

La posició jurídica de l'Administració

Joaquim Ferret i Jacas
Lluís Cases Pallarès
Marc Vilalta Reixach

PID_00237801

Temps de lectura i comprensió: **3 hores**



Índex

Introducció	5
Objectius	6
1. La posició jurídica de l'Administració: l'Administració i la llei	7
2. L'Administració com a titular de potestats	8
2.1. Les potestats administratives: potestats reglades i potestats discrecionals	9
2.2. Les potestats discrecionals i el control de l'Administració	12
2.2.1. Les tècniques de control de la discrecionalitat	13
2.2.2. Les figures afins a la discrecionalitat: conceptes jurídics indeterminats i discrecionalitat tècnica	14
2.2.3. La tensió entre la discrecionalitat i el control judicial ...	17
3. Les relacions entre l'Administració i la justícia: el principi d'autotutela	20
3.1. L'autotutela administrativa: classes	20
3.1.1. L'autotutela declarativa	21
3.1.2. L'autotutela executiva	22
3.1.3. L'autotutela en segona potència o reduplicativa	23
3.2. Valoració de l'autotutela	24
4. Conflictes entre l'Administració i el poder jurisdiccional	26
4.1. La regulació dels conflictes jurisdiccionals a la Llei orgànica 2/1987	27
Resum	31
Activitats	33
Exercicis d'autoavaluació	33
Solucionari	35
Glossari	36
Bibliografia	37

Introducció

En aquest mòdul didàctic s'analitzen les qüestions següents:

- a) La **posició jurídica de l'Administració pública**, en especial amb relació a la llei.
- b) L'Administració pública com a **titular de potestats**.
- c) El **principi d'autotutela**.
- d) Els **conflictes entre l'Administració pública i el poder judicial**.

Objectius

En els materials didàctics d'aquest mòdul trobareu els continguts i les eines procedimentals per a assolir els objectius següents:

1. Comprendre el concepte de potestat.
2. Distingir entre les potestats reglades i les discrecionals.
3. Conèixer les tècniques de control de la discrecionalitat i distingir-les de les figures afins.
4. Saber valorar les possibilitats reals de control jurisdiccional de la discrecionalitat, tot esbrinant les posicions doctrinals i jurisdiccionals sobre el tema.
5. Comprendre la posició especial de l'Administració respecte als tribunals.
6. Conèixer els aspectes en els quals es concreta aquesta posició especial de l'Administració respecte als tribunals: classes d'autotutela.

1. La posició jurídica de l'Administració: l'Administració i la llei

Com ja hem vist, l'article 103.1 de la Constitució estableix el sotmetiment ple de l'Administració a la llei i al Dret. Aquesta és la clàusula més rellevant de l'Estat de Dret i un element central en la construcció del Dret Administratiu. Ara bé, l'Administració pública es troba davant la llei en una posició diferent de la que tenen els ciutadans.

Pel que fa als ciutadans, podríem dir que aquests preexisteixen a la llei, la qual constitueix un límit extern a la seva llibertat (poden fer tot allò que no estigui expressament prohibit per l'ordenament jurídic). En canvi, l'Administració és una creació de la llei i tota la seva activitat depèn de les finalitats que externament l'ordenament jurídic li atorga. En aquest sentit és correcte parlar d'una **vinculació positiva de l'Administració a la llei i al dret**, en contraposició amb una simple vinculació negativa dels ciutadans.

L'**ordenament jurídic** no constitueix per a l'Administració una delimitació externa d'una llibertat reconeguda. La norma jurídica és a la base del naixement de l'Administració i li dóna unes missions que no són fruit de cap voluntat preexistent a la norma. L'**Administració** només és capaç de tenir una voluntat en la forma que la configuri la intensitat de la programació legal de la normativa que la crea i la regula.

L'Administració és una criatura del dret i està singularitzada pel seu caràcter de servei. No té uns interessos propis, sinó que serveix l'interès públic o, com diu la Constitució, els interessos generals. L'**interès públic** o els interessos generals no són interessos propis de l'Administració com a organització¹.

⁽¹⁾No es poden confondre els interessos de l'aparell organitzatiu que constitueix l'Administració amb l'interès públic que la llei li encomana.

Sociològicament és obvi que els integrants de l'organització administrativa tenen uns interessos propis de caràcter corporatiu, però aquests interessos no constitueixen els interessos generals, que jurídicament són els de l'Administració pública. Els interessos generals no són els dels funcionaris d'una determinada branca de l'Administració. L'interès públic té un caràcter objectiu i, primàriament, està determinat per la llei.

2. L'Administració com a titular de potestats

La vinculació més intensa de l'Administració a la llei està lligada al seu caràcter de titular de potestats. I és que tota la actuació administrativa es canalitza a través de l'exercici de **potestats administratives**. Aquestes potestats es defineixen pel seu caràcter funcional. Les potestats es configuren com un poder jurídic unilateral que l'ordenament reconeix a l'Administració per a la consecució d'unes finalitats (els interessos generals) que transcendeixen el seu titular.

En el dret privat podem trobar també alguns supòsits de potestats; el cas més clar és el de la pàtria potestat, en què el poder està al servei del bé dels fills.

L'Administració és titular de potestats per a servir els interessos generals. La seva condició de *potentior persona* està lligada al seu servei a l'interès públic. És titular de potestats precisament per a poder complir la missió per a la qual ha estat creada per l'ordenament jurídic. **Potestat i vocació de servei** constitueixen dos aspectes indissociables.

Pàtria potestat

La pàtria potestat es retira en els casos de mal exercici i, davant d'un divorci, s'atorga al cònjuge que millor es pot fer càrrec dels fills.

Un altre aspecte que hem de destacar és la **configuració tècnica del concepte de potestat**, en reacció amb la del dret subjectiu, figures que pertanyen al gènere dels poders jurídics. Com assenyalen E. García de Enterría i T.R. Fernández, seguint Santi Romano, la potestat, a diferència del dret subjectiu, no es genera en cap negoci jurídic, contracte, acte o fet singular, sinó que procedeix directament de l'ordenament jurídic. Son les normes jurídiques les que diuen què pot fer l'Administració en cada cas.

Per altra banda, les potestats no recauen sobre cap objecte específic, sinó que tenen un contingut genèric i es refereixen a un àmbit d'actuació que es defineix en grans línies o directrius. Si bé, de l'exercici de la potestat administrativa en poden resultar actes administratius concrets, que poden donar lloc a un canvi a la situació jurídica dels particulars. En aquest sentit, cal tenir també en compte que les potestats administratives són unilaterals, és a dir, que l'Administració les exerceix sense necessitat que el destinatari de la seva actuació hi estigui conforme. Al mateix temps, aquestes potestats poden ser exercides indefinidament, fins que el seu reconeixement no desaparegui de l'ordenament jurídic.

L'Administració, amb l'exercici de les seves potestats, crea relacions jurídiques concretes amb els administrats. Aquesta actuació unilateral de l'Administració creadora d'efectes jurídics caracteritza el **dret administratiu**. Si el contracte és la figura essencial en el **dret privat**, l'acte administratiu unilateral ho és en el dret administratiu.

2.1. Les potestats administratives: potestats reglades i potestats discrecionals

Pel que fa les potestats administratives, hem de tenir en compte que aquestes poden ser objecte de múltiples classificacions, que poden donar lloc a l'aplicació de regles o principis diferents. Així, seguint Gamero Casado (2007, p. 51), podem diferenciar, per exemple:

a) Segons la seva forma d'atribució, podem distingir entre potestats *administratives expresses* o *potestats implícites*. Aquestes últimes són aquelles que no s'atribueixen expressament per l'ordenament però resulten absolutament imprescindibles pel compliment de les funcions que s'encarreguen a l'Administració.

b) Segons la seva incidència sobre els drets i interessos legítims dels ciutadans, les potestats administratives poden ser *favorables*, *desfavorables* o *indiferents*, segons amplii o redueixin els drets dels ciutadans. Un exemple de potestat desfavorable pot ser la potestat sancionadora, mentre que la potestat organitzativa no afecta, en principi, els drets i interessos legítims dels ciutadans.

Ara bé, la classificació més important –i a la que dedicarem més atenció– és la que diferencia en funció del grau de vinculació de l'Administració entre *potestats reglades* i *potestats discrecionals*. I és que hem de tenir present que, en els darrers anys, les noves funcions assumides per l'Estat estan tenint importants conseqüències en la configuració de l'ordenament jurídic. La Llei no pot especificar tot el que correspon a l'ordenament jurídic, atès que aquesta determinació s'ha de fer tenint en compte les circumstàncies que concorren a la societat en un determinat moment, i aquesta tasca s'atribueix a l'Administració.

Sense perjudici de la vinculació positiva de l'Administració al dret, que hem afirmat, la intensitat de la programació legal és molt diferent en uns supòsits o en uns altres. La llei, en funció de les circumstàncies diverses que envolten l'objecte de la regulació, deixa un marge d'actuació més o menys gran.

Així, parlem de **potestats reglades**, quan les normes que regulen l'activitat administrativa preveuen una regulació minuciosa i completa de l'exercici d'aquesta potestat. Tota l'actuació de l'Administració està predeterminada per la norma, de manera que davant d'uns determinats fets l'Administració només

pot actuar d'una determinada manera. En canvi, parlem de **potestats discrecionals** quan l'Administració gaudeix d'un marge d'apreciació que l'hi permet optar entre diferents alternatives, totes elles igualment legítimes.

Potestats reglades i potestats discrecionals

En una primera aproximació, la qüestió és molt senzilla. Per exemple:

- La norma, en virtut del principi de tipicitat del dret sancionador, estableix la sanció administrativa que s'ha d'imposar a l'infractor. En aquest cas ens trobem davant d'una potestat reglada.
- En canvi, la legislació de carreteres no determina quines són les carreteres que s'han de construir, ni la legislació educativa ens diu on s'han d'ubicar les escoles. En aquests casos ens trobem davant de potestats discrecionals.

El saber vulgar o el sentit comú ens diuen que dins un mateix marc legal és possible desenvolupar polítiques públiques diferents. És l'Administració, dirigida pel govern respectiu, qui en l'àmbit estatal, autonòmic o local porta a terme aquestes polítiques, que són concreció de l'interès públic. Aquest és el **comportament normal de l'Administració**. És, a més, el tipus de comportament que la caracteritza:

a) L'Administració no exerceix una sola funció, com els poders legislatiu o judicial; l'Administració se singularitza pel seu **caràcter gestor**.

b) L'Administració no aplica simplement la llei, com fan els jutges; l'Administració garanteix la **prestació dels serveis públics** als ciutadans.

c) La seva **actuació de caràcter material** –per bé que sempre sotmesa al dret– passa a tenir una importància capital. Prestar el servei hospitalari o educatiu, o construir una obra pública, són activitats que van més enllà de la subsumció del fet a la norma.

La discrecionalitat administrativa ha estat objecte d'una intensa discussió en el si de la doctrina jurídicoadministrativa, el "cavall de Troia del dret administratiu". L'anàlisi de les diferents opinions que s'han donat envers la discrecionalitat administrativa permet extreure, entre altres aspectes, que la discrecionalitat administrativa és determinada per:

- **L'estructura de les normes que configuren l'activitat** de les administracions públiques. Cada cop amb més freqüència ens trobem davant normes que fixen únicament fins, cosa que comporta que, per a la seva efectiva consecució, es confereix a les administracions públiques un àmbit de decisió per a poder posar en marxa els programes necessaris per a aconseguir aquests fins, i també els mitjans que es posaran en marxa.

Contingut complementari

La normalitat de l'exercici de les potestats discrecionals de l'Administració no ha impedit que la qüestió de les potestats discrecionals hagi estat en el passat, i també actualment, objecte de polèmica.

- La **determinació per l'Administració pública dels interessos generals**. L'augment de l'intervencionisme estatal ha implicat la translació de la determinació de l'interès general a les instàncies administratives.
- La **utilització de criteris polítics i no estrictament jurídics**. L'Administració prendrà les seves decisions tenint en compte els coneixements tècnics propis de l'àmbit sectorial al qual es refereixen els programes que pretén aplicar, però també haurà d'incorporar necessàriament a les seves decisions criteris de caràcter polític, ja que, més enllà de la disponibilitat o no de recursos i mitjans, la seva elecció estarà determinada per l'establiment d'unes determinades prioritats, és a dir, per una determinada política d'actuació.

Ara bé, el reconeixement d'aquest àmbit de decisió per part de les Administracions públiques no vol dir que es pugui parlar de total llibertat. En altres paraules, no es pot arribar a confondre la discrecionalitat amb l'**arbitrarietat prohibida** expressament per la Constitució.

Un dels elements que pot permetre distingir la discrecionalitat legítima i l'arbitrarietat prohibida és l'existència d'una motivació suficient de la decisió presa que permeti conèixer les raons que donen suport a l'elecció realitzada en l'exercici de la potestat discrecional.

És il·lustrativa d'aquesta distinció la STS de 13 de juliol de 1984:

"nunca es permitido confundir lo discrecional con lo arbitrario, pues aquello (lo discrecional) se halla o debe hallarse cubierto por motivaciones suficientes, discutibles o no, pero considerables en todo caso y no meramente de una cualidad que les haga inatacables, mientras que lo segundo (lo arbitrario) no tiene motivación respetable, sino –pura y simplemente– la conocida *sit pro ratione voluntas* o la que ofrece lo es tal que, escudriñando su entraña, denota, a poco esfuerzo de contrastación, su carácter indefinible y su inautenticidad."

Fins fa poc temps, la principal raó per a analitzar la discrecionalitat administrativa era determinada pel tema del seu control judicial. Com es tindrà oportunitat d'observar en el proper apartat, el caràcter jurídic de la discrecionalitat administrativa permet el seu control judicial. Això no obstant, és important posar en relleu que darrerament s'insisteix amb més intensitat sobre la necessitat de donar més importància als aspectes organitzatius i procedimentals que permetin garantir en la mesura que sigui possible que les decisions que es prenen en virtut de les potestats discrecionals siguin les millors possibles i, per tant, que l'Administració n'ha fet un bon ús.

Nota

L'art. 9.3 CE estableix que la Constitució garanteix la interdicció de l'arbitrarietat dels poders públics.

Nota

L'article 35 LPAC exigeix la motivació dels actes que es dictin en l'exercici de potestats discrecionals.

2.2. Les potestats discrecionals i el control de l'Administració

Com que el paràmetre de control de l'Administració és el dret, la possibilitat de **control judicial de l'Administració** està relacionada necessàriament amb la naturalesa de les potestats que aquesta exerceix. El marge més gran o més petit que la llei deixa a l'apreciació de l'Administració incidirà en les possibilitats de control de la seva activitat.

En qualsevol cas, no s'ha d'oblidar que no hi ha una llibertat de l'Administració prèvia a la llei. El **marge d'actuació de l'Administració** és el que li dóna la llei, modulada per les exigències legals i per l'obtenció de les finalitats que la mateixa llei determina.

De fet, més que haver-hi potestats reglades i discrecionals com dues categories rígidament contraposades, el que hi ha és una **escala de discrecionalitat** que, en graus diferents, es troba en els actes administratius com a exercici de les potestats.

Històricament es considerava que la **discrecionalitat** exclouïa el control. Amb la submissió progressiva de l'Administració al dret s'ha fet possible el control de l'exercici de les potestats discrecionals.

La discrecionalitat no és un terreny completament al marge de la regulació. Com diu l'exposició de motius de la vigent Llei de la jurisdicció contenciosa administrativa de 1956, la discrecionalitat no pot referir-se a la totalitat dels elements d'un acte, sinó sols a algun o alguns d'aquests elements. Hi ha, per tant, una ja llarga tradició en el nostre dret de **possibilitat de control de la discrecionalitat**.

L'anàlisi de la decisió discrecional pels tribunals té dues fases:

1) En primer lloc, **verificant l'extensió de la discrecionalitat**, comprovant si l'Administració ha actuat dins l'àmbit de discrecionalitat previst a l'ordenament i, si s'ha vulnerat, anul·lant la decisió presa.

2) En segon lloc i en l'àmbit de lliure decisió, **analitzant si la decisió s'ha pres de manera raonada**, en cas contrari, també l'anul·laran.

Ara bé, el paper dels tribunals s'ha de limitar a anul·lar la decisió o també podran dictar una nova resolució en substitució de l'anul·lada? Aquest és un aspecte sobre el qual s'ha generat una intensa polèmica. Tradicionalment s'havia considerat que únicament quan el tribunal es trobés davant decisions adoptades en l'exercici de potestats reglades podria dictar una sentència que no es limités a anul·lar l'acte administratiu, sinó que a més procedís a reconèixer una

Contingut complementari

La llei confereix un àmbit de determinació de l'interès públic a l'Administració i determina tots els condicionaments que creu necessaris per a l'actuació administrativa.

situació jurídica individualitzada i a condemnar l'Administració a adoptar les mesures necessàries per al restabliment de la situació jurídica individualitzada, negant-se aquesta possibilitat en el cas de l'exercici de potestats discrecionals, ja que en aquest cas el tribunal s'hauria de limitar a anul·lar la decisió i reenviar l'assumpte a l'Administració perquè aquesta adoptés una nova decisió d'acord amb l'ordenament jurídic.

Això no obstant, hi ha autors com T.R. Fernández que afirmen que:

"es preciso, sin embargo, recordar que hay supuestos –todo lo excepcionales que se quiera pero los hay– en los que, como antes advertí, la discrecionalidad inicial que el ordenamiento reconoce se reduce en el curso del procedimiento y el proceso e, incluso, puede llegar a desaparecer pura y simplemente en el momento de decidir este último. En estos casos de reducción a cero de la discrecionalidad el artículo 71.2 de la Ley Jurisdiccional es inaplicable por la importantísima razón de que no se da el supuesto de hecho que contempla. Desaparecida la discrecionalidad decisoria y no existiendo en consecuencia más que una decisión posible para el concreto caso enjuiciado, el juez tendrá que llevar a su sentencia necesariamente esa única solución, por exigencias indeclinables, además, de la efectividad de la tutela que la Constitución le obliga a otorgar y que nada ya le impide reconocer."

Altres autors, com Sánchez Morón, consideren que les decisions adoptades per l'Administració en l'exercici de potestats discrecionals no són susceptibles de substitució per part dels tribunals, considerant que en cas que ho facin s'està produint un excés en el control judicial i, per tant, una intrusió dels tribunals en l'esfera de decisió pròpia de l'Administració pública.

"els òrgans jurisdiccionals no podran determinar la forma en què han de quedar redactats els preceptes d'una disposició general en substitució dels que anul·lin ni podran determinar el contingut discrecional dels actes anul·lats".

Art. 71.2 LJCA

2.2.1. Les tècniques de control de la discrecionalitat

El control de la discrecionalitat és un control jurídic i no un control polític o d'oportunitat. Es tracta de controlar tenint com a paràmetre de control els elements normatius que l'ordenament ens ofereix també en el supòsit d'exercici de potestats discrecionals.

Tres són essencialment les tècniques de control:

a) **El control dels elements reglats.** Tot acte administratiu, exercici d'una potestat, té *elements reglats*, és a dir, que vénen fixats prèviament per l'ordenament jurídic. De fet, existeixen, com a mínim, tres elements reglats que es manifesten en l'exercici de qualsevol potestat, fins i tot les discrecionals.

- La competència: en primer lloc, la potestat que s'exerceix ha estat creada per la llei, ha estat atorgada a una persona jurídica pública i a un òrgan concret d'aquesta persona.

- El procediment: com ja sabem, les administracions, a diferència dels particulars, actuen amb unes notables exigències procedimentals per la qual cosa, fins i tot en el supòsit de les potestats discrecionals, l'Administració ha de complir amb les normes procedimentals corresponents (per exemple, en el que es refereix als terminis, informes,...).
- I, per últim, en virtut del mateix concepte de potestat, aquesta s'atribueix sempre a una finalitat que esdevé la causa en sentit tècnic de l'actuació administrativa. Totes les potestats –també les discrecionals– es reconeixen per a una finalitat específica. Pel que la utilització de les potestats per a finalitats diferents de les previstes constitueix un vici denominat *desviació de poder*.

b) El control dels fets determinants. La discrecionalitat suposa un àmbit de lliure opció per a l'Administració. Es tracta d'una decisió sobre la solució més convenient per al servei dels interessos generals. Però això no afecta els aspectes purament cognitius. Els fets existeixen o no existeixen. No depenen de la voluntat. L'existència dels fets i la seva inclusió en el supòsit de fet de la norma tenen un caràcter reglat i són susceptibles del control jurisdiccional.

Exemple

Si en una norma s'exigeix la majoria d'edat per a poder accedir a un determinat benefici atorgat per l'Administració, aquest fet no és susceptible de la lliure apreciació d'aquesta; els divuit anys s'han acomplert o no s'han acomplert, i això podrà ser establert pel jutge.

Per tant, mitjançant el control dels fets determinants es pretén verificar si la valoració efectuada per l'Administració en l'exercici d'una potestat discrecional es troba recolzada o no en aquests fets materials.

c) El control sobre la base dels principis generals del dret. Els principis generals del dret informen l'ordenament jurídic. En el camp del dret administratiu, i especialment en el control de la potestat reglamentària, tenen un gran relleu. L'Administració, en la seva tasca de concreció de l'interès públic, no pot desconèixer els criteris que presideixen la totalitat de l'ordenament jurídic. La discrecionalitat en cap cas no pot suposar que l'Administració desconegui els principis generals del dret. En el camp del control de l'activitat administrativa s'ha fet una gran tasca doctrinal i jurisprudencial basada en els principis generals del dret².

⁽²⁾El principi de proporcionalitat, o el de bona fe, per exemple, poden ser el suport d'una decisió judicial.

2.2.2. Les figures afins a la discrecionalitat: conceptes jurídics indeterminats i discrecionalitat tècnica

Sobretot en la jurisprudència, a vegades es confon la discrecionalitat amb altres figures de caràcter anàleg:

a) La primera d'aquestes figures que s'ha de considerar és la dels **conceptes jurídics indeterminats**. Els conceptes utilitzats pel nostre ordenament jurídic poden ser determinats o indeterminats. A vegades, les normes con-

necten la potestat administrativa amb un supòsit de fet que té un cert grau d'indeterminació. Per exemple, el nostre ordenament parla d'"urgència", de "bona fe" o de "condicions climatològiques adverses".

Al Dret administratiu abunden el conceptes jurídics indeterminats. Ara bé, aquests s'han de diferenciar de les potestats discrecionals en la mesura que, tot i que no es trobin exactament definits en la norma o tenen caràcter abstracte, es poden precisar en cada cas mitjançant una operació interpretativa. En cada supòsit, l'Administració ha de fer una interpretació d'aquests conceptes fonamentada en criteris tècnics i en raonaments lògics, de manera que existeix només una solució justa, una única resposta correcta.

Per exemple, en el cas de la "bona fe", podem entendre que sí que es va actuar de bona fe o no, però no existeix un terme intermedi. L'Administració no disposa d'un marge subjectiu de valoració, sinó l'únic que pot fer és interpretar l'ordenament i optar per una única solució correcta. En certa mesura, podríem dir que en aquests casos ens trobem en el terreny dels fets. Sabem que la discrecionalitat no opera en l'apreciació dels fets.

Per tant, en el cas dels conceptes jurídics indeterminats no hi ha opció discrecional. Hi ha una única solució justa. Per bé que es doni una certa indeterminació, la tasca de l'Administració ha de conduir a la determinació del supòsit adoptant l'única solució justa. Si no ho fa, hi ha la possibilitat que en la fase de control els tribunals estableixin, fins i tot substituint la decisió administrativa, aquesta única solució justa.

Malgrat l'existència teòrica d'una única solució justa, el caràcter del concepte que s'ha de determinar pot fer que hi hagi aspectes valoratius dels quals es desprengui un marge d'apreciació. Una posició massa estricta en la teoria de l'única solució justa pot implicar recaure en un subjectivisme judicial, tal com han posat en relleu alguns autors com I. SALAVERRIA. Les valoracions estan lligades a l'adopció d'unes polítiques públiques o unes altres, i la determinació de les polítiques és una tasca de les administracions³ i no dels jutges. A la pràctica, per tant, es poden confondre en alguns casos la discrecionalitat administrativa i els conceptes jurídics indeterminats.

⁽³⁾Dirigides per la instància de govern.

La **discrecionalitat** està lligada necessàriament a una opció de caràcter volitiu i el **concepte jurídic indeterminat** requereix una actuació de naturalesa cognitiva. Tanmateix, l'element valoratiu indestruable en alguns supòsits de l'operació cognitiva de determinació del concepte inicialment indeterminat porta a la confusió pràctica de les dues figures, sense perjudici de la distinció nítida del seu perfil teòric.

b) També en el cas de l'anomenada **discrecionalitat tècnica** ens trobem davant una figura afí a la discrecionalitat. Tal com succeeix que en el cas dels conceptes jurídics indeterminats, l'operació que ha de fer l'Administració té un caràcter cognitiu. Conseqüentment, en una primera aproximació teòrica, la discrecionalitat tècnica no té res a veure amb la discrecionalitat en sentit estricte, que consisteix en una opció volitiva entre diverses opcions igualment correctes. Però també aquí, a la pràctica, es produeixen per raons diverses uns possibles punts de tangència.

La **discrecionalitat tècnica** consisteix en un judici de caràcter tècnic. En una vida cada vegada més tecnificada hi ha molts supòsits en què l'Administració ha d'emetre un judici tècnic en una matèria específica. En aquests casos la situació no pot ser més allunyada de la de la discrecionalitat. La resposta científica correcta només pot ser una.

Discrecionalitat tècnica

El cas més corrent de discrecionalitat tècnica és el de la selecció de funcionaris, en què s'han de determinar els coneixements dels candidats en el camp específic en el qual han de fer la seva feina en el si de l'Administració.

Tanmateix, és impossible, per manca de coneixements específics, que els tribunals de justícia substituïssin el judici de l'òrgan tècnic corresponent. No es tracta que el jutge no pugui controlar l'actuació de l'Administració. Si té elements per a saber que l'Administració ha actuat arbitràriament⁴, anul·larà la decisió administrativa; però el que no pot fer és substituir el judici tècnic dels especialistes i determinar quin és l'exercici més valuós en el camp de la química, la biologia o la medicina.

⁽⁴⁾Per exemple, que no ha tingut en compte determinats mèrits d'un candidat.

c) Molt similar a la discrecionalitat tècnica és el cas dels procediments en què la formació de la voluntat administrativa es fa mitjançant la **integració de diverses voluntats**.

L'Administració, en una lògica de participació o de recollida d'opinions científiques, articula un **procés de consulta** el resultat final del qual és la decisió administrativa. Aquest procés fet per l'Administració no és reproduïble en seu jurisdiccional. Això porta a la impossibilitat de substituir la decisió administrativa, sense perjudici de les possibilitats d'anul·lar-la.

Conceptes jurídics indeterminats, discrecionalitat tècnica i altres supòsits equiparables són una clara mostra de les **peculiaritats de la funció administrativa** en relació amb la jurisdiccional. La funció jurisdiccional comprèn el control de l'Administració, però no la seva substitució. L'Administració determina i executa polítiques, gestiona serveis i els presta als ciutadans. Per a complir aquestes missions està dotada d'una organització complexa de la qual formen part tècnics en les matèries més diverses.

2.2.3. La tensió entre la discrecionalitat i el control judicial

Del que ja s'ha exposat es pot deduir l'existència d'una tensió entre la discrecionalitat i el control jurisdiccional.

La discrecionalitat és impossible d'eliminar per tal com respon a la naturalesa de la funció administrativa, però la funció del jutge i del jurista és la d'evitar l'existència de zones immunes a la possibilitat de control judicial, és a dir, **garantir el sotmetiment de l'Administració al dret**.

És el que E. García de Enterría va anomenar en el títol d'un treball clàssic "la lluita contra les immunitats del poder". Aquesta lluita és un procés que no té fi. Per això no és estrany que el tema dels límits i del control de la discrecionalitat estigui sempre obert i, en temps molt recents, hagi causat una encesa polèmica doctrinal a Espanya, malgrat que es tracti d'un tema clàssic. Els principals actors de la polèmica han estat, d'una banda, T.R. Fernández i, de l'altra, L. Parejo i Sánchez Morón.

No podem reproduir aquí la polèmica en tota la seva riquesa i amplitud. Tanmateix, es poden assenyalar els punts més febles de les dues postures si es porten a l'extrem:

1) La **defensa del sotmetiment de l'actuació administrativa** no solament a un test de raonabilitat, sinó al de racionalitat, i la consideració de l'interès general com un concepte jurídic indeterminat porten a la conclusió que sempre el jutge pot substituir la decisió administrativa. Aquesta substitució és possible en alguns casos perquè la mateixa Administració, en el seu actuar, ha aportat els elements de judici necessaris per a arribar a una única solució raonable.

T.R. Fernández cita diverses sentències en el camp urbanístic en les quals dels diferents documents de l'expedient o de solucions contextuais el jutge pot extreure directament la solució correcta única. Certament, si això és possible, el caràcter discrecional de les potestats urbanístiques no constitueix un obstacle al control jurisdiccional.

El problema apareix en el moment en què hi ha **més d'una solució objectivament raonable** i l'opció del jutge no pot substituir la de l'Administració. Com assenyalen E. Malaret i M. Beltrán de Felipe, en aquests casos la facultat del jutge és merament anul·latòria.

Així, si una sentència efectua directament una segregació de municipis sense tenir en compte tots els aspectes tècnics no jurídics que implica, les conseqüències poden ser la creació d'uns ens locals inviables o unes relacions difícilíssimes pel fet que els límits divideixen els equipaments essencials. En l'exemple que estem posant no és impossible que de les actuacions ja fetes per



Contingut complementari

Els jutges són experts en dret dotats d'un suport administratiu mínim. Aquesta simple dada organitzativa demostra la impossibilitat que el poder judicial substitueixi l'Administració.

Contingut complementari

El poder judicial no té encomanada la funció de gestionar o de dur a terme polítiques públiques i no està dotat dels mitjans tècnics per a fer-ho.

l'Administració es pugui deduir l'única solució justa o raonable. Però si això no és així, per més que hi hagi un dret a la segregació, el jutge no la pot fer directament.

Exemples de l'actuació possible dels tribunals

a) En la sentència següent del Tribunal Suprem s'explica la funció jurisdiccional de reducció progressiva de la discrecionalitat.

"La coherencia del Plan, exigencia racional imprescindible salvo causa justificada, implica una importante reducción de la discrecionalidad, discrecionalidad profunda en el momento inicial de su redacción y atenuada a medida que se va produciendo su concreto desarrollo. En efecto, sobre la base de una observación de la realidad y de una reflexión en la que atendiendo a los ciertos «objetivos» se contemplan y se «analizan las distintas alternativas posibles», ha de producirse la «elección» de un determinado modelo territorial, que además ha de «justificarse». Este es el momento de máxima discrecionalidad, pues son posibles varias soluciones jurídicamente indiferentes. Pero después, una vez elegido el modelo y fijados los «criterios de la ordenación» propuesta, con las líneas generales del planeamiento se va atenuando la discrecionalidad como consecuencia de la propia decisión –«elección»– del planificador: las concretas calificaciones del suelo han de resultar coherentes con la decisión inicial, de donde deriva que el amplio abanico primario de posibles calificaciones se va reduciendo, siendo posible que incluso desaparezca la discrecionalidad cuando ya sólo resulte viable una única solución que se imponga por razones de coherencia."

STS de 21 de setembre de 1993.

Tanmateix, en aquesta sentència el tribunal no es considera capaç d'arribar a una única solució, ja que:

"Carece de los datos necesarios para decidir sobre el fondo del asunto –no se sabe por qué el teatro litigioso, a diferencia de otros, se incluye en el grupo de teatros a conservar– y ello determina un pronunciamiento parcialmente estimatorio de la apelación para, con la anulación del acto recurrido en el extremo aquí impugnado, declarar la procedencia de que, con la adecuada motivación, se dicte la resolución procedente en Derecho."

b) En canvi, en una altra sentència del Tribunal Suprem, seguint els **criteris de l'informe pericial**, substitueix la qualificació urbanística de "verde privado de interés especial" per "residencial en manzana cerrada". En aquest cas, el Tribunal estableix que:

"Los datos de hecho reclaman una solución urbanística que elimine la situación necesariamente provisional de las medianeras vistas para que queden ocultas, resultado éste al que se llega precisamente manteniendo la coherencia del planeamiento, es decir, atribuyendo al terreno litigioso la calificación de los suelos circundantes (residencial en manzana cerrada)."

STS de 15 de març de 1993.

1) El **punt feble de la defensa de la discrecionalitat administrativa** es produeix quan la justificació dels eventuals límits del control jurisdiccional es fa descansar en el caràcter democràtic de l'Administració en contraposició amb el dels jutges. El caràcter electiu d'un òrgan no justifica que pugui infringir l'ordenament jurídic. D'altra banda, el caràcter democràtic el té el sistema constitucional en conjunt, des del cap de l'Estat⁵ fins als funcionaris públics⁶. No hi ha òrgans democràtics i no democràtics.

⁽⁵⁾El càrrec de Cap de l'Estat és hereditari en el nostre ordenament.

⁽⁶⁾Els funcionaris públics són seleccionats segons els principis de capacitat i mèrit.

En un sistema democràtic, igual que en un sistema autoritari, l'Administració és susceptible d'actuacions contràries a l'ordenament jurídic i, per tant, és necessari que els tribunals vetllin pel sotmetiment de l'Administració a la llei i al dret. Precisament perquè aquest dret expressa la voluntat popular és encara més valuosa la garantia que serà respectat. No es tracta que els jutges no gosin

aplicar el dret als electes. El dret s'ha d'aplicar fins a les seves últimes conseqüències. L'únic obstacle a l'actuació judicial és, com hem vist, la impossibilitat de determinar des del dret l'única solució justa.

La radical contraposició aparent de les posicions extremes no ha de fer oblidar que hi ha un consens generalitzat tant en la utilitat del perfeccionament del control jurisdiccional com en el caràcter imprescindible de la discrecionalitat administrativa:

- Ningú no posa en qüestió que la Constitució espanyola garanteix plenament el sotmetiment de l'Administració a la llei i al dret, i el seu control pels tribunals.
- Ningú no dubta que els tribunals, d'altra banda, no poden administrar⁷.

La **discrecionalitat** no és un mal per ell mateix. La discrecionalitat és una necessitat que deriva del caràcter de la funció administrativa i de la diferent intensitat de la programació legal. Però la discrecionalitat no significa que hi hagi zones exemptes de control jurisdiccional. El jutge, per a controlar-les, arribarà tan lluny com permetin les tècniques jurídiques; simplement no pot substituir l'Administració en el que li és peculiar.

⁽⁷⁾Per exemple, no sembla possible la construcció d'una autopista en via d'execució de la sentència.

Discrecionalitat

Ni la llei pot determinar-ho suficientment ni el jutge, en conseqüència, pot establir com es fa una operació quirúrgica o com s'imparteix una classe de química orgànica.

3. Les relacions entre l'Administració i la justícia: el principi d'autotutela

Els ciutadans, quan tenen un litigi jurídic, han de recórrer al jutge perquè estableixi quina és la solució correcta per a les seves diferències. Els ciutadans són iguals i no existeix cap jerarquia que permeti que el criteri d'un s'imposi sobre el d'un altre. Sigui quina sigui la situació real i objectiva, ningú no pot imposar el seu dret a un altre si aquest últim no ho accepta. Per més sòlida que sigui la situació jurídica d'un particular, no pot unilateralment declarar⁸ el que és el seu dret.

⁽⁸⁾Només el jutge pot solucionar el conflicte entre els particulars que difereixen en la interpretació del que són els seus drets.

Quan el jutge, mitjançant la seva sentència, ha declarat quina és la solució jurídica, el fet que un particular no segueixi la resolució judicial no faculta per a l'ús de la força el particular interessat que la decisió judicial es porti a terme. L'ús de la força està reservat als poders públics per tal de preservar la pau jurídica. I davant l'incompliment de la sentència judicial, el ciutadà perjudicat no té altre remei que presentar-se novament davant del jutge, perquè sigui ell qui faci complir coactivament el que s'ha establert a la resolució judicial.

La **funció declarativa** i la **funció executiva** que corresponen al poder judicial en les relacions entre particulars són substituïdes, almenys en una primera instància, per l'actuació unilateral d'una de les parts, l'Administració, en les relacions entre l'Administració i els particulars.

En efecte, atès el seu caràcter de poder públic, l'Administració –sense perjudici del posterior control jurisdiccional– pot declarar de manera eficaç el que és jurídicament correcte i, fins i tot, portar-ho a terme coactivament⁹. Perquè l'Administració és titular de potestats, i entre aquestes es troben les **potestats d'autotutela**.

⁽⁹⁾L'Administració no necessita el jutge en les mateixes circumstàncies en què és imprescindible per als particulars.

3.1. L'autotutela administrativa: classes

L'explicació unitària de per què l'Administració es troba en una posició diferent respecte dels jutges descansa sobre les potestats d'autotutela de què està dotada. Devem a E. **García de Enterría** la formulació teòrica de l'autotutela.

Com veurem més endavant, la solució de dotar l'Administració d'unes potestats d'autotutela de caràcter general i obligatori no és l'única possible. No hi ha cap exigència lògica o històrica que porti a aquest resultat, ni tampoc la separació de poders, com a característica essencial de les constitucions liberal democràtiques, porta necessàriament a aquesta solució.

Vegeu també

Vegeu els subapartats 5.1.1, 5.1.2 i 5.1.3 d'aquest mòdul.

E. García de Enterría distingeix entre autotutela declarativa, autotutela executiva i autotutela en segona potència.

3.1.1. L'autotutela declarativa

Els articles 38, 39 i 98 de la Llei 39/2015, d'1 d'octubre, del procediment administratiu comú de les administracions públiques, proclamen l'**executabilitat dels actes administratius**¹⁰. Tant en els casos en què l'Administració es defensa d'un atac d'un ciutadà particular a la seva esfera de drets, com en els casos en què és ella qui es creu amb dret a penetrar en l'esfera jurídica d'un particular, els actes de l'Administració es presumeixen vàlids i tenen efectes des de la data en què es dicten, com a regla general.

⁽¹⁰⁾L'Administració, per tant, està dispensada d'anar al jutge per obtenir la declaració del que s'ajusta a dret.

Davant d'un acte administratiu¹¹ el particular ha de reaccionar seguint la via impugnatòria oportuna si vol defensar els seus drets. Però la **resolució administrativa** és títol suficient perquè la decisió hagi de ser executada pels seus destinataris o perquè l'Administració la pugui considerar objecte d'execució forçosa.

⁽¹¹⁾Un acte administratiu és una declaració del que és vàlid en dret, per més que sigui una declaració provisional, o estigui sotmesa a la posterior revisió jurisdiccional.

El caràcter de servei als interessos generals que té l'Administració explica que se la doti d'aquest poder. Per a servir millor aquests interessos es parteix de la situació declarada per qui en té encomanada la defensa. L'interès públic reclama la immediatesa de la seva satisfacció, per això la **suspensió dels actes administratius** té caràcter excepcional. Però precisament perquè la potestat d'autotutela no és un privilegi personal de l'Administració, sinó que està al servei dels interessos generals objectius, té una certa asimetria en els diversos supòsits.

Com diu L. Parejo (1996, pàg. 356):

"El interés general o público no es, pues, simplemente un producto de la voluntad manifestada por el poder público administrativo; es el resultado de la ponderación correcta del conjunto de bienes tutelados por el ordenamiento, que pretenden legítimamente vigencia de forma simultánea."

De la **diferent intensitat de l'autotutela** n'és una bona mostra el fet que la suspensió sigui la regla general en el procediment de protecció dels drets fonamentals. La protecció dels drets fonamentals és per al nostre ordenament més important que facilitar la gestió normal de l'Administració, encara que aquesta tingui com a missió la satisfacció de l'interès públic.

L'estudi dels altres supòsits en què correspon l'atorgament de la suspensió – que es farà en el mòdul corresponent – i l'ampliació de les mesures cautelars, en la defensa de les quals ha estat capdavanter E. García de Enterría, permetran comprendre perfectament la desigualtat en l'aplicació de l'autotutela, malgrat la construcció unitària de la figura.

3.1.2. L'autotutela executiva

L'autotutela executiva és l'anomenada **execució forçosa**. Si l'acte administratiu que es presumeix vàlid no es compleix, l'Administració té les corresponents potestats per imposar-lo coactivament. Com veurem més endavant (en el mòdul 6), l'article 100 de la Llei 39/2015 enumera el ventall de **mitjans d'execució forçosa** de què disposa l'Administració:

- a) El constrenyiment sobre el patrimoni.
- b) L'execució subsidiària.
- c) La multa coercitiva.
- d) La compulsió sobre les persones.

L'article 99 de la LPAC estableix l'execució forçosa com a regla general si no es produeix el compliment voluntari. S'ha de remarcar que la solució de l'ordenament jurídic espanyol dóna un gran poder a l'Administració. No és aquesta l'única solució possible, ni la que trobem sempre en el dret comparat¹².

⁽¹²⁾Per exemple, en el cas anglès l'Administració ha de recórrer sempre al jutge per fer complir els seus actes, excepte en els casos d'urgència, en què el control de l'òrgan judicial es fa a posteriori.

És cert que, pel seu caràcter de poder públic, l'Administració està sempre dotada de potestats que excedeixen allò que és possible per als particulars, però seria lògicament possible que l'autotutela executiva fos fruit d'una competència d'atribució i no de l'aplicació d'una regla general.

L'abast de les facultats d'autotutela executiva de l'Administració és potenciat per l'exclusió de **mesures d'execució judicial en contra de la mateixa Administració**:

a) Estan prohibits els interdictes possessoris contra l'Administració¹³ (art. 105 LPAC).

⁽¹³⁾Tret del cas de la via de fet.

b) No s'admeten contra els seus béns els manaments d'execució o les provisions d'embargament. Així ho preveu, per exemple, l'article 30.1 de la Llei 33/2003, de 3 de novembre, de Patrimoni de les Administracions Públiques que preveu que els béns de les administracions són inalienables, imprescriptibles e inembargables.

c) És la mateixa Administració la que executa les sentències de la jurisdicció contenciosa administrativa en contra seu. Si bé és cert que la Llei de la Jurisdicció Contenciosa de 1998 va preveure importants poders d'execució dels òrgans jurisdiccionalen en cas d'incompliment per part de l'Administració.

d) I fins i tot pot expropiar els drets en contra seu continguts en les sentències.

S'ha de tenir en compte, tanmateix, que les facultats de l'autotutela executiva tenen com a títol l'acte administratiu del qual constitueixen l'execució forçosa. Com a conseqüència d'això, les mesures d'execució s'han de mantenir estrictament dins dels límits de l'acte. Si d'alguna manera, l'excedissin, serien il·legals.

3.1.3. L'autotutela en segona potència o reduplicativa

La posició de l'Administració en el triangle que forma amb els tribunals i els particulars es veu reforçada encara pel fet que el particular, per a accedir a la tutela judicial, té la càrrega de dur a terme determinades actuacions davant de l'Administració.

Els **particulars** no solament han d'acceptar l'eficàcia immediata de l'acte administratiu i la seva execució per part de l'Administració, sinó que també, abans d'obtenir el control jurisdiccional a posteriori, han de tornar a actuar davant de l'Administració, és a dir, han d'esgotar la via administrativa amb caràcter previ a la substanciació de la controvèrsia davant dels tribunals de justícia.

Els **actes administratius**, excepte els que posen fi a la via administrativa¹⁴, han de ser objecte d'un recurs administratiu amb caràcter previ a la via jurisdiccional contenciosa administrativa. D'aquí deriva el denominat *caràcter revisor del procés contenciós administratiu*, ja que els ciutadans no poden reclamar al jutge una declaració preventiva dels seus drets, sinó que el procés només pot plantejar-se a posteriori, davant d'un acte o conducta de l'Administració.

⁽¹⁴⁾Article 114 LPAC.

Aquest poder d'autotutela en segona potència comporta un avantatge indubtable per l'Administració. No només perquè aquesta té una nova oportunitat de pronunciar-se i, per tant, el particular veu retardat el seu accés als tribunals, sinó també perquè l'Administració assumeix normalment la posició de demandada o recorreguda, en canvi el particular assumeix la posició de recurrent o demandant i, per tant, està obligat a una actuació positiva, cosa que li comporta una càrrega¹⁵.

⁽¹⁵⁾Article 114 LPAC.

De tota manera, actualment pot considerar-se superat el **principi solve et repete**, que es contenia anteriorment al nostre ordenament jurídic, en virtut del qual només es podien impugnar els actes dels quals derivava l'obligació de pagar una quantitat a l'Administració si prèviament s'havia procedit a efectuar aquest pagament. Aquesta tècnica ara s'ha de considerar contrària al principi constitucional de tutela judicial efectiva.

3.2. Valoració de l'autotutela

Doctrinalment s'han posat de manifest els perills que poden derivar dels excessos en l'exercici de l'autotutela. E. **García de Enterría** fa un advertiment clar contra l'abús que suposa l'aplicació de l'autotutela en el camp de les relacions *inter privatos*, així com en el camp de la potestat sancionadora. El mateix autor és el màxim defensor d'una interpretació imaginativa de les mesures cautelars judicials, que permetin actuar el jutge per a evitar el fet consumat.

Paral·lelament al que hem dit respecte a la discrecionalitat administrativa, també aquí s'ha de concloure que l'**autotutela** no és un mal per ella mateixa. Es tracta d'unes potestats de les quals és titular l'Administració per a servir l'interès públic. La valoració d'aquestes potestats estarà condicionada pel caràcter de servei de l'Administració. En la mesura que serveixin per a aconseguir les finalitats que institucionalment té l'Administració, aquestes potestats estaran justificades. No és, per tant, una legitimació democràtica¹⁶, sinó de funcionalitat respecte al servei dels interessos generals, cosa que justifica la titularitat de l'Administració pel que fa a les potestats d'autotutela.

⁽¹⁶⁾ Legitimació que l'Administració no té en tots els casos.

La necessària existència d'unes potestats d'autotutela per tal que l'Administració pugui fer la seva tasca gestora i la legitimació d'aquestes potestats en la funcionalització de l'Administració al servei dels interessos generals, no impliquen que hi hagi un únic model d'autotutela. R. Parada ha posat de manifest que en el dret comparat hi ha diferents **models d'autotutela**:

a) Hi ha casos, com els d'Alemanya o Itàlia, en què es dóna l'**execució administrativa autosuficient**, amb unes característiques semblants a les de l'ordenament positiu espanyol.

b) Per contra, en el dret anglès la tradició és el **sistema d'execució judicial**. Solament quan hi ha una previsió explícita en una llei l'Administració pot tenir potestats d'execució.

c) El sistema francès és un **sistema mixt judicial administratiu**, en què, si bé l'execució es fa per la via d'una sanció que correspon imposar al jutge penal, l'autotutela actua quan es tracta d'un supòsit d'urgència o l'incompliment està desproveït de sanció penal. Òbviament, a França també es dóna l'execució per l'Administració quan així ho preveu expressament la llei.

La **configuració de l'autotutela**, com d'altra banda passa amb totes les institucions administratives, és un producte de la història. Les vicissituds juridicopolítiques de cada país han portat a solucions diferents. En el transcurs del temps, en un mateix país han anat variant les tècniques utilitzades.

Vegeu també

Vegeu el mòdul didàctic "La formació històrica i el concepte de dret administratiu".

R. Parada ha estudiat l'origen de les potestats d'autotutela, seguint l'evolució de la jurisdicció contenciosa administrativa espanyola:

a) El judicialisme que caracteritza les **Corts de Cadis** té efectes encara en el sistema de justícia administrativa de l'any 1845. Com diu R. Parada:

"Congruentemente con estas ideas liberales y judicialistas, el sistema de Justicia administrativa que se instaura en 1845, siguiendo el modelo francés,[...] no implicaba, como ahora ocurre, el enjuiciamiento revisor de actos con fuerza ejecutoria, sino que la ejecutoriedad dependía de que la Administración obtuviese una sentencia favorable de los órganos jurisdiccionales administrativos: los Consejos Provinciales y el Consejo de Estado. En otras palabras, el sistema de 1845 está más cerca del proceso civil, en que ninguna de las partes puede anticiparse alterando las situaciones posesorias con un poder de ejecución directa, que del actual proceso contencioso administrativo."

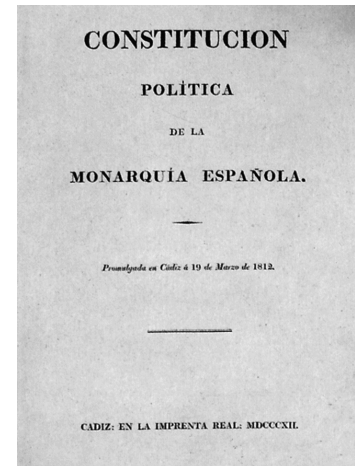
b) L'evolució posterior, en canvi, va portar a la consagració de l'autotutela administrativa amb l'extensió que té actualment en l'ordenament jurídic espanyol. En aquest sentit van ser decisius els privilegis que l'ordenament va atorgar a la hisenda pública per al cobrament dels seus deutes.

c) L'actual configuració de l'autotutela és fruit de la nostra història jurídic-política. Els perills que té no la invaliden, per bé que s'hagin de preveure els remeis oportuns que garanteixin la submissió a la llei i al dret i l'efectiu control dels tribunals.

Finalment, cal constatar que el Tribunal Constitucional ha considerat perfectament ajustat a la Constitució espanyola el **privilegi de decisió executòria**, fonamentant-lo en el principi d'eficàcia que consagra l'article 103 de la Constitució:

"La potestad de la Administración de autoejecución de las resoluciones y actos dictados por ella se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede considerarse que sea contraria a la Constitución. Es verdad que el artículo 117.3 de la Constitución atribuye al monopolio la potestad jurisdiccional consistente en ejecutar lo decidido a los Jueces y Tribunales establecidos en las leyes, pero no es menos cierto que el artículo 103 reconoce como uno de los principios a los que la Administración pública ha de atenerse el de eficacia, «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Significa ello una remisión a la decisión del legislador ordinario respecto de aquellas normas, medios e instrumentos en que se concrete la consagración de la eficacia. Entre ellas no cabe duda de que se puede encontrar la potestad de autotutela o de autoejecución practicable genéricamente por cualquier Administración pública."

STC 22/84, de 17 de febrer.



Coberta de la Constitució promulgada a Cadis el 19 de març de 1812.

4. Conflictes entre l'Administració i el poder jurisdiccional

L'Administració, en virtut dels seus poders d'autotutela, gaudeix de potestats que en les relacions *inter privatos* corresponen als jutges i tribunals. D'altra banda, l'Administració té el privilegi que no pot ser objecte d'interdicte o d'embargament dictats pels jutges. Aquesta situació implica que es poden donar conflictes entre l'Administració i els jutges i tribunals.

Pel fet de tenir l'una i els altres les mateixes funcions és obvi que pot haver-hi problemes per a determinar en cada cas concret a qui correspon l'exercici de la competència¹⁷.

Igualment, pot derivar-se el conflicte del fet que el poder jurisdiccional no respecti les exempcions que constitueixen privilegi de l'Administració¹⁸.

Els conflictes entre l'Administració i el poder jurisdiccional constitueixen un **conflicte entre dos poders de l'Estat**. La solució que es doni a aquests conflictes no pot ser aliena a l'ordenació dels poders feta per la Constitució. A Espanya, històricament s'ha produït un cert esbiaixament en favor de l'Administració en la regulació d'aquests conflictes.

La **Llei de 17 de juliol de 1948**, vigent en el moment d'entrada en vigor de la Constitució, atorgava la competència de resolució dels conflictes al cap de l'Estat. Les característiques constitucionals del rei no el fan apte per a exercir aquesta competència. Com és sabut, el rei és titular de competències només formals. Tots els seus actes són ratificats pel president del govern o pels ministres¹⁹. El paràgraf segon d'aquest article diu: "Dels actes del rei seran responsables les persones que els ratifiquin."

L'atorgament de la competència al rei seria equivalent a imposar el criteri del poder executiu sobre el del poder judicial, atès que l'exercici real de les competències reials correspon al president del govern o als ministres. No hi ha res més lluny de la voluntat constitucional, que vol el control de l'activitat administrativa pels tribunals²⁰. Per això es produeix un gir de tipus judicialista en la **Llei orgànica del poder judicial de 1985**²¹.

(17) Per exemple, Hisenda i un jutge poden pretendre embargar els mateixos béns.

(18) Per exemple, que un jutge pretengui embargar uns béns la titularitat dels quals correspongui a una Administració pública.



Joan Carles I d'Espanya és titular de competències merament formals.

(19) Article 64 de la CE.

(20) Article 106 de la Constitució espanyola.

(21) La regulació es completa en la vigent Llei orgànica 2/1987, de 18 de maig, de conflictes jurisdiccional.

4.1. La regulació dels conflictes jurisdiccionals a la Llei orgànica 2/1987

El caràcter judicialista de l'actual regulació ve donat pel fet que l'òrgan que resol els conflictes és el **Tribunal de Conflictes de Jurisdicció**.

La composició del Tribunal de Conflictes de Jurisdicció és paritària entre membres de l'Administració i del poder judicial.

Els membres d'aquest tribunal són els següents:

- a) El **president del Tribunal Suprem**, que el presideix.
- b) **Cinc vocals**, dos dels quals són magistrats de la sala contenciosa administrativa del Tribunal Suprem, designats pel Ple del Consell General del Poder Judicial, i els altres tres són consellers d'Estat permanents.

Les característiques de l'òrgan que ha de resoldre els conflictes són un element clau de la regulació dels conflictes jurisdiccionals, ja que determinen el to més o menys judicialista de l'articulació entre poders de l'Estat.

Cal, però, parar atenció en els aspectes següents:

1) L'objecte dels conflictes

a) L'**Administració** pot plantejar el conflicte respecte a qüestions sotmeses a l'autoritat judicial que no hagin estat resoltes per un acte o una sentència fermes o pendents només de recurs de cassació o de revisió. S'exceptua el cas que el conflicte neixi o es plantegi amb motiu de l'execució de les esmentades resolucions judicials o afecti facultats de l'Administració que s'hagin d'exercir en tràmit d'execució.

b) Per la seva banda, **els jutges i els tribunals** poden suscitar conflictes de jurisdicció davant les administracions públiques respecte a assumptes que no hagin estat resolts per un acte que hagi esgotat la via administrativa²². Estan prohibits els conflictes amb motiu de la iniciació o substanciació d'un procediment d'*habeas corpus* o de l'adopció de resolucions de posada en llibertat o a disposició judicial en l'esmentat procediment. Aquesta prohibició té el seu fonament en l'article 17.4 de la Constitució, que consagra la posició del jutge com a garant de la llibertat.

Contingut complementari

El president, tanmateix, té vot de qualitat en cas d'empat. Aquest vot de qualitat del president determina un cert predomini del poder judicial, per tal com el seu titular és el president del Tribunal Suprem.

⁽²²⁾ Exceptuant quan el conflicte sigui sobre la competència per a l'execució de l'acte.

Article 17.4 de la Constitució espanyola

"La llei regularà un procediment d'*habeas corpus* per tal de posar immediatament a disposició judicial tota persona detinguda il·legalment. També es determinarà per la llei el termini màxim de durada de la presó provisional."

2) Els òrgans legitimats per a promoure els conflictes

Qualsevol jutjat o tribunal pot plantejar conflictes jurisdiccionals davant l'Administració. Es produeix només l'excepció dels jutjats de pau, que han de tramitar la qüestió davant del jutge de primera instància o instrucció.

Pel que fa a l'Administració, els òrgans legitimats són els següents:

a) Administració general de l'Estat:

- Els membres del govern²³.
- Els delegats del govern a les comunitats autònomes.
- Els generals amb comandament en regió militar o zona militar, els almiralls amb comandament de zona marítima, l'almirall en cap de la jurisdicció central, el comandant general de la Flota i els generals en cap de regió aèria o zona aèria.
- Els subdelegats del govern.
- Els delegats d'Hisenda.

⁽²³⁾President del govern, vicepresident del govern i ministres.

b) Administració autonòmica:

- L'òrgan que determini l'estatut d'autonomia corresponent.
- A manca de previsió estatutària: el consell de govern de la comunitat autònoma.
- O qualsevol dels seus membres, per conducte del president.

c) Administració local:

- Els presidents de les diputacions provincials o òrgans de l'Administració local d'àmbit provincial.
- Els presidents dels cabildos i consells insulars.
- Els alcaldes presidents dels ajuntaments.

La resta d'òrgans de les administracions públiques, quan creguin que han de promoure un conflicte jurisdiccional en defensa de les seves competències, ho hauran de sol·licitar a algun dels òrgans legitimats.

3) Els principals aspectes del procediment que cal seguir

Respecte als aspectes procedimentals, cal fer les apreciacions següents:

a) Els òrgans jurisdiccionals, abans de suscitar el conflicte, han de sol·licitar un informe del Ministeri Fiscal. També l'Administració haurà de sol·licitar un informe jurídic²⁴. En l'Administració local la decisió de plantejar el conflicte s'ha d'adoptar per majoria absoluta del ple de la corporació.

(24) En el cas de l'Administració local correspon al secretari.

b) L'**òrgan requerit d'inhibició**, jurisdiccional o administratiu, ha de donar audiència als interessats abans de pronunciar-se. Contra la resolució que prengui, en el cas de l'Administració, no hi ha cap possibilitat de recurs; en el cas dels òrgans jurisdiccionals hi ha recurs d'apel·lació solament en el cas que declinin la seva competència.

c) El **requeriment d'inhibició**, tant administratiu com judicial, produeix la suspensió de les actuacions en curs amb les **excepcions** següents:

- Les actuacions de caràcter cautelar dirigides a l'adopció de les mesures imprescindibles per a evitar que s'eludeixi l'acció de la justícia, es causi un greu perjudici a l'interès públic o s'originin danys greus i irreparables.
- Les actuacions judicials penals, fins al moment de dictar sentència.
- Les actuacions judicials tramitades pel procediment preferent i sumari previst per a la tutela dels drets fonamentals i les llibertats públiques a l'article 53.2 de la Constitució, també fins al moment de dictar sentència.

d) Si el requerit d'inhibició no declina la seva competència, té l'obligació d'enviar les actuacions al Tribunal de Conflictes de Jurisdicció.

e) El conflicte es pot produir també perquè tant l'òrgan administratiu com el jurisdiccional es consideren incompetents. És l'anomenat **conflicte negatiu de jurisdicció**. En aquest últim cas és el particular interessat qui ha de formalitzar el conflicte davant del Tribunal de Conflictes de Jurisdicció.

f) El **procediment davant del Tribunal** és molt simple. Consta de dos moments processals:

- La vista de les actuacions²⁵ tant al Ministeri Fiscal com a l'òrgan administratiu que intervé.

(25) Al llarg de deu dies comuns.

- L'emissió de la sentència, que s'ha de fer en els deu dies següents.

La **sentència** ha de declarar a qui correspon la jurisdicció en discussió, i no es pot pronunciar sobre qüestions alienes al conflicte jurisdiccional plantejat. El Tribunal pot declarar també que el conflicte es va plantejar incorrectament i pot ordenar la reposició de les actuacions al moment en què es va produir el defecte procedimental. La sentència, a més de notificar-se a les parts, haurà de publicar-se al *Butlletí Oficial de l'Estat*.

Contingut complementari

Contra les sentències del Tribunal de Conflictes de Jurisdicció només es pot interposar recurs d'empara davant del Tribunal Constitucional, quan escaigui.

Resum

Un principi estructural essencial és advertir que l'Administració pública no té uns interessos propis, sinó que serveix l'**interès públic** o, com diu la Constitució espanyola, els interessos generals.

L'Administració és un **ens al servei dels interessos generals**. Justament per aquest caràcter de servei l'Administració pública té potestats que li permeten complir adequadament la seva funció. Aquestes potestats poden ser reglades o discrecionals; en aquest darrer cas, s'ha generat una important controvèrsia sobre el seu abast i el seu possible control judicial.

Una de les principals prerrogatives de l'Administració és el **principi d'autotutela**, en virtut del qual, atès el seu caràcter de poder públic, l'Administració pot declarar de manera eficaç el que és jurídicament correcte i, fins i tot, portar-ho a terme coactivament, sense perjudici del posterior control jurisdiccional. Finalment, s'han analitzat en aquest mòdul els **conflictes entre l'Administració i el poder jurisdiccional**.

Activitats

Activitats d'aprofundiment

1. Llegiu i comenteu el treball següent: A. Nieto García (1991). "La administración sirve con objetividad los intereses generales". A: *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (tom III). Madrid: Tecnos.
2. Llegiu i comenteu els treballs següents: T.R. Fernández Rodríguez (1993). "Juzgar a la Administración contribuye también a administrar mejor", *REDA* (núm. 76); i L. Parejo Alfonso (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos. Es tracta sobretot de percebre les diferents posicions al voltant de la polèmica sobre la discrecionalitat administrativa.
3. Llegiu i comenteu els treballs següents: R. Parada Vázquez. "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso", *RAP* (núm. 55); i A. Nieto. "Sobre la tesis de Parada en relación con los orígenes de lo contencioso administrativo". *RAP* (núm. 57). Es tracta d'una cèlebre polèmica en la nostra doctrina sobre l'origen de l'autotutela de l'Administració.

Exercicis d'autoavaluació

De selecció

1. La missió central de l'Administració pública...
 - a) és evitar els conflictes entre els interessos particulars.
 - b) és servir amb objectivitat els interessos generals.
 - c) és arbitrar els interessos particulars.
2. Les potestats...
 - a) s'originen en l'ordenament jurídic.
 - b) s'originen en un negoci jurídic singular.
 - c) recauen sobre un objecte concret.
3. La discrecionalitat...
 - a) és controlable pels tribunals.
 - b) no es pot controlar.
 - c) només és controlable internament per l'Administració.
4. Els fets determinants...
 - a) suposen una lliure opció per part de l'Administració.
 - b) tenen un caràcter cognitiu.
 - c) no són controlables pels tribunals.
5. La discrecionalitat tècnica...
 - a) té caràcter volitiu.
 - b) és idèntica als fets determinants.
 - c) té caràcter cognitiu.
6. Els actes administratius...
 - a) són eficaços quan ho declara un jutge.
 - b) són eficaços quan els confirma el superior jeràrquic.
 - c) per regla general són eficaços des del moment en què es dicten.
7. En el nostre ordenament, per a l'execució dels actes administratius, l'autotutela...
 - a) és la regla general.
 - b) es dóna en casos determinats.
 - c) es produeix quan ho autoritza el jutge.
8. Per a reaccionar contra l'Administració...

- a) es va directament als jutges.
- b) cal esgotar la via administrativa.
- c) cal sempre pagar prèviament a l'Administració si hi ha un deute.

9. Els conflictes entre l'Administració i els tribunals...

- a) els decideix el rei.
- b) els decideix el Tribunal Constitucional.
- c) els decideix el Tribunal de Conflictes de Jurisdicció.

Solucionari

Exercicis d'autoavaluació

1. b

2. a

3. a

4. b

5. c

6. c

7. a

8. b

9. c

Glossari

Autotutela declarativa *f* potestat de l'Administració de la qual deriva la presumpció de validesa i eficàcia immediata dels actes administratius.

Autotutela executiva *f* potestat de l'Administració que li permet l'execució forçosa dels actes administratius.

Autotutela reduplicativa o en segona potència *f* privilegi de l'Administració del qual deriva la càrrega dels particulars de recórrer o reclamar davant de l'Administració abans d'actuar davant dels tribunals.

Caràcter vicarial de l'Administració pública *m* l'Administració és una organització al servei del compliment de l'ordenament jurídic.

Conceptes jurídics indeterminats *m* supòsit de fet amb un cert grau d'indeterminació. Hi ha, però, una única solució justa i, per tant, és possible el control jurisdiccional.

Discrecionalitat tècnica *f* judici cognitiu de caràcter tècnic en què, per raó dels coneixements específics, l'Administració no pot ser substituïda pels tribunals.

Fets determinants *m* supòsit de fet del qual és conseqüència jurídica el naixement de la potestat. Com que es tracta d'una realitat fàctica, és un instrument útil de control de la potestat discrecional per part dels tribunals.

LPAC *f* Llei 39/2015, d'1 d'octubre, de procediment administratiu comú de les administracions públiques.

LRJSP *f* Llei 40/2015, d'1 d'octubre, de règim jurídic del sector públic.

Potestat *f* situació jurídica subjectiva que procedeix directament de l'ordenament jurídic; no recau sobre cap objecte específic, sinó que té un contingut genèric i deixa el titular de la potestat en una situació genèrica de subjecció a una pluralitat de subjectes.

Potestats discrecionals *f* aquelles en què la llei regula només parcialment el seu exercici, i deixa un marge d'opció a l'Administració.

Potestats reglades *f* aquelles en què la llei determina tots els aspectes del seu exercici, i no deixa cap marge a la lliure opció de l'Administració.

Principi de legalitat *m* sotmetiment del poder a la norma jurídica.

STC *f* Sentència del Tribunal Constitucional.

Bibliografía

- Alonso García, R.** (1989). *Derecho comunitario, derechos nacionales y derecho común europeo*. Madrid: Civitas.
- Beltrán de Felipe, M.** (1995). *Discrecionalidad administrativa y Constitución*. Madrid: Tecnos.
- Fernández Rodríguez, T.R.** (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Gamero Vasado, E.; Fernández Ramos, S.** (2015). *Manual básico de Derecho administrativo* (12 ed.). Madrid: Tecnos.
- García de Enterría, E.** (1994). *Revolución Francesa y Administración contemporánea*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E.** (1979). *La lucha contra las inmunidades del poder*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E.** (1994). "Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado". *REDA* (núm. 89).
- García de Enterría, E.** (1994). "¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? una nota". *RAP*, (núm 124).
- García de Enterría, E.; Fernández, T.R.** (2015). *Curso de Derecho Administrativo* (17a ed.). Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E.** (1996). *Democracia, jueces y control de la Administración*. Madrid: Civitas.
- Garrido Falla, F.** (1989). *Tratado de Derecho Administrativo* (11a ed.). Madrid: Tecnos.
- Martín-Retortillo y Baquer, S.** (1981). *Administración y Constitución*. Madrid: Civitas.
- Muñoz Machado, S.** (1977). "Las concepciones del derecho administrativo y la idea de participación en la Administración". *Revista de Administración Pública* (núm. 84).
- Nieto García, A.** (1991). "La administración sirve con objetividad los intereses generales". *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría* (tom. III). Madrid: Tecnos.
- Parada, R.** (2015). *Derecho Administrativo, I Parte General*. Madrid: Open Ediciones universitarias.
- Parada Vázquez, R.** "Privilegio de decisión ejecutoria y proceso contencioso". *RAP* (núm. 55).
- Parejo, L.** (1983). *Estado social y Administración pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*. Madrid: Civitas.
- Parejo Alfonso, L.** (1993). *Administrar y juzgar: dos funciones constitucionales distintas y complementarias*. Madrid: Tecnos.
- Sánchez Morón, M.** (1994). *Discrecionalidad administrativa y control judicial*. Madrid: Tecnos.
- Santamaría Pastor, J.A.** (2015). *Principios de Derecho Administrativo General*. Madrid: Ed. Iustel.

