Juzgados de lo Contencioso Algeciras y Jerez de la Frontera). Finalmente, respecto al Tribunal Supremo, además de las competencias que en materia contencioso-administrativa corresponden a su Sala 3.^a, cuenta con la Sala de los Presidentes o de Revisión, prevista en el artículo 61.1 LOPJ, competente

para resolver los recursos de revisión contra sentencias dictadas en única instancia por la sala de lo Contencioso-Administrativo del propio Tribunal Supremo.

2. LA DISTRIBUCIÓN DE COMPETENCIAS ENTRE LOS DISTINTOS ÓRGANOS CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVOS

A) *La distribución orgánica y funcional*

La distribución del conocimiento de los asuntos contencioso-administrativos entre todos estos órganos jurisdiccionales se realiza conforme a los criterios objetivos y territoriales que se concretan en los artículos 8 a 12 y 14 LJCA, teniendo en cuenta además las precisiones efectuadas por el artículo 13: a) que las referencias que se hacen a la Administración del Estado, Comunidades Autónomas y Entidades Locales comprenden a las entidades y corporaciones dependientes o vinculadas a cada una de ellas; b) que la competencia atribuida a los Juzgados y Tribunales para el conocimiento de recursos contra actos administrativos incluye la relativa a la inactividad y a las actuaciones constitutivas de la vía de hecho; y c) que, salvo disposición expresa en contrario, la atribución de competencias por razón de la materia prevalece sobre la efectuada en razón del órgano administrativo autor del acto.

En la *tabla 1* que, a continuación, se incluye, se concreta cómo la LJCA asigna, en primera o única instancia, las competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales reseñados, combinando para ello criterios muy diversos: materia, cuantía del asunto y órgano autor del acto —tomando en ocasiones en cuenta con respecto a éste el ámbito territorial sobre el que extienda sus competencias—. En la *tabla 2* se hace lo propio respecto a actos y disposiciones de órganos administrativos o de Administraciones institucionales que presentan singularidades especiales, así como a órganos que no tienen la condición de Administraciones Públicas, y a materias —administrativas o no— sobre las que la LJCA ha estimado conveniente sujetarlas al conocimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa.

TABLA 1

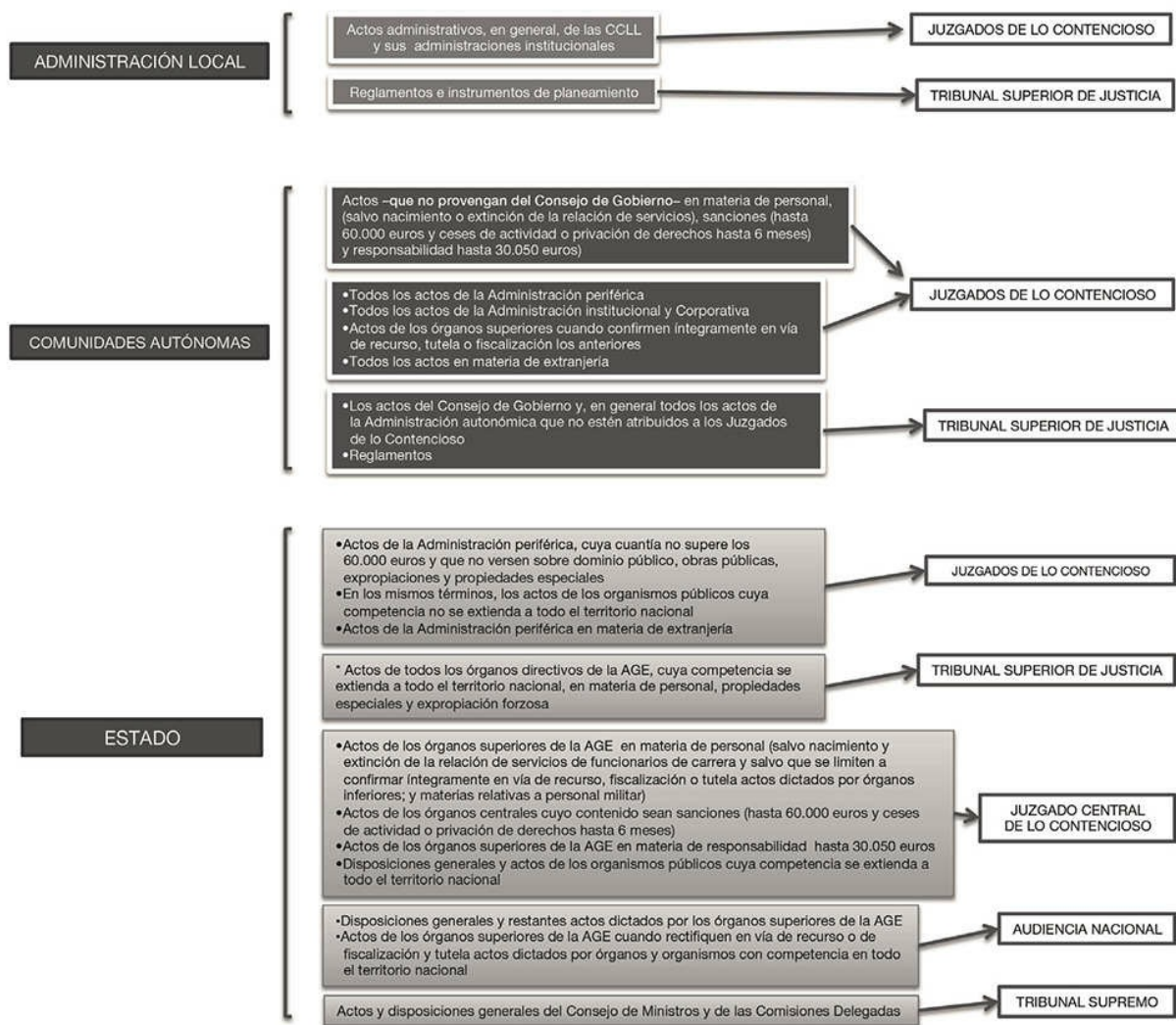


TABLA 2

<i>Juzgados de lo Contencioso-Administrativo</i>	— Impugnaciones contra actos de las Juntas Electorales de Zona y de las formuladas en materia de proclamación de candidaturas y de candidatos efectuadas por cualquiera de las Juntas Electorales. — Autorizaciones para entrada en domicilios y otros lugares de cara a la ejecución forzosa de actos administrativos, salvo que se trate de la ejecución de medidas de protección de menores acordadas por la Entidad Pública competente en la materia. — Autorizaciones o ratificación judicial de las medidas que adopten las autoridades sanitarias que impliquen privación o restricción de la libertad u otro derecho fundamental. — Autorizaciones para la entrada e inspección de domicilios, locales, terrenos y otros lugares y medios de transportes decretadas por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia cuando el titular se oponga a ello o exista riesgo de oposición.
<i>Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo</i>	— Resoluciones que acuerden la inadmisión de las peticiones de asilo. — Resoluciones que dicte, en vía de fiscalización, el Comité Español de Disciplina Deportiva en materia de disciplina deportiva. — Autorizaciones a las que se refiere el artículo 8.2 de la Ley 34/2002, de

	Servicios de la Sociedad de la Información y de Comercio Electrónico, así como autorizar la ejecución de los actos adoptados en virtud de esta Ley para que se interrumpa la prestación de servicios de la sociedad de la información o para que se retiren contenidos que vulneren la propiedad intelectual. — Declaración judicial de extinción de partido político (art. 12 bis de la Ley Orgánica 6/2002, de 27 de junio).
<i>Tribunales Superiores de Justicia</i>	— Actos en materia de personal, administración y gestión patrimonial de las Asambleas legislativas autonómicas y de instituciones autonómicas de naturaleza estatutaria. — Actos y disposiciones de las Juntas Electorales Provinciales y de Comunidades Autónomas, así como los recursos contencioso-electorales sobre proclamación de electos y elección y proclamación de Presidentes de Corporaciones Locales. — Convenios entre Administraciones Públicas cuyas competencias se ejerzan dentro del ámbito de las correspondientes Comunidades Autónomas. — Prohibición o propuesta de modificación de reuniones. — Actos y resoluciones de los órganos de las Comunidades Autónomas competentes en materia de Defensa de la Competencia. — Resoluciones de los Tribunales Económico-Administrativos Regionales y Locales que pongan fin a la vía económico-administrativa. — Resoluciones del Tribunal Económico-Administrativo Central en materia de tributos cedidos. — Resoluciones de los órganos competentes para la resolución de recursos contractuales en el ámbito de las Comunidades Autónomas o de las CCLL. — Resoluciones de los Tribunales Administrativos Territoriales de Recursos Contractuales.
<i>Audiencia Nacional</i>	— Convenios entre Administraciones Públicas no atribuidos a los TSJ. — Recursos contra Actos del Banco de España, de la CNMV y del FROB adoptados conforme a lo previsto en la Ley 11/2015, de 18 de junio, de recuperación y resolución de entidades de crédito. — Recursos interpuestos por la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia en materia de unidad de mercados. — Recursos contra actos, resoluciones y disposiciones de las entidades enunciadas en la Disposición Adicional 4.^a LJCA. — Actos de naturaleza económico-administrativa del Ministerio de Economía y del Tribunal Económico-Administrativo central. — Resoluciones del Tribunal Administrativo central de Recursos Contractuales.
<i>Tribunal Supremo</i>	— Actos y disposiciones del CGPJ, y actos de su Pleno y de Comisión Permanente conforme a lo previsto en el artículo 638 LOPJ. — Actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial del Congreso, Senado, Tribunal Constitucional, Tribunal de Cuentas y Defensor del Pueblo. — Actos y disposiciones de la Junta Electoral Central y recursos

	contencioso-electorales contra proclamación de electos. — Actos de las Juntas Electorales adoptados en el procedimiento para la elección de miembros de las Salas de Gobierno de los Tribunales.

Según se ve en las anteriores tablas, en la distribución objetiva de las competencias tiene en determinados casos importancia que el recurso verse sobre responsabilidad patrimonial, sanciones, personal o propiedades especiales. Mientras que las dos primeras, no precisan mayores explicaciones, sí lo requieren, en cambio, las dos últimas. La noción de «personal» ha dado lugar a una jurisprudencia extremadamente casuística que, en síntesis, puede concretarse en que: *a)* queda incluido todo el personal vinculado con la Administración por una relación de naturaleza administrativa; y *b)* por nacimiento y extinción de la relación de servicios, hay que entender las cuestiones que se refieren a adquisición y pérdida de la condición de funcionario, pero no las atinentes a concursos de provisión de puestos de trabajo, cambios de puestos mediante promoción interna y, en general, ceses en puestos de trabajo que no determinen simultáneamente ruptura del vínculo con la Administración. Por lo que atañe al concepto de «propiedades especiales», Santamaría entiende que hay que interpretarlo en armonía con lo que el Código Civil entiende al respecto, esto es, como referido a las aguas, las minas, y la propiedad intelectual e industrial.

Aparte de ello, debe destacarse que los órganos jurisdiccionales colegiados conocen también en segunda instancia de los recursos de apelación —los TSJ con respecto a las sentencias y autos de los Juzgados (art. 10.2), y la Audiencia Nacional con ocasión de los del Juzgado Central (art. 11.2)—, y de los recursos de revisión y de casación (arts. 10.3 LJCA —por lo que atañe a los TSJ—, 11.3 —en lo concerniente a la Audiencia Nacional—; y 12.2 —en lo que afecta al Tribunal Supremo—).

La Disposición Final 3.^a de la LO 7/2015, de 21 de julio, de reforma de la LOPJ, ha modificado el régimen del recurso de casación contencioso-administrativo según se explica en la lección siguiente. Conforme a dicha reforma —que ha entrado en vigor en julio de 2016— la competencia para conocer del recurso de casación corresponde sobre todo al Tribunal Supremo; pero corresponde a los Tribunales Superiores de Justicia cuando el recurso se fundare en infracciones de normas emanadas de la Comunidad Autónoma (art. 86.3 LJCA).

B) La competencia territorial

Determinado en la forma expuesta el órgano jurisdiccional que, en abstracto, resulta competente para conocer de un recurso, el paso posterior consistirá en concretar a qué Juez o Tribunal le corresponderá el conocimiento del asunto de que se trate. Evidentemente, tal problema no se

suscitará con relación a aquellos recursos cuyo conocimiento competa al Juzgado Central de lo Contencioso-Administrativo, a la Audiencia Nacional o al Tribunal Supremo, que son únicos en su género y gozan de una jurisdicción extendida por todo el territorio nacional. Sin embargo, cuando la competencia abstractamente pertenezca a un Juzgado o a un Tribunal Superior de Justicia, resulta preciso que entren en escena las previsiones que sobre determinación de la competencia territorial traza el artículo 14 LJCA. Conforme a ellas, la regla general es que la competencia corresponda al órgano jurisdiccional en cuya circunscripción tenga su sede el órgano que hubiere dictado la disposición o el acto originario impugnado (art. 14.1.1.^a LJCA).

No obstante, en las hipótesis en que el acto recurrido venga referido a las materias de responsabilidad patrimonial, personal, propiedades especiales y sanciones, el artículo 14.1.segunda, LJCA otorga un fuero electivo, de modo que el demandante puede elegir entre el órgano jurisdiccional de su domicilio o aquel en el que se halle la sede del órgano autor del acto; fuero electivo que, de todos modos, conoce una prohibición: cuando estemos ante recursos que tengan por objeto actos de las Administraciones de las Comunidades Autónomas o de las entidades de la Administración local, la elección queda restringida a la circunscripción del Tribunal Superior de Justicia en que tenga su sede el órgano que hubiere dictado el acto originario impugnado.

El sentido de esta prohibición, pues realmente toda excepción a una norma permisiva lo es, proviene de la Ley 13/2009, y radica en que, como dijo el Tribunal Supremo, un Juzgado de lo Contencioso o un TSJ no se vea abocado a tener que aplicar para la resolución del litigio el ordenamiento de una Comunidad Autónoma diferente (SSTS de 6 de octubre de 2000, 18 de abril de 2001 y 24 de marzo de 2003). Pese a ello no le falta razón a Santamaría Pastor cuando afirma que el fundamento de esta prohibición es «una directriz de exclusivo fundamento político [...], porque ninguna dificultad técnica existe para que un juez contencioso de la Comunidad de Cataluña, por ejemplo, aplique una norma de la de Andalucía».

Por último, cuando el recurso verse sobre planes de ordenación urbana y actuaciones urbanísticas, expropiatorias y, en general, sobre intervenciones administrativas en la propiedad urbana, la regla que adquiere prevalencia es la de que será competente el Juzgado o TSJ en cuya circunscripción radiquen los inmuebles afectados.

C) Carácter improrrogable de la competencia

En términos similares a los que hemos visto para el ámbito de la jurisdicción, también la competencia orgánica, funcional y territorial de cada uno de los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa es improrrogable, de modo que su incompetencia, incluso aunque no fuese alegada por los demandados, debe ser apreciada y declarada de oficio tras oír a las partes y al Ministerio Fiscal (art. 7.2 LJCA).

No obstante, ello se ha completado con previsiones favorables al recurrente que erró en el órgano competente: por lo pronto, esta incompetencia no se puede declarar en sentencia sino antes; además, al mismo tiempo que se declara la incompetencia, se remiten las actuaciones al Juez o Tribunal competente para que ante él continúe el proceso (art. 7.3).

Téngase en cuenta, por otra parte, que también los demandados pueden alegar en determinado momento la incompetencia del Juez o Tribunal ante el que se haya interpuesto el recurso (art. 58.1 LJCA) y que si los distintos órganos judiciales contencioso-administrativos no se ponen de acuerdo sobre cuál sea el competente surge lo que se denomina una «cuestión de competencia» que habrá que resolver por el cauce previsto en los artículos 51 y 52 LOPJ.

IV. LAS PARTES

1. PARTE DEMANDANTE Y PARTE DEMANDADA

Como en todo proceso, en el proceso contencioso-administrativo existen dos partes: la parte demandante y la parte demandada. La peculiaridad del proceso contencioso-administrativo radica, no obstante, en que la Administración generalmente asume la posición de parte demandada, aunque tal posición pueda ser compartida en ocasiones por sujetos y entidades privadas, interesados en que no prosperen las pretensiones del demandante. De todos modos, sabemos que para poder llegar a ostentar la condición de parte, el ordenamiento requiere que el sujeto o entidad de que se trate tenga capacidad para ser parte; posea asimismo capacidad procesal; y esté, por último, legitimada con respecto al proceso del que se trate. La LJCA alude y presupone estos conceptos en sus artículos 18 y 19.

La afirmación que acabamos de realizar en torno a que la Administración asume la posición de parte demandada debe entenderse en términos de normalidad y de frecuencia, pero requiere, no obstante, alguna matización: por un lado, como ya se ha estudiado en la lección 6 de este mismo tomo, en los casos de los recursos de lesividad (art. 107 LPAC), la Administración autora del acto cuya anulación postula

ante los Tribunales, aparece como demandante; por otro lado, algo muy parecido sucede en los supuestos de los recursos especiales de contratación, respecto a los cuales la Administración contratante está legitimada activamente para impugnar la resolución adoptada por el Tribunal de Resolución de Recursos Contractuales sin necesidad de declaración previa de lesividad (art. 19.3 LJCA). Por último, tampoco debemos olvidar los denominados contencioso-interadministrativos en los cuales una Administración asume la posición de demandante y otra la de demandada.

2. CAPACIDAD PARA SER PARTE Y CAPACIDAD PROCESAL

La capacidad para ser parte se identifica, en líneas generales, con la capacidad jurídica del Derecho Civil, esto es, con la aptitud que un sujeto tiene para ser titular de derechos y para asumir obligaciones y cargas. Se dice con razón que quien tiene capacidad para ser sujeto de derechos la tiene también para ser parte en el proceso. Esta capacidad la ostentan, en principio, las personas físicas y jurídicas en los términos de los artículos 30, 32, 35 y 38 CC, y se ha visto después extendida por distintas normas del ordenamiento —señaladamente por el art. 7.3 LOPJ— a patrimonios autónomos y uniones sin personalidad y a asociaciones y grupos que defiendan y promuevan intereses legítimos colectivos. Presupuesta la capacidad para ser parte, la capacidad procesal (o hablando más propiamente en términos procesales: la capacidad para comparecer en juicio), implica la aptitud para realizar por sí mismo actos procesales como actor o demandado.

Bajo la denominación genérica de capacidad procesal, el artículo 18 LJCA trata globalmente ambas nociones y, así para la determinación de la capacidad para ser parte se remite a las previsiones del artículo 6 LEC:

Se trata de las personas físicas; el *nasciturus*; las personas jurídicas; las masas patrimoniales o patrimonios separados que carezcan transitoriamente de titular o cuyo titular haya sido privado de sus facultades de disposición y administración; entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte; Ministerio Fiscal, respecto de los procesos en que, conforme a la Ley, haya de intervenir como parte; grupos de consumidores o usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables; y las entidades habilitadas conforme a la normativa comunitaria europea para el ejercicio de la acción de cesación en defensa de los intereses colectivos y de los intereses difusos de los consumidores y usuarios.

Ahora bien, respecto a la capacidad para comparecer en juicio, el artículo 18 difiere algo del artículo 7 LEC, ya que otorga dicha capacidad a los menores de edad para la defensa de aquellos de sus derechos e intereses

legítimos cuya actuación le esté permitida por el ordenamiento jurídico sin necesidad de asistencia de la persona que ejerza la patria potestad, tutela o curatela. Ofrece notable ambigüedad la referencia contenida en el párrafo segundo del artículo 18 LJCA con respecto a los grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, cuya capacidad procesal ante el orden contencioso-administrativo requiere que «la Ley así lo declare expresamente».

3. LEGITIMACIÓN ACTIVA

La capacidad para ser parte y la capacidad para comparecer en juicio son requisitos necesarios, pero no bastantes para adquirir la condición de parte en un proceso concreto: hace falta, además, ser «parte procesal legítima» o poseer legitimación, condición que, en los términos del artículo 10 LEC, tienen «quienes comparezcan y actúen en juicio como titulares de la relación jurídica u objeto litigioso». Legitimación significa, en suma, hallarse en una particular relación con el objeto del proceso. Legitimación activa es la que ostenta —o tiene que ostentar— el demandante y a ella se refiere el artículo 19 LJCA; legitimación pasiva es, en cambio, la que debe tener el demandado, y a ella alude el artículo 21 LJCA. La legitimación es, en todo caso, un elemento indispensable para que la que la relación jurídico-procesal se establezca correctamente; por ello tiene la consideración de requisito de orden público y su falta, que cabe apreciar de oficio, puede determinar la inadmisión del recurso contencioso-administrativo, ya en el mismo momento de la interposición del recurso [art. 51.1.b) LJCA], ya en el período de alegaciones previas que se dan dentro del trámite de la contestación a la demanda (art. 58), ya, en fin, en el propio fallo de la sentencia [art. 69.b)].

El concepto de legitimación es uno de los más controvertidos del Derecho Procesal. Para unos, la legitimación se identifica con la titularidad de un derecho material; para otros, en cambio, se trata de un concepto puramente formal. Font Serra, siguiendo a la mayor parte de la doctrina procesal española, la entiende como «el derecho a conducir un proceso concreto —realizando eficazmente actos en el mismo— que, si bien tiene estrictamente trascendencia procesal, en términos absolutos no es independiente de la titularidad, pues deriva de afirmarse titular de un derecho frente a otro sujeto, al que se le afirma titular del deber u obligación correlativos». La doctrina y la jurisprudencia siguen empleando aún la distinción, proveniente del Derecho intermedio, entre legitimación *ad processum* y legitimación *ad causam*: la primera, afecta al derecho al proceso y, en concreto, a la capacidad para comparecer; la segunda, condiciona el fondo por afectar propiamente a la acreditación de la existencia del derecho.

A) La regla general y sus matizaciones y complementos

La regla general que consagra el artículo 19 LJCA para estimar la existencia de legitimación es que la persona física o jurídica que interpone el recurso ostente un derecho subjetivo o un interés legítimo (art. 19.1), conceptos éstos ya vistos al exponer las situaciones jurídicas del ciudadano (Tomo I, lección 7) y sobre los que se volvió al estudiar el procedimiento administrativo (lección 1 de este Tomo II) pues también en él la posibilidad de intervenir depende de ostentar un derecho o interés legítimo. Además, el artículo 19.1.b) prevé también legitimación de corporaciones, asociaciones y sindicatos, así como a grupos, patrimonios y otras entidades sin personalidad, cuando «resulten afectados o estén legalmente habilitados para la defensa de los derechos e intereses legítimos colectivos», concepto al que también nos referimos ya.

Las letras c), d), e) y f) del artículo 19.1 LJCA se ocupan de la legitimación de diversas Administraciones para recurrir las actuaciones de otras, o sea, de la legitimación activa en los llamados recursos contencioso-interadministrativos.

Cada uno de esos apartados utiliza conceptos y criterios distintos y necesitan un análisis pormenorizado que aquí no procede abordar. Digamos sólo que en algunos casos se trata de permitir a una Administración recurrir para defender su autonomía frente a otra (así, p. ej., una Administración autonómica puede impugnar los actos o reglamentos de la estatal en defensa de su autonomía; una Administración local puede impugnar los actos y reglamentos de la estatal o de la autonómica en defensa de su autonomía; etc.); y que en otros supuestos se permite a una Administración impugnar la actuación de otra en ejercicio de una especie de modesta potestad de tutela o control de legalidad (así, la Administración del Estado y la de la Comunidad andaluza pueden impugnar los actos y ordenanzas de las entidades locales andaluzas, tal y como ya se vio en la lección 12 del Tomo I cuando se aludió a los arts. 65 a 67 LRBRL). Pero el conjunto de estas letras c), d), e) y f) del artículo 19.1 LJCA es asistemático y desconcertante. Sobre todo su letra c) que hace depender la legitimación de la Administración del Estado para recurrir actos y disposiciones de otras de que «ostente un derecho o interés legítimo», lo que supone exigirle la legitimación normal de cualquier sujeto privado.

El artículo 19 LJCA recoge otros supuestos en los que el factor calificador de la legitimación es la defensa del interés público *in genere* que el ordenamiento ha reconocido a determinadas personas y entidades para que puedan recurrir actuaciones de la Administración. Se trata, por tanto, de una legitimación que reconoce la propia Ley y que no se basa en la concurrencia

de un derecho subjetivo o de un interés legítimo en la persona del recurrente. Tal es el caso, en primer lugar, de la acción popular que el artículo 19.1.h) LJCA permite ejercitar a cualquier ciudadano «en los casos expresamente previstos por las Leyes».

En realidad, el artículo 19.1.h) LJCA lo que hace es un simple reenvío a la legislación sectorial, ya que sin este reconocimiento sectorial no será posible entablar una acción popular basándose exclusivamente en la previsión contenida en la LJCA. En la actualidad y sin ánimo exhaustivo, se reconoce dicha acción, entre otros, en los siguientes sectores: urbanismo (art. 62 TRLSRU); patrimonio histórico (art. 8.2 LPHE); costas (art. 109.1 Ley de Costas); parques nacionales (art. 39 Ley 30/2014, de 3 de diciembre).

Aunque técnicamente se trata de un caso de sustitución procesal, también cabe aludir aquí a la tradicional acción que nuestra legislación local ha reconocido a favor de los vecinos para la defensa de los bienes y derechos de las entidades locales, cuando éstas no se preocupen de actuar tal defensa (arts. 19.3 LJCA y 68.3 LRBRL).

También es el caso, en segundo lugar, del artículo 19.1.f) que se refiere a la legitimación del «Ministerio Fiscal para intervenir en los procesos que determine la Ley».

En sentido estricto, no constituye un supuesto de legitimación procesal ya que cabalmente lo que hace el Ministerio Fiscal es intervenir en el proceso contencioso-administrativo en defensa de la legalidad, pero sin asumir, por ello, la condición de parte. Intervenciones del Ministerio Fiscal reconoce la propia LJCA (incidente de falta de jurisdicción —art. 5.2—; incidente de falta de competencia —art. 7.2—; desistimiento en los supuestos de acción popular —art. 74.3 y 4—; en el proceso para la protección de los derechos fundamentales —art. 117.2 y 119—; y en el proceso relativo a la prohibición o propuesta de modificación de reuniones —art. 122.2—) y también otras Leyes (como, p. ej., el art. 5 LEF que prevé realmente un supuesto de sustitución procesal en cuya virtud el Ministerio Fiscal actúa cuando no comparecen en el expediente expropiatorio los titulares del derecho expropiado, estuvieren incapacitados o la propiedad fuere litigiosa).

Finalmente, la LJCA amplía la legitimación, en materia de defensa del derecho de igualdad de trato entre hombres y mujeres, otorgándola, además de a las personas afectadas (lo que describiría un supuesto normal de legitimación), y, siempre con la autorización de éstas, a los sindicatos y asociaciones legalmente constituidas cuyo fin primordial sea precisamente la defensa de la igualdad de trato entre hombres y mujeres [art. 19.1.i)]. Una ampliación de la legitimación realiza igualmente el artículo 19.5 LJCA con respecto a las resoluciones del Tribunal Administrativo del Deporte que se dicten en asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, resoluciones que pueden ser impugnadas por el deportista o sujeto afectado por la resolución; la eventual parte contraria en la resolución o los perjudicados por la decisión; la

federación deportiva internacional correspondiente; el organismo antidopaje del país de residencia del sujeto afectado; la Agencia Española de Protección de la salud en el Deporte; la Agencia Mundial Antidopaje; y el Comité Olímpico Internacional o el Comité Paraolímpico Internacional (art. 40.4 Ley Orgánica 3/2013, de 20 de junio).

B) Exclusiones de legitimación o prohibiciones de litigar

El artículo 20 LJCA establece tres prohibiciones de interposición de recurso. La doctrina no se pone de acuerdo en si constituyen exclusiones de legitimación o más bien prohibiciones de litigar. Sean lo que fueren, lo cierto es que responden a principios organizativos muy asentados.

En concreto, la prohibición de que puedan interponer recurso contra la actividad de una Administración sus propios órganos [art. 20.a), primer inciso] responde a un principio organizativo básico: si se predica la personalidad jurídica de cada Administración, parece lógico que los órganos en que se descompone y a través de lo que actúa cada una de ellas no puedan recurrir los actos y disposiciones de la Administración a la que pertenecen.

Resultaría verdaderamente un contrasentido que una Administración se recurriera a sí misma, que es cabalmente lo que ocurriría si se permitiese, por ejemplo, que una Dirección General recurriese los actos del Ministro de que depende, o a la inversa. Con todo, hay que dejar al margen los recursos de lesividad en los que, como sabemos, una Administración impugna un acto propio.

Idéntico principio alimenta la prohibición de que «los miembros de sus órganos colegiados» impugnen la actividad de la Administración en la que se inscriben [art. 20.a), segundo inciso].

Como sabemos, aunque un órgano se integre por varias personas físicas no deja de expresar una voluntad única, quedando la voluntad de aquéllas diluida en el acto simple que el órgano colegiado dicte. Sin embargo, la regla admite excepción en aquellos casos en que una Ley autorice expresamente a los miembros de un órgano colegiado recurrir los actos de éste. Así sucede, por ejemplo, en el ámbito local en donde los miembros de las corporaciones locales pueden impugnar los actos y acuerdos de ésta siempre que hubiesen votado en contra [art. 63.1.b) LRBRL, visto en la lección 12 del Tomo I], todo ello, sin perjuicio de la legitimación que, en defensa de los intereses vecinales, asiste a los Concejales para recurrir los actos del Alcalde, tema estudiado en profundidad por Carbonell Porras.

La prohibición de que «los particulares cuando obren por delegación o como meros agentes o mandatarios» de una Administración puedan impugnar la actividad de ésta [art. 20.b)], obedece, en línea de principios, a

la misma regla organizativa que acabamos de enunciar: este tipo de particulares actúan en estos casos como vicarios de la Administración y expresan en realidad la voluntad de ésta y no sus respectivas voluntades particulares.

No obstante, la delimitación e interpretación del supuesto no es tan clara como a primera vista pudiera parecer. Para empezar, la prohibición sólo tiene sentido referirla a la actividad que la Administración despliegue en el marco de la relación jurídica entablada con su agente o vicario. En segundo lugar, aun dentro de esta estricta relación, no parece tampoco que la prohibición de impugnar pueda abarcar todo el contenido sinalagmático de dicha relación, sino únicamente aquellos aspectos que tengan que ver con la expresión de la voluntad administrativa por medio del mandatario o agente, y en las relaciones jurídicas duraderas con aquellos actos y disposiciones que se dirijan a la organización del servicio y no afecten —como apunta Santamaría— al patrimonio jurídico del agente como persona privada, ya que, por ejemplo, en el caso del concesionario de una autopista de peaje carecería de sentido que no pudiese recurrir el acto de la Administración concedente mediante el que decide la rebaja de las tarifas. La legislación de contratos avala además la viabilidad de estas y otras impugnaciones derivadas del propio contrato concesional. Aunque parezca una interpretación muy simple por obvia a lo que, en realidad, parece aludir esta prohibición es a que los agentes, mandatarios o, en general, vicarios de la Administración no pueden impugnar los actos que dictan en el lugar de la Administración: ni los que ellos dictan en —llamémosle, primera instancia—, ni los que la Administración hubiera podido dictar sobre estos actos en vía de recurso (para lo cual, por cierto, tampoco sería precisa esta regla, ya que, en puridad, carecerían de un derecho o de un interés legítimo que le otorgase legitimación).

Por último, el artículo 20.c) preceptúa que no pueden interponer recurso contencioso-administrativo contra la actividad de una Administración Pública, «las entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas, o las Entidades Locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan», con la salvedad de «aquellos a los que por ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración».

El fundamento de esta prohibición radica en el carácter instrumental que estas entidades tienen respecto a la Administración matriz, y alcanza a los actos de todos los órganos de ésta y no sólo a los provenientes del Departamento al que la entidad institucional estuviese adscrita. A ello nos referimos ya en la lección 13 del Tomo I. La salvedad se refiere, primero, a todas las denominadas Administraciones independientes, a las que también nos referimos en aquella misma lección [Banco de España —art. 1.1 Ley de Autonomía del Banco de España—; Agencia de Protección de Datos —art. 35.1 Ley Orgánica de Protección de Datos—; Consejo de Seguridad Nuclear —art. 1.1 Ley 15/1980, de 22 de abril—; Comisión Nacional de los

Mercados y de la Competencia —art. 19.1 LDUM—; etc.]; también a las Universidades públicas que, en tanto entes dotados de autonomía, pueden impugnar actividades de otras Administraciones y, en particular, las de la respectiva Administración autonómica (p. ej., la STS 1870/2015, de 4 de mayo, estima el recurso de casación interpuesto por la Universidad Autónoma de Madrid contra el Plan de Financiación de las Universidades Públicas aprobado por la Comunidad de Madrid). Asimismo la salvedad beneficia a las Corporaciones sectoriales de Base privada (STS de 1 de febrero de 2011).

Merece destacarse que, para con respecto a algunas de estas Administraciones independientes a las que el ordenamiento confiere legitimación activa para interponer un recurso contencioso-administrativo, se ha diseñado un procedimiento especial contencioso-administrativo. Así sucede, por ejemplo, en relación con la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia para la que el capítulo IV del Título V de la LJCA traza como se verá en la lección siguiente— un específico procedimiento, procedimiento que, no obstante, ha de ser interpretado en los términos de la STC 79/2017, de 22 de junio, FJ 17.º.

4. LEGITIMACIÓN PASIVA

Como parte demandada, el artículo 21.1.a) LJCA contempla fundamentalmente a las Administraciones Públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 LJCA contra cuya actividad se dirija el recurso. Cabe asimismo la existencia de codemandados, como son: *a)* las personas o entidades cuyos derechos o intereses legítimos pudieran quedar afectados por la estimación de las pretensiones del demandante; y, *b)* las aseguradoras de las Administraciones Públicas que, en los recursos sobre responsabilidad patrimonial, siempre serán parte codemandada junto con la Administración a la que aseguren.

El artículo 21.2 LJCA dicta además unas reglas básicas para determinar quién ha de ser la Administración demandada en los supuestos en que en la producción de la actuación administrativa recurrida participan por vía de aprobación, autorización, recurso o fiscalización dos Administraciones diferentes. Las reglas a este respecto son muy simples y dependen de que la Administración que ejerce la fiscalización o tutela apruebe o no íntegramente el contenido del acto o disposición recurridos: si la aprueba íntegramente, parte demandada será el Organismo o Corporación autores del acto; en caso contrario, lo será la Administración que ejerce la fiscalización.

5. REPRESENTACIÓN Y DEFENSA DE LAS PARTES

La representación y defensa de las Administraciones Públicas corresponde a los letrados integrados en sus respectivos servicios jurídicos (si los tuviesen) o a los abogados colegiados que contraten a tales efectos (art. 24 LJCA). Por lo que respecta a los particulares, éstos precisan ser asistidos por un Procurador y un Abogado en sus actuaciones ante los órganos jurisdiccionales colegiados; en cambio, en sus actuaciones ante órganos unipersonales pueden optar por conferir la representación y la defensa a un Abogado (art. 23.1 LJCA).

Con carácter general, la representación y defensa de la Administración General del Estado y de sus organismos autónomos compete a los Abogados del Estado, integrados en la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (art. 551.1 LOPJ), de cuya otra labor, la de asesoramiento, ya hablamos en la lección 10 del Tomo I. A los Abogados del Estado corresponde igualmente la representación y defensa de los órganos constitucionales del Estado, a excepción de las Cortes Generales, que disponen de Cuerpo de Letrados propio, a los que corresponden la representación y defensa de las Cortes Generales, del Congreso de los Diputados, del Senado, de la Junta Electoral Central y de los órganos e instituciones vinculados o dependientes de aquéllas (arts. 551.2 LOPJ, 1.1 y Disp. Adic. 6.^a de la Ley de Asistencia Jurídica al Estado e Instituciones Públicas —Ley 52/1997, de 27 de noviembre—). Sin embargo, esta función de los Abogados del Estado tiene varias excepciones: en primer lugar, no se extiende a la representación y defensa de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, que cuentan con un Cuerpo de Letrados de la Administración de la Seguridad Social (arts. 551.1 LOPJ y 1.2 de la Ley de Asistencia Jurídica). En segundo lugar, sólo se extiende a las entidades públicas empresariales y a las demás entidades integrantes del sector público estatal, si media convenio con la Dirección General del Servicio Jurídico del Estado (art. 1.4 de la Ley de Asistencia Jurídica). Por último, el artículo 447.1 LOPJ admite la posibilidad de que la Administración del Estado (inclusive las entidades de la Seguridad Social) se sirva de un Abogado colegiado «especialmente designado al efecto».

El régimen de la representación y defensa de las Comunidades Autónomas resulta muy semejante al del Estado (art. 551.3 LOPJ). En el caso de Andalucía, los artículos 41 LAJA y 1 y 2 del Reglamento de Organización y Funciones del Gabinete Jurídico (Decreto 450/2000, de 26 de diciembre, modificado por Decreto 367/2011, de 26 de diciembre), atribuyen a los letrados adscritos al Gabinete Jurídico de la Junta de Andalucía, además de labores de asesoramiento (Tomo I, lección 11), la representación y defensa en juicio de la Administración de la Junta de Andalucía, sus agencias administrativas, el Consejo Consultivo y el Consejo Audiovisual. Por el contrario, con respecto al resto de agencias (empresariales y de régimen especial), sociedades mercantiles, fundaciones del sector público andaluz y consorcios adscritos a la Administración de la Junta de Andalucía, dicha representación y defensa en juicio sólo le competirá cuando así lo establezcan leyes específicas o cuando medie convenio. Por otra parte, la Disposición Adicional 3.^a LAJA y el artículo 70 de la Ley de Salud (Ley 2/1998, de 15 de junio) atribuyen a los Letrados del Servicio Andaluz

de Salud la representación y defensa en juicio de éste.

Con respecto a la Administración local, lo normal es que las Diputaciones y muchos municipios cuenten con un cuerpo propio de letrados. En los municipios de gran población, se prevé incluso la existencia como órgano necesario de una asesoría jurídica a la que compete la representación y defensa del ayuntamiento (art. 129 LRBRL). Los municipios de régimen común (y, en especial, los municipios pequeños o de pocos recursos) pueden contar con el apoyo a este respecto de los servicios jurídicos de sus respectivas Diputaciones [art. 36.1.b) LRBRL], existiendo, en fin, igualmente la posibilidad de que, de acuerdo con lo establecido en los artículos 551.3 LOPJ y 1.3 de la Ley de Asistencia Jurídica, recurran a convenios con la Abogacía del Estado o con los servicios jurídicos de su Comunidad Autónoma.

Tras la reforma operada por la Disposición Final 4.^a Ley 42/2015, de 5 de octubre, se ha añadido un apartado 3.º al artículo 23 LJCA, que ha revivido la tradicional posibilidad de los funcionarios públicos de comparecer y defender por sí mismos sus derechos estatutarios, cuando el pleito se refiera a cuestiones de personal que no afecten a la separación de empleados inamovibles; posibilidad que desapareció con la Ley 10/2012, de 20 de noviembre.

V. OBJETO

Como ya se dijo, el artículo 1.1 LJCA, superando una rémora histórica, sitúa el objeto del recurso contencioso-administrativo en las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas sujeta al Derecho Administrativo. Por consiguiente, son tanto las pretensiones como la actividad administrativa impugnables los extremos que deben examinarse para determinar el objeto del proceso.

Aunque hablemos de actividad administrativa, como hace la LJCA, debe entenderse sin perjuicio de que, como sabemos, en algunos casos puede tratarse de impugnar actividades no provenientes de verdaderas Administraciones.

1. LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA IMPUGNABLE

A) Disposiciones generales

Las disposiciones generales que pueden ser impugnadas en contencioso-administrativo son sobre todo los reglamentos. Pero téngase en cuenta que el artículo 1.1 LJCA permite impugnar ante este orden jurisdiccional no sólo «las disposiciones generales de rango inferior a la Ley» (esto es, los reglamentos), sino también «los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación». Ninguna otra

norma con rango de ley (ni siquiera los mismos Decretos Legislativos cuando se trate de un vicio distinto del exceso en los límites de la delegación) puede ser impugnada ante la jurisdicción contencioso-administrativa. La posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa conozca de recursos contra Decretos Legislativos en esos casos de exceso en la delegación está admitida en el artículo 82.6 CE y se justifica afirmando que, en cuanto exceden de la delegación, ya no tienen realmente rango de ley. Pero, hecha esta aclaración, nos centraremos aquí en la impugnación de reglamentos.

Como se vio en la lección 8 del Tomo I, los reglamentos pueden ser impugnados en vía contencioso-administrativa de dos formas: directamente (recurso directo contra reglamentos), o indirectamente, esto es, recurriendo cualesquiera de sus actos de aplicación (recurso indirecto contra reglamentos). Las diferencias entre una y otra vía son ostensibles.

El recurso directo tiene que ser interpuesto en el plazo de dos meses desde su publicación (art. 46.1); debe deducirse ante el órgano jurisdiccional competente para conocer de la impugnación de disposiciones generales y, en caso de que se estime, la sentencia declarará la nulidad del reglamento con efectos *erga omnes*, desde que se publique el fallo en el mismo periódico oficial en que lo hubiere sido la disposición anulada (art. 72.2). Además, aunque la declaración de nulidad efectuada por la sentencia tendrá efectos *ex tunc*, no afectará por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que hayan aplicado el reglamento antes de que la anulación alcance efectos generales, salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o la reducción de sanciones aún no ejecutadas completamente (art. 73).

Esta matización a los efectos de la sentencia a la que ya se aludió en la lección 8 del tomo I coincide con la establecida para el caso de que la declaración de nulidad del reglamento se haga en una revisión de oficio (art. 106.4, *in fine* LPAC, que se expuso en la lección 6).

La LJCA señala alguna especialidad más con respecto a este recurso directo: en concreto, su artículo 66 preceptúa que los recursos directos gozan de preferencia en la tramitación y, una vez conclusos, serán antepuestos para su votación y fallo a cualquier otro recurso contencioso-administrativo, sea cual fuere su instancia o grado, salvo el proceso especial de protección de los derechos fundamentales.

El recurso indirecto tiene un régimen jurídico bien diferente. Para comenzar, es posible con independencia de que se hubiese interpuesto o no el recurso directo, ya que —como precisa el art. 26.2— la falta de impugnación directa de una disposición general o su desestimación no

impide la impugnación de los actos de aplicación de aquélla. Ahora bien, la jurisprudencia sí consagra —con base en el art. 26.1, *in fine*— una limitación: en líneas generales, declara que el recurso indirecto no puede fundamentarse en los vicios formales o procedimentales del reglamento, sino sólo en sus vicios substantivos.

En segundo lugar, como lo que se impugnan son los actos administrativos de aplicación del Reglamento y no éste, el recurso contencioso-administrativo se interpone ante el órgano jurisdiccional competente para conocer del acto impugnado y conforme a los plazos de interposición que rigen para los actos administrativos: dos meses desde su notificación o publicación —si el acto fuese expreso— (art. 46.1), e inexistencia de plazo para recurrir en los supuestos de silencio negativo (STC 52/2014, de 10 de abril).

Por último, en el caso de que se estime el recurso, la sentencia anulará el acto administrativo impugnado [arts. 71.1.a) y 72.2, primer inciso], pero no el reglamento que le sirve de base, salvo que el órgano jurisdiccional que haya conocido del recurso contra el acto fuese el Tribunal Supremo o resultase igualmente competente para conocer del recurso directo contra el reglamento (art. 27.2 y 3). Si no declara la nulidad del reglamento pero sí la del acto de aplicación basándose en la ilegalidad de aquél, deberá plantear la denominada cuestión de ilegalidad (art. 27.1 LJCA) que se analiza en la siguiente lección.

B) Actos expresos o presuntos

En los términos que ya nos resultan conocidos de lecciones anteriores, el recurso contencioso-administrativo procede también —como afirma el art. 25.1 LJCA—, y es lo más normal, contra «los actos expresos y presuntos de la Administración Pública que pongan fin a la vía administrativa, ya sean definitivos o de trámite, si estos últimos deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, determinan la imposibilidad de continuar el procedimiento, producen indefensión o perjuicio irreparable a derechos o intereses legítimos». Es decir, contra las resoluciones y actos de trámite cualificados. Por lo demás, como también nos consta, no es admisible el recurso contencioso-administrativo respecto de los actos que sean reproducción de otros anteriores definitivos y firmes y los confirmatorios de actos consentidos por no haber sido recurridos en tiempo y forma (art. 28 LJCA). En cuanto a la alusión a los actos presuntos del artículo 25.1 LJCA no es del

todo atinada: acto presunto propiamente dicho sólo hay en los casos de silencio administrativo positivo, no cuando el silencio es negativo (lección 1). Pero indudablemente también cabe interponer recurso contencioso contra el silencio negativo; es más, esa ficción del silencio negativo se construye justamente para posibilitar tal impugnación, impugnación que se entiende como la de un acto y no como la de una simple inactividad.

C) Inactividad de la Administración

La simple lectura del artículo 29 LJCA desvela que en su seno coexisten dos tipos de inactividades administrativas diferentes, que gozan, a su vez, de dos regímenes jurídicos distintos. Por un lado, su apartado 1 alude a una Administración deudora del cumplimiento material de una determinada prestación a favor de un acreedor o de varios acreedores concretos. Los conceptos de acreedor, de deudor y de prestación específica y determinada nos ponen sobre aviso de que el artículo 29.1 toma como premisa la existencia de una concreta obligación fijada directamente por la norma jurídica o por un acto, contrato o convenio administrativo, obligación a la que la Administración no ha dado debido cumplimiento.

Por su parte, el apartado 2 del artículo 29 nos sitúa ante un panorama diferente: existe un acto administrativo firme que la Administración no ha ejecutado y cuya ejecución se demanda por los afectados a través de este tipo de recurso. De este modo, lo que encierra propiamente este artículo 29.2 LJCA es una acción de ejecución de los actos administrativos firmes, con la precisión de que debe tratarse de actos cuya ejecución tenga interés para los «afectados».

El nexo de unión entre los dos supuestos contemplados por el artículo 29 LJCA es el hecho de la inactividad administrativa en sí misma considerada, inactividad consistente en que la Administración no realiza aquello que está obligada a hacer. Tal inactividad es además distinta de la inactividad procedimental o formal que se da, cuando iniciado un procedimiento administrativo, la Administración no dicta la resolución que pone término al mismo dentro del plazo marcado legalmente para ello y que encuentra en las instituciones del silencio administrativo y la caducidad sus remedios más apropiados.

La acción contra la inactividad del artículo 29.1 LJCA requiere, por tanto, la existencia de una prestación concreta y específica, cuyos elementos y caracteres han tenido que quedar ya perfectamente definidos por el instrumento jurídico (norma, acto, convenio o contrato) creador de la obligación. Además, la obligación tiene que haberse establecido a favor de una o varias personas determinadas, personas que,

como el artículo 29.1 dice expresamente, han de poseer «un derecho», deben ser titulares de un derecho, no bastando un mero interés legítimo. El ejercicio de esta acción de inactividad se desarrolla en dos fases: la primera comporta que quien se crea con derecho a la prestación debe formular una reclamación ante la Administración —reclamación que, como recuerda la jurisprudencia, ni es potestativa, puesto que conforma un presupuesto necesario para el ejercicio de la acción procesal (STS de 3 de enero de 2013 y STSJ de Cataluña n.º 753/2001, de 14 de junio), ni debe asimilarse a una solicitud o recurso administrativo—. Si en el plazo de tres meses desde la fecha de la reclamación, la Administración no la responde o no da pleno cumplimiento a la prestación, se pasaría a la fase propiamente judicial: el interesado puede deducir recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración. El recurrente titular del derecho ejerce una pretensión de condena, de tal modo que la sentencia que en su caso estime el recurso planteado condenará a la Administración «al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas» (art. 32.1 LJCA), pudiendo el órgano jurisdiccional fijar un plazo para ello [art. 71.1.c)].

El fundamental requisito que exige, en cambio, la acción de ejecución del artículo 29.2 LJCA es precisamente que exista un acto firme al que la Administración no haya dado debida ejecución, y beneficia tanto a los actos resolutorios como a los de trámite, y tanto a los actos expresos como a los presuntos, o sea, a los producidos por silencio positivo (SAN de 25 de octubre de 2006). Para esta modalidad de recurso el artículo 29.2 no requiere, como dijimos, la titularidad de un derecho, pero sí la condición de «afectado» por el acto firme al que no se ha dado ejecución. También aquí el afectado tiene que formular una reclamación administrativa previa —concebida igualmente como un presupuesto procesal—; si en el plazo de un mes, la Administración no ha realizado la ejecución, el interesado podrá deducir el recurso contencioso-administrativo contra la inactividad de la Administración, que se tramitará en todo caso —y ésta es una especialidad notable— por los cauces del procedimiento abreviado.

Aunque ambas vías exigen una reclamación o solicitud previa ante la Administración y posibilitan una respuesta de ésta en determinados plazos, lo que se impugna ante el contencioso-administrativo es la misma inactividad material, no la respuesta administrativa o la falta de respuesta (que no es asimilable a un silencio administrativo negativo). Por tanto, el recurso contra la inactividad es propiamente tal y no un recurso contra un acto desestimatorio de la pretensión formulada en vía administrativa.

D) Actividad material: la vía de hecho

La característica fundamental de la denominada vía de hecho radica en que la Administración acomete una actuación material sin la necesaria cobertura jurídica, lo que puede ocurrir bien porque falta absolutamente un título jurídico (un acto administrativo) que sustenta aquella actuación, bien

porque, existiendo este título, éste se encuentra lastrado de graves y groseros vicios de competencia o de procedimiento.

Hasta la inclusión del recurso contra la vía de hecho en la LJCA de 1998, el cauce de reacción prototípico que se abría en estos casos al administrado era el planteamiento de interdictos posesorios ante la jurisdicción civil, con la importante limitación de que, en principio, éstos únicamente resultan viables cuando se transgreden derechos patrimoniales. Alternativamente podía forzar la producción de un acto administrativo para recurrirlo. Era bien expresivo de esta situación el artículo 125 LEF que también se reflejaba *sensu contrario* en el artículo 105 LPAC, a lo que ya nos hemos referido en la lección 6 del Tomo I y en la lección 4 de este tomo.

La consagración del recurso contra la vía de hecho ha supuesto, por tanto, la introducción de un directo remedio contencioso-administrativo para hacer cesar esas situaciones en que la nuda actuación material de la Administración conculca bienes o derechos de los administrados. Ahora bien, no parece que la instauración de esta vía contencioso-administrativa significara de por sí la desaparición de toda posibilidad de acciones interdictales contra la vía de hecho administrativa ante la jurisdicción civil; pero es esto lo que, en general, han entendido los Juzgados y Tribunales civiles.

El artículo 30 LJCA señala que, en caso de vía de hecho, el interesado podrá formular requerimiento a la Administración actuante, intimando su cesación. Si dicha intimación no hubiere sido formulada o no fuere atendida dentro de los diez días siguientes a la presentación del requerimiento, podrá deducir directamente recurso contencioso-administrativo.

Igual que aclaramos respecto a la inactividad y ahora incluso con más razón, aunque se haya producido antes ese requerimiento en vía administrativa y aunque eventualmente puede dar lugar a una respuesta de la Administración, lo que se combate en el contencioso no es esa respuesta o falta de respuesta (como si fuese un silencio negativo), sino la misma pura y desnuda vía de hecho.

2. LAS PRETENSIONES DE LAS PARTES

A) *Concepto, amplitud y límites*

La pretensión procesal —que no puede ser confundida con la acción— se define como un acto consistente en una declaración de voluntad por la que se solicita una actuación de un órgano jurisdiccional frente a una persona determinada y distinta del autor de la declaración (Guasp). La pretensión es propiamente el objeto del proceso, ya que el recurrente no se limita a instar la iniciación de un proceso, sino que implica una declaración de voluntad, instrumentada a través de la demanda, mediante la que se solicita una tutela

jurídica concreta.

Los artículos 31 y 32 LJCA, en línea con la evolución que nuestro contencioso-administrativo ha ido experimentando, sistematizan las distintas pretensiones que los recurrentes pueden hacer valer en el proceso contencioso-administrativo. En general ahora se admiten todo género de pretensiones, no sólo las anulatorias, sino otras declarativas, constitutivas y de condena (es decir, las que piden al Juez o Tribunal que ordene a la Administración la realización de una conducta, sea un hacer, como pagar una cantidad, dictar un acto, realizar una actividad material, etc., o un no hacer) para que el proceso, y a la postre la sentencia, puedan suponer una tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos afectados.

No obstante, se suele seguir sosteniendo que no cabe ejercer en el recurso contencioso-administrativo pretensiones no ejercidas antes en vía administrativa y sobre las que, por tanto, no pudo pronunciarse previamente la Administración.

En ese sentido se habla del «efecto preclusivo de la vía administrativa previa» que se conecta con el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa y el llamado privilegio del acto previo, de los que ya hablamos en la lección 6 del Tomo I y que hemos recordado aquí, lastres históricos de los que no se ha desembarazado del todo. No obstante, son necesarias al menos tres observaciones que matizan ese límite.

La primera que, como se ha visto, caben ciertos recursos en los que no se discute un acto previo, sino una actividad o inactividad administrativa y que incluso en aquel caso (el de la actividad constitutiva de vía de hecho) cabe el contencioso sin ninguna vía administrativa previa (sin ni siquiera haber intimado la cesación, art. 30 LJCA); por tanto, al menos en este supuesto, cabe ejercer la pretensión de cesación por primera vez ante la jurisdicción. Además, el recurso contencioso-administrativo directo contra reglamentos no admite recurso administrativo previo (art. 112.3.1.º LPAC, visto en la lección 5) de modo que también en este caso la pretensión, incluso la anulatoria, se suscita por primera vez ante la jurisdicción contencioso-administrativa.

La segunda que se admiten algunas pretensiones no aducidas en la vía administrativa previa: además de la de condena en costas —que naturalmente no tiene sentido plantear en vía administrativa—, la de responsabilidad; es decir, la de indemnización por los daños que causó la actividad combatida.

La tercera matización parte de distinguir entre pretensiones y alegaciones. Lo que se limita son las nuevas pretensiones; respecto a las alegaciones (es decir, los motivos de hecho y de derecho que sustentan la pretensión) no hay límite a su invocación por primera vez en el contencioso. Lo establece el artículo 56.1, *in fine* LJCA: «En los

escritos de demanda y contestación se consignarán... las pretensiones que se deduzcan, en justificación de las cuales podrán alegarse *cuantos motivos procedan, hayan sido o no planteados ante la Administración*». En esta línea, entre otras, SSTC 75/2008, 25/2010 y 155/2012.

Cuestión próxima a esta última es si la Administración, al contestar la demanda, puede invocar razones que no expuso antes y, en concreto, las que no incluyó en la motivación del acto. La respuesta no puede ser única sino depender del tipo de actividad impugnada y de otros factores; por ejemplo, si se trata sólo de una motivación complementaria o por completo distinta y hasta incompatible con la inicial; si se trata de dar respuesta a aspectos ya analizados en vía administrativa o de los planteados *ex novo* en la contenciosa, etc. A este respecto es de interés la STS de 26 de mayo de 2013 para la que «el debate en plenitud que el proceso ha de suponer» lleva a que «también la Administración pueda respaldar su actuación con razones distintas a las que esgrimió en vía administrativa».

En otro orden de ideas, debe destacarse que todas las pretensiones de las que hablamos son del recurrente y han de formularse en la demanda. Por el contrario, la parte demandada no puede pretender nada más que la inadmisión o la desestimación del recurso.

O sea que, a diferencia de lo que se admite de ordinario en los procesos civiles, no cabe la reconvención (arts. 406 ss. LEC), esto es, el ejercicio de una acción por el demandado contra el demandante realizado al contestar la demanda. Así lo declaran, por todas, las SSTS de 2 de mayo y 11 de junio de 1989, aunque sea una restricción criticada por la doctrina (Fernández Torres y Parada Vázquez).

B) Clases de pretensiones

a) Pretensiones de anulación

«El demandante —señala el art. 31.1— podrá pretender la declaración de no ser conformes a Derecho y, en su caso, la anulación de los actos y disposiciones susceptibles de impugnación». La pretensión de anulación es, sin duda, la más clásica y la que está, como se dijo, en el origen del propio contencioso-administrativo. Mediante ella, lo que se pide es que el órgano jurisdiccional anule el acto o disposición general por razones de estricta legalidad («por no ser conforme a Derecho») y no de otra índole.

La anulación viene referida a la parte dispositiva del acto o reglamento y puede ser —como precisa el art. 71.1.a) LJCA— total o parcial. Además hemos de recordar que las potestades de las que gozan los jueces y tribunales están limitadas por el artículo 71.2 LJCA: por un lado, en el caso de las disposiciones generales, los poderes del Juez o Tribunal se constriñen, como decimos, a la anulación de los preceptos no

conformes a Derecho, y su potestad no abarca la determinación de la forma en que deban quedar redactados los preceptos anulados; por otro lado, con respecto a los actos administrativos, los jueces y tribunales no pueden tampoco determinar el contenido discrecional de los actos anulados.

b) Reconocimiento de una situación jurídica individualizada

Sin que quepan ya las limitaciones y diferencias que al respecto establecía la LJCA de 1956, el artículo 31.2 permite ejercitar esta pretensión tanto al demandante que es titular de un derecho subjetivo como al que lo es de un interés legítimo. Los contenidos de esta pretensión pueden ser muy variados como muestra el artículo 71.1.b) LJCA al aclarar que, si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, la sentencia que la estime «reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el restablecimiento de la misma». Por tanto, caben aquí pretensiones declarativas, constitutivas y de condena. El artículo 31.2 precisa que la indemnización de daños y perjuicios puede ser uno de los contenidos de la pretensión; pretensión que puede ser acogida por la sentencia declarando su cuantía o dejando sentadas sólo sus bases para que en la ejecución se fije su concreto importe en los términos que establece el artículo 71.1.d) LJCA.

c) Pretensión en el recurso contra la inactividad

Como ya hemos señalado, en los recursos de inactividad lo que se pretende por parte del recurrente es que se condene a la Administración al cumplimiento de sus obligaciones en los concretos términos en que estén establecidas (art. 32.1).

d) Pretensiones en el recurso contra la vía de hecho

Las pretensiones en el recurso contencioso-administrativo contra la vía de hecho se centran en que se declare contraria a Derecho la actuación material de la Administración; se ordene el cese de dicha actuación y se adopten, en su caso, las demás medidas previstas en el artículo 31.2 (art. 32.2).

C) *Pretensiones y congruencia de la sentencia*

En el proceso contencioso-administrativo, al igual que en el civil, las pretensiones formuladas por las partes no sólo delimitan el objeto del proceso, sino también los límites de la sentencia. A esto se llama principio de

congruencia, que tiene en el artículo 33.1 LJCA una doble concreción: que la sentencia juzgue dentro del límite de las *pretensiones* formuladas por las partes; y también de los *motivos* que fundamenten el recurso y la oposición. Pero la exigencia de congruencia se refiere sobre todo a las pretensiones y es menor en cuanto a los motivos.

En cuanto a las *pretensiones*, que es lo que aquí nos interesa, la sentencia será incongruente cuando conceda más de lo pedido (incongruencia *ultra petitum*), no se pronuncie sobre alguna pretensión de las partes (incongruencia omisiva o *ex silentium*) o conceda algo distinto de lo solicitado por ellas (incongruencia *extra petitum*). La más extendida es la incongruencia omisiva que vulnera además lo exigido en el artículo 67.1, *in fine*, cuando subraya que la sentencia «decidirá *todas* las cuestiones controvertidas en el proceso». Pero todo esto tiene matices. El mismo artículo 33.3 LJCA, para el caso de recursos directos contra reglamentos, permite al Tribunal, tras someterlo a la consideración de las partes, enjuiciar y, en su caso, anular preceptos no impugnados en la demanda si, por razón de conexión o consecuencia con los sí recurridos, lo estima necesario. O sea que admite dar más de lo pedido. Por otra parte, hay casos en los que la sentencia no se pronunciará sobre todas las pretensiones del demandante y, sin embargo, no incurrirá en incongruencia omisiva. Así sucede con las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso (art. 69) pues obviamente no se pronunciarán sobre las pretensiones ejercidas por el demandante. Asimismo, la desestimación de la pretensión principal llevará aneja la de las pretensiones accesorias o implícitas sobre las que los jueces no tendrán que pronunciarse expresamente. Distinto es el caso en el que la sentencia anule el acto impugnado pero no diga, aunque se le haya pedido, nada más: no dice cuál debería ser la solución correcta que remite a una nueva decisión de la Administración (así sucede cuando se trata de un acto discrecional o cuando se anula por vicios de forma sin que el tribunal tenga todos los datos para determinar la solución correcta). Aquí no hay incongruencia sino estimación de la pretensión anulatoria y desestimación de las demás.

Respecto a los *motivos*, la vinculación de la sentencia a los alegados por las partes es menor. Sí que deben dar respuesta a los alegados por las partes, aunque es una exigencia entendida laxamente que se satisface con alusiones mínimas e indirectas. Pero, sobre todo, se admite que los Jueces y Tribunales introduzcan motivos no alegados por las partes. Es lo que claramente establecen los artículos 33.2 y 65.2 LJCA aunque a condición de haberlos sometido a las partes mediante providencia. Además, como hemos visto, el Juez o Tribunal debe apreciar de oficio su propia falta de jurisdicción o competencia, aunque no la aleguen las partes. Y finalmente el artículo 51 LJCA les permite también declarar de oficio la inadmisión del recurso por razones formales y hasta de fondo como veremos en la lección siguiente. Baste lo dicho para comprobar que la congruencia ha de ser con las pretensiones, no propiamente con los motivos.

3. LA ACUMULACIÓN

En virtud de la acumulación se tratan en un mismo proceso y se resuelven en una misma sentencia varios objetos procesales que, aun siendo diferentes, guardan entre sí conexión. Con la acumulación se evita, por tanto, la existencia de una multiplicidad de procesos. La LJCA la admite tanto respecto a las diversas pretensiones que se deduzcan de un mismo acto, disposición o actuación (art. 34.1) como respecto a varios actos, disposiciones y actuaciones a condición de que unos sean reproducción, confirmación o ejecución de los otros o exista entre ellos cualquier otra conexión directa (art. 34.2).

La LJCA regula tres tipos de acumulaciones, cada una de ellas con especificidades en punto a su régimen jurídico: *a)* la acumulación inicial de pretensiones en relación con una misma actuación administrativa (art. 35.1); *b)* la acumulación sucesiva o ampliación del objeto del recurso (art. 36); y *c)* la acumulación de autos (art. 37). Los dos primeros se producen por decisión del demandante y la tercera por la del órgano judicial, aunque puede haber sido instada por cualquiera de las partes.

Junto a esta última regula la LJCA un supuesto similar, pero distinto, el del denominado caso-testigo (arts. 37.2 y 3, y 111) en el que, habiendo diversos recursos sobre un mismo asunto pero con distintos demandantes, se acuerda tramitar uno de ellos y suspender los demás hasta que en aquél se dicte sentencia. Tras ello, los demandantes de los recursos suspendidos podrán pedir la extensión de los efectos de la sentencia en su favor o la continuación de su recurso o desistirse.

4. CUANTÍA DEL RECURSO

Las pretensiones determinan la cuantía del proceso: «La cuantía del recurso... vendrá determinada por el valor económico de la pretensión objeto del mismo» (art. 41.1). Con esa premisa, la LJCA regula la cuantía al hilo de su regulación de las pretensiones, regulación que, de una parte, establece el procedimiento para determinar esa cuantía (art. 40) y, por otra, criterios materiales para fijar su valor económico (arts. 41 y 42).

La cuantía tiene cierta relevancia práctica porque influye en la competencia de los órganos judiciales, en la aplicación del procedimiento abreviado, en la posibilidad de interponer recursos, en las tasas...

En cuanto al procedimiento para su fijación, el artículo 40 da protagonismo al LAJ correspondiente al Juzgado o Tribunal, aunque tras expresar las partes su parecer y con posibilidad, en caso de discrepancia, de que en la sentencia el Juzgado o Tribunal la fije definitivamente. En el procedimiento abreviado, donde la cuantía puede suponer la inadecuación de ese procedimiento, el artículo 78.9 LJCA prevé un cauce específico.

Por lo que se refiere a los criterios para fijación, lo más importante es lo que se prevé para los distintos supuestos de acumulación en el artículo 41.2 y 3 que tiende, en general, a una valoración aislada de cada una de las pretensiones y no a su suma. El artículo 42 LJCA remite a la LEC, admitiendo, como ésta, la posibilidad de recursos de cuantía indeterminada de los que señala algunos supuestos (p. ej., impugnación de reglamentos). Sobre esa base establece algunas especialidades.

BIBLIOGRAFÍA

- AGUADO i CUDOLÁ, V.: *El recurso contra la inactividad de la Administración en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Marcial Pons, 2001.
- AGUNDEZ FERNÁNDEZ, A.: *Ley 29 de 13 de julio de 1998 del Proceso Contencioso-administrativo. Comentarios y jurisprudencia*, Comares, 2000.
- ARANA GARCÍA, E.: «La “pretensión accesorio” de indemnización por daños y perjuicios en el proceso contencioso-administrativo: un paso más en la definitiva superación del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *Homenaje a Santamaría*.
- ARNALDO ALCUBILLA, E., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R. (dirs.): *Jurisdicción Contencioso-Administrativa (Comentarios a la Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa)*, Abella-El Consultor de los Ayuntamientos y Juzgados, 1998.
- BAÑO LEÓN, J. M.: «La retroacción de actuaciones ¿Denegación de justicia o garantía del justiciable?», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J. (coord.): *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, 1993.
- BOCANEGRA SIERRA, R.: «Consideraciones sobre la planta de la jurisdicción contencioso-administrativa (modelo español y modelos comparados)», *RAP*, n.º 161 (2003).
- BOTO ÁLVAREZ, A.: *La Administración instrumental en el proceso*, Reus, 2011.
- BURLADA ECHEVESTE, J. L.: *Las garantías jurisdiccionales frente a la vía de hecho de la Administración*, IVAP, 2004.
- BUSTILLO BOLADO, R. O.: *La aplicación de la Ley de Enjuiciamiento Civil en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2005.
- CARBONELL PORRAS, E.: «El interés concreto de los concejales en el correcto funcionamiento de las Corporaciones Locales como título de legitimación», *RAP*, n.º 168 (2005).

- «Aproximación a los conceptos de interés colectivo y difuso en el Derecho Administrativo español», *REDA*, n.º 159 (2013).
- (dir.) *Intereses colectivos y legitimación activa*, Aranzadi, 2014.
- «La pérdida sobrevenida de la legitimación: la revisión de la doctrina de la *perpetuatio legitimatio* (a propósito de la sentencia de la sala de lo contencioso-administrativo del Tribunal Supremo de 30 de mayo de 2011), *Homenaje a T. R. Fernández* y *REDA* n.º 153 (2012).
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J. L.: «Sobre los orígenes de la formación europea del contencioso-administrativo. Una visión general», *Homenaje a T. de la Quadra*.
- CASTELLS ARTECHE, J. M.: «La realidad de la Comisión Arbitral del País Vasco», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- CHAMORRO GONZÁLEZ, J. M.: «El diseño competencial del orden jurisdiccional contencioso-administrativo establecido en la Ley 29/1998, de 13 de julio», *REDA*, n.º 102 (1999).
- COBREROS MENDAZONA, E.: «La inimpugnabilidad de las resoluciones de la Comisión Arbitral del País Vasco», *RAP*, n.º 167 (2005).
- «Iura novit curia», en SANTAMARÍA PASTOR, J. A. (dir.), *Los principios jurídicos del Derecho Administrativo*, La Ley, 2010.
- CORDERO LOZANO, F.: *Las competencias de los Juzgados Provinciales de lo Contencioso-administrativo*, Lex Nova, 2003.
- CORDÓN MORENO, F.: *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Eunsas, 1979.
- *El proceso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2.ª ed., 2001.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «Acción pública en materia de urbanismo», *RAP*, n.º 71 (1973).
- EZQUERRA HUERVA, A.: «El fuero electivo en La Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa», *RAP*, n.º 157 (2002).
- EZQUERRA HUERVA A., y OLIVÁN DEL CACHO, J. (dirs.): *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, 2014.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «Sobre el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, n.º 11 (1976).
- FERNÁNDEZ TORRES, J. R.: *Jurisdicción administrativa revisora y tutela judicial efectiva*, Civitas, 1998.
- *La formación histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1868)*, Civitas, 1998.
- *Historia legal de la jurisdicción contencioso-administrativa (1845-1898)*, Iustel, 2007.
- GALLARDO CASTILLO, M. J.: *Los problemas de la aplicación supletoria de la LEC en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, 2006.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Hacia una nueva justicia administrativa*, Civitas, 1992 (2.ª ed.).
- «La formación y el desarrollo en Europa de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su adquisición definitiva de un status de jurisdicción plena y efectiva», *Anales de la Real Academia de Legislación y Jurisprudencia*, n.º 39 (1999).

- *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 2000 (5.^a ed.).
- «Contencioso-administrativo objetivo y contencioso-administrativo subjetivo a finales del siglo XX. Una visión comparatista», *RAP*, n.º 152 (2000).
- *Las transformaciones de la justicia administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional ¿un cambio de paradigma?*, Civitas, 2007.
- GARCÍA LUENGO, J.: «La doctrina del carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa en la jurisprudencia actual», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- GARCÍA PÉREZ, M.: *El objeto del recurso contencioso-administrativo*, Aranzadi, 1999.
- GARRIDO FALLA, F.: «La evolución del recurso contencioso-administrativo en España», *RAP*, n.º 55 (1968).
- GIMENO SENDRA, V.; MORENO CATENA, V., y SALA SÁNCHEZ, P.: *Derecho procesal administrativo*, CEURA, 2001.
- GÓMEZ DÍAZ, A. B.: «Recurso contra las vías de hecho: una regulación peligrosa y problemática», *RAP*, n.º 151 (2000).
- *La legitimación en el proceso contencioso-administrativo*, Iustel, 2014.
- GÓMEZ PUENTE, M.: «La impugnación jurisdiccional de la inactividad administrativa», *REDA*, n.º 107 (2000).
- *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, 2002 (3.^a ed.).
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*, Civitas, 6.^a ed., 2011.
- «Los principios del Derecho Procesal Administrativo», *Homenaje a Santamaría*.
- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: «Pretensiones de los recurrentes, un tema clásico y nuevo pero confuso en la práctica procesal», *Homenaje a Santamaría*.
- HUERGO LORA, A.: «La motivación de los actos administrativos y la aportación de nuevos motivos en el proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 145 (1998).
- *Las pretensiones de condena en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2000.
- «La supervivencia de los interdictos contra las Administraciones Públicas, con especial atención a los relacionados con la actuación administrativa jurídico-privada», *REDA*, n.º 152 (2011).
- «Un contencioso administrativo sin recursos ni actividad impugnada», *RAP*, n.º 189 (2012).
- LAFUENTE BENACHES, M.: «La legitimación para impugnar actos y disposiciones administrativas después de la Constitución», *REDA*, n.º 42 (1984).
- LEGUINA VILLA J., y SÁNCHEZ MORÓN, M. (dirs.): *Comentarios a la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Lex Nova, 1999.
- LÓPEZ BENÍTEZ, M.: «Los recursos contra la inactividad de la Administración a la luz de la jurisprudencia contencioso-administrativa», *Homenaje a Santamaría*.
- «Jurisdicción contencioso-administrativa e inejecución por la Administración de sus actos firmes. (Comentario a la STS de 20 de junio de 2005), *Homenaje a T. R. Fernández*.
- LÓPEZ MENUDO, F.: *Vía de hecho administrativa y justicia civil*, Civitas/Universidad de Córdoba, 1988.
- «Fin de la tutela sumaria de la posesión —interdictos— frente a la Administración Pública (el atípico final de una larga polémica)», *Homenaje a T. R. Fernández*.

- MARTI DEL MORAL, A.: «De nuevo sobre las cuestiones prejudiciales administrativas en los procesos penales. (Comentario a la STC 30/1996, de 26 de febrero)», *RAP*, n.º 145 (1998).
- MARTÍN MATEO, R.: «Derecho Administrativo y materia contenciosa», *RAP*, n.º 55 (1968).
- MARTÍN REBOLLO, L.: *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, IEA, 1975.
- «La justicia administrativa ante el texto constitucional», *REDA*, n.º 19 (1978).
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, L.: «Unidad de jurisdicción para la Administración Pública», *RAP*, n.º 49 (1966).
- «Justicia administrativa y Comunidades Autónomas», *RAP*, n.º 121.
- MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *La defensa en Derecho del Estado*, Civitas, 1986.
- MARTÍN VALDIVIA, S.: *Los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y el procedimiento abreviado*, Lex Nova, 2001.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: «Delimitación de las Administraciones Públicas a los efectos del artículo 149.1.18.ª CE», *Homenaje a Cosculluela*.
- «Consideraciones críticas sobre el establecimiento de un contencioso-administrativo especial para “lo social”», *Homenaje a Santamaría*.
- MENÉNDEZ GARCÍA, P.: «Capacidad procesal y legitimación ante la jurisdicción contencioso-administrativa», *Homenaje a Santamaría*.
- MENÉNDEZ SEBASTIÁN, E.: *La cuantía del recurso contencioso-administrativo*, Atelier, 2000.
- MIGUEZ MACHO, L.: «Autotutela administrativa y tutela judicial efectiva: nuevas perspectivas para el proceso contencioso-administrativo», *RGDA*, n.º 38 (2015).
- MUÑOZ MACHADO, S.: *La reserva de jurisdicción*, La Ley, 1989.
- «Los poderes de oficio del juez administrativo», *Homenaje a Santamaría*.
- NIETO GARCÍA, A.: «La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 37 (1962).
- «Los orígenes de lo contencioso-administrativo en España», *RAP*, n.º 50 (1966).
- «Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 57 (1968).
- «La inactividad material de la Administración, veinticinco años después», *DA*, n.º 208 (1986).
- «La inactividad de la Administración en la LJCA», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- PARADA VÁZQUEZ, R.: «Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso», *RAP*, n.º 55 (1968).
- «Réplica a Nieto sobre el privilegio de la decisión ejecutoria y el sistema contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 59 (1969).
- PASCUA MATEO, F.: «El control de los actos parlamentarios por los órganos jurisdiccionales ordinarios», *Homenaje a Santamaría*.
- PEÑALVER I CABRE, A.: *La defensa de los intereses colectivos en el contencioso-administrativo*, Aranzadi, 2016.
- PERA VERDAGUER, F.: *Comentarios a la Ley de lo contencioso-administrativo*, Bosch, 7.ª ed., 2004.
- PÉREZ MORENO, A. (coord.): *La reforma del proceso contencioso-administrativo*,

- Aranzadi, 1995.
- QUINTANA LÓPEZ, T.: «La competencia jurisdiccional del orden social como límite negativo a la jurisdicción contencioso-administrativa. Algunos casos controvertidos», *Homenaje a Santamaría*.
- REBOLLO PUIG, M.: «Recursos contra reglamentos y cuestión de ilegalidad», *JA*, n.º extraordinario de 1999.
- voz «Acción pública», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.
- REGO BLANCO, M. D.: *La acción popular en el Derecho Administrativo y, en especial, en el urbanístico*, IAAP, 2005.
- SALA, P.; XIOL, J. A., y FERNÁNDEZ VALVERDE, R.: *Práctica procesal contencioso-administrativa*, 1999.
- SALAMERO TEIXIDÓ, L.: «Principio de congruencia, prohibición de la reformatio in peius y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta», *RAP*, n.º 189 (2012).
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: «Sobre la situación de la justicia administrativa en los albores del siglo XXI», *RAP*, n.º 154 (2001).
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español del siglo XIX*, IGO, 1974 (reed. Iustel, 2006).
- *La Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa. Comentario*, Iustel, 2010.
- SORIANO GARCÍA, J. E.: «El codemandado no es coadyuvante: crítica a una tendencia consolidada. El caso de la impugnación de Reglamentos», *Homenaje a Santamaría*.
- TORNOS MÁS, J.: «La situación actual del proceso contencioso-administrativo», *RAP*, n.º 122 (1990).
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «La imposibilidad de declarar en sentencia la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo por falta de competencia del Tribunal. Derogación del artículo 82 LJCA y doctrina del Tribunal Constitucional a la luz del derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, n.º 78 (1993).
- VICENTE DOMINGO, R. de: *La inactividad administrativa prestacional y su control judicial*, Civitas, 2014.
- *La inactividad de la Administración en la ejecución de los actos firmes*, Civitas, 2015.
- VVAA: «Comentarios a la Ley 29/1998, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa», *REDA*, n.º 100 (1998).
- «Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *JA*, n.º extraordinario, 1999.
- «El control jurisdiccional de la Administración Pública», *DA*, n.º 220 (1989).
- *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Open, 2014.

* Por Mariano LÓPEZ BENÍTEZ. Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695.

LECCIÓN 13

LA JURISDICCIÓN CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVA (II)^{—*}

I. PLAZOS PARA INTERPONER EL RECURSO CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO

El recurso contencioso-administrativo debe interponerse en determinados plazos que son de caducidad y fatídicos pues el interpuesto tardíamente será inadmitido [arts. 51.1.d) y 69.e) LJCA]. El artículo 46 LJCA establece distintas reglas sobre el plazo y el momento a partir del cual corre:

— Si el recurso es contra *disposiciones generales* (reglamentos o excepcionalmente Decretos legislativos), el plazo es de dos meses contados desde el día siguiente a su publicación (apdo. 1).

— Si es contra *actos expresos*, el plazo es de dos meses desde el siguiente a su notificación o publicación.

El apartado 1 lo establece para el caso de que se recurra contra actos que ponga fin a la vía administrativa. El apartado 4 lo completa: como sabemos, contra esos actos cabe potestativamente recurso de reposición; si así se ha hecho, los dos meses se cuentan desde el día siguiente al de la notificación de la resolución expresa de tal recurso. En todo caso, ha de tratarse de notificaciones que reúnan los requisitos legales (lección 4).

— Si el recurso es contra un silencio administrativo, se puede interponer en cualquier momento.

Expliquémoslo. Contiene la LJCA una previsión para la impugnación del *silencio administrativo* (apdo. 1, *in fine*): el recurso ha de interponerse en seis meses contados desde el siguiente a la producción del acto presunto. En la misma dirección apartado 4, *in fine*. Pero esto quedó afectado por la STC 52/2014, según la cual no hay plazo para recurrir contra el silencio negativo (que, como sabemos, no es un acto presunto). Con esta STC hay que entender que ese plazo de seis meses subsistía aunque sólo para el silencio positivo. Pero la LPAC ha ido más lejos en cuanto al plazo para el recurso de alzada (art. 122.1.2.º) y de reposición (art. 124.1.2.º) contra actos no

expresos (por tanto, sin distinguir entre silencio positivo y negativo): esos recursos administrativos se pueden interponer «en cualquier momento a partir del día siguiente a aquél» en que se produzca el silencio negativo o positivo. Y lo mismo hay que entender ahora para el recurso contencioso-administrativo, aunque lamentablemente no se haya modificado al mismo tiempo la LJCA. En suma, desde la entrada en vigor de la LPAC hay que concluir lo siguiente: si el acto no fuera expreso (sea silencio positivo o negativo, sea por no responder a una solicitud o por no resolver sobre un recurso administrativo) podrá ser recurrido en vía contencioso-administrativa en cualquier momento a partir del día siguiente a aquel en que se haya producido el silencio.

No obstante, se ha mantenido que sí cabrá oponer los plazos de prescripción de la acción establecidos por la legislación aplicable a la pretensión de que se trate (Gómez-Ferrer Morant). Por ejemplo, como para reclamar una indemnización a la Administración hay un plazo de prescripción de un año, ese plazo sí podría oponerse a quien lo deje transcurrir aunque medie una solicitud y un silencio (en el caso, negativo).

— El recurso contra *inactividad* también ha de interponerse en dos meses según establece el artículo 46.2. La cuestión es desde qué momento se cuenta ese plazo. Recuérdese que para recurrir en vía contenciosa la inactividad antes hay que hacer una reclamación o solicitud a la Administración a la que ésta, según el artículo 29 LJCA, puede responder en tres meses (para la inactividad genérica) o en un mes (para la inejecución de actos firmes). Pues bien, lo que añade el artículo 46.2 es que el contencioso debe interponerse en dos meses desde que expiraron aquellos otros plazos (de tres o un mes).

— El plazo para interponer el recurso contra la *vía de hecho* es, según el artículo 46.3, de veinte días desde aquel en que se inició. Téngase en cuenta, no obstante, que en este caso potestativamente se puede dirigir un requerimiento previo a la Administración intimándole su cesación: si así lo hace el perjudicado, no puede interponer el contencioso hasta diez días después (art. 30 LJCA). Y, añade el artículo 46.3, desde ese momento tendrá otros diez días.

La solución, además de complicada, es deficiente e ilógica. Entre otras cosas porque ni el artículo 30 ni el artículo 46.3 señalan plazo alguno para el requerimiento de cese. Además, se hace depender el comienzo del cómputo de los veinte días del inicio de la vía de hecho, y no de su conocimiento por el recurrente. Súmese a ello que el TS ha declarado que la acción contra la vía de hecho es imprescriptible (así, STS de 24 de mayo de 2013, casación 5407/2010, Ar. 4491, que cita otras). Habría que compatibilizar esa imprescriptibilidad de la acción con el fugaz plazo de caducidad aquí establecido, lo que es difícil.

Gómez-Ferrer Morant propone que la doctrina de la STC 52/2014 sea aplicable cuando la Administración no responda a las reclamaciones, solicitudes y requerimientos de los artículos 29 y 30 LJCA, de modo que también en esos casos el recurso contencioso pueda interponerse sin plazo; lo contrario, razona, es incoherente y poco ajustado al derecho a la tutela judicial efectiva. La propuesta, aunque choca con algunas dificultades, es atractiva y sugerente.

— El plazo para interponer el *recurso de lesividad* es de dos meses a contar desde el día siguiente a la fecha de la declaración de lesividad (art. 46.5).

— En los *litigios entre Administraciones*, el plazo para interponer recurso contencioso-administrativo es de dos meses, salvo que por Ley se establezca otra cosa (como hace la LRBRL). Cuando hubiera precedido el requerimiento de una Administración a la otra, regulado en el artículo 44, el plazo se cuenta desde el día siguiente a aquel en que se reciba la comunicación del acuerdo expreso o se entienda presuntamente rechazado (art. 46.6 LJCA).

No es ocioso, y sí muy conveniente para el ocio, aclarar que durante el mes de agosto no corren los plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo salvo que se trate del procedimiento para la protección de los derechos fundamentales (art. 128.2 LJCA).

II. EL PROCEDIMIENTO DECLARATIVO ORDINARIO COMÚN EN PRIMERA O ÚNICA INSTANCIA

Hablamos de procedimiento *declarativo*, en contraposición al de ejecución de sentencias; y de procedimiento *ordinario*, en contraposición a los especiales. Decimos, además, que es el *común* para contraponerlo al «abreviado». Y en *primera o única instancia*, con lo que lo distinguimos de los procedimientos que hay que seguir cuando se recurre contra las sentencias.

Este procedimiento declarativo ordinario común en primera o única instancia está regulado en los artículos 43 a 77 LJCA. Pero esos preceptos son de aplicación al resto de procedimientos en ausencia de norma específica. Además, muchos de ellos establecen en realidad, por su contenido y sentido, normas generales de todo proceso contencioso-administrativo o incluso del significado mismo de esta jurisdicción. Hay aquí, pues, en ocasiones, no reglas puramente procedimentales sobre trámites, sino normas procesales de más calado que son las que sobre todo debemos destacar.

1. DILIGENCIAS PRELIMINARES

Comienza la LJCA su regulación de este procedimiento ordinario con las que denomina diligencias preliminares a las que dedica sus artículos 43 y 44. Ni son diligencias procesales, sino administrativas, ni inician el proceso. Lo que aquí contempla la LJCA es, primero, la declaración de lesividad como requisito previo al recurso contencioso-administrativo en algunos casos (los del llamado recurso de lesividad), lo que ya explicamos oportunamente en la lección 5; y, segundo, la posibilidad (no obligación) de que cuando una Administración se proponga interponer recurso contencioso-administrativo contra otra, le dirija previamente un requerimiento para que voluntariamente modifique o anule la actuación cuestionada.

Es cuestionable la inclusión de estas diligencias en la LJCA, máxime la de los requerimientos entre Administraciones que, al ser potestativos, ni siquiera constituyen un presupuesto procesal. Además, la alusión de estas dos figuras, y no de otras, es arbitraria: hay otras muchas actuaciones administrativas previas e incluso necesarias para acceder al contencioso (p. ej., el agotamiento de la vía administrativa o la reclamación del art. 29 LJCA para recurrir contra la inactividad) que podrían haberse incluido aquí.

2. INICIACIÓN

Incluimos aquí la interposición del recurso (excepcionalmente, presentación directa de la demanda); la reclamación y remisión del expediente administrativo; el emplazamiento de los demandados; y su personación. También cabe una primera posibilidad de inadmisión del recurso.

Si lo normal en los procesos civiles es que comiencen por demanda, en lo contencioso-administrativo lo tradicional y lo que sigue siendo la regla general es que comiencen con un simple *escrito de interposición del recurso*.

Es así porque se entiende que para formular demanda, con el conocimiento y la concreción que tal escrito requiere, es necesario en este ámbito que el recurrente conozca el expediente administrativo. Será después, cuando se le haya dado traslado del expediente, cuando el recurrente podrá hacer la demanda.

El escrito de interposición se reduce a «citar la disposición, acto, inactividad o actuación constitutiva de vía de hecho que se impugne y a solicitar que se tenga por interpuesto el recurso» (art. 45.1 LJCA).

Por tanto, en él no se aducen los motivos de impugnación ni se concretan las pretensiones. No obstante, deben hacerse algunas precisiones y acompañar una serie de documentos sólo encaminados a concretar la actividad impugnada y ciertos requisitos formales del recurrente. El artículo 45.2 LJCA indica que «se acompañará:

a) El documento que acredite la representación del compareciente, salvo si figurase unido a las actuaciones de otro recurso pendiente ante el mismo Juzgado o Tribunal, en cuyo caso podrá solicitarse que se expida certificación para su unión a los autos. b) El documento o documentos que acrediten la legitimación del actor cuando la ostente por habérsela transmitido otro por herencia o por cualquier otro título. c) La copia o traslado de la disposición o del acto expreso que se recurran, o indicación del expediente en que haya recaído el acto o el periódico oficial en que la disposición se haya publicado. Si el objeto del recurso fuera la inactividad de la Administración o una vía de hecho, se mencionará el órgano o dependencia al que se atribuya una u otra, en su caso, el expediente en que tuvieran origen, o cualesquiera otros datos que sirvan para identificar suficientemente el objeto del recurso. d) El documento o documentos que acrediten el cumplimiento de los requisitos exigidos para entablar acciones las personas jurídicas con arreglo a las normas o estatutos que les sean de aplicación, salvo que se hubieran incorporado o insertado en lo pertinente dentro del cuerpo del documento mencionado en la letra a) de este mismo apartado». Además, en este escrito pueden pedirse por otrosí medidas cautelares, aunque esto también cabe en otros momentos y escritos, como se verá en el último epígrafe.

No obstante, hay casos en los que, por excepción, la LJCA exige o permite comenzar por demanda.

La primera excepción es la del recurso de lesividad que debe empezar por demanda, excepción lógica pues siendo demandante la misma Administración autora del acto impugnado no le hace falta que le den traslado del expediente. También es obligado empezar por demanda en el procedimiento abreviado (*infra*). Y el artículo 45.5 LJCA permite a voluntad del recurrente empezar por demanda cuando «no existan terceros interesados». En estos casos, cambian otros trámites del procedimiento (arts. 47.2, 48.2 y 5, 54.1, *in fine*...).

La mera interposición del recurso contencioso-administrativo inicia el procedimiento y fija la competencia del órgano judicial, así como la actividad administrativa impugnada (salvo los supuestos de acumulación por ampliación del art. 36 LJCA). Además provoca una situación de litispendencia que determina la imposibilidad de que se inicie otro proceso con el mismo objeto [art. 69.1.d) LJCA]. De otra parte, la interposición del recurso interrumpe la firmeza del acto administrativo recurrido, aunque no tiene de por sí y con carácter general efectos suspensivos.

Comprobado por el LAJ que el escrito de interposición cumple con sus requisitos, lo admitirá a trámite; en caso contrario, requerirá su subsanación que, de no producirse en el plazo de diez días supondrá el archivo de las actuaciones (art. 45.3 LJCA). Aquí nos encontramos ante una primera forma anticipada de terminación del proceso contencioso-administrativo, que realmente no ha superado la fase de interposición.

Admitido a trámite el recurso, a veces procede su publicación en el boletín oficial (art. 47.1) y, en cualquier caso, *requerimiento a la Administración para que remita el expediente y emplaze a los interesados* (art. 48.1). Con ese requerimiento se tiene por emplazada a la Administración (art. 50.1).

El expediente (original o copia) debe remitirse en veinte días, completo (salvo documentos que contengan secretos), foliado, autenticado y con índice. Si no es así, se reiterará su reclamación y, si no se envía en diez días, previo apercibimiento, cabrá imponer multas coercitivas, sin perjuicio, además, de la responsabilidad penal para lo cual, después de las tres primeras multas, se pondrá los hechos en conocimiento del Fiscal (art. 48.7 y 10 LJCA). La Exposición de Motivos LJCA explica que trata de «poner definitivamente coto a prácticas administrativas injustificables y demasiado extendidas, que alargan la tramitación de muchas causas. Incompatibles con los deberes que la Administración tiene para con los ciudadanos y con el de colaboración con la Administración de Justicia, es necesario que dichas prácticas queden desterradas para siempre». Incluso así, ante estas demoras, se permite al recurrente que formule demanda sin esperar a que llegue el expediente (arts. 53 y 54.1, *in fine* LJCA). Asimismo se contempla el supuesto de que posteriormente las partes observen que el expediente está incompleto (art. 55).

Es la Administración demandada la que debe realizar el *emplazamiento personal* de todos los que aparezcan como interesados para que puedan personarse como codemandados ante el Juzgado o Tribunal que esté conociendo del asunto y así poder defender sus derechos e intereses legítimos. La justificación formal de este emplazamiento, mediante notificaciones realizadas conforme a la LPAC, ha de unirse al expediente que se remita al Juzgado o Tribunal. Si el LAJ observa que los emplazamientos son incompletos, ordenará a la Administración que realice los necesarios y si no ha sido posible emplazar a alguno ordenará su publicación en el boletín oficial (art. 49 LJCA).

El emplazamiento personal es un trámite capital; sin él se causaría indefensión a aquellos a los que la sentencia puede afectar en sus derechos o intereses legítimos y podría ser determinante de la nulidad de lo actuado como ha tenido ocasión de declarar el TC. Fue, incluso, el TC el que, ya en su Sentencia 9/1981, exigió el emplazamiento personal (pese a que en la anterior LJCA bastaba la publicación) como consecuencia directa del artículo 24 CE. De todos modos se considera que no hay indefensión real ni, por ende, nulidad, cuando el interesado, aunque no emplazado, conoció o pudo conocer con mínima diligencia el proceso (SSTC 119/1984, 56/1985, 150/1986, entre otras).

A partir de ese emplazamiento, los interesados tienen nueve días para

personarse como demandados (art. 49.1). Si no lo hacen, el procedimiento continúa sin que haya que notificarles nada; y, si se personan después de esos nueve días, se les tendrá por parte para los trámites aun no cerrados (art. 50.3). La Administración queda personada con el envío del expediente (art. 50.2).

Tras lo anterior, ya a la vista del expediente administrativo, cabe que el Juzgado o Tribunal se plantee de oficio y resuelva la *inadmisión del recurso* por defectos procesales e incluso, excepcionalmente, por razones de fondo (art. 51).

El artículo 51.1 permite abrir este trámite de inadmisión del recurso cuando *prima facie* aparezca alguno de estos defectos: *a)* falta de jurisdicción o competencia del Juzgado o Tribunal; *b)* falta de legitimación del recurrente; *c)* haberse interpuesto el recurso contra actividad no susceptible de impugnación; *d)* haber caducado el plazo de interposición del recurso. O sea, causas que impiden entrar en el fondo del asunto. Pero, desnaturalizando lo que en principio es característico de una inadmisión y en tensión con el artículo 24 CE (García de Enterría y T. R. Fernández), también puede acordarse en este trámite por algunas razones de fondo: «cuando se hubieran desestimado en el fondo otros recursos sustancialmente iguales por sentencia firme», que ha de citarse (art. 51.2 LJCA); cuando, impugnada una vía de hecho, «fuera evidente que la actuación administrativa se ha producido dentro de la competencia y en conformidad con las reglas del procedimiento legalmente establecido»; o cuando, impugnada una inactividad, «fuera evidente la ausencia de obligación concreta de la Administración respecto de los recurrentes» (art. 51.3 LJCA). En estos tres últimos casos la inadmisión será, en realidad, una decisión anticipada sobre el fondo que, más que garantizar que se cumplen los requisitos procesales, persigue evitar el desarrollo completo de un proceso, con ahorro de tiempo y gastos, cuyo fracaso se ve seguro. Aunque planteada de oficio, esta inadmisión requiere dar audiencia a las partes (art. 51.4) y que, además, sólo se acuerde si las causas que la motiven constan «de modo inequívoco y manifiesto» (art. 51.1), siendo recurrible el auto que las declare. Aunque no se plantee este incidente o aunque termine con auto de admisión, cabe después declarar la inadmisión (arts. 58 y 59), incluso en sentencia (art. 69), como luego se verá.

Todas las causas de inadmisión y sea cual sea el momento en que se declaren deben aplicarse con moderación para conciliarlas con el artículo 24 CE. Desde luego reconoce el TC que el artículo 24 CE no es incompatible con decisiones judiciales de inadmisión de acuerdo con las causas previstas en las leyes. El derecho de acceso a la jurisdicción «se concreta en el derecho a ser parte en un proceso para poder promover la actividad jurisdiccional que desemboque en una decisión judicial sobre las pretensiones deducidas. No se trata de un... derecho absoluto e incondicionado a la prestación jurisdiccional, sino de un derecho a obtenerla por los cauces procesales existentes y con sujeción a una concreta ordenación legal que puede establecer límites

al pleno acceso a la jurisdicción, siempre que obedezcan a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos (SSTC 311/2000, de 18 de diciembre, FJ 3.º; 124/2002, de 20 de mayo, FJ 3.º; y 327/2005, de 12 de diciembre, FJ 3.º). Al ser un derecho prestacional de configuración legal, su ejercicio y dispensación están supeditados a la concurrencia de los presupuestos y requisitos que haya establecido el legislador para cada proceso. De ahí que el derecho a la tutela judicial efectiva quede satisfecho cuando los órganos judiciales pronuncian una decisión de inadmisión o meramente procesal, apreciando razonadamente la concurrencia en el caso de un óbice fundado en un precepto expreso de la Ley, si éste es, a su vez, respetuoso con el contenido esencial del derecho fundamental (STC 231/2012, de 19 de diciembre, FJ 2.º)». Pero el TC sí considera vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva cuando la normativa procesal «se interprete de forma rigorista, excesivamente formalista o desproporcionada en relación con los fines que preserva y la relevancia de los intereses que se sacrifican» (STC 129/2014, de 21 de julio, FJ 4.º, y 39/2015, de 2 de marzo, FJ 5.º, STC 207/2015, de 5 de octubre, FJ 2.º). Además conviene reparar en lo dispuesto en los artículos 11.3 LOPJ y 138 LJCA.

3. INSTRUCCIÓN

Nos referiremos aquí a la demanda, contestación a la demanda, alegaciones previas, prueba y vista o conclusiones.

Recibido el expediente administrativo, se traslada al recurrente (o a los recurrentes con distintos letrados, si hubiera acumulación del art. 37) para que formule *demanda* en veinte días (art. 52 LJCA).

Si la demanda no se presenta en ese plazo, el Juzgado o Sala, de oficio, declarará por auto la caducidad del recurso, salvo que se presente dentro del día en que se notifique tal auto (art. 52.2).

Presentada la demanda, el LAJ dará traslado de ella y del expediente a la Administración para que en veinte días formalice su *contestación a la demanda*; después contestan a la demanda los demás codemandados personados en el plazo común de veinte días (art. 54).

Los escritos de demanda y contestación han de tener el contenido y forma generales de tales escritos (art. 56.1), esto es, hechos, fundamentos de derecho y las pretensiones que se deduzcan (pretensiones que se concretan en el llamado «suplico»). Después no cabe introducir cuestiones distintas (art. 65.1 LJCA). Por lo que se refiere a la importante cuestión de si en estos escritos pueden alegarse motivos o ejercerse pretensiones que no se hicieron valer en la vía administrativa previa, remitimos a la lección anterior. Ahora sólo destaquemos algunos aspectos formales pero relevantes:

1.º Deben acompañarse a esos escritos los documentos en que funden su derecho demandantes y demandados o, si no obraren en su poder, han de designarse los archivos en los que se encuentren. Con esta condición, podrá pedirse en período de prueba que se soliciten de tales archivos. Demanda y contestación son, pues, los trámites adecuados para ello y, aunque no se cierra por completo la posibilidad de presentar después otros documentos, es muy limitada (art. 56.3 y 4).

2.º Es en estos escritos donde procede solicitar el recibimiento a prueba mediante otrosí y expresando «los puntos de hecho sobre los que haya de versar» y «los medios de prueba que se propongan» (art. 60.1). Sólo excepcionalmente se admite después la proposición de prueba. Alternativamente en la demanda puede pedirse por otrosí que el pleito se falle sin recibimiento a prueba ni vista ni conclusiones y en la contestación puede aceptarse (arts. 57 y 62).

3.º Además, en ellos debe exponerse por otrosí parecer sobre la cuantía del recurso (art. 40); y pueden pedirse medidas cautelares, aunque esto puede hacerse también en otros escritos (vid. *infra*).

Pero es posible que los demandados, en los cinco primeros días del plazo para contestar la demanda, formulen *alegaciones previas* en las que opongan la concurrencia de causas de inadmisibilidad.

En concreto pueden alegar la incompetencia del órgano jurisdiccional o la inadmisibilidad del recurso por las causas establecidas en el artículo 69 LJCA, esto es, las mismas que pueden ser apreciadas en la sentencia (art. 58 LJCA). En tal caso, tras audiencia al recurrente y permitirle corregir los defectos que fueren subsanables, se dictará auto que, en caso de entender que hay causa de inadmisibilidad, la declarará (art. 59.4 LJCA). Pero hay que destacar que estas causas de inadmisión (salvo la incompetencia del órgano judicial) pueden alegarse en la contestación a la demanda y ser acogidas en la sentencia con independencia de que no se hayan alegado en este trámite o de la suerte que hayan corrido aquí (art. 58.1, *in fine* LJCA).

Cabe que se abra una fase específica de *prueba* para que se practiquen las admitidas en plazo de treinta días. Pero puede no existir tal fase. Dependerá de lo que hayan pedido las partes y de que efectivamente el órgano judicial aprecie disconformidad en hechos de trascendencia (art. 60). No obstante, de manera excepcional el Juez o Tribunal puede acordar de oficio el recibimiento a prueba y disponer la práctica de las que estime pertinentes para la acertada decisión del asunto (art. 61). Sobre los medios de prueba, la forma de practicarlas y su valoración (para lo que también hay que tener en cuenta el expediente administrativo y los documentos acompañados por las partes a la demanda y contestación) hay una remisión general a las normas de los procesos civiles (art. 60.4) con sólo algunas singularidades.

El mero hecho de que se prevea un período de prueba es significativo pues evidencia un control efectivo de los hechos que consten en los actos administrativos impugnados y que el recurso contencioso no es una especie de segunda instancia de la vía administrativa. Aun así, suele resultar especialmente valiosa la prueba que ya obre en el expediente administrativo que muchas veces es suficiente.

Finalmente es posible y habitual que haya una nueva posibilidad de alegaciones, bien mediante *escrito de conclusiones* (que es lo usual), bien oralmente en la *vista* (menos frecuente).

El que se dé este trámite y el que se opte por el escrito de conclusiones o por la vista depende en gran medida de lo solicitado por las partes y de que se haya o no practicado prueba (art. 62). La vista se desarrolla y documenta conforme a lo dispuesto en el artículo 63. Y respecto al escrito de conclusiones dice la LJCA que ha de presentarse en plazo de diez días sucesivos para demandantes y demandados siendo simultáneo para cada uno de estos grupos de partes (art. 64.2) y consistir en unas «alegaciones sucintas acerca de los hechos, la prueba practicada y los fundamentos jurídicos» (art. 64.1) sin que puedan plantearse cuestiones nuevas (art. 65.1).

Tras ello, el pleito queda concluso para sentencia.

4. TERMINACIÓN

A) *La sentencia*

La sentencia es el modo normal de terminación del proceso contencioso-administrativo.

Como la de todos los órdenes jurisdiccionales, la sentencia ha de tener, además del fallo (que es la parte dispositiva en que se concreta el resultado del proceso), motivación por exigencias de los artículos 24.1 y 120.3 CE, en los términos establecidos por la LOPJ y la LEC que desarrollan el mandato constitucional. La falta de motivación puede ser alegada por las partes incluso en amparo ante el Tribunal Constitucional.

Además, la sentencia debe ser congruente con las pretensiones y, en menor medida, con los motivos de las partes (art. 33 LJCA), tal y como se expuso en la lección anterior.

El fallo puede ser de inadmisibilidad, de estimación o de desestimación, total o parcial.

La inadmisibilidad del recurso se puede declarar en sentencia por las causas

siguientes: *a)* que el Juzgado o Tribunal Contencioso-administrativo carezca de jurisdicción; *b)* que se hubiera interpuesto por persona incapaz, no debidamente representada o no legitimada; *c)* que tuviera por objeto disposiciones, actos o actuaciones no susceptibles de impugnación; *d)* que recayera sobre cosa juzgada o existiera litispendencia; *e)* que se hubiera presentado el escrito inicial del recurso fuera del plazo establecido (art. 69 LJCA). En gran medida coinciden con las que se pudieron declarar antes por auto (arts. 51, 58 y 59). Pero lo que ahora importa realzar es que, aunque antes no se apreciaban, pueden declararse en sentencia (salvo la incompetencia del órgano judicial, como se explicó en la lección anterior).

La sentencia será desestimatoria «cuando se ajusten a derecho la disposición, acto o actuación impugnados» (art. 70.1) y estimatoria «cuando la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder» (art. 70.2).

El alcance de la sentencia estimatoria es diferente según las pretensiones ejercidas (arts. 31 y 32 LJCA, estudiados en la lección anterior). En función de ello, las sentencias estimatorias pueden ser meramente declarativas, constitutivas o de condena, conforme a lo establecido en el artículo 71.1 LJCA:

a) En la pretensión de simple anulación, la sentencia declarará no ser conforme a Derecho y, en su caso, anulará total o parcialmente la disposición o acto recurrido o dispondrá que cese o se modifique la actuación impugnada.

b) Si se hubiese pretendido el reconocimiento y restablecimiento de una situación jurídica individualizada, reconocerá dicha situación jurídica y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de la misma.

c) Si la medida consistiera en la emisión de un acto o en la práctica de una actuación jurídicamente obligatoria, la sentencia podrá establecer plazo para que se cumpla el fallo.

d) Si fuera estimada una pretensión de resarcir daños y perjuicios, se declarará en todo caso el derecho a la reparación, señalando asimismo quién viene obligado a indemnizar. La sentencia fijará también la cuantía de la indemnización cuando lo pida expresamente el demandante y consten probados en autos elementos suficientes para ello. En otro caso, se establecerán las bases para la determinación de la cuantía, cuya concreción quedará diferida al período de ejecución de sentencia.

Para el supuesto de sentencias estimatorias que anulen normas reglamentarias o actos discrecionales hay una limitación específica en el artículo 71.2 LJCA: «[...] no podrán determinar la forma en que han de quedar redactados los preceptos de una disposición general en sustitución de los que anulen ni podrán determinar el contenido discrecional de los actos anulados». Ya nos ocupamos de este precepto al estudiar el alcance del control judicial de la discrecionalidad (Tomo I, lección 5), donde señalamos también su posible excepción en caso de «reducción de la discrecionalidad a cero».

Por otra parte, la sentencia ha de contener también el pronunciamiento que corresponda respecto de las costas procesales (art. 139 LJCA). En síntesis, en los procesos de única o primera instancia el órgano judicial impone las costas a la parte que haya visto rechazadas todas sus pretensiones, salvo que aprecie y así lo razone, que el caso presentaba serias dudas de hecho o de derecho. En los supuestos de estimación o desestimación parcial de las pretensiones, cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad, salvo que el órgano jurisdiccional las imponga a una de ellas por mala fe o temeridad.

Las sentencias tienen efectos procesales y, si son estimatorias, también efectos jurídico-materiales. El efecto procesal fundamental es el de cosa juzgada material, es decir, la fuerza de su fallo para vincular fuera del proceso en el que ha recaído la sentencia.

La cosa juzgada material tiene dos vertientes: la negativa o excluyente que se proyecta sobre los procesos con idéntico objeto y que tiende a impedir que se vuelva a decidir sobre lo ya juzgado [si ese otro proceso se plantea, terminará con su inadmisión; art. 69.d) LJCA]; y la positiva o prejudicial que se proyecta sobre los procesos con objeto diferente pero en los que lo ya juzgado constituye premisa indiscutible (en esta vertiente, la cosa juzgada no impide que se dicte sentencia sobre el fondo en el nuevo proceso, pero el debate y la sentencia misma están condicionados por el fallo anterior). La cosa juzgada material, que tiene su regulación general en el artículo 222 LEC, presenta singularidades en la LJCA.

Las sentencias que declaren la inadmisión del recurso sólo producen efectos entre las partes.

Así lo establece el artículo 72.1 LJCA. Por su propia naturaleza no tienen efectos jurídico-materiales. Y respecto a los procesales de la cosa juzgada, claramente se desprende del artículo 72.1 —y es lógico— que no los producen para terceros. Pero incluso para las partes sus efectos de cosa juzgada son limitados. Como la sentencia de inadmisión no decide sobre las pretensiones de las partes porque no entra en la cuestión de fondo, podrá volverse a pedir lo mismo si es que el óbice procesal pudo subsanarse después y se subsanó efectivamente. El efecto entre las partes de tal sentencia queda constreñido a la cuestión procesal resuelta.

De las sentencias desestimatorias se dice igualmente que sólo producen efectos entre las partes.

De ello, también establecido en el artículo 72.1, se desprende que no afecta a terceros de suerte que si otro sujeto recurre contra la misma actividad administrativa no se le podrá oponer la cosa juzgada material: su recurso deberá resolverse con una nueva sentencia sobre el fondo (cuestión distinta es que probablemente la nueva sentencia deba tener el mismo sentido de la anterior). Tampoco a este otro tercero le perjudicará la función prejudicial de la cosa juzgada. Todo ello es lógico como consecuencia del derecho de defensa y de que nadie puede ser condenado o vencido sin ser oído.

Para las partes las sentencias desestimatorias no tienen efectos jurídico-materiales (como simplemente declara que es legal la actuación administrativa impugnada, será ésta la que tendrá efectos, no propiamente la sentencia que meramente la confirma). El efecto entre las partes que aquí se proclama es sólo el de cosa juzgada material. Aun así, hay algunas excepciones; no lo tienen las sentencias de los recursos directos contra reglamentos, las de los procesos especiales de protección de derechos fundamentales, etc. De ello nos ocupamos al analizar esos procesos.

Las sentencias estimatorias producen efectos jurídico-materiales y efectos de cosa juzgada. Pero el artículo 72 LJCA distingue entre sus declaraciones de anulación (de actos o de reglamentos) y su reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas. Las primeras, dice el artículo 72.2, tienen efectos, no sólo entre las partes, sino «para todas las personas afectadas», «efectos generales».

Estos efectos *erga omnes* derivan, más que de la extensión de la cosa juzgada, de un efecto jurídico-material. Lo explica así Rebollo Puig: al anular, la sentencia «mata al acto y, muerto éste, muerto está para todos»; y si declara una nulidad de pleno derecho, «certifica que nació muerto y se le entierra, y enterrado estará para todos». Además, esa vinculación general producirá efectos excluyentes y prejudiciales de forma que no cabe un nuevo proceso para anular el mismo acto o reglamento y en todo caso habrá que partir de la anulación del acto o reglamento en el que ya no cabrá basar ningún derecho u obligación. Aun así, tratándose de reglamentos, esos efectos generales quedan demorados al momento de la publicación del fallo en el boletín oficial correspondiente (art. 72.2). Además, su anulación «no afectará por sí misma a la eficacia de las sentencias o actos administrativos firmes que lo hayan aplicado antes de (su publicación), salvo en el caso de que la anulación del precepto supusiera la exclusión o reducción de las sanciones aún no ejecutadas completamente» (art. 73), precepto éste concordante con el artículo 102.4, *in fine* LRJAP y al que nos hemos referido repetidamente (Tomo I, lección 8, y en las lecciones 5 y 11 del presente).

Por el contrario, sus reconocimientos de situaciones jurídicas

individualizadas (p. ej., condena a la Administración a hacer o dar algo en favor de un concreto sujeto), «sólo producirán efectos entre las partes» (art. 72.3). O sea que aunque haya terceros en una situación idéntica a la de quien ha obtenido ese reconocimiento no se beneficiarán de ello: tendrán que interponer —si es que están en plazo— un nuevo recurso para conseguir el reconocimiento de su derecho. Esta regla cuenta, sin embargo, con excepciones: sí pueden extenderse esos efectos a terceros «en los términos previstos en los artículos 110 y 111» (art. 72.3).

Esos artículos 110 y 111 se incluyen en la regulación de la ejecución de sentencias. Por tanto, lo que permiten es que, sin nuevo proceso declarativo, en la ejecución de una sentencia que se refiere a otro sujeto, los terceros consigan lo mismo que aquél. El artículo 110 LJCA permite pedirlo si se trata de materia tributaria, de personal al servicio de la Administración Pública o de unidad de mercado cuando concurren determinadas circunstancias; en especial, que los solicitantes «se encuentren en idéntica situación jurídica que los favorecidos por el fallo». Está pensando en recursos de distintos sujetos contra un acto con pluralidad de destinatarios o contra «actos en masa» o «actos clónicos», cada uno para un caso y formalmente distintos pero materialmente iguales.

El artículo 111 LJCA se refiere a un supuesto distinto, el del caso-testigo al que ya nos referimos en la lección anterior. Aquí, los que piden la extensión de los efectos del fallo no son realmente terceros que permanecieron pasivos frente a la actuación administrativa, sino los que la recurrieron pero vieron suspendido su proceso por decisión del juez.

B) Otros modos de terminación del procedimiento

La ley regula cuatro modos distintos a la sentencia para terminar el proceso contencioso-administrativo: el desistimiento del demandante, el allanamiento de los demandados, la satisfacción extraprocesal y el acuerdo de conciliación.

— El desistimiento del demandante se admite en cualquier momento anterior a la sentencia (art. 74).

El LAJ dará traslado a las demás partes y, si están conformes, dictará decreto en el que declarará terminado el procedimiento. En otro caso, dará cuenta al Juez o Tribunal para que resuelva. Si fueren varios los recurrentes, el procedimiento continuará respecto de aquellos que no hubieren desistido. La Ley contempla un supuesto especial cuando el demandante desiste porque la Administración demandada había reconocido totalmente en vía administrativa las pretensiones, y posteriormente la Administración dicta un nuevo acto revocatorio del reconocimiento. En este caso el

actor puede pedir que continúe el procedimiento en el estado en que se encontrase, extendiéndose al acto revocatorio.

— El allanamiento de los demandados exige en el caso de la Administración Pública el acuerdo adoptado por el órgano competente.

Posteriormente, el Juez o Tribunal dicta sentencia de conformidad con las pretensiones del demandante, salvo si supusiere infracción manifiesta del ordenamiento. En este caso, el órgano judicial comunicará a las partes los motivos que pudieran oponerse a la estimación de las pretensiones y las oírán por plazo común de diez días, dictando luego la sentencia. Si son varios los demandados, el procedimiento continúa con respecto a los que no se hubieran allanado (art. 75 LJCA). Para posibilitar el allanamiento de la Administración el artículo 54.2 LJCA permite la suspensión del procedimiento.

— La satisfacción extraprocesal de las pretensiones del actor por la Administración demandada se puede producir después de la interposición del recurso.

Después de que el LAJ oiga a las partes por plazo común de cinco días, el Juez o Tribunal dictará auto en el que declarará terminado el procedimiento y ordenará el archivo del recurso, si el reconocimiento no infringiera manifiestamente el ordenamiento jurídico. En este último caso dictará sentencia ajustada a Derecho (art. 76 LJCA).

— El acuerdo de conciliación en los procedimientos en primera o única instancia se admite una vez formuladas la demanda y contestación, si se cumplen ciertos requisitos. El órgano judicial puede intentar un acuerdo entre la partes que ponga fin a la controversia, cuando el juicio se promueva sobre materias susceptibles de transacción y, en particular, cuando verse sobre estimación de cantidad (art. 77.1 LJCA). Si las partes llegan a un acuerdo, el Tribunal dictará auto «siempre que lo acordado no fuera manifiestamente contrario al ordenamiento jurídico ni lesivo del interés público o de terceros» (art. 77.3). De otra parte, la LJCA otorga a este acuerdo la misma fuerza que a la sentencia a efectos de ejecución forzosa (art. 113 LJCA). Todo ello demuestra el interés del legislador en favorecer este modo de finalización del procedimiento que, sin embargo, tiene escasa aplicación práctica.

Además de estas formas de terminación, hay otras anticipadas que se deducen de diversos preceptos (arts. 45.3, 51, 52.2, 59.4 LJCA) que ya hemos apuntado antes.

III. EL PROCEDIMIENTO ABREVIADO

La LJCA de 1998 introdujo como novedad «un procedimiento abreviado para determinadas materias de cuantía limitada, basado en el principio de oralidad», según indica su Exposición de Motivos. No está configurado propiamente como un procedimiento especial, sino como una especie de procedimiento ordinario «alternativo» (García de Enterría y Fernández Rodríguez). Se regula en el artículo 78, extremadamente largo.

El procedimiento abreviado procede ante asuntos de competencia de los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y de los Juzgados Centrales de lo Contencioso-Administrativo que se susciten sobre cuestiones de personal al servicio de las Administraciones Públicas, extranjería e inadmisión de peticiones de asilo político, asuntos de disciplina deportiva en materia de dopaje, así como todas aquellas cuya cuantía no supere los 30.000 euros (art. 78.1 LJCA). También se tramita por este procedimiento el recurso contra inactividad por inejecución de actos firmes (art. 29.2 LJCA).

Se inicia con el escrito de demanda, acompañado de los documentos en que el actor funde su derecho y los preceptivos para la interposición del recurso ordinario según el artículo 45.2 LJCA.

Repárese, por tanto, en que directamente se formula la demanda (no el simple escrito de interposición) y se hace sin tener el expediente administrativo.

Presentada la demanda, el LAJ, una vez apreciada la jurisdicción y competencia objetiva, puede admitirla o dar cuenta al Juez para que resuelva lo que proceda. Si admite la demanda, el LAJ debe acordar el traslado al demandado, citando a las partes para la celebración de vista, y debe requerir a la Administración demandada que envíe el expediente administrativo con al menos quince días de antelación. Recibido el expediente administrativo, el LAJ lo remite al actor y a los interesados que se hubieren personado para que puedan hacer alegaciones en el acto de la vista.

Comparecidas las partes, o alguna de ellas, el Juez declarará abierta la vista que comenzará por la exposición del demandante o su simple ratificación de la demanda. Seguidamente interviene el demandado que hace aquí su contestación a la demanda planteando, en su caso, las objeciones procesales y, si son desestimadas o directamente, las de fondo. En caso de

que no haya conformidad en los hechos, las partes propondrán pruebas y las admitidas se practicarán en la misma vista si fuere posible. Tras las conclusiones de las partes, se dará por terminada la vista, quedando el pleito concluso para sentencia.

La vista, pues, es el trámite esencial en el que se concentran casi todas las actuaciones y en el que se hace efectiva su oralidad. No obstante, puede excluirse la vista en algunos casos.

Fue una novedad introducida por Ley 37/2011 para, dice su E. de M., «aquellos recursos en los que no se va a pedir el recibimiento a prueba y la Administración demandada no solicita la celebración de la misma. De esta forma se evita que aquellos recursos que quedarían conclusos en el acto de la vista después de la contestación a la demanda, tengan que esperar en algunos casos más de dos años hasta que se celebre la misma, a los solos efectos de que la Administración demandada conteste». En estos casos, por tanto, sólo habrá demanda, contestación escrita a la demanda y sentencia. Desaparece por completo, pues, la oralidad que se supone era el signo distintivo de este procedimiento.

El Juez debe dictar sentencia en el plazo de diez días desde la celebración de la vista.

Pese a que el procedimiento abreviado nació y existe para agilizar la justicia, no se libra de los males generales del lento funcionamiento y el atasco. Es más, el que haya que celebrar vista es causa de retraso, sobre todo cuando, como no es inusual, hay que suspenderla para realizar pruebas o por otras incidencias. Son significativos algunos datos de la Memoria del CGPJ de 2015 aprobada en 2016. La tasa de duración media de los asuntos terminados en los Juzgados CA ha sido de 12,6 meses en 2014 y de 11 meses en 2015. Por otra parte, los procedimientos ordinarios tienen una duración media de 15,2 meses y los procedimientos abreviados una media de 10,7 meses. Así pues no parece que se dé una diferencia grande en la duración entre los dos tipos de procesos. De otra parte el TC reconoce la vulneración del art. 24.2 CE en casos extremos. La STC 87/2015 estimó un amparo por vulnerar el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas la resolución de un Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que citaba para la vista oral en un procedimiento abreviado sobre una orden de expulsión del territorio nacional con una demora superior a tres años. Más tarde la STC 129/2016 estimó vulnerado el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas (art. 24.2 CE) al fijar el LAJ la celebración de la vista casi dos años después de interponer el recurso contencioso-administrativo en un proceso sobre personal.

IV. RECURSOS CONTRA RESOLUCIONES

PROCESALES

Contra las resoluciones procesales del orden contencioso-administrativo caben diversos recursos. Todos ellos tienen en común ser actos de parte que persiguen que se revoque o anule una resolución procesal anterior y que se dicte otra con contenido diferente.

Hablamos de «resoluciones procesales» (concepto introducido por Ley 13/2009) y no sólo de resoluciones judiciales porque son también recurribles las de los Letrados de la Administración de Justicia conforme a lo establecido en el artículo 102 bis LJCA. El apartado 2.1.º de este artículo fue anulado por STC 58/2016 de manera que ahora las resoluciones de los LAJ son siempre finalmente impugnables ante los jueces.

El sistema de recursos contra resoluciones contencioso-administrativas, es complejo, basado en distintos criterios (cuantía, materia recurrida, tipo de órgano administrativo autor de la actividad recurrida, etc.), con excepciones y contraexcepciones. Lo expondremos aquí sólo a grandes rasgos.

Es interesante saber que, según la Memoria del CGPJ de 2015, ese año fueron íntegramente desestimados el 73,9 % de los recursos de apelación (72,6 % en 2014) y el 79 % de los recursos de casación (79,3 % en 2014). Es decir, que se estiman total o parcialmente algo más del 20 % de las apelaciones y casaciones interpuestas.

1. RECURSOS CONTRA PROVIDENCIAS Y AUTOS

La LJCA permite que se interpongan contra providencias y autos dos tipos de recursos: el recurso de súplica (art. 79 LJCA) y el recurso de apelación (art. 80 LJCA).

El recurso de súplica —que resuelve el mismo órgano que dictó la resolución recurrida y que se sustituye ahora por el recurso de reposición— se interpone contra las providencias y los autos no susceptibles de apelación o casación, sin perjuicio del cual se llevará a efecto la resolución impugnada, salvo que el órgano jurisdiccional acuerde lo contrario.

Cabe el recurso de apelación —que resuelve un Tribunal Superior— contra los autos de los Juzgados de lo Contencioso-administrativo y los Juzgados Centrales de lo Contencioso-administrativo en procesos de los que conozcan en primera instancia en los casos determinados por el artículo 80.1 LJCA.

2. RECURSO DE APELACIÓN

El recurso de apelación en el contencioso-administrativo responde a los mismos caracteres que tiene en el orden civil:

— Es un recurso ordinario; esto es, permite alegar cualquier infracción de la sentencia recurrida o de la tramitación de la primera instancia (no hay motivos de impugnación tasados). Por tanto, se pueden discutir en él no sólo cuestiones jurídicas, sino de hecho (normalmente debatiendo sobre la valoración de la prueba ya practicada antes pero, a veces, también practicando nueva prueba).

— Compete a un tribunal distinto y superior del que juzgó inicialmente (a esto se suele aludir como efecto devolutivo). Hay, pues, un juez de primera instancia (juez *a quo*) y un juez de apelación o de segunda instancia (juez *ad quem*).

— Abre una segunda instancia de modo que el juicio que corresponde al tribunal de apelación lo realiza con la misma amplitud de conocimiento que el de la primera instancia para conocer de las pretensiones de las partes (aunque con prohibición de *reformatio in peius*).

Lo refleja el artículo 456.1 LEC: «En virtud del recurso de apelación podrá perseguirse, con arreglo a los fundamentos de hecho y de derecho de las pretensiones formuladas ante el tribunal de primera instancia, que se revoque un auto o sentencia y que, en su lugar, se dicte otro u otra favorable al recurrente, mediante nuevo examen de las actuaciones llevadas a cabo ante aquel tribunal y conforme a la prueba que [...] se practique ante el tribunal de apelación». En esa línea, decía la doctrina que lo que caracteriza al recurso de apelación es que «el juez de segunda instancia se encuentra frente a la demanda en la misma situación que el juez de primera instancia en el momento de ir a fallar» (Chiovenda). Y que, la apelación «no es revisión de lo hecho por el juez anterior, y menos fiscalización o censura de su operación de juzgar. Es juzgar de nuevo. El juez de segunda instancia no comprueba un resultado como se comprueba una operación matemática, sino que la hace otra vez...» (Gómez Orbaneja). Esto, que sigue siendo en esencia cierto, vale para la apelación contencioso-administrativa. De ahí que, entre otras consecuencias, el juez de apelación deba dictar sentencia en que resuelva el objeto del proceso (que sigue siendo el mismo de la primera instancia) sin tener que reenviarlo al juez *a quo* para que juzgue otra vez. Lo plasma, con una mínima excepción, el artículo 465 LEC y lo refleja para uno de los supuestos posibles el artículo 85.10 LJCA: cuando se revoque en apelación la sentencia impugnada que hubiere declarado la inadmisibilidad del recurso contencioso-administrativo, la sentencia no puede limitarse a declarar la admisibilidad y devolver los autos al Juez de la primera instancia, sino que debe resolver sobre el fondo del asunto (p. ej., la STSJ Andalucía de 20 de julio de 2015, sede de Granada, apelación 250/2012, una vez rechazada la causa de inadmisibilidad

que declaró la sentencia de primera instancia, entra a juzgar el fondo).

Sin embargo, esta amplitud de conocimiento del juez *ad quem* tiene una matización notable que se plasma en el artículo 465.5 LEC y que es extensible a la apelación contencioso-administrativa: la resolución de la apelación «deberá pronunciarse exclusivamente sobre los puntos y cuestiones planteados en el recurso y, en su caso, en los escritos de oposición...». Súmese a ello una jurisprudencia (ya consolidada en las SSTs de 26 de octubre de 1998 y 15 de diciembre de 1998) que también modera la amplitud de la segunda instancia. Sinteticémosla en los siguientes puntos:

a) El escrito de alegaciones del apelante no debe ser una simple reiteración de los argumentos vertidos antes sino contener una crítica razonada de la resolución apelada, que es lo que ha de servir de base a la pretensión de sustitución del pronunciamiento recaído en primera instancia.

b) En el recurso de apelación el tribunal *ad quem* goza de competencia para revisar y decidir todas las cuestiones planteadas, pero no debe revisar de oficio los razonamientos de la sentencia o auto apelados al margen de los motivos esgrimidos por la parte apelante como fundamento de su pretensión revocatoria.

c) El recurso de apelación autoriza al tribunal *ad quem* a revisar la valoración probatoria del juez *a quo*, pero el hecho de que la apreciación por éste lo sea de pruebas practicadas a su presencia y con respeto a los principios de inmediación, oralidad y contradicción, determina por regla general que su valoración se respete salvo que sea notoriamente errónea o se base en pruebas practicadas con infracción de las normas que las regulan (STSJ de Cataluña 625/2012, de 25 de mayo).

Tras todo esto, quizás sea más exacto decir ahora que el tribunal de apelación enjuicia con similar, pero no idéntica, amplitud de conocimiento que el de la primera instancia.

En el orden contencioso-administrativo son, como regla general, recurribles en apelación las sentencias de los órganos unipersonales (Juzgados Provinciales y Centrales de lo Contencioso-Administrativo) ante, respectivamente, los TSJ y la AN.

Pero la apelación no procede contra todas las sentencias de los órganos unipersonales contencioso-administrativos, sino solamente contra las sentencias de cuantía superior a 30.000 euros y las relativas a materia electoral (art. 81.1). También son apelables las sentencias que declaren la inadmisibilidad del recurso y sean de cuantía inferior a 30.000 euros; las dictadas en el procedimiento para la protección de los derechos fundamentales de la persona; las que resuelvan litigios entre Administraciones Públicas y las que resuelvan impugnaciones indirectas de disposiciones generales (art. 81.2). No es, pues, un sistema de doble instancia universal (que no impone la CE; sólo es obligado respecto a la jurisdicción penal por

mandato del art. 6 del Convenio Europeo de Derechos Humanos). Hay, por tanto, procesos de única instancia.

La apelación puede interponerse por quienes estén legitimados como demandante o demandado (art. 82) y es posible que varios sujetos interpongan apelación con distintas o iguales pretensiones.

Como regla general, tiene efectos suspensivos (art. 83.1).

Debido al efecto suspensivo, el Juez puede adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar la ejecución de la sentencia, en cualquier momento, a instancia de parte. Además, se permite la ejecución provisional (art. 84).

La tramitación del recurso de apelación tiene dos fases: 1.º ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo que había dictado la resolución apelada; y 2.º ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal competente para resolverlo.

1.º El recurso de apelación se interpone ante el Juzgado que hubiere dictado la sentencia, dentro de los quince días siguientes al de su notificación, mediante escrito razonado que deberá contener las alegaciones en que se fundamente el recurso. Si transcorre este plazo sin haberse interpuesto, el LAJ declara la firmeza de la sentencia; en caso contrario, el LAJ dará traslado a las demás partes para que formalicen el escrito de oposición.

En los escritos de interposición del recurso y de oposición las partes podrán pedir el recibimiento a prueba para la práctica de las que hubieran sido denegadas o no hubieran sido debidamente practicadas en primera instancia (art. 85.3). Esto revela que, como ya hemos dicho, en la apelación cabe, no sólo el debate de cuestiones jurídicas, sino el control y la discusión sobre los hechos, incluso con nuevo material probatorio.

El apelado puede en su escrito de oposición «adherirse a la apelación» (art. 85.4) de modo que no pedirá la confirmación de la sentencia recurrida, sino su revocación y sustitución por otra, aunque en sentido distinto al querido por el apelante. Así, el apelado se convierte también en apelante, aunque por un cauce distinto y en momento posterior.

2.º Después, el Juzgado elevará los autos ordenando el emplazamiento de las partes ante la Sala competente, que resuelve sobre la admisión del recurso y sobre el recibimiento a prueba (art. 85.5). El LAJ debe acordar la celebración de la vista o la presentación de conclusiones si lo solicitan todas

las partes o si se hubiera practicado prueba. También la Sala puede acordar que se celebre vista o presenten conclusiones. Celebrada la vista o presentadas las conclusiones, el LAJ declara el pleito concluso para sentencia (art. 85.8). En el plazo máximo de diez días contados desde ese momento la Sala debe dictar sentencia.

3. RECURSO DE CASACIÓN

A) Caracteres tradicionales y orientación de su reciente regulación

La casación, desconocida durante mucho tiempo en lo contencioso-administrativo, se introdujo en este orden jurisdiccional por la Ley 10/1992. La consolidó la LJCA de 1998 (arts. 86 a 101) que estableció, junto al recurso genérico de casación, el de casación para la unificación de doctrina y el de casación en interés de la ley.

Prescindiendo de esas distintas modalidades, el recurso de casación que se previó en el contencioso-administrativo respondía a sus caracteres originarios y clásicos en otros órdenes jurisdiccionales que, puede decirse, son antagónicos a los de la apelación: es un recurso extraordinario (esto es, sólo cabe por ciertos motivos taxativamente fijados en la ley) que de ninguna forma abre una nueva instancia (no es una tercera instancia, allí donde hubo apelación; ni una segunda instancia donde no la hubo), sino que sólo permite al tribunal de casación un conocimiento limitado, mucho más restringido que el de los tribunales de instancia. Lo que se discute y enjuicia, cabe decir, es la sentencia recurrida, no directamente las pretensiones de las partes en el proceso originario, y, además, contra esa sentencia sólo se pueden invocar algunos concretos vicios. Está centrado en las cuestiones jurídicas, con exclusión de las fácticas (salvo mínimas excepciones). Además, correspondía a un Tribunal único en toda la Nación y superior a todos los demás, el Supremo, de modo que la casación servía para unificar las soluciones discrepantes de los restantes órganos judiciales y formar jurisprudencia uniforme.

La Ley Orgánica 7/2015, dio nueva redacción a los artículos de la LJCA dedicados al recurso de casación con una reforma sustancial en la que, para empezar, ya no hay nada más que una única clase de recurso de casación. Lo esencial del nuevo recurso de casación en lo contencioso-administrativo queda bien reflejado en la Exposición de Motivos de la LO 7/2015:

«[...] la ley opta por reforzar el recurso de casación como instrumento por excelencia para *asegurar la uniformidad en la aplicación judicial del derecho*. De esta forma, el recurso de casación podrá ser admitido a trámite cuando invocada una concreta infracción del ordenamiento jurídico, tanto

procesal como sustantiva, o de la jurisprudencia, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo estime que el recurso presenta *interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia*. Con la finalidad de que la casación no se convierta en una tercera instancia, sino que cumpla estrictamente su función nomofiláctica [...]».

Ahora todos los aspectos de su regulación están al servicio de esta idea. Aunque es mucho lo que cambia, los caracteres esenciales que hemos expuesto permanecen y hasta se acentúan.

Desde sus orígenes en la Revolución francesa, estuvo la casación al servicio objetivo de la ley (justamente se estableció para garantizar el real sometimiento de los jueces a la ley y el único motivo de casación era entonces la violación del texto de las leyes). Y luego se desarrolló con el interés objetivo de crear jurisprudencia. Siempre, pues, la casación estuvo presidida más por intereses objetivos que por los intereses subjetivos de las partes. Ahora, con la reforma de la LO 7/2015, esos intereses objetivos marcan más profundamente la casación y el interés subjetivo de las partes pasa más claramente a un segundo plano, aunque eventualmente también la casación les sirve para la tutela de sus derechos e intereses legítimos y para que triunfen las pretensiones que ejercieron en el proceso originario. Por lo demás, esta reforma de la casación contencioso-administrativa está en sintonía con la que antes sufrió la casación civil, aunque aquí adquiere rasgos peculiares y más extremos.

La entrada en vigor del nuevo régimen de la casación ha planteado problemas de derecho transitorio. La Sección de Admisión de la Sala Tercera del Tribunal Supremo (denominada «Sección de Admisión»), mediante Acuerdo de julio de 2016, ha indicado que la nueva regulación se aplicará a las sentencias y autos susceptibles de recurso de casación que tengan fecha de 22 de julio de 2016 en adelante, mientras que las sentencias y autos pronunciados con anterioridad al 22 de julio de 2016 se rigen por la legislación anterior, cualquiera que sea la fecha en que se notifiquen. También ha sido necesaria una nueva organización de la Sala Tercera del TS que ahora queda estructurada en la Sección de Admisión y otras Secciones para dar cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 90.2 LJCA.

B) Motivos de casación e interés casacional objetivo

Con la nueva regulación, el recurso de casación «se limitará a las cuestiones de derecho, con exclusión de las cuestiones de hecho» (art. 87 bis.1). No hay en esto gran novedad. Si acaso se radicaliza la sustracción de la valoración de la prueba, ni siquiera cabe cuando se considere gravemente errónea o arbitraria. Pero, dentro de las cuestiones de derecho, el recurso no queda circunscrito a determinados tipos de vulneraciones o vicios: cabe invocar cualquier infracción del ordenamiento jurídico tanto sustantiva como procesal y tanto de ley como de jurisprudencia (art. 88.1).

La extensión de la casación a todas las cuestiones de derecho supone un cambio drástico respecto a la situación anterior en la que no se podía alegar cualquier infracción del ordenamiento, sino sólo las que cupieran en el elenco de los motivos de casación agrupados en los cuatro apartados del anterior artículo 88.1 LJCA. La adecuación perfecta de los recursos de casación a cada uno de esos motivos fue exigida severamente por el TS para inadmitir o desestimar las casaciones con una jurisprudencia rigurosa y formalista, sólo tímidamente cuestionada por el TC (entre las más recientes SSTC 7, 82, 85 y 179/2015). No procede enzarzarse ahora en esa difícil y sutil jurisprudencia puesto que ha desaparecido su base.

La infracción del ordenamiento puede ser de cualquier norma, principio, jurisprudencia...

En cuanto a la vulneración de normas se alude reiteradamente a que sean estatales o europeas, con exclusión de las autonómicas. Pero con ello sólo se persigue circunscribir la casación ante el TS y respetar la competencia de los TSJ para conocer de casaciones por infracción de normas autonómicas, a lo que luego se aludirá. Entre las normas estatales cuya infracción puede alegarse en este recurso está desde luego la Constitución, como deja claro el artículo 5.4 LOPJ: «En todos los casos en que, según la ley, proceda recurso de casación, será suficiente para fundamentarlo la infracción de precepto constitucional».

Pero, a cambio de esa amplitud en cuanto a las infracciones alegables, el recurso sólo se admitirá si presenta «interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia». Esto ahora es la clave.

Puede, por tanto, que la sentencia recurrida tenga graves errores jurídicos y que, sin embargo, se inadmita el recurso por falta de ese interés casacional objetivo. O, en sentido contrario, que sus errores no hayan conducido en el caso a una grave injusticia pero el recurso sea procedente y se admita porque dé oportunidad al TS para fijar una jurisprudencia que entienda relevante. También puede suceder que, ante idéntico error en la interpretación de la ley, el TS considere que hay interés casacional en un caso y no en los posteriores cuando ya haya fijado una jurisprudencia...

El que haya o no un interés casacional objetivo es, en realidad, algo subjetivo que dependerá de lo que los jueces del TS consideren relevante, atractivo o que les da oportunidad para fijar jurisprudencia. Difícilmente las partes sabrán de antemano cuándo hay tal interés casacional.

La LJCA trata de acotar un cierto marco en el que se desenvuelva apreciación tan insegura y abierta. Lo explica así la Exposición de Motivos de la LO 7/2015: «[...] se diseña un mecanismo de admisión de los recursos basado en la descripción de los supuestos en los que un asunto podrá acceder al Tribunal Supremo por concurrir un interés casacional. Así, la Sala de casación podrá apreciar que en determinados casos existe interés casacional objetivo, motivándolo expresamente en el auto de admisión.

El recurso deberá ser admitido en determinados supuestos, en los que existe la presunción de que existe interés casacional objetivo». Pero no es demasiado lo que concreta y avanza su articulado que a este respecto es mucho más inconcreto que el artículo 477.3 LEC.

Según el artículo 82.2 LJCA,

«el Tribunal de casación *podrá* apreciar que existe interés casacional objetivo, *motivándolo* expresamente en el auto de admisión, cuando *entre otras circunstancias*, la resolución que se impugne:

a) Fije, ante cuestiones sustancialmente iguales, una interpretación de las normas de Derecho estatal o de la Unión Europea en las que se fundamenta el fallo contradictoria con la que otros órganos jurisdiccionales hayan establecido.

b) Siente una doctrina sobre dichas normas que pueda ser gravemente dañosa para los intereses generales.

c) Afecte a un gran número de situaciones, bien en sí misma o por trascender del caso objeto del proceso.

d) Resuelva un debate que haya versado sobre la validez constitucional de una norma con rango de ley, sin que la improcedencia de plantear la pertinente cuestión de inconstitucionalidad aparezca suficientemente esclarecida.

e) Interprete y aplique aparentemente con error y como fundamento de su decisión una doctrina constitucional.

f) Interprete y aplique el Derecho de la Unión Europea en contradicción aparente con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia o en supuestos en que aun pueda ser exigible la intervención de éste a título prejudicial.

g) Resuelva un proceso en que se impugnó, directa o indirectamente, una disposición de carácter general.

h) Resuelva un proceso en que lo impugnado fue un convenio celebrado entre Administraciones Públicas.

i) Haya sido dictada en el procedimiento especial de protección de derechos fundamentales».

Pero lo dicho es bien poco: se trata de unas circunstancias «entre otras», luego no es una lista exhaustiva; cuando se den, simplemente «podrá» verse (pero no obligatoriamente) el interés casacional que, no obstante, habrá que motivar. Por tanto, es una lista sólo orientativa de casos en los que cabe sospechar en principio que se

dará tan huido y enigmático interés casacional. Y, así visto, en poco se diferencia del artículo 88.3 según el cual

«se presumirá que existe interés casacional objetivo:

a) Cuando en la resolución impugnada se hayan aplicado normas en las que se sustente la razón de decidir sobre las que no exista jurisprudencia.

b) Cuando dicha resolución se aparte deliberadamente de la jurisprudencia existente al considerarla errónea.

c) Cuando la sentencia recurrida declare nula una disposición de carácter general, salvo que ésta, con toda evidencia, carezca de trascendencia suficiente.

d) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los organismos reguladores o de supervisión o agencias estatales cuyo enjuiciamiento corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo de la Audiencia Nacional.

e) Cuando resuelva recursos contra actos o disposiciones de los Gobiernos o Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas.

No obstante, en los supuestos referidos en las letras a), d) y e) el recurso podrá inadmitirse por auto motivado cuando el Tribunal aprecie que el asunto carece manifiestamente de interés casacional objetivo para la formación de jurisprudencia».

En suma, el TS decidirá con un margen amplio de apreciación cuando hay o no interés casacional objetivo.

Por ello será útil conocer el contenido de los autos de admisión del TS, cuya publicación se refuerza. En efecto, el artículo 90.7 LJCA obliga a publicarlos en la página web del Tribunal Supremo y en el *BOE* con periodicidad semestral. En concreto, por primera vez el 13 de marzo de 2017 se hace público el listado de recursos de casación admitidos a trámite durante el semestre julio 2016-febrero 2017, y el resultado es magro: veinte recursos admitidos.

C) Resoluciones recurribles, legitimación y pretensiones

La regla general es que sólo se pueden recurrir en casación las resoluciones contra las que no quepa desde el principio ningún otro recurso (si es posible apelación, habrá que interponer ese recurso, no el de casación; si se dejó pasar el plazo de apelación, tampoco cabrá casación). Pero, aun así, no todas las resoluciones contra las que no quepa otro recurso son

recurribles en casación.

Concreta las sentencias recurribles en casación el artículo 86 LJCA. Lo son siempre las dictadas en única instancia o en apelación por la AN y por los TSJ. No lo son las dictadas en única instancia por los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo, salvo si contienen doctrina que se repute gravemente dañosa para los intereses generales y sean susceptibles de extensión de efectos. Se exceptúan las dictadas en el proceso para la protección del derecho fundamental de reunión y en los contencioso-electorales (art. 86.2). Las resoluciones del Tribunal de Cuentas en materia de responsabilidad contable serán susceptibles de recurso de casación en los casos establecidos en su Ley de Funcionamiento (art. 86.4). También son recurribles en casación algunos autos (art. 87; fundamentalmente los de la AN y TSJ que declaren la inadmisión del recurso contencioso-administrativo y los que se pronuncien sobre medidas cautelares).

Ya no se exige que la cuantía del recurso supere un determinado importe.

Hasta ahora se exigía, como regla general, cuantía superior a 600.000 euros (antiguo art. 86.2 LJCA). El cambio es coherente con el nuevo sistema basado en el acceso al recurso por el interés casacional que, claro está, tiene que ver con la calidad del asunto, no con su cuantía.

Están legitimados todos los que «hayan sido parte en el proceso o debieran haberlo sido» (art. 89.1).

Las pretensiones del recurrente deberán tener por objeto la anulación, total o parcial, de la sentencia o auto impugnado y, en su caso, la devolución de los autos al Tribunal de instancia o la resolución del litigio por la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo dentro de los términos en que apareciese planteado el debate (art. 87.bis.2 LJCA).

Así pues, lo que primeramente se pide al Tribunal de casación es que anule la resolución procesal recurrida. Además, para el caso de que se estime esa primera y fundamental pretensión, se pide, o bien que el mismo TS resuelva el pleito originario estimando las mismas pretensiones que se ejercieron en la instancia o bien que el TS devuelva los autos al Tribunal de instancia para dar a éste nueva oportunidad de pronunciarse sobre ellas. Lo primero debe ser la regla general, como se comprenderá al estudiar el artículo 93 LJCA, al que después nos referiremos.

D) Tramitación y sentencia

— Escrito de preparación (art. 89).

El recurso de casación se preparará ante la Sala de instancia en el plazo de treinta

días contados desde el siguiente al de la notificación de la resolución que se recurre. Este escrito se somete a estrictos requisitos formales y en él debe ya señalarse la infracción que se imputa a la sentencia y fundamentar el interés casacional objetivo. Si el escrito de preparación no se presenta en plazo de treinta días, la sentencia o auto quedará firme.

El Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de 20 de abril de 2016 (*BOE* de 6 julio) establece «a modo de recomendación» reglas sobre la extensión y otras condiciones extrínsecas de estos escritos. Por ejemplo, se señala una extensión máxima de 35.000 caracteres con espacio, equivalente a quince folios.

— Auto de la Sala de instancia declarando preparado, o no, el recurso (art. 89.4 y 5).

Si se cumplen los requisitos del escrito de preparación, la Sala de instancia, mediante auto motivado, tendrá por preparado el recurso de casación, ordenando el emplazamiento de las partes para su comparecencia dentro del plazo de treinta días ante la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, así como la remisión a ésta de los autos y del expediente administrativo. Se permite además que este auto contenga «opinión sucinta y fundada» sobre el interés casacional. Si el escrito de preparación no reúne los requisitos se dictará auto declarando «no preparado el recurso».

— Resolución del TS (auto o providencia) sobre admisión o inadmisión del recurso (art. 90).

Normalmente sin dar audiencia a las partes, se declarará la admisión o inadmisión por una Sección específica de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS atendiendo especial, aunque no exclusivamente, a la existencia de interés casacional. Si lo aprecia precisará «la cuestión o cuestiones en las que se entiende que existe» tal interés. Además, identificará «la norma o normas jurídicas que en principio serán objeto de interpretación». Ni la admisión ni la inadmisión son recurribles de ninguna forma.

— Escritos de interposición del recurso y de oposición al recurso; y vista (art. 92).

En el escrito de interposición el recurrente desarrollará sus argumentos (infracción en que incurre la sentencia, concreta norma o jurisprudencia vulnerada...) y precisará sus pretensiones. Se mantienen, pues, las fases de preparación e interposición del recurso, en vez de unificarlas como se hizo en el orden jurisdiccional civil (art. 477 LEC de 2000, modificado por la Ley 37/2011). Además, debe llamarse la atención del formalismo que se exige al escrito de interposición cuyos defectos permiten dictar sentencia de inadmisión tras audiencia a las partes (art. 92.4). Del escrito de interposición se da traslado a las demás partes personadas para que formulen su oposición en plazo de treinta días. Tras ello, puede haber vista o procederse sin más a

dictar sentencia.

Según el artículo 87.bis LJCA la Sala de Gobierno del TS puede determinar «la extensión máxima y otras condiciones extrínsecas, incluidas las relativas a su presentación por medios telemáticos, de los escritos de interposición y de oposición de los recursos de casación». En su virtud, el ya citado Acuerdo de la Sala de Gobierno del TS de 20 de abril de 2016 (*BOE* de 6 julio) establece esas reglas obligadas (aquí no se trata de meras recomendaciones). Por ejemplo, se dice que no pueden superar los 50.000 caracteres con espacio, equivalente a veinticinco folios.

— Sentencia (art. 93).

De acuerdo con el sentido que ahora se da a la casación, lo que sobre todo debe declarar la sentencia es «la interpretación de aquellas normas...»; en suma, fijar jurisprudencia. Por lo demás, si desestima el recurso, confirmará la resolución impugnada y nada más deberá hacer la sentencia de casación: seguirá siendo la resolución impugnada la que dé respuesta a las pretensiones originarias de las partes; el asunto quedará definitivamente resuelto por la resolución impugnada, no por la sentencia de casación. Por el contrario, si la sentencia de casación estima el recurso, anulará la resolución impugnada y será necesaria una nueva que resuelva el pleito originario. Ante ello, se abren dos posibilidades al TS: resolver todo por sí mismo o reenviar el asunto al Tribunal de instancia.

La regla general es que el TS resuelva sobre todas las pretensiones originarias mediante una sentencia que, por tanto, hará innecesaria una nueva sentencia del Tribunal de instancia (casación sin reenvío). En ese caso, el TS puede «integrar en los hechos admitidos como probados por la Sala de instancia aquellos que, habiendo sido omitidos por ésta, estén suficientemente justificados según las actuaciones...». En cuanto el TS resuelve sobre el pleito originario sin reenvío no actúa propiamente como tribunal de casación, sino como un tribunal ordinario. Aun así, es la solución preferible para no demorar más el desenlace definitivo del pleito. Pero cabe también que el TS devuelva el asunto al Tribunal de instancia y le ordene «la retroacción de actuaciones a un momento determinado del procedimiento de instancia para que siga el curso ordenado por la ley hasta su culminación». Esta casación con reenvío es una opción que la ley configura como excepcional; de hecho, exige que el TS «justifique su necesidad», es decir, que sólo procede cuando por cualquier causa (p. ej., defectos formales en el proceso que le impiden tener el conocimiento necesario) no pueda resolver todos los extremos. También debe proceder así si el TS anula la resolución recurrida por entender que la jurisdicción contencioso-administrativa no tiene competencia o que no la tenía el concreto Tribunal que conoció en instancia.

En cuanto a las costas del recurso de casación, la sentencia dispondrá que cada parte abone las causadas a su instancia y las comunes por mitad. No obstante, podrá

imponerlas a una sola de ellas cuando la sentencia aprecie que ha actuado con mala fe o temeridad. Por el contrario, recordemos que en los procesos en única o primera instancia se imponen las costas a la parte a la que le hayan sido rechazadas todas las pretensiones (art. 139 LJCA).

E) Casación ante los Tribunales Superiores de Justicia

Todo lo expuesto parte de que la resolución del recurso de casación corresponde al TS que es, además, predominantemente un tribunal de casación. Sólo él, en concreto su Sala Tercera, como órgano único en la nación y superior de todo el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, puede conseguir uniformar las soluciones de todos los órganos de este orden y establecer jurisprudencia de valor general. Y por ello los artículos 86 y siguientes LJCA se refieren concreta y reiteradamente a la Sala de lo Contencioso-Administrativo del TS, como si fuera el único que conoce de la casación.

Sin embargo, se ha previsto una casación similar ante los TSJ para los casos en que «el recurso se fundare en infracción de normas emanadas de las Comunidades Autónomas».

Además, se ha establecido que contra las sentencias de estos TSJ sólo cabe casación ante el TS si el recurso se funda en infracción de normas estatales o europeas (art. 86.3), no de normas autonómicas. Así tratan de compatibilizarse los artículos 123 y 152.1 CE. Con todo, el recurso de casación ante TSJ por infracción de Derecho autonómico está pobremente regulado en la LJCA y hasta ahora sus precedentes han tenido reducida aplicación. En efecto, antes de la reforma de 2015 se estableció que los TSJ resolvieran los recursos de casación para la unificación de doctrina y en interés de la ley en ellos se debate exclusivamente sobre normas autonómicas. Pero la realidad es dura y no se pliega a las previsiones del legislador. Según la Memoria del TSJ de Andalucía de 2014 sólo hubo cuatro recursos de casación para la unificación de doctrina y ningún recurso en interés de ley frente a los aproximadamente 5.000 procesos contencioso-administrativos de los que conoció. En todo caso, a partir del 22 de julio de 2016, los Tribunales Superiores de Justicia de las CCAA dejan de ser tribunales competentes para enjuiciar los recursos de casación especiales por infracción de Derecho autonómico.

4. RECURSO DE REVISIÓN

El sistema de recursos contra las resoluciones judiciales se cierra con el recurso extraordinario de revisión que ha sido modificado por la LO 7/2015. Se trata de una modalidad clásica, cuya regulación se remite a la LEC en materia de legitimación, plazos, procedimiento y efectos de las sentencias con algunas especialidades fijadas por la LJCA.

La revisión de una sentencia firme será estimada en los siguientes casos: a) si después de pronunciada se recobraren documentos decisivos, no aportados por causa de fuerza mayor o por obra de la parte en cuyo favor se hubiere dictado; b) si hubiere recaído en virtud de documentos que, al tiempo de dictarse aquélla, ignoraba una de las partes haber sido reconocidos y declarados falsos; c) si, habiéndose dictado en virtud de prueba testifical, los testigos hubieren sido condenados por falso testimonio; d) si se hubiere dictado sentencia en virtud de cohecho, prevaricación, violencia u otra maquinación fraudulenta (art. 102.1).

Asimismo se puede interponer recurso de revisión contra una resolución judicial firme cuando el Tribunal Europeo de Derechos Humanos haya declarado que dicha resolución ha sido dictada en violación de alguno de los derechos reconocidos en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y Libertades Fundamentales y sus Protocolos, siempre que la violación, por su naturaleza y gravedad, entrañe efectos que persistan y no puedan cesar de ningún otro modo que no sea mediante esta revisión, sin que la misma pueda perjudicar los derechos adquiridos de buena fe por terceras personas (arts. 5 bis LOPJ y 102.2 LJCA).

V. LA EJECUCIÓN DE LAS SENTENCIAS

1. EVOLUCIÓN Y PRESUPUESTOS CONSTITUCIONALES

Con acierto la Exposición de Motivos de la LJCA recuerda que la ejecución de las sentencias es «desde siempre una de las zonas grises de nuestro sistema contencioso-administrativo». Claro está que el problema se presenta sólo para las sentencias estimatorias (no para las de inadmisión o desestimatorias) que obligan a algún comportamiento de la Administración.

Si la sentencia es de inadmisión o de desestimación total no cabe su ejecución. Lo que en su caso procederá, si no estaba hecha, es la ejecución del acto administrativo impugnado, no la de la sentencia. Esto, sin embargo, se ha visto enturbiado por las SSTC 160/1991, 76/1992 y 174/1993 que parecen creer que, cuando hay sentencia confirmatoria del acto impugnado, será aquélla, y no éste, lo que habrá que ejecutar. Pero ello no es exacto. A lo sumo lo que cabe aceptar (y es lo que directamente perseguían esas SSTC) es que, si para la ejecución de ese acto es necesario entrar en un domicilio, no será necesaria la autorización judicial puesto que ya ha habido una sentencia. Aunque esto se admita, sigue siendo cierto que en tales hipótesis (y más todavía en el de las sentencias de inadmisión) lo que se ejecuta es el acto administrativo impugnado, no la sentencia. Así que, en suma, centrémonos en la ejecución de sentencias estimatorias.

Las dificultades para la ejecución de estas sentencias tienen hondas raíces asentadas en privilegios clásicos de la Administración y en su peculiar relación con los tribunales.

Aunque nunca se cuestionó que también para ésta era obligatorio cumplir las sentencias, en principio se trataba de un deber sin respaldo coercitivo o, al menos, sin respaldo suficiente. Paulatinamente se introdujeron mecanismos tendentes a asegurar la ejecución pero con restricciones capitales que incluso se pretendía fundar en la división de poderes. Por una parte, la consideración de que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas era competencia de la propia Administración (autoejecución administrativa de sentencias como complemento de la autotutela administrativa), no de los órganos jurisdiccionales (la judicialización de nuestro contencioso no alcanzó a la ejecución de las sentencias). Por otra, la imposibilidad de que los tribunales sustituyeran a la Administración dictando actos administrativos. Por último, la inembargabilidad de los derechos y bienes públicos. Junto a ello, se reconocían a la Administración amplias facultades para acordar la suspensión o simple inejecución de sentencias así como la expropiación de los derechos declarados en la sentencia. Todo ello conducía a una situación insatisfactoria. Contra esta situación, que no era exclusiva de España, se luchó en cada país por distintas vías: o bien radicalmente negando esos privilegios o bien, aceptándolos, pero estableciendo medios complementarios que llevaran a la Administración a la ejecución. La LJCA de 1956 emprendió esta segunda vía: mantenía que la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas era competencia de la Administración pero al menos admitía que los jueces, a instancia de parte, podían tomar medidas para «promoverla y activarla», lo que se completaba con otras previsiones que indirectamente trataban de forzar el cumplimiento. Aun así, se mantuvo también intacta la inembargabilidad de los bienes públicos y, con algunas moderaciones, las facultades administrativas de suspensión o inejecución de sentencias y de expropiación de los derechos declarados en ellas.

La CE impuso cambios. Por una parte, el derecho a una tutela judicial efectiva (art. 24) incluye, como desde el principio declaró el TC, el derecho a la ejecución de las sentencias. Por otra, su atribución en exclusiva a los Juzgados y Tribunales de la potestad jurisdiccional «en todo tipo de procesos juzgando y *haciendo ejecutar lo juzgado*» (art. 117.3) entrañaba que también en los procesos contencioso-administrativos habían de tener la potestad de ejecución de sus sentencias.

Con esa base constitucional se desarrolló una jurisprudencia audaz pero prudente que, sin declarar inconstitucionales los preceptos de la LJCA de 1956, los reinterpreto potenciando todas sus virtualidades y desactivando parte de sus limitaciones. Además, finalmente, se declaró inconstitucional la inembargabilidad de todos los bienes públicos, circunscribiéndola a algunos (STC 166/1998, de 15 de julio, solución que ahora recoge el art. 30.3 LPAP y que se estudiará en las lecciones sobre bienes

públicos, Tomo III) y la LOPJ de 1985 suprimió la potestad administrativa de suspensión e inexecución de sentencias. En síntesis, la CE impulsó la profundización en la vía de establecer mecanismos que, sin romper formalmente con la autoejecución de las sentencias, aseguraran su cumplimiento.

La LJCA de 1998 abordó ya una adecuación positiva y plena de la regulación de la ejecución de las sentencias a las previsiones constitucionales.

Su Exposición de Motivos es elocuente: «El punto de partida reside en la imperiosa obligación de cumplir las resoluciones judiciales [...] y en la potestad de los órganos judiciales de hacer ejecutar lo juzgado, que la propia Constitución les atribuye. Prescripciones que entroncan directamente con el derecho a la tutela judicial efectiva, ya que [...] ese derecho no se satisface mediante una justicia meramente teórica, sino que conlleva el derecho a la ejecución puntual de lo fallado en sus propios términos. La negativa, expresa o implícita, a cumplir una resolución judicial constituye un atentado a la Constitución frente al que no caben excusas».

El punto de partida es ahora exactamente el contrario a la regulación clásica: «La potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Juzgados y Tribunales de este orden jurisdiccional [...]» (art. 103.1 LJCA).

El significado de este precepto, aparentemente obvio, se evidencia comparándolo con el equivalente de la LJCA de 1956: «La ejecución de las sentencias corresponderá al órgano que hubiese dictado el acto o disposición objeto del recurso».

Pese a todo, la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración no deja de presentar peculiaridades y dificultades, no ya por una posición torcida y contumaz de la Administración, sino porque entran en juego intereses generales y singularidades obedientes a diversas razones (la continuidad de los servicios públicos, los principios de legalidad presupuestaria, la resistencia a que los jueces sustituyan a la Administración en su discrecionalidad y en otras actividades, etc.). Por todo ello, la regulación de la ejecución de sentencias en la LJCA tiene reglas en parte distintas de las de otras jurisdicciones y cierta complejidad, agravada por una sistemática legal oscura.

2. CUMPLIMIENTO DE LA SENTENCIA POR LA ADMINISTRACIÓN

Lo que ahora corresponde a la Administración es cumplir la sentencia, porque ella, como todas las partes, está obligada a cumplirla (art. 118 CE y art. 103.2 LJCA). Lo enfatiza el artículo 104.1: la Administración ha de llevar la sentencia «a puro y debido efecto» y practicar todo lo que «exija el

cumplimiento de las declaraciones contenidas en el fallo».

Este deber de cumplimiento por parte de la Administración comporta negarle su tradicional posibilidad de suspender el fallo y de declarar su inejecución total o parcial (art. 105.1). Y, con más razón, negarle la posibilidad de cualquier actuación contraria a lo fallado. Esto último tiene refuerzos enérgicos en los artículos 103.4 y 108 LJCA: el primero establece que «serán nulos de pleno derecho los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de la sentencia que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», supuesto de nulidad al que ya nos referimos en la lección 3; y el segundo prácticamente asimila a una vía de hecho las actuaciones administrativas contrarias al fallo.

El deber de cumplir la sentencia comienza cuando sea firme y así se lo haya comunicado el LAJ. Ha de cumplirla en el plazo de dos meses [art. 104; pero en la misma sentencia o en momento posterior puede fijarse plazo distinto, arts. 71.1.c), 104.3, 106 y 109.1.b)]. En ese plazo, si la sentencia condena a la Administración a dictar un acto, la Administración debe dictarlo; si tiene que cesar en una actividad, cesar; si tiene que hacer una prestación, hacerla; si tiene que pagar una cantidad, pagarla. Para este último supuesto hay previsiones que incluyen eventualmente la necesidad de modificaciones presupuestarias (art. 106.1) y de incremento en el interés legal del dinero (art. 106.2).

Como, incluso aunque haya intención de cumplimiento, puede resultar dudosa la forma de proceder, el artículo 109 LJCA permite a la misma Administración, así como a «las demás partes procesales y las personas afectadas por el fallo, mientras no conste... la total ejecución de la sentencia, promover *incidente* para decidir, sin contrariar el fallo, cuantas cuestiones se planteen» (entre otras, «medios con los que ha de llevarse a efecto y procedimiento a seguir») lo que, tras dar audiencia a las otras partes, se resolverá por auto.

3. EJECUCIÓN FORZOSA

Transcurrido el plazo de cumplimiento de la sentencia sin que se haya producido, «cualquiera de las partes y personas afectadas podrá instar su ejecución forzosa» (art. 104.2 LJCA).

Naturalmente es necesario que la sentencia sea firme. Si no lo es, ni siquiera habrá

comenzado el deber de cumplimiento. No obstante, se admite la llamada ejecución provisional de sentencias no firmes (recurridas en apelación o casación, arts. 84 y 91) que es asimilable a una medida cautelar (vid. *infra*) aunque con régimen especial.

Nótese que se da legitimación no sólo a quienes hayan sido partes, sino a todas las personas afectadas. En esa dirección, ante una incorrecta ejecución de sentencia, la STC 4/1985 otorgó amparo a quien no había sido parte en el proceso.

Para la ejecución forzosa, que compete al mismo órgano judicial que conoció del asunto en primera o única instancia (arts. 7.1 y 103.1 LJCA), y para lo que puede pedir la colaboración de todas las personas públicas y privadas (art. 118 CE y art. 103.3 LJCA), tienen los Juzgados y Tribunales, por lo pronto, cuando se hubiere condenado al pago de cantidad líquida, la posibilidad de apremio con embargo de dinero y bienes públicos (salvo los protegidos por la inembargabilidad que todavía rige para muchos de ellos, art. 30.3 LPAP), así como incrementar en dos puntos el interés legal devengado si observa falta de diligencia (art. 106.3 LJCA). Si se incumple la sentencia que condenó a la Administración a realizar una determinada actividad o a dictar un acto, puede «ejecutar la sentencia a través de sus propios medios o requiriendo la colaboración de las autoridades y agentes de la Administración condenada o, en su defecto, de otras Administraciones Públicas», así como «adoptar las medidas necesarias para que el fallo adquiera la eficacia que, en su caso, sería inherente al acto omitido, entre las que se incluye la ejecución subsidiaria con cargo a la Administración» (art. 108.1 LJCA). Y los jueces pueden además imponer a las autoridades, funcionarios y agentes que incumplan los requerimientos judiciales multas coercitivas de entre 150 y 1.500 euros y reiterarlas hasta conseguir la completa ejecución [art. 112.a) LJCA]. Ello sin perjuicio de deducir testimonio para exigir responsabilidad penal [art. 112.b) LJCA en relación, sobre todo, con el art. 410 CP, que tipifica la conducta de «autoridades o funcionarios públicos que se negaren abiertamente a dar el debido cumplimiento a resoluciones judiciales», y el art. 411 CP].

El panorama hay que completarlo con los artículos 103.5 y 108.2 LJCA. Recordábamos antes que los actos y reglamentos contrarios a la sentencia y dictados con el propósito de incumplirla son nulos de pleno derecho. Pues bien, el artículo 103.5 añade que esa declaración de nulidad podrá pedirse por el interesado y acordarse por los jueces en la misma ejecución de la sentencia sin tener que seguir los cauces generales. Asimismo hemos dicho que son ilegales las actuaciones contrarias a lo fallado. Lo que hay que destacar es que el mismo artículo 108.2 añade que los jueces en ejecución de

sentencia pueden declararlo, ordenar la reposición al estado exigido por el fallo y condenar a indemnizar los daños y perjuicios. Todo ello, por tanto, sin tener que seguir un nuevo proceso declarativo.

Del conjunto, y especialmente del artículo 108.1, se deducen unos poderes judiciales muy amplios que admiten fórmulas muy diversas, innominadas o atípicas para conseguir la ejecución forzosa de los más variados fallos ante las más diversas circunstancias.

4. IMPOSIBILIDAD DE EJECUTAR LA SENTENCIA, EXPROPIACIÓN Y OTRAS MATIZACIONES

Pese a todos los esfuerzos por garantizar la plena ejecución de las sentencias, la LJCA admite algunas matizaciones, que no propiamente excepciones.

Por lo pronto, hay supuestos en los que puede resultar imposible ejecutar una sentencia en sus propios términos. Entonces se ejecutará, pero de forma distinta: habrá que adoptar «las medidas necesarias que aseguren la mayor efectividad de la ejecutoria, fijando, en su caso, la indemnización que proceda por la parte que no pueda ser de cumplimiento pleno» (art. 105.1 LJCA). Esa imposibilidad, que puede ser «material o legal», no puede declararla por sí misma la Administración. Lo que puede hacer es exponerlo al Juzgado o Tribunal para que éste, tras audiencia a los interesados, decida si concurre realmente tal imposibilidad y, si lo entiende así, la forma de ejecución sustitutoria que proceda.

Se trata de una ejecución sustitutiva o alternativa admitida por el TC. Así, dijo en su sentencia 194/1991 que tan constitucional es la ejecución en la que se dé identidad total entre ella y lo fallado como la que, por razones atendibles, sustituya la condena por su equivalente pecuniario. Con todo, no puede dejar de reconocerse que en muchas ocasiones es una forma frustrante de ejecución que no produce una satisfacción real de las pretensiones de las partes.

Aunque pueda parecer sorprendente, no es tan simple determinar cuándo hay esta imposibilidad de ejecución, entre otras razones porque las más de las veces, más que una imposibilidad absoluta, lo que hay es graves inconvenientes para el interés general y, sobre todo, para la continuidad de los servicios públicos.

La imposibilidad legal de ejecución de la sentencia en sus propios términos y, por tanto, la procedencia de una ejecución sustitutiva, puede derivar de un cambio en el ordenamiento y éste, a su vez, puede haberlo

introducido la misma Administración condenada (p. ej., modificando el reglamento o el plan de urbanismo que aplicó la sentencia). Estas modificaciones no son siempre ilegales y, en efecto, pueden dar lugar a que se produzca una imposibilidad de ejecución de sentencia. Pero, si los tribunales detectan que la modificación normativa se ha hecho con el propósito de incumplir la sentencia, pueden declararla nula —y lo han hecho— conforme al artículo 103.4 y 5 LJCA. Caso típico es éste: una sentencia anula una licencia de obras por ser contraria al plan urbanístico vigente y condena a la demolición del edificio; pero después la Administración modifica el plan y ahora lo edificado es conforme con ese nuevo plan; la Administración y el propietario del edificio alegarán la imposibilidad legal de ejecutar la sentencia en sus propios términos (es decir, de la demolición porque es absurdo demoler lo que ahora podría construirse legalmente); y el juez tendrá que analizar si se ha modificado el plan sólo con la intención de incumplir la sentencia (en cuyo caso lo anulará y ordenará la efectiva demolición) o si se ha modificado por otras razones (en cuyo caso admitirá la validez de esa modificación del plan y la improcedencia de la demolición).

También es discutible si las convalidaciones legislativas (de las que hablamos en la lección 3) de actos y reglamentos declarados nulos por sentencias pueden ser inconstitucionales por oponerse al derecho a la ejecución de sentencias y, por ende, al derecho a la tutela judicial efectiva.

En segundo lugar, se admite la expropiación de los derechos o intereses legítimos reconocidos en la sentencia frente a la Administración.

Nos ocuparemos de la expropiación en el Tomo III. Baste aquí señalar que el artículo 105.3 LJCA prevé esta expropiación con muchas singularidades. Por lo pronto, sólo se admiten reducidísimas y valiosísimas causas de utilidad pública o de interés social para esta expropiación: el peligro cierto de alteración grave del libre ejercicio de los derechos y libertades de los ciudadanos, el temor fundado de guerra o el quebranto de la integridad del territorio nacional. Por otra parte, la declaración de la concurrencia de estas causas se debe hacer por el Gobierno de la Nación (excepcionalmente por los Consejos de Gobierno autonómicos). Finalmente, la correspondiente indemnización no se fija por los trámites normales, sino directamente por el juez competente para la ejecución.

En tercer lugar, para el caso de que se haya condenado a la Administración al pago de cantidad y el cumplimiento produjere «trastorno grave a su Hacienda», podrá acordarse un «modo de ejecutar la sentencia en la forma que sea menos gravosa para aquélla» (art. 106.4 LJCA).

Por último, la LO 7/2015 ha introducido una nueva moderación a la ejecución de

sentencias en favor de terceros que pueden verse perjudicados: «El Juez o Tribunal, en los casos en que, además de declarar contraria a la normativa la construcción de un inmueble, ordene motivadamente la demolición del mismo y la reposición a su estado originario de la realidad física alterada, exigirá, como condición previa a la demolición, y salvo que una situación de peligro inminente lo impidiera, la prestación de garantías suficientes para responder del pago de las indemnizaciones debidas a terceros de buena fe» (art. 108.3 LJCA). La STS 1409/2017, de 21 de septiembre, ha explicado que este nuevo artículo 108.3 LJCA no comporta una causa de imposibilidad de ejecutar las sentencias que acuerdan demoliciones sino que lo que hace es dar al juez poderes adicionales para conseguir que la ejecución de la sentencia, que sigue siendo posible y obligatoria, se realice sin «causar efectos irreparables en los terceros adquirentes de buena fe». Aun así, es seguro que el precepto, que tiene muchos aspectos oscuros, entraña dificultades para llevar a término las demoliciones.

VI. PROCEDIMIENTOS ESPECIALES

Establece la LJCA, en su Título V cinco procedimientos especiales. Los dos primeros tienen una relevancia general que justifica prestarles aquí más atención. Los otros tres están relacionados con aspectos mucho más concretos y conectados con regulaciones materiales específicas.

1. PROCEDIMIENTO PARA LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES

La misma CE, en su artículo 53.2, impone que los derechos fundamentales consagrados en sus artículos 14 a 29 tengan (además del recurso de amparo ante el TC) medios de tutela específicos ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad. Esa previsión constitucional es la que cumple, para el contencioso-administrativo, este procedimiento regulado en el Capítulo I del Título V (arts. 114 ss.) de la LJCA.

Inicialmente se reguló por la Ley 62/1978, de 26 de diciembre, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona, que establecía una garantía contencioso-administrativa, junto a otras civil y penal. Tras dos décadas de vigencia, la LJCA de 1998 derogó los artículos de esa Ley sobre contencioso-administrativo («cuyo carácter restrictivo ha conducido, en la práctica, a un importante deterioro de esta vía procesal», dice la Exposición de Motivos de la LJCA) e introdujo algunos cambios relevantes. Además de la regulación de este procedimiento para la protección en general de los derechos fundamentales, contiene

un precepto específico para la tutela de algunos aspectos del derecho de reunión (art. 122). También incluye —añadido por una Ley de 2011 sobre Servicios de la Sociedad de la Información— unos procedimientos para la obtención de autorización judicial cuando la Administración, con la finalidad de proteger la propiedad intelectual en Internet, exija ciertos datos o el cese de actividades de los operadores con afectación de los derechos fundamentales del artículo 20 CE (art. 122 bis LJCA). Esto último, sin embargo, se aleja bastante del resto del capítulo y tiene que ver, más bien, con un procedimiento administrativo en el que se requiere una autorización judicial como límite a la autotutela administrativa (según se apuntó ya en la lección 6 del Tomo I). Nos limitaremos aquí a exponer los grandes rasgos del procedimiento de protección de los derechos fundamentales.

Este procedimiento especial es, como ordena la CE, preferente (es decir, que su tramitación tiene prioridad respecto a los ordinarios) y sumario. Esta sumariedad suele entenderse como sinónimo de urgencia (de hecho, se acortan los plazos, se prescinde de algunos trámites, etc.); pero sobre todo significa, en su acepción técnica, limitación de las alegaciones y razones de estimación que aquí, en efecto, están constreñidas a la vulneración de ciertos derechos fundamentales (los mismos protegidos por el recurso de amparo) sin que puedan invocarse otros motivos de invalidez.

Pero, que exista un procedimiento contencioso-administrativo especial para la protección de los derechos fundamentales, no significa que esos mismos derechos no puedan ser invocados y protegidos en el procedimiento ordinario. Además, tanto aquél como éste permitirán después, en su caso, el recurso de amparo ante el TC. Así, quien entienda lesionado un derecho fundamental por una actuación administrativa puede optar por el recurso ordinario o por el especial o, incluso, por seguir ambos simultánea o sucesivamente (STS de 1 de junio de 2015, casación 956/2014, FJ 4.º). Lo ha estudiado recientemente y con acierto Bueno Armijo que, no obstante, aclara que, conforme a la jurisprudencia, «la interposición de uno de estos recursos no suspende los plazos para interponer el otro». La estimación del recurso especial dejará sin objeto al ordinario. Pero la desestimación de aquél no impedirá que prospere éste por motivos distintos a los allí rechazados. O sea, que la sentencia del recurso especial tiene limitada su fuerza de cosa juzgada.

No hay especialidades en cuanto a las partes y su legitimación, aunque aquí, además, tiene intervención el Ministerio Fiscal (arts. 117.2 y 119). Tampoco hay especialidades en cuanto a la actividad impugnabile (actos, silencio, reglamentos, inactividad, vía de hecho) ni en lo que atañe a las pretensiones (anulatoria, restablecimiento de situación jurídica individualizada, indemnizatoria: arts. 31 y 32), pero sólo en tanto que tengan por fin preservar el derecho fundamental supuestamente vulnerado (art. 114.2 LJCA). Está ahí su singularidad cardinal.

Por tanto, este procedimiento está efectivamente constreñido a la protección de los derechos fundamentales tanto porque sólo se puede alegar su vulneración (no otros vicios de la actividad impugnada; no, según suele decirse, «cuestiones de legalidad ordinaria») como por el hecho de que las pretensiones únicamente pueden aspirar al restablecimiento de tales derechos. Pero eso no impide alegar normas infraconstitucionales cuando las leyes o los reglamentos sean necesarios para comprobar que se ha violado el derecho constitucional. Frente a una jurisprudencia que lo negaba, la LJCA, como dice su Exposición de Motivos, «pretende superar [...] la rígida distinción entre legalidad ordinaria y derechos fundamentales, por entender que la protección del derecho fundamental o libertad pública no será factible, en muchos casos, si no se tiene en cuenta el desarrollo legal de los mismos». Es esto lo que plasma en su artículo 121.2 al que luego nos referimos.

El plazo para interponer este recurso es de diez días, más breve que el ordinario de dos meses.

Ese plazo se computa, según los casos, desde el día siguiente al de notificación del acto, publicación de la disposición impugnada, requerimiento para el cese de la vía de hecho, o transcurso del plazo fijado para la resolución, sin más trámites. Cuando la lesión del derecho fundamental tenga su origen en la inactividad administrativa, o se hubiera interpuesto potestativamente un recurso administrativo, o, tratándose de una actuación en vía de hecho, no se hubiera formulado requerimiento, el plazo de diez días se iniciará transcurridos veinte días desde la reclamación, la presentación del recurso o el inicio de la actuación administrativa en vía de hecho, respectivamente (art. 115.1 LJCA).

De esta regulación del plazo parece inferirse que no es necesario agotar la vía administrativa, a diferencia del proceso ordinario, lo que constituye una ventaja para el recurrente que estaba más claramente plasmada en la ley anterior.

También hay diferencias en el escrito de interposición respecto al proceso ordinario pues aquí «expresará con precisión y claridad el derecho o derechos cuya tutela se pretende y, de manera concisa, los argumentos sustanciales que den fundamento al recurso» (art. 115.2 LJCA).

Adquiere relevancia el trámite de admisión que puede ser denegada, además de por las razones generales, por «inadecuación de procedimiento» (art. 117.3). Ahora bien, una reiterada jurisprudencia, de la que es reciente expresión la STS de 25 de marzo de 2015 (casación 1331/2007), subraya que el juez debe descartar un especial rigor en el examen de los requisitos procesales para no anticipar la solución de fondo.

De acuerdo con su carácter urgente, como se adelantó, hay una reducción de

trámites y plazos en todas sus fases: plazo de cinco días para que el órgano administrativo remita el expediente, emplazando a todos los interesados (art. 116 LJCA); en la fase de inadmisión (art. 117 LJCA); en la de demanda y contestación, que deben hacerse en ocho días (arts. 118 y 119 LJCA); en lo relativo a la prueba (art. 120); y, en cuanto a la sentencia, que debe dictarse en cinco días (art. 121.1). Además, para este procedimiento se considera hábil el mes de agosto y cabe eventualmente habilitar días inhábiles (art. 128.2 y 3).

No prevé la actual regulación especialidades en cuanto a las medidas cautelares.

En esto se diferencia de la regulación anterior de 1978 que estableció la regla general, con matizaciones, de la suspensión del acto impugnado por este cauce. Era, incluso, una de sus principales ventajas que ahora ha desaparecido por completo.

La sentencia «estimaré el recurso cuando la disposición, la actuación o el acto incurra en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder, y como consecuencia de la misma vulneren un derecho de los susceptibles de amparo» (art. 121.2 LJCA). Aquí se comprueba, como ya vimos, la necesidad de que exista una vulneración de los derechos fundamentales, y no sólo ilegalidades ordinarias. Pero se comprueba también que este proceso no está por completo cerrado a la consideración de normas no constitucionales en tanto que su infracción comporte la vulneración de derechos fundamentales.

Dentro de este procedimiento especial, aún más singularidades presenta el recurso interpuesto contra los actos de prohibición o modificación de las reuniones reguladas por la Ley Orgánica del derecho de reunión, recurso que sólo pueden interponer los promotores en las 48 horas siguientes a la notificación y que presenta acentuados los caracteres de urgencia y sumariedad (art. 122 LJCA).

La doctrina cuestiona la adecuación de este proceso especial para su finalidad si se compara con el ordinario o, incluso, más concretamente, con el abreviado, cuya tramitación parece más ágil. Por eso se han planteado propuestas de reforma.

2. LA CUESTIÓN DE ILEGALIDAD

La sentencia que estime un recurso indirecto contra un reglamento (salvo que sea dictada por el TS o por otro Tribunal que también sea competente para conocer del recurso directo contra ese reglamento) sólo declarará en su fallo la anulación del acto que aplicó el reglamento ilegal; la ilegalidad e invalidez de éste se argumentará en la fundamentación jurídica de la sentencia pero no se declarará propiamente en el fallo. Formalmente el reglamento sigue siendo aplicable con los problemas e inseguridad que ello arrastra. Para superar esa situación la LJCA impone al Juzgado o Tribunal

que haya pronunciado esa sentencia estimatoria del recurso indirecto, pero no anulatoria del reglamento, que plantee la cuestión de ilegalidad ante el Tribunal competente para conocer del recurso directo contra el reglamento controvertido. Todo eso, que se desprende del artículo 27 LJCA y que ya ha sido expuesto en la lección anterior, se completa en los artículos 123 a 126 LJCA que regulan ya concretamente la cuestión de ilegalidad como uno de los procedimientos especiales. Es eso lo que ahora nos interesa. Por su nombre, parece guardar esta cuestión de ilegalidad algún parentesco con la cuestión de inconstitucionalidad. Pero son muy notables sus diferencias, no sólo porque aquí no están en entredicho normas con rango de ley, sino meros reglamentos; ni sólo porque aquí todo se resuelve por órganos judiciales, no por el TC. También su mecánica es muy distinta.

El Juez o Tribunal que haya estimado un recurso indirecto contra reglamento debe plantear la cuestión de ilegalidad mediante auto dentro de los cinco días siguientes a la firmeza de la sentencia.

Por tanto, obsérvese, hay una diferencia muy notable con la cuestión de inconstitucionalidad. Ésta debe suscitarse antes de dictar la sentencia correspondiente al proceso del que esté conociendo el órgano judicial y suspende la tramitación de ese proceso; sólo tras pronunciarse el TC podrá continuar aquél y sólo si declara la inconstitucionalidad de la ley controvertida, podrá el órgano judicial tenerla por nula. Por el contrario, el recurso indirecto contra reglamentos se tramita con normalidad y sin suspensión alguna; sólo después de dictar sentencia se plantea esta cuestión de ilegalidad.

En el mismo auto que plantea la cuestión se acuerda emplazar a las partes para que, en el plazo de quince días, puedan comparecer y formular alegaciones. Terminado este plazo de personación y alegaciones, el LAJ declara concluso el procedimiento. La sentencia se debe dictar en los diez días siguientes. No obstante, el Tribunal puede rechazar, en trámite de admisión, mediante auto y sin necesidad de audiencia de las partes, la cuestión de ilegalidad cuando falten las condiciones procesales (art. 125.2 LJCA).

La sentencia estimará o desestimará parcial o totalmente la cuestión (o la declarará inadmisibles, art. 126.1). Pero nunca afectará a la situación jurídica concreta derivada de la sentencia dictada por el Juez o Tribunal que planteó aquélla (art. 125.5).

O sea que, aunque la sentencia de la cuestión decida que el reglamento es legal y válido, quedará intacta la anulación del acto y demás consecuencias declaradas por la sentencia basándose en la supuesta ilegalidad del reglamento que aplicó.

3. PROCEDIMIENTO EN LOS CASOS DE SUSPENSIÓN ADMINISTRATIVA PREVIA DE ACUERDOS

Este procedimiento, regulado en el artículo 127 LJCA, tiene ahora mínima operatividad.

Proviene de la LJCA de 1956. Tenía otrora su ámbito de aplicación por antonomasia en los casos en los que la Administración del Estado podía, en ejercicio de sus potestades de tutela, suspender la eficacia de los actos locales. Entonces, tras ello, recurría el acto suspendido ante la jurisdicción contencioso-administrativa y tal recurso se sustanciaba conforme a este procedimiento especial. Sin embargo, como ya explicamos en la lección 12 del Tomo I, la LRBRL prácticamente suprimió esa potestad de suspensión de acuerdos locales y, en su lugar, estableció que las Administraciones estatal y autonómicas pueden recurrir los acuerdos locales (arts. 65 y 66) y, en su caso, pedir la suspensión para que la acuerden los jueces conforme a las reglas generales de la LJCA. Sólo deja subsistente la potestad administrativa de suspensión en los casos de actos locales que atenten gravemente contra el interés general de España (art. 67 LRBRL) y sólo para ese caso excepcionalísimo resulta aplicable ahora este procedimiento especial. Si acaso, puede también resultar de aplicación cuando alguna ley sectorial prevea esas facultades de suspensión respecto de actos de entes institucionales, corporativos de base sectorial o, excepcionalmente, de alguna Administración territorial, debido a que el art. 127 LJCA alude a «actos o acuerdos de Corporaciones o Entidades públicas».

Para tan reducidos supuestos, este artículo 127 concede un plazo de diez días desde la suspensión para interponer el recurso que ni siquiera requiere formalmente una demanda. El LAJ ha de requerir a la corporación o entidad pública para que remita el expediente administrativo y notifique a cuantos tuvieran interés legítimo en su mantenimiento o anulación la existencia del procedimiento, a efectos de su comparecencia (art. 127.3). Recibido el expediente administrativo, el LAJ lo pondrá de manifiesto a los comparecidos, convocándolos para la vista. No obstante, cabe motivadamente, sustituir el trámite de vista por el de alegaciones escritas y también abrir un período de prueba (art. 127.4). Celebrada la vista o deducidas las alegaciones, se dicta sentencia por la que se anula o confirma el acto o acuerdo objeto del recurso, disponiendo lo que proceda en cuanto a la suspensión (art. 127.5 LJCA).

4. PROCEDIMIENTO PARA LA GARANTÍA DE LA UNIDAD DE MERCADO

El procedimiento para la garantía de la unidad de mercado se regula en los artículos 127 bis, 127 ter y 127 quáter LJCA, añadidos por la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de Garantía de la Unidad de Mercado (LGUM). Su cabal comprensión requiere un análisis de la regulación material de esa Ley y, sobre todo, de la compleja vía administrativa previa que contempla, que no procede aquí. Demos sólo algunas pinceladas sobre sus rasgos más característicos:

— Únicamente puede interponer este recurso especial la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia —CNMC, que es una de esas autoridades administrativas independientes que ya conocemos—, aunque puede hacerlo a petición de otros

sujetos. Además, cualquier operador económico que tuviere «interés directo» en que prospere el recurso puede personarse como «parte recurrente», condición a la que también puede acceder por acumulación de los recursos ordinarios que contra la misma actuación administrativa y por los mismos motivos hubiera interpuesto.

— Sea cual sea la Administración demandada, compete a la Audiencia Nacional.

— Sólo se pueden invocar y sólo se pueden tener en cuenta en la sentencia las violaciones de la libertad de establecimiento y circulación en los términos previstos en la LGUM. Cualquier otro vicio de la actividad administrativa impugnada queda fuera de este proceso y de su sentencia que, por tanto, contraerá a ello su fuerza de cosa juzgada material.

— Si la CNMC solicita la suspensión «se producirá de forma automática». Pero esta suspensión automática ha sido declarada nula por la STC 79/2017, «unicamente en su aplicación a actos o disposiciones de las Comunidades Autónomas».

— Su tramitación es preferente y con plazos más breves que los normales.

5. PROCEDIMIENTO PARA LA DECLARACIÓN JUDICIAL DE EXTINCIÓN DE PARTIDOS POLÍTICOS

La disolución de partidos políticos corresponde a la jurisdicción penal o a la Sala Especial del TS regulada en el artículo 61 LOPJ. Pero la Ley Orgánica 3/2015, de 30 de marzo, de modificación de la de Partidos Políticos, ha previsto además su extinción por motivos formales y de menos sustancia tales como no haber adaptado sus estatutos a las leyes, no presentar sus cuentas durante tres años consecutivos, no haber convocado durante largo plazo su órgano máximo para la renovación de los cargos de gobierno y representación... Para esos supuestos se ha previsto que la Administración del Estado inste de la jurisdicción contencioso-administrativa la declaración de extinción y simultáneamente se ha introducido en la LJCA su artículo 127 *quinquies* con el procedimiento especial por el que se tramitará tal petición. Además de una remisión al procedimiento abreviado y la intervención del Ministerio Fiscal, lo realmente singular es que aquí no hay ninguna actividad administrativa impugnada, sino que la jurisdicción contencioso-administrativa, ahora sin remoto atisbo de carácter revisor, resuelve sobre una pretensión de la Administración contra una entidad privada, el partido político, que —nueva curiosidad— aparece como demandado en esta jurisdicción.

VII. LAS MEDIDAS CAUTELARES

1. FUNCIÓN, IMPORTANCIA PRÁCTICA Y RELEVANCIA CONSTITUCIONAL

Hasta que no se consigue sentencia y se ejecuta (lo que necesita tiempo y, en la práctica, más tiempo del necesario) pueden ocurrir hechos que conviertan en difícil o hasta imposible la exacta ejecución y que, por tanto, hagan baldío todo el proceso. Así, a la larga, incluso con una sentencia favorable, puede que el ciudadano no obtenga una tutela judicial efectiva que satisfaga en su plenitud y con su propio contenido el derecho o interés legítimo cuya protección pidió. Quizás, en su lugar, logre algún beneficio sustitutivo (p. ej., una indemnización), pero no el contenido primigenio de su pretensión.

Para atenuar ese peligro se confiere a los órganos de todas las jurisdicciones la potestad de adoptar medidas cautelares. Características de todas ellas son su instrumentalidad (son medios al servicio de la eficacia del proceso declarativo y del de ejecución) y su provisionalidad (rigen sólo hasta que haya sentencia firme o, en su caso, hasta que se ejecute).

En el contencioso-administrativo las medidas cautelares presentan singular importancia, no sólo por la general lentitud de los procesos, sino por los privilegios administrativos de autotutela. Así, las medidas cautelares se presentan como contrapeso a la autotutela administrativa.

Ya lo apuntamos en el Tomo I, lección 6, cuando hablamos de los límites a la autotutela. Por ella, el principal hecho que puede producirse mientras se tramita el proceso y que haga imposible o muy difícil la ejecución de la sentencia es que la Administración ejecute el acto impugnado. Piénsese, por ejemplo, en un acto administrativo que impone la demolición de un edificio o la expulsión de un extranjero. Como sabemos ya, esos actos se presumen válidos, son ejecutivos y susceptibles de ejecución forzosa. Además, como también nos consta, el mero hecho de que sean recurridos no afecta a nada de ello de modo que, mientras se sustancia el recurso, esos actos siguen siendo obligatorios y pueden ser ejecutados. Es probable que cuando por fin se dicte una sentencia que anule el acto, el daño se haya consumado (el edificio esté derribado, el extranjero esté en su país de origen) y sea muy difícil repararlo. Incluso sin hacer imposible la ejecución de la sentencia, también puede suceder que ésta no restablezca plenamente la situación injusta que creó la ejecución del acto: piénsese en un acto que prohíbe a una persona el ejercicio de su profesión o la apertura de una fábrica; cuando se dicte la sentencia anulatoria será de fácil y plena ejecución pues se podrá ejercer la profesión y abrir el establecimiento fabril. Pero, incluso así, durante todo el tiempo del proceso se ha seguido sufriendo la injusticia de no poder hacerlo.

Para el orden contencioso-administrativo las medidas cautelares están reguladas en el Capítulo II del Título VI de la LJCA (arts. 129 a 136). Por tanto, se incluyen dentro de las «Disposiciones comunes» a los Títulos

anteriores, de modo que esta regulación vale para todos los procedimientos (ordinario, abreviado y especiales).

Esta regulación legal de las medidas cautelares tiene su fundamento en la propia Constitución. Por lo pronto y sobre todo en el derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE: este derecho incluye el derecho a la tutela cautelar. Así lo ha mantenido siempre el TC. En lo contencioso-administrativo se conecta además con el artículo 106.1 CE (control judicial de la actividad administrativa). Ello ha supuesto, de una parte, la inconstitucionalidad de las normas que niegan o reducen drásticamente la posibilidad de adopción judicial de medidas cautelares. Y, de otra, impone una interpretación y aplicación de su regulación legal tendentes a la plenitud de la tutela judicial efectiva.

En cuanto a lo primero, es significativa la STC 238/1992 que declaró inconstitucional un precepto de la Ley 34/1979, de 16 de noviembre, sobre Fincas Manifiestamente Mejorables, que prohibía la suspensión de la ejecución de actos administrativos. Y en cuanto a lo segundo, numerosas SSTC reinterpretaron la regulación de la LJCA de 1956 para hacerla compatible con el artículo 24.1 CE. La misma idea debe inspirar la interpretación de la regulación actual: «Como señala la STC 218/1994, la potestad jurisdiccional de suspensión, como todas las medidas cautelares, responde a la necesidad de asegurar, en su caso, la efectividad del pronunciamiento futuro del órgano judicial; esto es, trata de evitar que un posible fallo favorable a la pretensión deducida quede desprovisto de eficacia. Pero, además, en el proceso administrativo la suspensión cautelar tiene determinadas finalidades específicas, incluso con trascendencia constitucional, y que pueden cifrarse genéricamente en constituir un límite o contrapeso a las prerrogativas exorbitantes de las Administraciones Públicas..., sin la cual sería pura ficción la facultad de control o fiscalización de la actuación administrativa que garantiza el artículo 106.1 CE». En la evolución proclive a las medidas cautelares también ha sido clave la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Son especialmente destacables las Sentencias *Factortame I* de 1990, *Zuckerfabrik*, de 1991, *Atlanta*, 1995. En la primera se afirma que «la necesidad del proceso para obtener la razón no debe convertirse en un daño para el que tiene la razón».

La importancia práctica y relevancia constitucional de las medidas cautelares se refleja en la E. de M. de la LJCA: «El espectacular desarrollo de estas medidas en la jurisprudencia y la práctica procesal de los últimos años ha llegado a desbordar las moderadas previsiones de la legislación anterior, certificando su antigüedad [...] La nueva Ley actualiza considerablemente la regulación de la materia [...] Se parte de la base de que la justicia cautelar forma parte del derecho a la tutela judicial efectiva, tal y como tiene declarado la jurisprudencia más reciente, por lo que *la adopción*

de medidas provisionales que permitan asegurar el resultado del proceso no debe contemplarse como una excepción, sino como una facultad que el órgano judicial puede ejercitar siempre que resulte necesario». Cosa distinta es si esos propósitos se han reflejado correctamente en la regulación y, sobre todo, si los tribunales realizan una aplicación fiel a esa orientación.

2. CONTENIDO DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Respecto al contenido de la medida cautelar, el legislador establece una cláusula general y abierta: «cuantas medidas aseguren la efectividad de la sentencia» (art. 129.1 LJCA). La suspensión de la disposición o acto recurrido no constituye la única medida cautelar posible: cabe cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo, esto es, las que ordenan a la Administración hacer algo o dejar hacer algo al recurrente.

La LJCA de 1956 no preveía más medida cautelar que la suspensión del acto o reglamento cuya anulación se pretendía en el proceso principal. Esto era insuficiente pues de nada servía al recurrente la suspensión cuando su pretensión necesitaba una actuación positiva (así, ante la impugnación del acto denegatorio de una autorización o de la matriculación en la Universidad, la mera suspensión no significa nada). De hecho, incluso bajo la vigencia de la regulación de 1956, se aceptaron otras medidas cautelares de contenido positivo. Hoy, la suspensión como única medida cautelar resultaría aun más pobre ya que el recurso no tiene sólo por objeto la anulación de actos y reglamentos. El cambio lo destaca la E. de M. de la LJCA:

«[...] teniendo en cuenta la experiencia [...] y la mayor amplitud que tiene hoy el objeto del recurso contencioso-administrativo, la suspensión de la disposición o acto recurrido no puede constituir ya la única medida cautelar posible. La Ley introduce ya [...] la *posibilidad de adoptar cualquier medida cautelar, incluso las de carácter positivo*. No existen para ello especiales restricciones [...]».

La suspensión sigue siendo la más usual de las medidas cautelares. Es muy relevante y, además, de ordinario, es suficiente para la protección cautelar del demandante. Pero, junto a ella, caben otras muchas según las necesidades del caso.

No están tipificadas (sistema de *numerus apertus* o de medidas innominadas) y caben y se han aceptado, por ejemplo, la de permitir al recurrente realizar una actividad para la que es necesaria una autorización o disfrutar de una prestación pública o participar en una oposición, así como recuperar una posesión, ordenar el cese de una actividad administrativa o el pago de una cantidad al demandante, etc.; incluso la sustitución de una disposición impugnada por una regulación provisional.

Cosa distinta es que los Tribunales sean poco proclives a su adopción. La LCSP prevé como concreta medida cautelar el pago inmediato de una deuda de la Administración a sus contratistas en determinados supuestos.

La misma medida cautelar puede causar perjuicios o riesgo de inejecución plena de la sentencia desestimatoria (o del acto confirmado por ella), lesionando así los intereses generales o los de terceros. Ante a ello, el artículo 133.1 LJCA establece: «Cuando de la medida cautelar pudieran derivarse perjuicios de cualquier naturaleza, podrán acordarse las medidas que sean adecuadas para evitar o paliar dichos perjuicios. Igualmente podrá exigirse la prestación de caución o garantía suficiente para responder de aquéllos»; mientras no se constituya, no es eficaz la medida cautelar (art. 133.2).

Son las llamadas medidas contracautelares o simplemente contracautelas. Nótese que también aquí se sigue el sistema de la cláusula general o del *numerus apertus* y que, a este respecto, el Juez o Tribunal no está vinculado por lo que pida el actor —que de ordinario solicitará medidas cautelares sin ofrecer contracautela— ni por la contestación de la Administración u otros demandados —que normalmente se opondrán pura y simplemente a la medida cautelar—, sino que puede decidir sobre la imposición de contracautelas y sobre su concreto contenido con libertad en cuanto las considere adecuadas. Junto a las contracautelas innominadas aparece la exigencia de caución o garantía para responder de los daños que se originen a la Administración o a terceros, pero bien puede considerarse que se trata sólo de contracautelas típicas. La posibilidad de acordar contracautelas afecta a todos los aspectos de la tutela cautelar pues no cabe dar o denegar medidas cautelares ni decidir en abstracto sobre su contenido sin tomar en consideración la posible adopción de una contracautela. Pero existe el riesgo, a veces materializado, de que contracautelas muy gravosas (p. ej., cauciones que el demandante no puede afrontar) se conviertan en un impedimento para una tutela cautelar real.

3. CRITERIOS PARA EL OTORGAMIENTO O DENEGACIÓN DE LAS MEDIDAS CAUTELARES

A este respecto, la LJCA establece un régimen general y otro especial:

— El régimen general (art. 130), aplicable en los casos en los que en el proceso principal se impugnan actos o reglamentos, impone dos criterios complementarios: una «previa valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto», y además que «la ejecución del acto o la aplicación de la disposición pueda «hacer perder su finalidad legítima al recurso». En cualquier caso, la medida cautelar podrá denegarse cuando de ésta pudiera

seguirse perturbación grave de los intereses generales o de tercero que el Juez o Tribunal debe ponderar en forma circunstanciada (art. 130.2).

— El régimen especial (art. 136.1), aplicable cuando en el proceso principal se recurre una inactividad administrativa o una vía de hecho: «la medida cautelar se adoptará salvo que se aprecie con evidencia que no se dan las situaciones previstas (o sea, la inactividad no es ilícita o la actividad material no es vía de hecho) o la medida ocasione una perturbación grave de los intereses generales o de tercero, que el Juez ponderará en forma circunstanciada».

En los dos casos, como se desprende de la literalidad de los artículos 130 y 136 LJCA y aunque lo expresen de forma diferente, es necesaria una ponderación de los intereses en conflicto.

No se trata de contraponer en abstracto los intereses generales y los privados del demandante, sino de valorarlos en el caso concreto y tomando también en consideración los intereses de los codemandados y terceros. Por eso se dice con acierto que hay que hacer una «valoración circunstanciada de todos los intereses en conflicto», una «ponderación en forma circunstanciada», es decir, apegada al contexto y hechos de cada caso concreto. Así, «cuando las exigencias de ejecución que el interés público presenta son tenues, bastarán perjuicios de escasa entidad para provocar la suspensión; por el contrario, cuando aquella exigencia es de gran intensidad, sólo perjuicios de elevada consideración podrán determinar la suspensión de la ejecución del acto» (ATS de 3 de junio de 1997).

El artículo 130 LJCA, para las medidas cautelares en recursos contra reglamentos y actos, está presidido por el denominado criterio del *periculum in mora* (peligro por la mora procesal); el artículo 136 LJCA, para los casos de recursos contra inactividad y vía de hecho, por el contrario, está presidido por el llamado criterio del *fumus boni iuris* (el «humo de buen derecho», es decir, la apariencia de buen derecho). En realidad, los dos criterios se combinan y entremezclan.

Los dos criterios aparecen, hasta con su nombre, en el artículo 728 LEC. Del «peligro por la mora procesal» su apartado 1 dice: «Sólo podrán acordarse medidas cautelares si quien las solicita justifica que [...] podría producirse durante la pendencia del proceso, de no adoptarse las medidas solicitadas, situaciones que impidieren o dificultaren la efectividad de la tutela que pudiese otorgarse en una eventual sentencia estimatoria». De la «apariencia de buen derecho» dice en su apartado 2: «El solicitante de medidas cautelares también habrá de presentar con su solicitud los datos, argumentos y justificaciones documentales que conduzcan a fundar, por parte del Tribunal, sin prejuzgar el fondo del asunto, un juicio provisional

o indiciario favorable al fundamento de la pretensión [...]». Por tanto, la LEC juega con los dos criterios de forma acumulativa. Lo que aquí nos interesa es saber si la LJCA acoge uno, otro o ambos y en qué modo y dosis.

— Lo que sobre todo luce en el artículo 130 LJCA es el *periculum in mora*. Pero aparece formulado en términos amplios: no se trata sólo de que la no adopción de la medida cautelar haga imposible o muy difícil la ejecución de la eventual sentencia estimatoria, sino que basta que ésa no adopción pudiera hacer perder su finalidad legítima al recurso o, como dice el artículo 728.1 LEC, impidiera o simplemente dificultara la tutela de una posible sentencia estimatoria. Así que, aunque no esté en riesgo la ejecución de la sentencia, cabe la medida cautelar (p. ej., la suspensión de un acto) si sin ella se produce una situación transitoria sólo parcialmente reversible con la posterior ejecución de la sentencia. No se trata sólo de garantizar la ejecución de la sentencia, sino su real y plena efectividad, o sea, que «la futura sentencia pueda llevarse a la práctica de modo útil» (STS de 17 de julio de 2015, casación 3984/2014). Pero algunos jueces hacen una interpretación restrictiva y sólo acuerdan cautelas cuando está en peligro la ejecución de la sentencia, admitiendo, además, que se podrá ejecutar compensando los daños irreversibles con una indemnización. Por esta vía convierten la adopción de medidas cautelares en algo excepcional, en contra de lo que resulta del articulado y de la Exposición de Motivos de la LJCA.

— No asoma en el artículo 130 el *fumus boni iuris* que, por tanto, parece no tener ningún peso para la adopción de medidas cautelares en los recursos contra actos y reglamentos. Así las cosas, sería irrelevante saber si aparentemente el demandante tiene razón en el proceso principal o si es obvio que carece por completo de ella, si es probable o inverosímil una sentencia estimatoria. Pese a esto, en la práctica se observa un cierto papel del *fumus boni iuris* en favor y en contra de la medida cautelar. En favor de la medida cautelar, la jurisprudencia no excluye toda valoración del *fumus boni iuris* pero la restringe a tres casos: 1.º que el acto combatido haya sido dictado en ejecución de una norma anulada o sea idéntico a otro acto ya anulado; 2.º que presente de manera clara e incontrovertible un vicio de nulidad; y 3.º que vulnere de forma igualmente patente un criterio reiterado de los Tribunales patentizando una resistencia contumaz de la Administración a su aplicación (así, entre otras, STS de 29 de septiembre de 2014, rec. 1653/2013). Pero la decisión sobre medidas cautelares se toma sin prejuzgar sobre el fondo del asunto del proceso principal, como dice el artículo 728.2 LEC y reitera la jurisprudencia contencioso-administrativa. En contra, aunque de forma más difusa o subrepticia, no deja de detectarse la tendencia a denegar las medidas cautelares cuando se observa *icto oculi* que la demanda es infundada. En cualquier caso, sea cual sea la letra de la ley y lo que formalmente proclame la jurisprudencia, lo habitual y lo lógico es que, cuando el demandante solicita medidas cautelares, no sólo ponga de relieve el *periculum in mora*, sino también, y con tanta fuerza como le sea posible, el *fumus boni iuris*.

— Cuando el artículo 136 LJCA regula las medidas cautelares en recursos contra la vía de hecho o inactividad, sólo alude al *fumus boni iuris* e incluso lo refuerza por cuanto establece que la cautela se adoptará, salvo que de forma evidente la actividad

material no sea vía de hecho o la inactividad no sea ilegal. Pero nunca se puede prescindir del todo del *periculum in mora*: aunque resulte evidente que el demandante tiene razón, si no hay ningún peligro en esperar a la sentencia, no proceden las medidas cautelares. Lo contrario chocaría con el artículo 129 LJCA que establece como finalidad de todas las medidas cautelares «asegurar la efectividad de la sentencia», no anticipar la solución justa. Son, pues, medidas «asegurativas» de la sentencia, no anticipos de la sentencia probable. Como dice la STS de 17 de julio de 2015 (casación 3984/2014), «el *periculum in mora* forma parte de la esencia de la medida cautelar».

El resultado final (por la suma del *numerus apertus* de cautelas y contracautelas, por la ponderación de intereses y por la combinación de *periculum in mora* y de *fumus boni iuris*) es que los jueces tienen un amplio margen de apreciación para decidir en su juicio cautelar y para conseguir que ni la Administración abuse de su autotutela ni los particulares pleiteen, aun sabiendo que no tienen razón, sólo para lograr medidas cautelares y ganar tiempo.

4. PETICIÓN, TRAMITACIÓN, RESOLUCIÓN Y MODIFICACIÓN

Sólo cabe acordar medidas cautelares a petición de los interesados.

Esa petición ha de venir justificada poniendo de relieve el peligro para la efectividad de la eventual sentencia estimatoria y, en su caso, el fundamento de las pretensiones, aportando incluso un principio de prueba o indicios: «la mera alegación, sin prueba alguna, no permite estimar como probado, que la ejecución del acto impugnado le pueda ocasionar perjuicios» (ATS de 3 de junio de 1997).

La petición puede hacerse en cualquier estado del proceso (art. 129.1).

Lo normal es que las pida el recurrente, mediante otrosí, en el escrito de interposición (cuando, nótese, aún no ha llegado el expediente administrativo) o en la demanda. Pero puede hacerlo más tarde (incluso cuando haya sentencia, durante la tramitación de los recursos de apelación o casación, mientras la sentencia no se ejecute).

La posibilidad de pedir cautelas durante todo el proceso, y sólo durante él, tiene matizaciones:

— Excepcionalmente es posible pedir y acordar medidas cautelares antes incluso de la interposición del recurso. Ello sólo cabe en los recursos contra la inactividad de la Administración y vía de hecho. En tal caso, el interesado ha de pedir su ratificación al interponer el recurso, lo que ha de hacer en el

plazo de diez días so pena de que las medidas tomadas queden automáticamente sin efecto y deba indemnizar por los daños causados (art. 136 LJCA). A estas posibles medidas adoptadas antes de la iniciación del proceso principal se suele llamar las «cautelarísimas» o «precautelares».

— Si lo que se impugna es una disposición general y la medida cautelar es su suspensión, ha de pedirse necesariamente en el escrito de interposición o en el de demanda (art. 129.2 LJCA).

— La posibilidad de solicitar medidas cautelares en fase de recurso de la sentencia se concreta en el artículo 83.2 LJCA: partiendo de que el recurso de apelación suspende la eficacia de la sentencia, declara que el «Juez, en cualquier momento, a instancia de la parte interesada, podrá adoptar las medidas cautelares que sean pertinentes para asegurar, en su caso, la ejecución de la sentencia atendiendo a los criterios establecidos en el Capítulo II del Título VI», esto es, a los artículos 129 a 138. También cabe durante la tramitación de un recurso de casación. Por ello, el órgano competente para acordar las medidas no es sólo el Juez o Tribunal de instancia, sino también el Tribunal Supremo (ATS de 10 de abril de 2012, casación 3785/2011). Esto se completa con otra figura: la de la ejecución provisional de las sentencias recurridas. Aunque esta ejecución provisional de sentencias tiene una naturaleza materialmente cautelar, su régimen (art. 84, para las sentencias apeladas; art. 91, para las recurridas en casación) es diferente del de las medidas cautelares en sentido estricto.

La petición se sustancia como incidente en pieza separada del proceso principal. Es necesaria la audiencia de la parte contraria (Administración y codemandados); si la Administración no hubiere comparecido aún, se dará audiencia al órgano autor de la actividad impugnada (art. 131). No obstante, ante especial urgencia y a petición de interesado, cabe adoptar medidas cautelares *inaudita parte*: se dará audiencia *a posteriori* tras lo cual se acordará su mantenimiento, levantamiento o modificación (art. 135). También cabe acordar sin audiencia las medidas cautelarísimas a que antes nos referimos (art. 136.2).

El incidente cautelar se resuelve mediante auto que debe ser motivado. La motivación no puede ser formularia, estereotipada y vacía de real contenido, sino suficientemente demostrativa de la aplicación al caso de los criterios legales sobre su adopción. El auto será comunicado al órgano administrativo correspondiente para su inmediato cumplimiento (art. 134.1 LJCA). Contra él caben recursos pero, en principio, no son suspensivos.

Al margen de los recursos, es posible modificar o revocar las medidas acordadas si cambian las circunstancias en virtud de las cuales se adoptaron

(art. 132 LJCA).

5. SUSPENSIÓN EN TANTO SE RESUELVE SOBRE LAS MEDIDAS CAUTELARES

Aunque las medidas cautelares deben acordarse rápidamente, no siempre es así y hasta ellas pueden llegar tarde. Así, existe el peligro de que, entretanto se piden y se acuerdan, la Administración proceda a la ejecución del acto impugnado. De hecho, no es extraño que los Tribunales rechacen la suspensión del acto impugnado porque ya ha sido ejecutado. Una forma de resolver este problema sería establecer que la simple petición de suspensión ante el Juez o Tribunal tiene ya efectos suspensivos hasta tanto se resuelva el incidente cautelar. En algún caso el TC se ha pronunciado en ese sentido (así, STC de 20 de mayo de 1996). Pero de esa jurisprudencia, aunque nada clara, parece deducirse que eso sólo vale para un tipo de actos, los sancionadores, no para los demás. Incluso, más radicalmente, cabría solucionar el problema estableciendo que tampoco cabe ejecutar el acto durante el plazo de interposición del recurso (de ordinario, dos meses), plazo durante el cual habría que esperar para ver si el particular recurre y pide la suspensión. Pero las soluciones acogidas en las leyes son más modestas. Se contienen, no en la LJCA, sino en las leyes de procedimiento administrativo y ya nos referimos a ellas anteriormente.

De un lado, el artículo 117.4.3.º LPAC (ya visto en la lección 5), dedicado a la suspensión de los actos impugnados en recursos administrativos (no contencioso-administrativos), tras decir que tal suspensión podrá condicionarse a la prestación de caución o garantía suficiente para responder de los perjuicios que pueda ocasionar, dispone que la suspensión se prolongará después de agotada la vía administrativa cuando exista medida cautelar y los efectos de ésta se extiendan a la vía contencioso-administrativa. «Si el interesado interpusiera recurso contencioso-administrativo, solicitando la suspensión del acto objeto del proceso, *se mantendrá la suspensión hasta que se produzca el correspondiente pronunciamiento judicial sobre la solicitud*».

De otro lado, el artículo 90.3.2.º LPAC ha introducido una novedad en línea con la jurisprudencia constitucional de la que hemos hablado pero circunscribiéndola, como ya podía deducirse de esa misma jurisprudencia, a las sanciones. Recordémosla (pues ya se vio en la lección 8): si el interesado manifiesta a la Administración su intención de interponer contencioso-administrativo contra una sanción ya ejecutiva, se podrá acordar su suspensión por la Administración que se mantendrá hasta que transcurra el plazo de interposición sin que se haya hecho o, habiéndose interpuesto, no se haya solicitado en el mismo trámite su suspensión o hasta que el órgano judicial resuelva

sobre la solicitada.

Para los actos tributarios, el artículo 233.8 LGT establece también un régimen que permite mantener la suspensión producida en vía administrativa hasta que el órgano judicial resuelva sobre las medidas cautelares que se le soliciten.

BIBLIOGRAFÍA

Se señalan aquí sólo las obras más específicamente relativas a los aspectos tratados en esta lección sin repetir las generales sobre contencioso-administrativo o sobre aspectos comunes ya citadas en la lección anterior.

ALONSO IBÁÑEZ, M. R.: *Las causas de inadmisibilidad en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, 1996.

— «La imposibilidad de ejecución de sentencias de demolición de edificaciones. Medidas legales», *Homenaje a Santamaría*.

ALONSO MAS, M. J.: «Reflexiones sobre la nueva regulación de la extensión de los efectos de las sentencias», *RAP*, n.º 164 (2004).

— «Recurso de casación en el orden contencioso-administrativo y Derecho autonómico», *RAP*, n.º 190 (2013).

— «El acceso al recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una oportunidad perdida», *RAP*, n.º 197 (2015).

BACIGALUPO SAGGESE, M.: *La nueva tutela cautelar en el contencioso-administrativo*, Madrid, 1999.

— «Las medidas cautelares en el proceso contencioso-administrativo», en la obra colectiva *Introducción a la jurisdicción contencioso-administrativa*, Open, 2014.

BAÑO LEÓN, J. M.: voz «Cuestión de ilegalidad», en MUÑOZ MACHADO, S. (dir.), *Diccionario de Derecho Administrativo*, Iustel, 2005.

BARCELONA LLOP, J.: «De la ejecución forzosa de los actos administrativos a la ejecución forzosa de las sentencias contencioso-administrativas», *RAP*, n.º 127 (1992).

BEATO ESPEJO, M.: «La actividad administrativa en la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso-administrativa: la cuestión de ilegalidad, un paso corto», *RAAP*, n.º 36 (1999).

BELTRÁN DE FELIPE, M.: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Civitas, 1995.

BETANCORT RODRÍGUEZ, A.: «La evolución histórico normativa de la ejecución de sentencias contencioso-administrativas (1845-1956)», *DA*, 2009 (1987).

BORRAJO INIESTA, I.: «Reflexiones acerca de las reformas que necesita el amparo judicial», *Revista Española de Derecho Constitucional*, n.º 43 (1995).

BOUAZZA ARIÑO, O.: «Recurso de casación contencioso-administrativo común y derecho a la tutela judicial efectiva», *Homenaje a T. R. Fernández*.

— *El recurso de casación contencioso-administrativo común*, Aranzadi, 2013.

BUENO ARMIJO, A.: «El procedimiento especial para la protección de los derechos

- fundamentales de la persona», en EZQUERRA HUERVA, A. Y OLIVAN DEL CACHO, J. (Dir.), *Estudio de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*, Tirant lo Blanch, 2014.
- BUENO ARMIJO, A., y RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M. A.: «El *fumus boni iuris* como criterio contrario al solicitante de medidas cautelares», *RAP*, n.º 172 (2007).
- CARLÓN RUIZ, M.: *La cuestión de ilegalidad en el contencioso-administrativo contra reglamentos*, Civitas, 2.ª ed., 2005.
- CIERCO SEIRA, C.: «El poder del juez administrativo de limitar las costas procesales», *RAP*, n.º 2012 (2017).
- CLAVERO AREVALO, M.: «La inejecución de sentencias contencioso-administrativas y del Tribunal Constitucional», *Homenaje a Pérez Moreno*.
- CHINCHILLA MARÍN, C.: *La tutela cautelar en la nueva justicia administrativa*, Civitas, 1999.
- «La regulación de las medidas cautelares», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- COSCULLUELA MONTANER, L.: «Reflexiones sobre la prueba en el proceso contencioso-administrativo. Acerca de la aplicación al procedimiento contencioso-administrativo ordinario de las normas reguladoras de la prueba de la Ley 1/2000 (LEC)», *Homenaje a Entrena*.
- DELGADO PIQUERAS, F., «Luces y sombras de la reforma del recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa», *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- ENTRENA CUESTA, R.: «Medidas de agilización del procedimiento ordinario», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- ESTEVE PARDO, J.: «La revisión judicial de las decisiones de las autoridades reguladoras. Jurisprudencia del Tribunal Supremo y la Audiencia Nacional», en MUÑOZ MACHADO, S., (dir.), *Derecho de la regulación económica*, vol. 1, Iustel, 2010.
- FAIRÉN GUILLÉN, V.: «El procedimiento preferente y sumario y el recurso de amparo en el artículo 53.2 de la Constitución», *RAP*, n.º 89 (1979).
- FERNÁNDEZ FARRERES, G.: «El procedimiento especial para la protección de los derechos fundamentales de la persona en la nueva Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa», *Cuadernos de Derecho Público*, n.º 4 (1998).
- «Sobre la eficiencia de la jurisdicción contencioso-administrativa y el nuevo recurso de casación “para la formación de la jurisprudencia”», *REDA*, n.º 174 (2015).
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «De nuevo sobre la ejecución de las sentencias contencioso-administrativas», *REDA*, n.º 2 (1974).
- FERNANDO PABLO, M., y RIVERO ORTEGA, R.: *La publicidad de las sentencias en el orden contencioso-administrativo*, Civitas, 2001.
- FONT i LLOVET, T.: «La extensión a terceros de los efectos de las sentencias en vía de ejecución», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La batalla por las medidas cautelares*, Aranzadi, 3.ª edición, 2004.
- GÓMEZ DÍAZ, A. B.: «La eficacia de las sentencias contencioso-administrativas: entre la dogmática y la ingeniería jurídica», *RAP*, n.º 144 (1997).

- GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: «Vía administrativa y jurisdicción contenciosa no revisora», *Homenaje a Cosculluela*.
- GÓMEZ-FERRER RINCÓN, R.: *La imposibilidad de ejecución de sentencias en el proceso contencioso-administrativo*, Civitas, 2008.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: «Procedimiento abreviado regulado en el artículo 78 la LJCA», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- HINOJOSA MARTÍNEZ, E.: *El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo*, Bosch, 2016.
- HUERGO LORA, H.: «El recurso de casación en interés de ley tras la reforma de 2015: ¿Desaparición, transformación o inconstitucionalidad?», en *Homenaje a J. L. Martínez López-Muñiz*, Reus, 2017.
- JIMÉNEZ-BLANCO CARRILLO DE ALBORNOZ, A.: «El juez penal y el control de la Administración: notas sobre la Sentencia de la Sala Segunda del Tribunal Supremo de 27 de noviembre de 2009, asunto “Andratx”», *Homenaje a Pérez Moreno*.
- «Silencio administrativo y justicia civil: todo puede empeorar», *Homenaje a T. R. Fernández*.
- MARTI DEL MORAL, A.: *El recurso de casación contencioso-administrativo: estudio jurisprudencial de los motivos de casación*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1997.
- MARTÍN DELGADO, I.: *Función jurisdiccional y ejecución de sentencias en lo contencioso-administrativo. Hacia un sistema de ejecución objetivo normalizado*, Marcial Pons, 2005.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «Nueve puntos sobre el procedimiento de protección de los derechos fundamentales en la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa», *Homenaje a Entrena*.
- MARTÍN VALDIVIA, S.: *Los Juzgados de lo Contencioso-Administrativo y el procedimiento abreviado*, Lex Nova, 2001.
- MARTÍNEZ DE PISÓN APARICIO, I.: *La ejecución provisional de sentencias en lo contencioso-administrativo*, Civitas, 1999.
- MEDIAVILLA CABO, J. V.: «Los escritos de preparación e interposición del nuevo recurso de casación contencioso-administrativo», *REDA*, n.º 179 (2016).
- MONTOYA MARTÍN, E.: *El recurso de casación contencioso-administrativo. En especial, las causas de inadmisibilidad*, McGraw-Hill, 1997.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L.: «La ejecución de sentencias», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- PAREJO ALFONSO, L.: «Diseño legal y realidad práctica del recurso de casación en el orden contencioso-administrativo: una reflexión a los veinte años de su implantación», *Homenaje a Santamaría*.
- PASCUA MATEO, F.: «El procedimiento para la protección de los derechos fundamentales. Evolución y disfunciones bajo la Ley 29/1998», *RAP*, n.º 185 (2011).
- PÉREZ ANDRÉS, A. A.: *Los efectos de las sentencias de la jurisdicción contencioso-administrativa*, Aranzadi, 2000.
- PÉREZ MORENO, A.: «La conciliación judicial y otras alternativas jurisdiccionales en el orden contencioso-administrativo», *JA*, n.º extraordinario (1999).

- QUINTANA LÓPEZ, T.: «Algunos aspectos de la nueva regulación sobre el recurso de casación frente a sentencias en el orden contencioso-administrativo», *Homenaje a T. de la Quadra-Salcedo*.
- RAZQUIN LIZÁRRAGA, J. A.: «Agotamiento de la vía judicial previa y coexistencia del proceso especial de la Ley 62/1978 y el contencioso-administrativo ordinario», *REDA*, n.º 67 (1999).
- «El recurso de casación en la jurisdicción contencioso-administrativa tras la Ley Orgánica 7/2015», *RVAP*, n.º 104 (2016).
- REBOLLO PUIG, M.: «Las medidas cautelares en la LJCA de 1998», *Revista Jurídica de Andalucía* (1999).
- «Efectos de las sentencias contencioso-administrativas. Comentarios a los artículos 73 y 73 LJCA», *REDA*, n.º 100 (1999).
- RECUERDA GIRELA, M. A.: «El nuevo recurso de casación contencioso-administrativo y el concepto de interés casacional objetivo para la formación de la jurisprudencia», *RAAP*, n.º 96 (2016).
- RODRÍGUEZ PONTÓN, J.: *La pluralidad de intereses en la tutela cautelar del proceso contencioso-administrativo*, Cedecs, 1999.
- RODRÍGUEZ PORTUGUÉS, M.: *La tutela administrativa de la propiedad intelectual en la sociedad de la información*, Iustel, 2013.
- ROSENDE VILLAR, C.: *La eficacia frente a terceros de las sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, 2002.
- RUIZ LÓPEZ, M. A.: «La inadmisión del recurso de casación por competencia de los Juzgados: ¿hacia una doble instancia contencioso-administrativa? (A propósito de la STC 119/2008, de 13 de octubre)», *REDA*, n.º 141 (2009).
- SALA ARQUER, J. M.: «La adopción de medidas cautelares con carácter urgente», *JA*, n.º extraordinario (1999).
- SALAS HERNÁNDEZ, J.: «Protección judicial ordinaria y recurso de amparo frente a violaciones de libertades públicas», *REDA*, n.º 27 (1980).
- SALAS HERNÁNDEZ, J., y TORNOS MAS, J.: «Comentarios a la Ley de protección jurisdiccional de la persona», *RAP*, n.º 93 (1980).
- SALAMERO TEIXIDÓ, L.: «Principio de congruencia, prohibición de la *reformatio in peius* y deber judicial de resolver con arreglo a la motivación jurídica correcta», *RAP*, n.º 189 (2012).
- SÁNCHEZ LAMELAS, A. (coord.): *La ejecución de sentencias contencioso-administrativas*, Aranzadi, 2006.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: «Una primera aproximación al nuevo sistema casacional», *RAP*, n.º 198 (2015).
- «El contencioso de la unidad de mercado», *RAAP*, n.º 87 (2013).
- TESO GAMELLA, P.: *Medidas cautelares en la justicia administrativa*, Madrid, 2007.
- TRAYTER JIMÉNEZ, J. M.: «Derechos fundamentales de la persona: el nuevo sistema de protección jurisdiccional», *Homenaje a Entrena*.
- VEGA CASTRO, J. L.: «La extensión a terceros de los efectos de las sentencias dictadas por los tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa en el seno de la vía de ejecución: una solución problemática», *Homenaje a Entrena*.
- VELASCO CABALLERO, F.: «Poderes del Tribunal Supremo en la casación contencioso-

administrativa», *REDA*, n.º 182 (2017).

* Por Manuel REBOLLO PUIG (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-196 en la Universidad de Córdoba. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2015-67695) y Antonio MARTI DEL MORAL (Grupo de Investigación de la Junta de Andalucía SEJ-317 en la Universidad de Jaén. Proyecto de Investigación del Ministerio de Economía y Competitividad DER2016-74843-C3-3-R).

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

Edición en formato digital: 2018

© LUCÍA ALARCÓN SOTOMAYOR, ELSA MARINA ÁLVAREZ GONZÁLEZ, CARMEN MARÍA ÁVILA RODRÍGUEZ, ANTONIO BUENO ARMIJO, ELOÍSA CARBONELL PORRAS, MANUEL IZQUIERDO CARRASCO, MARIANO LÓPEZ BENÍTEZ, ANTONIO MARTI DEL MORAL, MANUEL MORENO LINDE, RAFAEL PIZARRO NEVADO, MANUEL REBOLLO PUIG, MANUEL RODRÍGUEZ PORTUGUÉS y DIEGO J. VERA JURADO, 2018

© Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S.A.), 2018

Calle Juan Ignacio Luca de Tena, 15

28027 Madrid

infotecnos@tecnos.es

ISBN ebook: 978-84-309-7429-0

Está prohibida la reproducción total o parcial de este libro electrónico, su transmisión, su descarga, su descompilación, su tratamiento informático, su almacenamiento o introducción en cualquier sistema de repositorio y recuperación, en cualquier forma o por cualquier medio, ya sea electrónico, mecánico, conocido o por inventar, sin el permiso expreso escrito de los titulares del Copyright.

www.tecnos.es

Índice

Abreviaturas	15
Lección 1. El procedimiento administrativo	17
I. Concepto y funciones del procedimiento	17
II. Regulación del procedimiento administrativo	20
1. Reconocimiento constitucional y reserva de ley	20
2. Competencias para regular los procedimientos administrativos: el procedimiento administrativo común	20
3. La LPAC	22
4. Procedimiento administrativo y Unión Europea	26
III. Clases de procedimientos	27
IV. Principios generales	27
1. Impulsión de oficio	28
2. Simplificación (celeridad, economía, antiformalismo y acceso permanente)	28
3. Objetividad: imparcialidad, abstención y recusación	32
4. Carácter predominantemente escrito y electrónico	35
5. Contradicción	35
6. In dubio pro actione	36
7. Gratuidad	37
V. Los interesados en el procedimiento	37
1. Capacidad de obrar	37
2. Legitimación	38
3. Representación	41
VI. Términos y plazos	43
1. La obligatoriedad de los términos y plazos. Consecuencias de su incumplimiento	43
2. Cómputo de los plazos	44
3. Ampliación de plazos	46
4. Tramitación de urgencia	47
VII. Presentación de escritos y notificaciones (remisión)	47
VIII. Las fases del procedimiento administrativo	50
IX. Fase de iniciación	51
1. La incoación de oficio	52
2. Las actuaciones previas	52
3. La iniciación por solicitud de interesado. Requisitos, subsanación y mejora de solicitudes	52

4. Las medidas provisionales	54
X. Fase de instrucción	57
1. Alegaciones	57
2. Prueba	58
3. Informes administrativos	60
4. Audiencia y vista del expediente	62
5. Información pública	63
XI. Fase de terminación	64
1. La resolución	65
2. La terminación convencional	67
3. El desistimiento de solicitudes y la renuncia de derechos	70
4. La caducidad por inactividad de la Administración (remisión) y del interesado	71
XII. La tramitación simplificada del procedimiento administrativo común	71
XIII. Plazo máximo de duración del procedimiento administrativo	73
XIV. Consecuencias de la superación del plazo máximo de duración sin resolución expresa: el silencio administrativo y la caducidad	76
1. Procedimientos administrativos iniciados a instancia del interesado	76
2. Procedimientos administrativos incoados de oficio	79
Bibliografía	80
Lección 2. El acto administrativo: concepto, elementos y clases	88
I. Orígenes del acto administrativo	88
II. Concepto de acto administrativo	89
III. El acto administrativo como declaración	91
IV. Elementos subjetivos del acto administrativo	94
V. Elementos objetivos del acto	98
VI. Elementos formales	103
VII. Clases de actos administrativos	106
1. Actos simples y complejos	106
2. Actos necesitados de colaboración o de aceptación del particular	107
3. Actos generales y singulares; referencia a los actos plúrimos	107
4. Actos internos y externos	108
5. Actos favorables y desfavorables o de gravamen	108
6. Actos decisorios y no decisorios	110
7. Actos resolutorios y de trámite; los actos de trámite cualificados	110
8. Actos que ponen fin a la vía administrativa y actos que no ponen fin a tal vía	111
9. Actos firmes	114

10. Actos originarios y confirmatorios	116
11. Los actos políticos o de gobierno	117
Bibliografía	119
Lección 3. La invalidez del acto administrativo	121
I. Acto administrativo viciado, antijurídico e inválido	121
II. Grados de invalidez e irregularidades no invalidantes	122
1. Distinción entre nulidad, anulabilidad e irregularidades no invalidantes en la LPAC	122
2. Supuestos de nulidad de pleno derecho	122
3. Supuestos de irregularidades no invalidantes	124
4. Supuestos de anulabilidad	125
III. Régimen de la nulidad y de la anulabilidad	125
1. El punto de partida: distinción entre nulidad y anulabilidad en la teoría clásica	125
2. Nulidad y anulabilidad frente a la autotutela administrativa	128
3. Vías para conseguir la declaración de nulidad y la anulación de actos administrativos	128
4. Igualdad de nulidad y anulabilidad en cuanto a los sujetos que pueden invocarlas y a su apreciación de oficio	130
5. La imprescriptibilidad de la nulidad y su relativización	131
6. La negación de efectos para el futuro y la destrucción de los efectos ya producidos tanto del acto nulo como del anulable; sus modulaciones	132
7. Invalidez parcial de un acto	134
8. Invalidez de un acto y su repercusión sobre otros relacionados	135
9. Conversión del acto inválido	136
10. Convalidación del acto inválido	137
IV. Consideraciones complementarias	138
1. La relevancia relativa de acotar los casos de nulidad	138
2. ¿HAY ALGO MÁS GRAVE QUE LA NULIDAD? ALUSIÓN AL ACTO ADMINISTRATIVO INEXISTENTE	139
3. La relevancia invalidante de los vicios de procedimiento	139
V. La invalidez sobrevenida	142
Bibliografía	144
Lección 4. Eficacia y ejecución de los actos administrativos	148
I. Concepto de eficacia; distinción de la validez	148
II. La eficacia territorial de los actos administrativos	149
III. La eficacia temporal de los actos administrativos: comienzo de la eficacia	151
1. La regla general y sus excepciones	151
2. Eficacia demorada del acto administrativo	151

3. Eficacia retroactiva del acto administrativo	153
IV. La eficacia temporal de los actos administrativos: suspensión de la eficacia	154
V. La eficacia temporal de los actos administrativos: extinción de la eficacia	156
1. Cuadro general de los supuestos de extinción de la eficacia	156
2. La revocación por motivos de oportunidad	157
3. Extinción de la eficacia del acto sin eliminación del acto	159
VI. La notificación y la publicación de los actos administrativos	161
1. Concepto y finalidad de la notificación	162
2. Actos que deben ser notificados y efectos que produce su notificación	162
3. Destinatario y receptor de la notificación	163
4. Contenido de la notificación y notificaciones defectuosas	164
5. Medios y plazos para practicar la notificación	165
6. Notificación infructuosa y notificación rechazada	170
7. La notificación por anuncios publicados en el Boletín Oficial del Estado	171
8. Publicación de actos administrativos	173
VII. La ejecución forzosa de los actos administrativos	174
1. Consideraciones generales	174
2. Requisitos de la ejecución forzosa	177
3. Principios de la ejecución forzosa	178
4. Medios de ejecución forzosa	180
Bibliografía	186
Lección 5. Los recursos administrativos	189
I. Concepto, características y principios generales de los recursos administrativos	189
1. Concepto y características	189
2. Clases	192
3. Reglas generales de los recursos administrativos	193
II. El recurso de alzada	199
III. El recurso potestativo de reposición	202
IV. El recurso extraordinario de revisión	203
V. Referencia a las reclamaciones económico-administrativas	205
VI. Medios alternativos de resolución de conflictos	207
Bibliografía	209
Lección 6. La revisión de oficio	212
I. De la revisión de oficio y de lo que con tal nombre se regula en la ley.	212
Aclaraciones previas	

II. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus actos desfavorables	216
III. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus actos favorables nulos de pleno derecho	218
IV. La declaración por la administración a solicitud del interesado de la invalidez de sus actos nulos de pleno derecho al margen de los recursos	221
V. La declaración por la administración a iniciativa propia de la invalidez de sus reglamentos nulos	225
VI. La impugnación por iniciativa de la administración de sus actos favorables anulables	226
1. Inexistencia de potestad administrativa de anulación: necesidad de interponer recurso contencioso-administrativo	226
2. El requisito de la previa declaración de lesividad para interponer el recurso contencioso-administrativo	227
3. El recurso contencioso-administrativo de lesividad	232
VII. Rectificación de errores	232
VIII. Límites a las facultades de revisión: equidad, buena fe y cosa juzgada	234
Bibliografía	237
Lección 7. Derecho administrativo sancionador: caracteres generales y garantías materiales	241
I. Caracteres generales del derecho administrativo sancionador	241
1. La extensión de la potestad sancionadora de la Administración	241
2. El Derecho Administrativo sancionador y su construcción sobre bases comunes con el Derecho Penal y garantías inicialmente construidas para el proceso penal	242
3. El concepto de sanción como clave para delimitar el Derecho Administrativo sancionador y el régimen garantista que comporta	243
4. Sanciones administrativas generales y sanciones administrativas disciplinarias	246
5. Regulación legal	247
II. Principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador	249
1. La reserva de ley	249
2. Principio de tipicidad de las infracciones y de las sanciones administrativas	252
3. Principio de irretroactividad de las normas sancionadoras desfavorables	253
III. Principios de culpabilidad y de responsabilidad personal	254
IV. Concepto de infracción administrativa	257
V. Las sanciones: contenido y extensión. El principio de proporcionalidad	258
1. Clases de sanciones por su contenido	258

2. La determinación legal de la sanción correspondiente a cada infracción	259
3. La elección de la sanción en el caso concreto	260
VI. Prohibición de doble castigo (non bis in idem) y concurrencia de responsabilidades	261
VII. Extinción de la responsabilidad. En especial, la prescripción	264
Bibliografía	265
Lección 8. Derecho administrativo sancionador: garantías formales y procedimiento sancionador	269
I. Las garantías aplicables al procedimiento administrativo sancionador	269
1. Carácter necesario del procedimiento sancionador	269
2. Derechos fundamentales del acusado en el procedimiento sancionador	269
3. Consecuencias invalidantes de los vicios del procedimiento sancionador	276
II. Regulación de los procedimientos sancionadores	277
1. La regulación del procedimiento sancionador bajo la vigencia de la Ley 30/1992	277
2. La nueva regulación del procedimiento sancionador común en la LPAC	278
III. Fases y trámites más relevantes del procedimiento administrativo sancionador	280
1. Las fases, su contenido y separación	280
2. Referencia a los trámites más relevantes	282
3. En especial, el valor probatorio de las actas de inspección	286
IV. Plazo máximo de duración y caducidad del procedimiento sancionador	287
V. La ejecutividad de las sanciones	288
1. No son ejecutivas mientras quepa contra ellas algún recurso administrativo ordinario o esté pendiente de resolución	288
2. Su ejecutividad mientras se sustancia un proceso contencioso-administrativo contra ellas	289
3. Ejecutividad mientras se resuelve sobre la suspensión en el proceso contencioso-administrativo	290
Bibliografía	291
Lección 9. La responsabilidad patrimonial de la Administración pública	298
I. El concepto de responsabilidad patrimonial. Aspectos generales, bases constitucionales y regulación vigente	298
II. Caracteres generales del sistema de responsabilidad de la Administración	301
1. Sistema unitario y general	301

2. Responsabilidad directa de la Administración	303
3. Responsabilidad objetiva y por funcionamiento normal o anormal. Relativización	304
III. Requisitos de la responsabilidad patrimonial	306
1. La lesión resarcible	306
2. La imputación del daño	309
3. La relación de causalidad	311
IV. La indemnización	313
V. La reclamación de la reparación	315
1. Plazo	315
2. Competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa	316
3. Procedimiento administrativo previo	317
4. Legitimación	320
VI. Responsabilidad patrimonial de autoridades y funcionarios	321
VII. La responsabilidad de otros poderes públicos	323
1. Responsabilidad del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia	323
2. Responsabilidad por actos legislativos	326
VIII. La responsabilidad por infracción del derecho de la Unión Europea	328
Bibliografía	332
Lección 10. La contratación del Sector Público	338
I. Concepto	338
II. Regulación	342
1. La incorporación por el legislador español del Derecho europeo de la contratación del Sector Público	342
2. Ámbito de aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público	344
III. Clasificación de los contratos del Sector Público	348
1. Los contratos típicos	348
2. Los contratos «sujetos a una regulación armonizada» (SARA)	351
3. Los contratos administrativos y los contratos privados del Sector Público	352
4. Relación entre las clasificaciones realizadas por la LCSP	355
5. Referencia a la contratación en los denominados «sectores excluidos»	356
IV. Sujetos del contrato: en particular, los requisitos para ser contratista	356
V. Procedimientos de contratación y selección del contratista	359
1. La preparación de los contratos	360
2. Procedimientos y criterios de adjudicación	362
VI. Vicios de los actos preparatorios y de adjudicación	366
1. Supuestos de invalidez	366

2. Mecanismos de control. En especial, el recurso en materia de contratación	367
VII. Perfección y formalización del contrato	370
Bibliografía	371
Lección 11. La ejecución de los contratos administrativos	375
I. Ejecución de los contratos públicos: régimen jurídico e imposición de condiciones especiales de ejecución	375
1. El régimen jurídico de la ejecución de los contratos públicos	375
2. Condiciones especiales de ejecución de los contratos	377
II. Las prerrogativas de la Administración pública en los contratos administrativos	379
1. Naturaleza, fundamento y enumeración	380
2. Procedimiento para su ejercicio	382
3. En especial, la potestad de modificación o ius variandi	383
4. El principio de riesgo y ventura y las técnicas de garantía del equilibrio financiero	388
III. Otras especialidades de la ejecución de los contratos administrativos	395
1. La cesión del contrato y el subcontrato	396
2. La responsabilidad del contratista frente a terceros	399
IV. Cumplimiento y consecuencias de los incumplimientos contractuales	400
V. Suspensión y extinción de los contratos administrativos	404
VI. Los cuasicontratos administrativos	414
Bibliografía	415
Lección 12. La jurisdicción contencioso-administrativa (I)	418
I. La formación de la jurisdicción contencioso-administrativa	418
1. La lenta gestación del sistema contencioso-administrativo	418
2. La formación de la jurisdicción contencioso-administrativa en España	419
II. Ámbito y extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa	423
1. La cláusula general del artículo 1.1 LJCA y sus matizaciones	423
2. El carácter improrrogable de la jurisdicción contencioso-administrativa y su conocimiento de cuestiones prejudiciales e incidentales	426
III. Órganos contencioso-administrativos y sus competencias	429
1. Caracterización general	429
2. La distribución de competencias entre los distintos órganos contencioso-administrativos	430
IV. Las partes	435
1. Parte demandante y parte demandada	435
2. Capacidad para ser parte y capacidad procesal	436

3. Legitimación activa	437
4. Legitimación pasiva	442
5. Representación y defensa de las partes	442
V. Objeto	444
1. La actividad administrativa impugnabile	444
2. Las pretensiones de las partes	449
3. La acumulación	454
4. Cuantía del recurso	454
Bibliografía	455
Lección 13. La jurisdicción contencioso-administrativa (II)	460
I. Plazos para interponer el recurso contencioso-administrativo	460
II. El procedimiento declarativo ordinario común en primera o única instancia	462
1. Diligencias preliminares	463
2. Iniciación	463
3. Instrucción	467
4. Terminación	469
III. El procedimiento abreviado	475
IV. Recursos contra resoluciones procesales	476
1. Recursos contra providencias y autos	477
2. Recurso de apelación	477
3. Recurso de casación	481
4. Recurso de revisión	489
V. La ejecución de las sentencias	490
1. Evolución y presupuestos constitucionales	490
2. Cumplimiento de la sentencia por la Administración	492
3. Ejecución forzosa	493
4. Imposibilidad de ejecutar la sentencia, expropiación y otras matizaciones	495
VI. Procedimientos especiales	497
1. Procedimiento para la protección de los derechos fundamentales	497
2. La cuestión de ilegalidad	500
3. Procedimiento en los casos de suspensión administrativa previa de acuerdos	501
4. Procedimiento para la garantía de la unidad de mercado	502
5. Procedimiento para la declaración judicial de extinción de partidos políticos	503
VII. Las medidas cautelares	503
1. Función, importancia práctica y relevancia constitucional	503

2. Contenido de las medidas cautelares	506
3. Criterios para el otorgamiento o denegación de las medidas cautelares	507
4. Petición, tramitación, resolución y modificación	510
5. Suspensión en tanto se resuelve sobre las medidas cautelares	512
Bibliografía	513
Créditos	518