

## PRINCIPIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO

### ESQUEMA DOCENTE LECCIÓN 5 LAS CARACTERÍSTICAS GENERALES DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

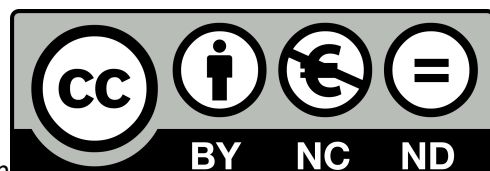
#### I. EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN LA ACTUACIÓN DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS.

Del estudio de la Lección 1 nos resulta ya conocido que la CE “condiciona” la actuación de las Administraciones Públicas. Un condicionamiento en forma de sometimiento pleno a la Ley y al Derecho que se traduce en el doble posicionamiento constitucional que cabe predicar del estatus de la Administración entendida ésta como Administración-organización (en los términos que hemos comprobado en la Lección 3) y como Administración-actividad (en la forma que ahora abordamos en esta Lección 5).

El principio de legalidad es el elemento nuclear que da carta naturaleza a un Estado de Derecho. En el caso de nuestro país la CE se preocupa de enfatizarlo con alcance pleno tanto para los poderes públicos como para el conjunto de los ciudadanos. Así, cabe tener presente:

- Artículo 103.1 CE: “La Administración Pública... con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho”.
- Artículo 97 CE: “El Gobierno... de acuerdo con la CE y las Leyes”.
- Artículo 9.1 CE: “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la CE y al resto del OJ”.

De esta forma, el principio de legalidad representa un “blindaje” para toda acción singular del poder público como quiera que la misma debe estar amparada en una Ley previa. Así se explica (y se entiende) que la Administración Pública se encuentra sometida a la Ley y al Derecho en su actuación (artículo 103.1 CE) y al control de la legalidad de su actuación administrativa por parte de los Tribunales (artículo 106.1 CE).

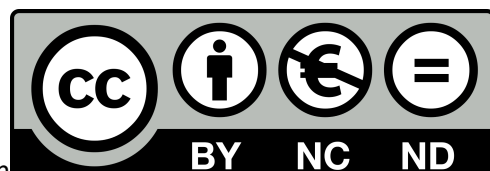


La Ley, como producto normativo emanado del Parlamento, constituye la fuente de legitimidad para la actuación de la Administración Pública. A ésta le corresponde ejecutar (dentro del Poder Ejecutivo del Estado) el Derecho emanado del Parlamento (legalidad parlamentaria o formal). Ahora bien, no podemos olvidar (como ya nos consta de la Lección 2) que la Administración Pública puede también participar de la construcción de su propio Derecho (potestad reglamentaria...) al que, paradójicamente, también se encuentra sometida (legalidad reglamentaria o material).

Sea como fuere, el estudio del principio de legalidad no puede realizarse, así en abstracto, si no lo es considerando la posición que tiene y mantiene la Administración Pública con la Ley. Tradicionalmente esa posición (en forma de vinculación) se ha venido analizando de dos posibles maneras:

- i) La Administración puede hacer sólo aquello que la Ley expresamente le autorice hacer (*positive bindung*). Esta concepción es la que, de una forma tradicional, ha encontrado acomodo en el constitucionalismo continental europeo.
- ii) La Administración puede hacer también aquello que la Ley no le prohíbe expresamente siempre que se dirija a la satisfacción de los intereses públicos (*negative bindung*). Esta posibilidad resulta de capital importancia para la actuación de la Administración en todos aquellos ámbitos que la Ley no ha entrado a regular, lo que determina el reconocimiento de un ámbito de discrecionalidad en la actuación de la Administración Pública, de lo que nos ocuparemos un poco más adelante (potestades discrecionales). Ahora bien, cabe ya dejar claro que la discrecionalidad en la Administración no implica una libertad para ésta frente a la norma (lo que conduciría a la arbitrariedad, de todo punto proscrita) como quiera que no hay discrecionalidad al margen de la Ley sino precisamente, siempre, en virtud de la Ley.

Como vemos, la “razón de ser” de la Administración Pública siempre se encuentra vinculada de forma necesaria a su ligazón con la Ley, de modo que la Administración no puede actuar sin que la norma le atribuya previamente el poder para ello. En este sentido, los artículos 9.3 y 103.1 CE son fiel reflejo de esa realidad al determinar la necesaria actuación de la Administración con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho (encontrando posteriormente acomodo también en el artículo 3.1 LRJSP).



Y como quiera que la Administración es un sujeto investido de poderes públicos (potestades) es aquí y ahora cuando podemos constatar cómo el principio de legalidad actúa también como técnica de atribución de potestades, sin perjuicio de lo que desarrollaremos un poco más adelante. Esa atribución que hace la Ley a favor de la Administración presenta las siguientes particularidades:

- Ejercicio de poder atribuido previamente por la Ley.
- Con carácter genérico.
- Para la realización de fines de interés público.
- Posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos.

## II. LA AUTOTUTELA DE LA ADMINISTRACIÓN.

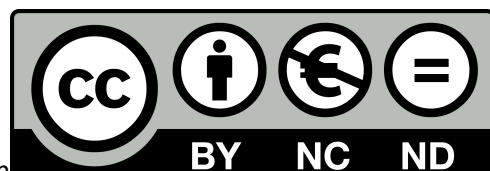
El estudio de las características de la actividad administrativa, que es el objetivo de esta lección, nos sitúa, como ya nos consta, ante un sujeto (Administración) dotado de un poder público. Y el ejercicio de ese poder público representa, por lo que ahora más interesa, una actividad formalizada por el Derecho.

El ejercicio de ese poder público entraña la posibilidad abstracta de producir efectos jurídicos en las relaciones jurídicas que, precisamente, la Administración Pública entabla con los ciudadanos. Ejercicio de poder público que se traduce en la realización de una actividad al servicio siempre de la satisfacción del interés general.

Como quiera que la “misión” de la Administración Pública está siempre regida por la vocación de servicio al interés general, puede reconocerse en la Administración una posición jurídica peculiar frente a los Tribunales y frente a los ciudadanos mismos. Nos referimos a la existencia de una serie de prerrogativas a favor de la Administración, hasta el punto que la Administración Pública puede realizar, por sí misma, la autotutela de su Derecho sin necesidad de recabar la tutela judicial, a diferencia de lo que les ocurre a los ciudadanos, necesitados siempre de ese auxilio judicial (heterotutela).

La autotutela de la Administración determina la existencia de una doble posibilidad en el entendido de que:

- La Administración puede declarar por sí misma lo que es Derecho con eficacia jurídica imperativa (autotutela declarativa).



- La Administración puede ejecutar por sus propios medios, de manera forzosa, e incluso contra la voluntad del obligado, lo que previamente ha declarado que es Derecho, todo ello sin necesidad de impetrar el auxilio judicial (autotutela ejecutiva).

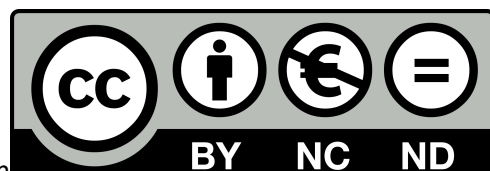
La autotutela, en estos términos, representa una importante (y también necesaria) posición de privilegio de la Administración Pública frente a los Tribunales y a los ciudadanos como quiera que la Administración puede tutelar por sí misma las propias situaciones jurídicas, eximiéndose de la necesidad de recabar la tutela judicial. Sin embargo, y pese a lo que pudiera desprenderse en un principio de esa suerte de posición “poderosa” de la Administración Pública, la misma no se explica ni puede ser entendida si no lo es en el marco de la posición jurídica (constitucional) de la Administración en el Estado Social y Democrático de Derecho, como ya nos consta de la Lección 1. Ello es así porque:

- Existe una relación entre la autotutela y el principio de eficacia recreado en el artículo 103.1 CE.
- La autotutela es un instrumento (privilegio) que sirve precisamente a la realización de los intereses generales.

Veamos, siquiera brevemente, en qué consiste cada una de las manifestaciones de esa autotutela.

Un acto dictado por la Administración Pública produce efectos jurídicos vinculantes respecto de sus destinatarios (existe en ese acto administrativo una presunción de legalidad). A partir de este reconocimiento (presunción) a favor de la Administración Pública en el dictado de actos administrativos, se produce un desplazamiento de la carga de accionar para el destinatario del acto. Ese ciudadano/s se encontrará en la necesidad de recurrir contra dicho acto para evitar que sus efectos (a partir de la presunción de legalidad que arrastra el acto) se consoliden y se materialicen, caso de ser necesario, a través de la ejecución forzosa.

A resultas de esta importante consecuencia, podemos apreciar la existencia de una variedad o submodalidad de la autotutela declarativa, entendida como autotutela reduplicativa. Con la misma nos referimos, en los mismos términos que acaban de destacarse, a la imposición al destinatario del acto de la carga de impugnarlo ante la propia Administración autora del mismo como requisito previo para poder acceder al auxilio (y tutela) de los Jueces y Tribunales. Esta realidad a la que conduce la autotutela declarativa (y reduplicativa) nos obliga a desterrar



dos vestigios “históricos” que, en nuestro Estado constitucional, no resultan aplicables por encontrarse absolutamente prohibidos:

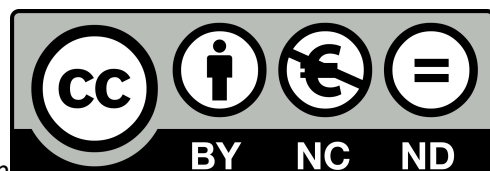
- “*Solve et repete*”, hoy día superado, como condicionamiento para el ciudadano del previo pago de una multa para poder recurrir la sanción impuesta por la Administración.
- “*Reformatio in peius*”, también superado, como quiera que el ciudadano no puede ver agravada (más perjudicada aún) su posición (y situación) jurídica en vía de recurso y que ha encontrado plasmación en el artículo 119.3 LPACAP *in fine* (“... sin que en ningún caso pueda agravarse su situación inicial”).

Finamente, la autotutela declarativa (y reduplicativa) con una importante proyección en el sistema de recursos administrativos, determina también otra suerte de privilegio a favor de la Administración. En este sentido, el recurso interpuesto por un ciudadano contra un acto administrativo no suspende (como regla general y de manera inmediata) la eficacia de dicho acto (artículo 117.1 LPACAP).

Por otra parte, la Administración Pública no sólo puede declarar lo que es Derecho dictando actos administrativos que gozan de una presunción de legalidad a la hora de producir inmediatamente efectos. La Administración Pública también puede ejecutar de manera forzosa sus propios actos en caso de incumplimiento, por sus destinatarios, de las obligaciones que los mismos contienen (artículo 99 LPACAP).

Para que pueda tener plena operatividad la llamada autotutela ejecutiva, dadas sus gravosas consecuencias para los ciudadanos a los que la misma se dirige, deben concurrir una serie de necesarios presupuestos:

- La existencia previa de un acto administrativo como título jurídico bastante para la ejecución forzosa de su contenido obligacional.
- Ese acto administrativo previo debe imponer la realización de una conducta (de dar, hacer o no hacer).
- Una vez dictado el acto administrativo debe concurrir un incumplimiento por parte de su destinatario.
- La Administración se encuentra facultada para emplear alguno de los medios de ejecución forzosa previstos en el artículo 100.1 LPACAP



(multa coercitiva, ejecución subsidiaria, apremio sobre el patrimonio, y compulsión sobre las personas).

La posición de la Administración Pública (auto)tutelando su actuación en los términos que ya nos resultan conocidos, nos obliga, no obstante, a matizar que ese privilegio se enmarca en el principio de legalidad propio de un Estado de Derecho. Y como ya hemos constatado del estudio de la Lección 1, una de las consecuencias del posicionamiento constitucional de la Administración Pública en el Estado de Derecho no lo es otra que el control (judicial) de la legalidad de la actuación administrativa.

En efecto, el artículo 106.1 CE marca el doble presupuesto para que toda actuación de la Administración Pública no escape al control de los Tribunales como quiera que:

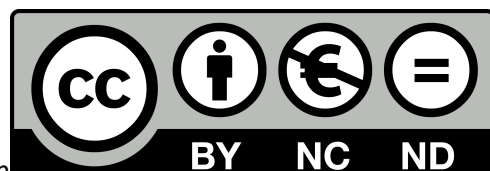
- “Los Tribunales controlan... la legalidad de la actuación administrativa”.
- “... así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican” (lo que resulta determinante para la constatación o no de una desviación de poder en la actuación de la Administración Pública).

El control de las Administraciones Públicas y de su actividad, sin perjuicio de ser objeto de estudio en la Lección 12, puede tener lugar en forma de control judicial y de control no judicial. Conforme al primero existe:

- Un control judicial ordinario actuado a través de una jurisdicción específica, la jurisdicción contencioso-administrativa.
- Un control “judicial” (no ordinario) de naturaleza constitucional a través del TC.

Y por lo que se refiere al control no judicial, en el mismo podemos distinguir:

- Un sistema interno de control dentro de la propia Administración que determina el necesario agotamiento previo de la vía administrativa para poder acceder a la tutela de Jueces y Tribunales (sistema de recursos administrativos).
- Un control no judicial externo actuado por entidades de relevancia constitucional (Consejo de Estado, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas...).



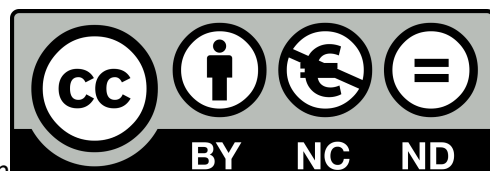
En otro orden de cosas, al inicio de esta lección hemos comprobado cómo la Ley condiciona toda actuación de la Administración Pública como quiera que su actividad está plenamente sometida a la misma. Pero también es la Ley la “fuente” de atribución de los poderes de los que se encuentra (y sólo ella) investida la Administración Pública. A esta destacada cuestión ocupamos ahora nuestra atención.

La Ley habilita o atribuye a la Administración Pública con poderes necesarios para realizar los fines de interés general o público a los que ésta viene obligada a partir de lo dispuesto por el artículo 103.1 CE. Esos poderes son las llamadas potestades públicas. Estas potestades atribuidas por la Ley a la Administración Pública presentan unas señas de identidad inconfundibles que las caracterizan singularmente. En este sentido podemos señalar que:

- Se trata de un poder jurídico en tanto que atribuido y regulado por la Ley con carácter abstracto y genérico.
- Es un poder conferido para ser ejercitado, de ejercicio obligatorio por parte de la Administración Pública para la realización de fines de interés público (con proscripción de la llamada desviación de poder).
- Ese poder participa de la doble naturaleza de potestad-función (servicio a la comunidad) y de potestad-deber (su ejercicio es obligatorio para la Administración de cara a la realización de una finalidad de interés público).
- El ejercicio de la potestad por la Administración determina que ésta ostente una posición jurídica de supremacía (prerrogativas) frente a los ciudadanos (potestad sancionatoria, expropiatoria...).

La atribución que la norma puede hacer a favor de la Administración Pública de la potestad pública (independientemente ahora de su contenido concreto y de su eventual incidencia en la esfera jurídica de los ciudadanos) lo puede ser de dos formas posibles, a saber, potestad reglada y potestad discrecional.

La potestad decimos que es reglada cuando la atribución normativa de la potestad a la Administración Pública lo es con prefiguración completa de las condiciones para su ejercicio, tanto en sus aspectos formales como en sus aspectos materiales.





En este caso, la norma contempla exhaustivamente todas las condiciones para que la Administración Pública pueda actuar esa potestad por lo que la Administración se limita a aplicar lo dispuesto en la norma al constatar la concurrencia de los presupuestos fácticos igualmente previstos por la norma para el ejercicio de la potestad. Esto determina dos consecuencias importantísimas:

- El control judicial sobre la actuación de la Administración al ejercer esa potestad reglada es pleno, llegando incluso a producirse la situación de que un Juez pueda sustituir el juicio de la Administración Pública.
- Sólo hay una sola solución correcta.

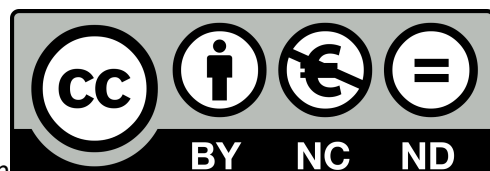
La potestad, a diferencia de en el supuesto anterior, es discrecional cuando la atribución que hace la norma de la potestad a favor de la Administración Pública lo es con prefiguración incompleta de las condiciones para su ejercicio.

En este caso, la norma ya no “agota” todas las condiciones para el ejercicio de ese poder público por parte de la Administración. Más bien, la propia norma remite o habilita a la Administración Pública para que sea ésta la que decida acerca de esas condiciones no prefiguradas por la norma respecto del ejercicio de la potestad.

Las consecuencias del ejercicio de la potestad discrecional son interesantes como quiera que:

- El control judicial del ejercicio de esa potestad no va a ser pleno en las condiciones no prefiguradas normativamente y remitidas a la voluntad de la Administración Pública. Ahora bien, que el control judicial no sea pleno, a diferencia de lo que acontece con la potestad reglada, no significa en modo alguno que no vaya a existir control judicial.
- La esencia del ejercicio de la potestad discrecional radica en que la Administración dispone de un margen valorativo de apreciación y decisión en el escenario no prefigurado al completo por la norma, por lo que ya no va a haber una única solución correcta.

Dada la particularidad del ejercicio de potestades discrecionales, interesa familiarizarnos con las fórmulas arbitradas por el Derecho para posibilitar el control judicial de este tipo de potestades. Con esto se confirma que, en la práctica, no existen ámbitos de la realidad de discrecionalidad pura,



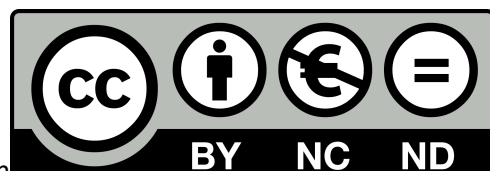


completamente libres de algún tipo de condicionamiento jurídico (la potestad es discrecional porque alguno, pero no todos, de sus elementos no aparecen prefigurados normativamente, y es la propia Ley la que ha dispuesto que el ejercicio de la potestad sea así, pero nunca de manera completamente libre para la Administración).

El control judicial del ejercicio de potestades discrecionales sabemos que no es (ni puede ser) pleno como quiera que la norma de atribución de la potestad a la Administración Pública no contempla exhaustivamente todas las posibilidades de ejercicio de ese poder. Por ello, y como quiera que control judicial siempre debe haber al encontrarnos con una actuación administrativa, en los términos señalados por el artículo 106.1 CE, el Derecho construye dos grandes posibilidades a partir del reconocimiento de una serie de instrumentos tendentes a arrojar pistas para que el juzgador pueda desentrañar si la actuación de la Administración, en ejercicio de una potestad discrecional, se ajustó o no a la legalidad. Diferenciamos así entre un control directo y un control indirecto en el ejercicio de una potestad discrecional por la Administración Pública.

El llamado control judicial directo incide en el “cómo” la Administración Pública ha ejercido la potestad atribuida discrecionalmente por la norma. Para discernir cómo se ha producido el ejercicio de esa potestad discrecional de cara a verificar su acomodo a la legalidad, el Derecho se sirve de una serie de mecanismos:

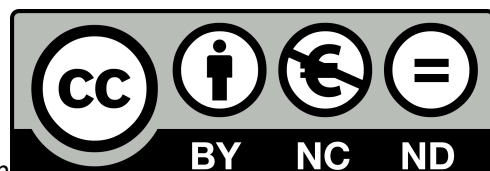
- Control de los elementos reglados.  
El control sobre los llamados “elementos reglados” pasa por atender a una serie de elementos que la norma atributiva de la potestad siempre debe prefigurar (reglar) sin remisión por tanto a la decisión de la Administración Pública, aunque estemos en presencia de una potestad discrecional. Estos elementos reglados siempre deben concurrir en el ejercicio de la potestad de modo que su existencia puede ser verificada por los Jueces y Tribunales de cara a entender conforme a Derecho esa actuación administrativa. La norma por tanto debe siempre contemplar la atribución de:
  - i) La propia potestad a la Administración Pública.
  - ii) La competencia al órgano concreto dentro de aquélla.
  - iii) La concurrencia del supuesto de hecho desencadenante del ejercicio de la potestad.



- iv) El procedimiento seguido para la correcta formación de la voluntad por parte de la Administración Pública.
  - v) El fin general y específico al que sirve el ejercicio de esa potestad (para cuyo control se instituye el mecanismo de la desviación de poder con el fin de controlar -impedir- el ejercicio de la potestad administrativa para fines distintos de los fijados por la norma).
- Control de los hechos determinantes.  
El control basado sobre los hechos determinantes permite verificar que el ejercicio de la potestad sólo se haya desencadenado con la concurrencia de los hechos (elementos fácticos) prefijados por la propia norma y, por tanto, no ante cualesquiera otros.
  - Control sobre la base de los principios generales del Derecho.  
El control con apoyo en los principios generales del Derecho es un buen asidero judicial como quiera que vertebran y conducen la actuación de los poderes públicos. Buena prueba de ello lo es, por ejemplo, el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, en los términos consagrados por el artículo 9.3 CE, que permite conocer “desde dentro” el alcance y fin de la decisión administrativa.

Pero el control judicial del ejercicio de potestades discrecionales también puede ser indirecto. En este caso, lo que permite este control indirecto es delimitar el contorno y radio de acción de la potestad discrecional mediante su distinción con otras categorías. Dos son las posibilidades con las que se trabaja en Derecho Administrativo a la hora de posibilitar el control judicial indirecto del ejercicio de potestades discrecionales:

- Conceptos jurídicos indeterminados.  
Los conceptos jurídicos indeterminados son todos aquellos conceptos empleados por el legislador (jurídicos) para referirse a un supuesto de hecho determinado a partir de conceptos de valor o de la experiencia. El concepto jurídico está previsto por la norma lo que ocurre es que decimos que es indeterminado o abierto como quiera que se deja a su libre concreción por la Administración Pública en cada caso en concreto (únicamente en el puro plano cognitivo). Ahora bien, a diferencia de lo que sucede con el ejercicio “puro” de una potestad



discrecional, con el concepto jurídico indeterminado sólo hay una sola solución jurídica correcta en la interpretación y aplicación de la norma, justo la que se ha querido expresar con el concepto empleado, lo que nos aproxima en la práctica (en términos de naturaleza y alcance del control desplegado) al ejercicio de una potestad reglada. De forma que la consecuencia inmediata es la posibilidad de fiscalización judicial plena.

Esto es lo que acontece por ejemplo cuando una norma señala una actuación administrativa por razones o motivos “de orden público”. O más concretamente, en los casos en que la normativa en materia de aguas se refiere a la consecución del “buen estado ecológico de las aguas”. El buen estado ecológico de las aguas sólo es (y puede ser) uno de modo que, se alcanza o no se alcanza el buen estado ecológico de las aguas, circunstancia determinante a la hora de concretar la posible comisión de infracciones ambientales por vertidos no autorizados o excediendo las condiciones en que los mismos resultaron autorizados en su momento.

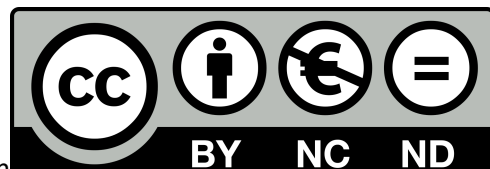
- Margen de apreciación.

Con el margen de apreciación la norma habilita a la Administración Pública con un ámbito (margen) de desenvolvimiento para poder determinar el correcto ejercicio de la potestad que la norma le atribuye. En este caso, a diferencia del supuesto anterior, existe más de una solución jurídica correcta siempre y cuando las distintas posibilidades barajadas por la Administración Pública resulten razonables (test de razonabilidad). En este escenario, la fiscalización (control) judicial es plena en cuanto a la razonabilidad de la elección (decisión) tomada por la Administración pero nunca en la decisión misma.

### III. LA CLASIFICACIÓN GENERAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA.

El estudio de la actividad administrativa nos obliga, en último lugar, al examen de las distintas formas en que dicha actividad de la Administración ha pasado a ser clasificada o sistematizada para una mejor comprensión de su sentido y alcance.

Lo primero que hay que destacar es el elevado volumen de la actividad que emprende la Administración Pública en la actualidad, razón fundamental de las dificultades para su correcta sistematización. Un volumen acorde con las



responsabilidades/fines encomendados a la Administración Pública en una sociedad cada vez más compleja donde surgen, incluso, realidades inéditas hasta ahora. A la multiplicidad y heterogeneidad de los fines perseguidos por la Administración Pública se le suman también los muy variados sectores de la realidad social que son atendidos por la Administración, así como, finalmente, un sinfín de mecanismos e instrumentos para posibilitar la correcta actuación administrativa en servicio al interés general.

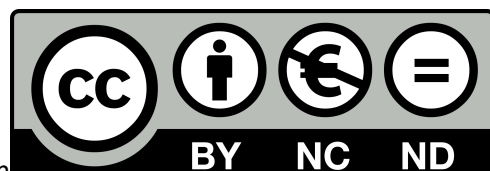
Sobre la base de este presupuesto, la clasificación convencional que, además, aparece recogida en la práctica totalidad de los manuales de la disciplina permite diferenciar, siguiendo en este sentido la propuesta por el Profesor Luciano Parejo, los siguientes tipos de actividad administrativa (tomando como criterio la propia actividad de la Administración Pública en sí misma considerada):

- Actividad externa y actividad interna.
- Actividad de Derecho público y actividad de Derecho privado.
- Actividad jurídica y actividad material/real/técnica.
- Actividad unilateral y actividad contractual.

Sin desplazar a esta clasificación teórica o académica que acabamos de exponer, mayor interés ofrece familiarizarnos con la clasificación tradicional (ya clásica) de la actividad administrativa que en nuestro Derecho debemos a la obra de Jordana de Pozas y que incluso se encuentra sistematizada en alguna disposición normativa (vid. los Títulos del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955). Esta clasificación presenta como criterio ordenador los efectos que dicha actividad produce sobre las situaciones subjetivas de los ciudadanos y refleja (tradicionalmente) el devenir de las funciones del Estado. En este sentido, podemos distinguir:

- i) Actividad de policía, de intervención, o de ordenación administrativa, asentada sobre la idea de *imperium* o coacción administrativas.
- ii) Actividad de servicio público, basada en la realización efectiva de prestaciones a los ciudadanos.
- iii) Actividad de fomento, que determina la incentivación, por parte de la Administración, de la actividad de los particulares.

Veamos cuáles son las notas distintivas de cada una de las tres formas tradicionales de actividad administrativa (sin perjuicio, como ya se ha advertido,



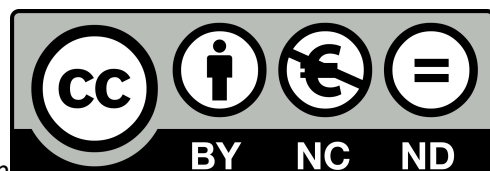
que la realidad actual es mucho más rica y no quiere decir, por tanto, que no existan otras formas de actividad en los términos que, por ejemplo, recrea el Profesor Luciano Parejo mencionando además a la actividad económica, la actividad de planificación o planeamiento, y la actividad de prevención o preservación).

La actividad de policía o de intervención/ordenación sobre la actividad privada de los particulares recrea la facultad de la Administración Pública, convenientemente habilitada por las normas, para intervenir sobre el ejercicio privado por parte de los ciudadanos de sus derechos y/o actividades con el fin de limitarlos o incluso restringirlos para su necesaria articulación, tanto con el interés general (siempre prevalente), como con el interés privado de otros ciudadanos. Esta actividad encuentra en el ámbito de la seguridad ciudadana (aunque no únicamente) un importante radio de acción en tanto que actividad encaminada a preservar el orden público (interés general) y a proteger el libre ejercicio, por parte de los ciudadanos, de sus derechos y libertades.

Esa posibilidad de intervención (o en términos más actuales de ordenación) administrativa (policía administrativa) debe venir atribuida a la Administración por la Ley y puede, en función de las circunstancias y del ámbito concreto de actuación en el que nos encontremos, desplegarse antes, durante o tras el ejercicio de la actividad o derecho pretendido por el particular.

Pero la actividad de intervención/ordenación no ofrece siempre la misma forma e intensidad. Entre nosotros resulta habitual referenciar el abanico de posibilidades al que aluden los Profesores Eduardo García de Enterría y T.R Fernández importando la tipología de Vignocci en cuanto a las formas posibles de limitar el ejercicio de derechos. Así, podemos diferenciar:

- Prohibición absoluta e incondicionada.
- Prohibición relativa con posibilidad de ejercicio, previa comprobación por la Administración caso a caso del cumplimiento de las condiciones legales.
- Libertad condicionada de ejercicio al deber de comunicación previa a la Administración del propósito de llevarlo a cabo.
- Libertad incondicionada de ejercicio, con reserva de prohibición por la Administración en caso de incumplimiento de las condiciones legales.

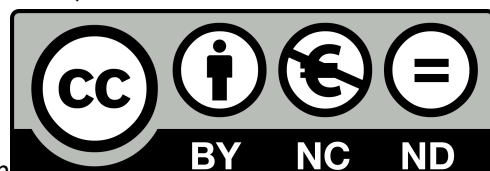


La actividad administrativa de policía o intervención debe responder, necesariamente, a una serie de principios jurídicos básicos en la actuación a seguir por la Administración Pública. Estos principios son, fundamentalmente, los principios de legalidad, igualdad o no discriminación, proporcionalidad, y de *favor libertatis* (o respeto a la libertad individual). Este último con especial importancia en el ámbito de la seguridad pública y la actividad de intervención desplegada por las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad. Hoy día, el artículo 4.1 LRJSP formaliza jurídicamente los principios de intervención de las Administraciones Públicas para el desarrollo de una actividad de modo que las Administraciones “deberán aplicar el principio de proporcionalidad y elegir la medida menos restrictiva, motivar su necesidad para la protección del interés público así como justificar su adecuación para lograr los fines que se persiguen, sin que en ningún caso se produzcan diferencias de trato discriminatorias”.

Finalmente, las técnicas o instrumentos de los que se sirve la Administración en los más diversos y variados ámbitos de la realidad social para desplegar sus funciones de ordenación administrativa se han venido centrando, principalmente, en alguna de las distintas fórmulas que, con carácter sistemático y exhaustivo, recoge el artículo 84.1 LRBRL para la intervención de la actividad de los ciudadanos por parte de las Entidades locales. Así, las posibilidades que puede tener una Administración pública para intervenir la actividad privada de los particulares descansa en el sometimiento a previa licencia u otros actos de control preventivo; el sometimiento a comunicación previa o a declaración responsable; la sujeción a reglamentaciones generales, prohibiciones, órdenes, mandatos, controles ex post, y otras formas de control preventivo.

De todas ellas, la autorización administrativa es la técnica preventiva de intervención administrativa por excelencia, basándose en la preexistencia en el sujeto que la solicita de un derecho previo a su ejercicio de forma que la Administración Pública, al concederla, se limita simplemente a remover los obstáculos existentes para su ejercicio. Su presupuesto es, por tanto, el de una prohibición (si bien relativa) al ejercicio de la actividad o derecho por parte del ciudadano. Con el resultado final de que el obstáculo existente al ejercicio por el ciudadano sólo es removido con el otorgamiento de la autorización.

La autorización administrativa se emplea por parte de la Administración Pública en los más variados ámbitos de la realidad social (seguridad ciudadana, medio ambiente, urbanismo, transportes, energía...). Ahora bien, de un tiempo a esta parte, y como consecuencia de la apuesta por fórmulas “más flexibles y menos intervencionistas” en el marco de la liberalización de servicios propiciada por la Directiva “Bolkestein” de servicios, han cobrado protagonismo otras técnicas, en detrimento de la autorización administrativa, como las declaraciones



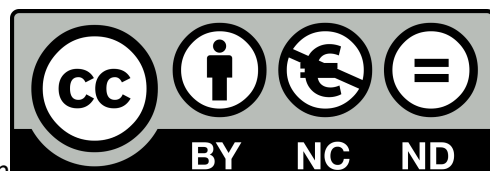
responsables y las comunicaciones previas. Buena prueba de ello lo es, en el ámbito local de las autorizaciones o licencia municipales, la nueva redacción dada por la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, de racionalización y sostenibilidad de la Administración Local al artículo 84 bis LRBRL, conforme al cual, “con carácter general, el ejercicio de actividades no se someterá a la obtención de licencia u otro medio de control preventivo. No obstante, podrá exigirse una licencia u otro medio de control preventivo respecto a aquellas actividades económicas:

- a) Cuando esté justificado por razones de orden público, seguridad pública, salud pública o protección del medio ambiente en el lugar concreto donde se realiza la actividad, y estas razones no puedan salvaguardarse mediante la presentación de una declaración responsable o de una comunicación.
- b) Cuando por la escasez de recursos naturales, la utilización de dominio público, la existencia de inequívocos impedimentos técnicos o en función de la existencia de servicios públicos sometidos a tarifas reguladas, el número de operadores económicos del mercado sea limitado”.

En segundo lugar y por lo que se refiere a la actividad de servicio público o prestacional, la noción de servicio público ha constituido, históricamente en el seno del Derecho administrativo, uno de los principales elementos de estudio para concretar el alcance de las funciones del Estado y de la Administración Pública. De hecho, y a partir de la construcción de la doctrina francesa (principalmente la Escuela de servicio público liderada por L. Duguit), toda la actividad administrativa se llega a asociar con la idea de servicio público llegando a tener una gran expansión desde finales del siglo XIX.

Sin embargo, y con la crisis del Estado social -donde, entre otras cosas, se cuestiona el papel que corresponde cumplir al Estado como prestador de servicios, así como con el advenimiento de procesos de liberalización e incluso de privatización- comienza a tomar forma una noción más estrecha o restringida de servicio público (el tránsito de la idea de servicio público a la idea de servicio de interés general como consecuencia, además, de los nuevos postulados comunitario-europeos, tal y como acontece con los transportes, la energía, el agua, las telecomunicaciones y los servicios postales, principalmente).

Sea como fuere, de forma mucho más concreta, y a los efectos que aquí interesan, la actividad de servicio público aparece presidida por la idea de la titularidad pública de una actividad, así reconocida por Ley (*publicatio*), y con una finalidad prestacional para garantizar la satisfacción del interés general. Dicha





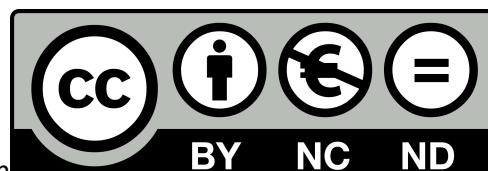
titularidad en manos de la Administración Pública se entiende que es una muestra de garantía de cara a la satisfacción, que con dicha actividad o servicio se pretende, del interés general, asegurando la continuidad y regularidad en la prestación del servicio. Los servicios públicos locales prestados a los ciudadanos a los que se refiere el artículo 26 LRBRL responden claramente a estos postulados.

La Administración Pública es titular, por tanto, de una serie de servicios básicos para la sociedad. De hecho, la Ley puede reservar al sector público determinados servicios esenciales (en terminología del artículo 128.2 CE cuando los servicios son reservados en exclusiva al sector público, en especial en los casos de monopolio) con reserva de su titularidad a la Administración como por ejemplo ocurre de forma muy gráfica con el artículo 86.2 LRBRL que expresamente determina “Se declara la reserva en favor de las Entidades Locales de las siguientes actividades o servicios esenciales:...”.

En todo servicio público hay que diferenciar a su vez entre dos planos. Por una parte la titularidad, que es siempre pública o en manos de la Administración, lo que a su vez determina que el servicio se pueda prestar en régimen de monopolio o en régimen de libre concurrencia con la iniciativa privada. Por otra parte, la prestación o gestión del servicio que puede ser pública o privada. En este sentido, el servicio (insistimos, siempre de titularidad pública) puede venir siendo prestado o gestionado directamente por la propia Administración Pública titular de la actividad. Pero también puede ser prestado o gestionado de manera indirecta por un tercero privado distinto de la Administración titular del servicio en la medida en que el mismo sea susceptible de ser explotado económicamente por los particulares. Ahora bien, nunca se podrán explotar por régimen de gestión indirecta los servicios que impliquen el ejercicio de la autoridad inherente a los poderes públicos.

Es justamente en estos supuestos de colaboración privada para la prestación de servicios públicos donde se entabla, entre la Administración titular del servicio y el prestador del mismo, una auténtica relación jurídica vertebrada por un conjunto de potestades (en el caso de la Administración Pública) y de derechos y obligaciones (para el contratista).

Pero también cabe atisbar otra relación que es la que une al prestador del servicio (contratista) con el usuario receptor del servicio. Esta relación jurídica también aparece erigida sobre la base de un haz de derechos y obligaciones para uno y otro y donde se reconoce una contraprestación económica a percibir por el prestador del servicio.

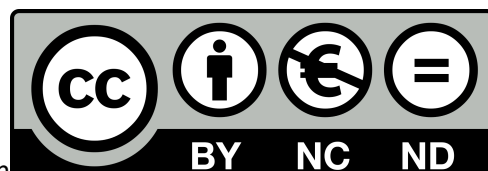


Entre los derechos del usuario del servicio, el principal consiste en el derecho a ser admitido al disfrute del servicio en tanto que el mismo cumpla con los requisitos dispuestos. Y de los deberes, cabe destacar, en buena lógica, el pago de la contraprestación económica por la recepción del servicio.

Finalmente, la actividad de fomento es aquella actividad administrativa tendente o encaminada a proteger, promover, o estimular actividades privadas que satisfacen necesidades públicas o que se estiman de utilidad o interés general. La actividad de fomento no se caracteriza ni por el empleo de la coacción/*imperium* (propio de la actividad de policía) ni por la creación de servicios públicos (en el seno de una actividad prestacional *stricto sensu*). Más bien, y por el contrario, por el estímulo, la promoción, la incentivación hacia fines de interés general.

La acción emprendida por la Administración Pública en el caso del fomento responde, más bien, a una suerte de “estímulos” que la propia Administración “lanza” a los particulares para que reorienten o reconduzcan sus actividades hacia fines de utilidad pública o de interés social. Es así como la actividad de fomento principalmente encuentra su “nicho” en los alicientes o estímulos, principalmente de índole económica, concedidos a los sujetos privados debiendo concurrir para ello una serie de principios como, entre otros, el de libre concurrencia (o concurrencia competitiva), igualdad y no discriminación, y transparencia. En este sentido, de la panoplia de medidas de fomento que existen, la subvención (como modalidad de ayuda pública) es la más generalizada entendiéndose como ayuda dineraria con cargo a fondos públicos para la realización de fines de interés público.

Sobre la base de esos principios, de interés resulta tomar conocimiento al menos, a nuestros efectos, del régimen de ayudas de la UE, actualmente dispuesto en los artículos 107 a 109 TFUE. Este régimen de ayudas parte de una prohibición general (pero no absoluta) referida a que “serán incompatibles con el mercado interior, en la medida en que afecten a los intercambios comerciales entre Estados miembros, las ayudas otorgadas por los Estados o mediante fondos estatales, bajo cualquier forma, que falseen o amenacen falsear la competencia, favoreciendo a determinadas empresas o producciones”. Pese a esa prohibición general, existen una serie de ayudas que, *per se*, se consideran compatibles y por tanto aceptadas (como por ejemplo las ayudas destinadas a reparar los perjuicios causados por desastres naturales o por otros acontecimientos de carácter excepcional). Y otro tipo de ayudas que no lo son directamente, como las anteriores, pero que son susceptibles de declararse compatibles (como, entre otras, las ayudas destinadas a favorecer el desarrollo



económico de regiones en las que el nivel de vida sea anormalmente bajo o en las que exista una grave situación de subempleo).

Baste ahora señalar, para concluir, que el régimen jurídico de las ayudas y subvenciones se encuentra regulado con carácter general en nuestro país en la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, general de subvenciones.

