

## Guía de estudio. Tema 5 Bloque III

### **Procedimientos y formas de la actividad administrativa. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento. Formas de gestión de los servicios públicos.**

*Constitución española 1987.*

*Ley 60/2003, de 23 de diciembre, de Arbitraje.*

*Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas.*

*Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público.*

### **Procedimientos y formas de la actividad administrativa. [La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento]**

La acción administrativa, entendida desde el punto de vista doctrinal, presenta tres características principales e interrelacionadas:

- Sus distintas formas se pueden dar de forma simultánea (es decir, no son excluyentes).
- Existe una relación de gradualidad entre sus formas de actuación (cuando se dan de forma simultánea, unas priman sobre otras).
- Sus formas son, en cierto sentido, intercambiables (distintas formas de actividad administrativa pueden conseguir un mismo resultado).

#### **Principio de legalidad**

De entre todos los principios que rigen la actividad administrativa, destaca el principio de legalidad, recogido en el artículo 103.1 de la CE:

«La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

Esto tiene una lectura positiva y otra negativa. Según la primera, que es la más aceptada por la doctrina, se entiende que la Administración solo puede actuar cuando esté amparada por una ley. Según la segunda, la administración puede actuar siempre y cuando su actuación no esté prohibida por la ley. Son la teoría de la vinculación positiva y la teoría de la vinculación negativa respectivamente.

### **[Procedimientos y formas de la actividad administrativa]. La actividad de limitación, arbitral, de servicio público y de fomento**

#### **Actividad de limitación**

Antes llamada “de policía”, se puede entender como aquella actividad que restringe derechos de la ciudadanía.

Ejemplo: en época de sequía, se limitan el derecho de los agricultores a que puedan extraer agua de un pozo municipal para regar.

### *Cuestiones a tener en cuenta:*

- Además de requerir un respaldo normativo (legal o reglamentario), cuando se da con actuaciones concretas, esta actuación administrativa debe estar precedida y amparada también por un acto administrativo (cabe entender la actividad administrativa, pues, como la traslación al plano físico del acto administrativo).
  - Por ejemplo: El acto físico del operario que cierra la llave del pozo del ejemplo anterior no puede darse porque sí. Previamente debe haber un acto administrativo que lo ampare.
- Del mismo modo que se puede dar limitación mediante actuaciones concretas, se puede dar de forma reglamentaria (por supuesto, estos reglamentos deben estar amparados por una ley):
  - Ejemplo: De acuerdo con una hipotética ley de aguas, que faculta a las administraciones locales para dictar reglamentos en situaciones de sequía con los que restringir el uso de pozos, se dicta un reglamento que raciona el agua que puede sacar cada agricultor.
- No confundir con las actividades de sanción o coacción, que se dan cuando el ciudadano está quebrantando la ley.
  - Por seguir con el ejemplo del pozo, podemos entender que el agricultor tiene derecho en circunstancias normales a sacar agua para regar.
    - Otra cosa sería que el agricultor tuviese una plantación ilegal de opio y fuese descubierto por las autoridades. Obviamente se «limitaría» su cultivo. Pero como no es un derecho plantar opio, no estaríamos hablando en rigor de la actuación de limitación, pues se entiende que ésta opera sobre derechos e intereses legítimos.

### *Autorizaciones vs licencias*

Dentro de las múltiples técnicas de limitación que existen, se encuentran las autorizaciones y las licencias. «Ambas» van, pues, encaminadas a restringir de un modo u otro el ejercicio de ciertos derechos, poniendo cortapisas o condiciones. Sin embargo, existe un cierto debate alrededor de si podemos entenderlas como conceptos sinónimos o si hay diferencia.

En el sector de la doctrina para el que hay diferencia se entiende así:

- Licencia: se entiende que opera sobre un derecho que tienen todos los ciudadanos
  - Ejemplo: licencia de obras. Todos, de partida, pueden construir si se les concede y a todos aquellos que cumplan los requisitos establecidos se les concederá la licencia «automáticamente».
- Frente a esto, las autorizaciones solo se dan a ciertos individuos que deben cumplir otros requisitos y además se entiende que existe aquí una cierta discrecionalidad.
  - Ejemplo: autorización para entrar a una zona militar. Primero deben pertenecer al ejército, y luego, según decida el órgano competente, se les concederá o no la autorización.

### **Actividad arbitral**

Es la que se da cuando la administración contribuye a la resolución de conflictos entre los ciudadanos (sin que estos lleguen, pues, a la vía judicial. Es decir, es una forma de evitar que la cosa vaya a mayores). No confundir con la resolución de recursos administrativos, en donde la administración resuelve un conflicto entre el ciudadano y ella misma.

### *Detalles a tener en cuenta:*

- No confundir el arbitraje con la mediación o la conciliación.
  - En el arbitraje, la solución dada por el árbitro (en este caso la Administración) debe ser aceptada porque las partes se han comprometido previamente a ello.
  - En la mediación, el mediador «propone» algo que puede ser aceptado o rechazado por las partes, que no se han comprometido previamente a nada.
  - En la conciliación, sencillamente se trata de fomentar el entendimiento y que las partes se sienten a hablar. Sin propuesta de solución ni, mucho menos, solución que debe ser admitida por las partes.
- Ejemplo de arbitraje:
  - En el ámbito de la Ley de Propiedad Intelectual, se crea una Comisión Mediadora y Arbitral en el ministerio competente en materia de cultura, de ámbito nacional, para arbitrar los conflictos que se puedan suscitar en este tema (un guionista vs. productora cinematográfica).

### **Actividad de servicio público**

También conocida como «acción de prestación», en esta modalidad se encuadran los casos en los que es la propia Administración la que efectúa directa o indirectamente (a través de terceros) la actividad de que se trate en beneficio de los ciudadanos. Frente a la actividad de limitación, que restringe derechos, la actividad de servicio público los amplía.

Ejemplo típico: Gestión de un hospital o un instituto públicos.

### **Actividad de fomento**

En términos general podemos entender a la acción administrativa encaminada a promover, apoyar o estimular de algún modo que se den ciertas iniciativas o conductas en los ciudadanos, en pos del bien común. Satisface, pues, indirectamente, necesidades o trata de paliar alguna situación perjudicial.

Ejemplo: para reducir la polución, se dan incentivos a la compra de coches que contaminen menos, o al uso de bicicletas.

### *Detalles a tener en cuenta*

- Dentro de la actividad de fomento podemos encontrar medidas en positivo y medidas negativas.
  - Positivas: ejemplo: subvenciones a programas de fomento a la lectura en institutos—> Incentivan directamente.
  - Negativas: ejemplo: impuestos al tabaco para fomentar hábitos de vida saludable —> desincentivan algo para incentivar indirectamente su opuesto.
    - Esta última estaría muy cerca de la actividad de limitación. El matiz está en el propósito que se persigue. En la actividad de limitación sencillamente se persigue limitar un derecho. En el fomento se obstaculiza algo para fomentar indirectamente otra cosa.
- Casos concretos de actividad de fomento según las ventajas o incentivos que se ofrecen:
  - Ventajas honoríficas: buscan incentivar o fomentar una determinada conducta o práctica, colmando de honores y prestigio a quienes la acometen.
    - Ejemplo: la declaración de hijo predilecto de una ciudad a un científico para fomentar la ciencia.

- Ventajas jurídicas: se da cuando una norma da ventaja o exime a ciertas personas frente a otras.
  - Ejemplo: el establecimiento del cupo para discapacitados en una oposición, con el fin de compensar la desventaja y fomentar así la incorporación de estos colectivos a la función pública.
- Ventajas económicas
  - Ejemplo: para fomentar la incorporación de la mujer al mundo de la empresa, se dan incentivos fiscales o ayudas económicas a las mujeres que montan un negocio.

## Formas de gestión de los servicios públicos

En este epígrafe vamos a seguir la clasificación (eminentemente doctrinal) de formas directas vs formas indirectas, dedicando un subapartado al final para los consorcios.

### Las formas «directas»

Aunque se las llama así, veremos que algunas tienen un cierto carácter indirecto. En todo caso, más que saber encuadrarlas dentro de la clasificación de «formas directas» vs «formas indirectas», lo interesante aquí es asimilar los rasgos definitorios de cada una de ellas.

- Gestión indiferenciada o centralizada: la administración gestiona los servicios a través de sus propios órganos (es la forma más directa de todas, por así decir).
  - Ejemplo: registro de la propiedad intelectual (es la propia administración la que lo gestiona).
- Establecimiento o empresa sin personalidad (jurídica): aunque sigue siendo la administración la que gestiona el servicio, se da una cierta diferenciación, o autonomía, sin que, no obstante, se llegue a dar una nueva persona jurídica.
  - Ejemplo: institutos públicos de enseñanza secundaria. Se dan los servicios educativos con cierta autonomía burocrática, pero al mismo tiempo con total dependencia de las consejerías de educación de las CCAA.

---

- Servicio público Personalizado: a partir de aquí, aunque seguimos dentro de las formas directas y muy vinculados a la Administración, hablamos de entes con personalidad jurídica propia. Hablamos, por lo tanto, de descentralización (recuerda: en la desconcentración no se dan nuevas personas jurídicas; en la descentralización sí hay diferenciación de personas jurídicas). Estos organismos cuentan, pues, con más autonomía y patrimonio propio.
  - Ejemplos:
    - «Organismos públicos»: OOAA y Entidades públicas empresariales (EPEs).
      - Según la 40/2015: «Los organismos públicos se definen como aquéllos dependientes o vinculados a la AGE, bien directamente, bien a través de otro organismo público, cuyas características justifican su organización en régimen de descentralización funcional o de independencia, y que son creados para la realización de actividades administrativas, sean de fomento, prestación, gestión de servicios públicos o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación, así como actividades de contenido económico reservadas a las Administraciones Públicas. Tienen personalidad jurídica pública diferenciada, patrimonio y tesorería propios, así como autonomía de gestión y les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines salvo la potestad expropiatoria».
        - OOAA: Instituto Cervantes, INAP, etc.
        - Entidad pública empresarial (EPE): RENFE, Fábrica nacional de Moneda y Timbre, ADIF.
- Autoridades independientes
  - (art. 109 40/2015): «entidades de derecho público que, vinculadas a la AGE y con personalidad jurídica propia, tienen atribuidas funciones de regulación o supervisión de carácter externo sobre sectores económicos o actividades determinadas, por requerir su desempeño de

- independencia funcional o una especial autonomía respecto de la AGE, lo que deberá determinarse en una norma con rango de Ley».
- Ejemplos: Agencia Española De Protección De Datos (AEPD), Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC), Consejo de Seguridad Nuclear (CSN), etc.
  - Sociedades privadas (SME, sociedad mercantil estatal).
    - Definición (art. 111 40/2015):
      - Se entiende por sociedad mercantil estatal aquella sociedad mercantil sobre la que se ejerce control estatal:
        - Bien porque la participación directa, en su capital social de la AGE o alguna de las entidades que, integran el sector público institucional estatal, incluidas las sociedades mercantiles estatales, sea superior al 50 por 100.
        - Bien porque la sociedad mercantil se encuentre dentro de un grupo de sociedades (se entiende que existe un grupo cuando una sociedad ostente o pueda ostentar, directa o indirectamente, el control de otra u otras) de la AGE o de sus organismos públicos vinculados o dependientes.
      - En la denominación deberá figurar necesariamente la indicación «sociedad mercantil estatal» o su abreviatura «S.M.E.».
    - Sometidas íntegramente al Derecho privado (aunque lógicamente el capital puede y debe ser público).
      - Ojo, diferenciación SME vs EPES:
        - Las SME están totalmente sometidas al derecho privado. Las EPES están sometidas solo parcialmente al derecho privado.
        - Las SME tienen personalidad jurídica privada. Las EPES tienen personalidad jurídica pública.
    - Forma organizativa es jurídico-privada.
    - Ejemplos:
      - Correos y Telégrafos
      - Radio nacional de España SA
  - Fundaciones:
    - Se dan como consecuencia del hecho de que las personas jurídico-públicas tienen la «capacidad para constituir fundaciones, salvo que sus normas reguladoras establezcan lo contrario» (art. 8.4 ley 50/2002).
    - Ver y ampliar definición en la la 40/2015 (art. 128). Detalles:
      - En la denominación de las fundaciones del sector público estatal deberá figurar: «fundación del sector público» o su abreviatura «F.S.P.».
      - Para la financiación de las actividades y el mantenimiento de la fundación, debe haberse previsto la posibilidad de que en el patrimonio de las fundaciones del sector público pueda existir aportación del sector privado de forma no mayoritaria.
    - Características:
      - Sin ánimo de lucro.
        - Aunque el servicio que presten pueda ser gratis o también puede estar sujeto a contraprestación, con lo que pueden tener actividades mercantiles, percibiendo ingresos y beneficios.
      - Pueden gozar de ciertos privilegios fiscales.

- No puede exceder la esfera competencial de la entidad fundadora (es decir, si depende de un Organismo Autónomo vinculado a la AGE, no puede salirse de aquello a lo que se dedique este organismo autónomo y de sus competencias).
- No pueden ejercer potestades públicas.
- Fondos carentes de personalidad jurídica (ver arts. 137-139). Detalles:
  - En el ámbito del sector público estatal, estos fondos se crearán por Ley.
    - Con independencia de su creación por Ley se extinguirán por norma de rango reglamentario.

### Las formas indirectas y formas mixtas:

FORMAS INDIRECTAS

- Concesiones (sin ir más lejos, las que tenemos en la LCSP. Ver, pues, tema 4 de este mismo bloque).
- Concierto:
  - Se celebra con una persona jurídica o natural (que preste servicios análogos a los que se pretenden realizar por parte de la Administración).
  - Ejemplos:
    - MUFACE (que un Organismo autónomo) concierta con distintas sociedades médicas privadas (DKV, ASISA...) para que sean éstas las que den el servicio sanitario a los funcionarios.

FORMAS MIXTAS

- Gestión interesada: (se da una asociación entre la Administración y un gestor, para llevar un determinado negocio)
  - Aquí la Administración se asocia con un empresario para explotar el servicio según lo establecido en un contrato.
  - Ejemplo: la plaza de toros de Las Ventas.
  - Características fundamentales (doctrina: Morell Ocaña):
    - La Administración: La empresa en el fondo es de la Administración, que es la que la crea y la sostiene:
      - Domina y controla financiera y administrativamente el servicio.
      - Participa en la inversión y los gastos de primer establecimiento.
      - Participa de los beneficios.
    - El gestor: actúa en nombre de la Administración, aunque no hace en realidad de empresario ya que imputa sus actos a la Administración.
      - Percibe una remuneración por la gestión del servicio (aunque no directamente de los particulares, sino de la propia Administración).
        - Esta remuneración se puede fijar de diversas maneras. Es habitual que se incluya una porción fija y otra variable, cuyo total dependa de la eficacia en la gestión (de aquí lo de gestión interesada, porque al gestor le «interesa» que el negocio funcione bien).
- Más detalles:
  - No surge una nueva persona jurídica.
  - En este contrato se incluye la llamada «cláusula de interesamiento», que trata de fomentar la buena gestión, incluyendo esa proporción de ingresos variables vinculados a la buena marcha del negocio (y, por ende, dar también un buen servicio a los ciudadanos).

## Los consorcios (caso aparte, aunque importante)

Según Vaquer Caballeira, «el consorcio es una organización administrativa peculiar, ya que, a diferencia de las restantes, no se define tanto por su estatuto jurídico-formal que, como veremos, es muy versátil, sino por ser una organización al servicio de la colaboración interadministrativa y constituir, en consecuencia, una fórmula organizativa de asociación entre varias AAPP».

Según la 40/2015 (art. 118):

- Definición:
  - Los consorcios son entidades de derecho público.
  - Con personalidad jurídica propia y diferenciada.
  - Creados por varias AAPP o entidades integrantes del sector público institucional, entre sí o con participación de entidades privadas.
  - Con el fin de desarrollar actividades de interés común a todas ellas dentro del ámbito de sus competencias.
- Los consorcios podrán realizar actividades de fomento, prestacionales o de gestión común de servicios públicos y cuantas otras estén previstas en las leyes.
- Los consorcios podrán utilizarse para la gestión de los servicios públicos, en el marco de los convenios de cooperación transfronteriza en que participen las Administraciones españolas, y de acuerdo con las previsiones de los convenios internacionales ratificados por España en la materia.
- En la denominación de los consorcios deberá figurar necesariamente la indicación «consorcio» o su abreviatura «C».

*Sobre la creación de los consorcios (art. 123)*

- Los consorcios se crearán mediante convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes.
- En los consorcios en los que participe la AGE o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes se requerirá:
  - Que su creación se autorice por ley.
  - El convenio de creación precisará de autorización previa del Consejo de Ministros.
  - La competencia para la suscripción del convenio:
    - No podrá ser objeto de delegación.
    - Corresponderá:
      - Al titular del departamento ministerial participante,
      - En el ámbito de los OOAA, al titular del máximo órgano de dirección del organismo, previo informe del Ministerio del que dependa o al que esté vinculado.
  - Del convenio formarán parte los estatutos, un plan de actuación, y una proyección presupuestaria trienal, además del informe preceptivo favorable del Ministerio de Hacienda.
  - El convenio suscrito junto con los estatutos, así como sus modificaciones, serán objeto de publicación en el «Boletín Oficial del Estado».

*Régimen de adscripción (art. 120)*

- Los estatutos de cada consorcio determinarán la Administración Pública a la que estará adscrito de conformidad con lo previsto en este artículo.



- De acuerdo con los siguientes criterios, ordenados por prioridad en su aplicación y referidos a la situación en el primer día del ejercicio presupuestario, el consorcio quedará adscrito, en cada ejercicio presupuestario y por todo este periodo, a la AP que:
  - Disponga de la mayoría de votos en los órganos de gobierno.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros de los órganos ejecutivos.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del personal directivo.
  - Disponga de un mayor control sobre la actividad del consorcio debido a una normativa especial.
  - Tenga facultades para nombrar o destituir a la mayoría de los miembros del órgano de gobierno.
  - Financie en más de un 50%, en su defecto, en mayor medida la actividad desarrollada por el consorcio, teniendo en cuenta tanto la aportación del fondo patrimonial como la financiación concedida cada año.
  - Ostente el mayor porcentaje de participación en el fondo patrimonial.
  - Tenga mayor número de habitantes o extensión territorial dependiendo de si los fines definidos en el estatuto están orientados a la prestación de servicios a las personas, o al desarrollo de actuaciones sobre el territorio.
- En el supuesto de que participen en el consorcio entidades privadas, el consorcio no tendrá ánimo de lucro y estará adscrito a la AP que resulte de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado anterior.
- Cualquier cambio de adscripción a una AP, cualquiera que fuere su causa, conllevará la modificación de los estatutos del consorcio en un plazo no superior a seis meses, contados desde el inicio del ejercicio presupuestario siguiente a aquel en se produjo el cambio de adscripción.

## Preguntas de examen

### 1.- GACE 2016 LI

**De acuerdo con la Ley 40/2015, en la creación de un consorcio en el que participe la Administración General del Estado o sus organismos públicos y entidades vinculados o dependientes se requerirá:**

- a) Convenio suscrito por las Administraciones, organismos públicos o entidades participantes, exclusivamente.
- b) Únicamente autorización por Ley para su creación.
- c) Que su creación se autorice por ley, así como la autorización previa del Consejo de Ministros al convenio de creación.
- d) Únicamente requiere la autorización previa del Consejo de Ministros al convenio de creación.

### 2.- Adm. 2017 LI

**Desde la perspectiva administrativa, las subvenciones son una técnica de:**

- a) Limitación.
- b) Arbitral.
- c) De servicio público.
- d) Fomento.

1.- C

2.- D