

DERECHO ADMINISTRATIVO E INTEGRACIÓN EUROPEA

Estudios en homenaje al Profesor José Luis Martínez López-Muñiz



Tomo II

El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad

José Carlos Laguna de Paz
Íñigo Sanz Rubiales
Isabel María de los Mozos y Touya
(Coords.)

REUS
EDITORIAL





Profesor JOSÉ LUIS MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

**DERECHO ADMINISTRATIVO
E INTEGRACIÓN EUROPEA**
Estudios en homenaje al profesor
José Luis Martínez López-Muñiz

**José Carlos Laguna de Paz
Íñigo Sanz Rubiales
Isabel María de los Mozos y Touya**
(Coords.)

REUS
EDITORIAL



Madrid, 2017

Tomo II

El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad

**José Carlos Laguna de Paz
Íñigo Sanz Rubiales
Isabel María de los Mozos y Touya
(Coords.)**

© Editorial Reus, S.A.
C/ Rafael Calvo, 18, 2º C – 28010 Madrid
Tfno: (34) 91 521 36 19 – (34) 91 522 30 54
Fax: (34) 91 445 11 26
E-mail: reus@editorialreus.es
<http://www.editorialreus.es>

1.ª edición REUS, S.A. (2016)
ISBN Obra Completa: 978-84-290-1941-4
ISBN Tomo II: 978-84-290-1943-8
Depósito Legal: M-41480-2016
Diseño de portada: Editorial Reus
Foto de Portada: Fachada de la Universidad de Valladolid
Autora de la fotografía: Isabel María de los Mozos y Touya
Impreso en España
Printed in Spain

Imprime: Talleres Editoriales COMETA, S.A.
Ctra. Castellón, km 3,400 - 50013 Zaragoza

Ni Editorial Reus, ni los Directores de Colección de ésta, responden del contenido de los textos impresos, cuya originalidad garantizan los autores de los mismos. Para la reproducción de las figuras sujetas a derecho de autor, se ha solicitado la autorización correspondiente. Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra sólo puede ser realizada con la autorización expresa de Editorial Reus, salvo excepción prevista por la ley.

Fotocopiar o reproducir ilegalmente la presente obra es un delito castigado con cárcel en el vigente Código penal español.

Sumario

Presentación	1
Prólogo	3
Trazos biográficos y publicaciones del Profesor José Luis Martínez López-Muñiz	7

Tomo I

El ser de la Administración Pública

I.- Presupuestos conceptuales y constitucionales

1. El Derecho Administrativo

- Un marco para el método del análisis comparado en el Derecho Administrativo, BARNÉS VÁZQUEZ, Javier.....31
- El nuevo garantismo de los intereses generales. La extensión del Derecho público a particulares que ejercen funciones públicas, ESTEVE PARDO, José.....59

2. Qué España y qué Unión Europea

- España: unidad y diversidad, ARIÑO ORTIZ, Gaspar.....83
- Perpetuidad: el principio ausente del programa de unificación europea, MUÑOZ MACHADO, Santiago.....97
- La técnica de la “Ley Europea” como instrumento de transposición de directivas en el contexto del incumplimiento del Derecho de la Unión: esbozo de una propuesta de mejora, MARTÍN DELGADO, Isaac.....119
- El Tratado de Lisboa y la legitimación activa en el recurso de anulación UE, ALLI ARANGUREN, Juan Cruz.....147

3. Derechos y libertades de las personas

- La dignidad de la persona, su verdadero fundamento, SOTO KLOSS, Eduardo.....171
- Luces y sombras de la integración europea en derechos de la persona. En particular, el riesgo de que la base del sistema jurídico se traslade desde la dignidad humana a la autonomía personal, PRIETO ÁLVAREZ, Tomás.....187
- Sobre el derecho a vivir y el derecho a morir, GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús.....207

• The Threat to Religious Freedom, GLENN, Charles.....	221
• La tutela obligada por las Administraciones Públicas del derecho al descanso, como derecho fundamental: incumplimiento y condena reiterada, ¿hasta cuándo?, RUIZ DE APODACA, Ángel María.....	239
• La seguridad individual y colectiva como límite a los derechos fundamentales en la reciente jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, BOUAZZA ARIÑO, Omar.....	257
• Cuando la confusión (sexual) se inscribe en la Ley, CALVO CHARRO, María.....	267
• El “Burkini” en la jurisprudencia del “Conseil d’Etat”. Sobre los límites de la policía administrativa, MACERA TIRAGALLO, Bernard Frank.....	279
• Inaplicación judicial de la Ley por razón de la primacía del Derecho de la Unión Europea y derechos fundamentales a la tutela judicial efectiva y a un proceso con todas las garantías: estado de la cuestión en la jurisprudencia constitucional, FERNÁNDEZ FARRERES, Germán.....	287
• Derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y recurso de amparo ¿Derecho subjetivo o situación objetiva?, GÓMEZ-FERRER MORANT, Rafael.....	307
• La libertad europea de establecimiento: Restricciones justificadas y no justificadas (A propósito de la STJUE sobre la estiba en los puertos españoles), VILLAR ROJAS, Francisco.....	321
• El objeto del nuevo Reglamento Europeo de Protección de Datos, PIÑAR MAÑAS, José Luis.....	337
• El derecho fundamental de la persona a la buena administración (Principio y derecho integrantes), RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime.....	349

4. En especial, los derechos y libertades del ámbito educativo

• Libertad, igualdad y democracia: la educación en el artículo 27.2 de la Constitución española, MEIX CERECEDA, Pablo.....	367
• La ordenación de la enseñanza universitaria online, GOMEZ BARAHONA, Alberto.....	377
• Las acreditaciones de titulaciones y de profesorado universitario ¿actos administrativos o sello de calidad del mercado?, CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael.....	397

5. Poder legislativo, legislación administrativa y reglamento

• Los legisladores, BOQUERA OLIVER, José María.....	427
• Por un derecho sostenible, BERMEJO VERA, José.....	433
• <i>Better and smart regulation</i> . Los principios de buena regulación de la Unión Europea en las recientes leyes españolas de procedimiento administrativo común y de régimen jurídico del sector público, DEL GUAYO CASTIELLA, Íñigo.....	451
• Consideraciones críticas a propósito de los planteamientos generales de las leyes 39 y 40 de 2015 y el procedimiento seguido para su elaboración, Díez SÁNCHEZ, Juan José.....	471
• La potestad reglamentaria tras la nueva Ley de Procedimiento Común. Especial referencia a sus efectos sobre las Entidades locales y la participación ciudadana, GARCÍA RUBIO, Fernando.....	491

II.- El ser de la Administración Pública

1. Principios básicos

- Transparencia y confidencialidad, Junceda Moreno, Javier.....519
- La maison de verre. Leçon d'architecture tras los montes, DELPÉRÉE, Francis.....533
- La Administración Pública para servir a los ciudadanos o a la burocracia:
La mutación en el caso de Venezuela, BREWER-CARIAS, Allan R.....545

2. Comunidades Autónomas

- Datos, notas y apostillas sobre la actividad legislativa de las Comunidades Autónomas (1980-2015), MARTÍN REBOLLO, Luis.....573
- Garantía de la unidad de mercado y entropía del Estado autonómico, SOUVIRON MORENILLA, José María.....593
- Presente y futuro del Derecho Público aragonés, MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, Lorenzo.....629

3. Administración local

- La reforma del Régimen Local de 2013. Consideraciones introductorias, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, José Luis.....647
- La STC 041/2016: Aval del Tribunal Constitucional a las medidas relativas a la planta local y la reordenación de las competencias locales de la Ley 27/2013, de 27 de diciembre, DÍAZ LEMA, José Manuel.....685
- Cooperación transfronteriza y Entidades Locales, CARBONELL PORRAS, Eloisa.....711

4. Organización instrumental

- Unos apuntes a vuelapluma acerca de la configuración del sector público institucional en la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, ALEGRE ÁVILA, Juan Manuel y SÁNCHEZ LAMELAS, Ana.....731
- Las Administraciones independientes españolas a la luz del Derecho europeo, CARLÓN RUIZ, Matilde.....773

5. Relaciones interadministrativas

- La regulación de los convenios en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público, MENÉNDEZ REXACH, Ángel.....807

Tomo II

El actuar de la Administración Pública y garantías de su efectiva legalidad

I.- Régimen general de la actuación administrativa

1. Actos y Procedimiento

- Los excesos de la llamada autotutela administrativa, BAÑO LEÓN, José María.....825
- La reforma del silencio administrativo en la Ley de procedimiento administrativo común desde la perspectiva del silencio estimatorio, MORILLO VELARDE-PÉREZ, José Ignacio.....843
- Actos presuntos y revisión de oficio, DE LOS MOZOS Y TOUYA, Isabel María.....863
- La naturaleza revocatoria y los límites de la extinción de los títulos habilitantes por incumplimiento de condiciones, BACA ONETO, Víctor.....881
- La nulidad de resoluciones administrativas que vulneran lo establecido en una disposición reglamentaria, NÚÑEZ LOZANO, María del Carmen.....899
- La vuelta del “administrado”, CANO CAMPOS, Tomás.....911
- Influencias del Derecho de la Unión Europea en el procedimiento administrativo español, COSCULLUELA MONTANER, Luis.....935
- El procedimiento administrativo europeo y la nueva legislación española, RIVERO ORTEGA, Ricardo.....951
- O novo Codigo do Procedimento Administrativo de Portugal de 2015: principais inovações, DE QUADROS, Fausto.....965

2. Contratos

- Actuales desafíos y clásicos dilemas de la contratación pública, CASSAGNE, Juan Carlos.....981
- Contratación administrativa y políticas públicas en la nueva Directiva 2014/24/UE: cláusulas sociales, medio ambiente e innovación, BASSOLS COMA, Martín.....993
- El adecuado equilibrio entre potestades exorbitantes y los derechos contractuales, FLORES RIVAS, Juan Carlos.....1013
- Los riesgos imprevistos en el contrato de obras, FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás Ramón.....1023
- La adjudicación directa de contratos públicos a las entidades sin ánimo de lucro, HERNÁNDEZ GONZÁLEZ, Francisco.....1035

II.- Modalidades de la acción administrativa

1. Regulación y Supervisión

- La convergencia europea en la supervisión del mercado de valores, BELANDO GARÍN, Beatriz.....1055

- La incidencia del Derecho de la Unión Europea en el Derecho Administrativo español: La Directiva de Servicios en el sector turístico, con especial referencia a Castilla y León, CALONGE VELÁZQUEZ, Antonio.....1067
- Sobre el nuevo Derecho de la viña y el vino, ROSADO PACHECO, Santiago.....1083
- La jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación con el reconocimiento mutuo de los distintivos de calidad: El asunto ASCAFOR-ASIDAC, SALA ARQUER, José Manuel.....1107

2. Urbanismo

- Hacia un modelo europeo común de desarrollo urbano: Las ciudades europeas sostenibles, GARCÍA-MORENO RODRÍGUEZ, Fernando.....1125
- Catastro, Registro de la Propiedad y Suelo: Acerca de la información integral e integrada de los datos registrales y catastrales, ALONSO IBÁÑEZ, María Rosario.....1147
- Sustitución intersubjetiva en materia de planeamiento urbanístico (A propósito de la Sentencia del Tribunal Constitucional 154/2015, de 9 de julio), LÓPEZ BENÍTEZ, Mariano.....1163
- Poder de disposición sobre las fincas en el sistema de compensación, GONZÁLEZ SANFIEL, Andrés M.....1179

3. Medio ambiente

- La sostenibilidad como principio rector en la actuación de los poderes públicos, BELLO PAREDES, Santiago Agustín.....1197
- La integración europea y el principio comunitario de integración ambiental, SANZ LARRUGA, Francisco Javier.....1217
- El Derecho ambiental ante la Encíclica *Laudato si*, PÉREZ MORENO, Alfonso.....1243

4. Bienes públicos

- El clásico dominio público frente a los aires que propician su valorización, DE LA RIVA, Ignacio.....1259
- Aguas subterráneas, biodiversidad y Derecho comunitario, CARO-PATÓN CARMONA, Isabel.....1277
- Coordinación y prevalencia de la planificación hidrológica en materia de espacios naturales protegidos, FANLO LORAS, Antonio.....1305
- Algunas notas características de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas: ámbito objetivo de regulación y alcance de la ejecución judicial de los caudales públicos, MENÉNDEZ, Pablo.....1327

5. Sanciones

- La ejecutividad de las sanciones tras la Ley 39/2015, REBOLLO PUIG, Manuel.....1343
- Los efectos transfronterizos de las sanciones administrativas en la Unión Europea. El caso de las multas de tráfico, SANZ RUBIALES, Íñigo.....1367

III.- Garantías

1. Recursos administrativos

- Las funciones de los recursos administrativos: una perspectiva europea, ESCUIN PALOP, Vicente.....1389
- Transposición irregular de la normativa europea sobre el Tribunal Administrativo de recursos contractuales ¿Un modelo para la resolución de recursos administrativos en general?, LÓPEZ MENUDO, Francisco.....1411
- Ejecución forzosa de los actos administrativos, recurso de alzada y derecho a la tutela judicial efectiva, MÍGUEZ MACHO, Luis.....1435

2. Contencioso-administrativo estatal

- Los motivos de impugnación contra la actuación administrativa y proceso contencioso-administrativo, DE VICENTE DOMINGO, Ricardo.....1453
- El control judicial de la discrecionalidad administrativa, LAGUNA DE PAZ, José Carlos.....1477
- El artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el Convenio Europeo de Derecho Humanos, BARCELONA LLOP, Javier.....1495
- Tribunal Supremo y Tribunal Constitucional: Acotaciones sobre una incidencia reciente (El Auto de la Sala Tercera, Sección tercera, de 23 de febrero de 2016), JIMÉNEZ BLANCO Y CARRILLO DE ALBORNOZ, Antonio.....1513
- El recurso de casación en interés de la ley tras la reforma de 2015: ¿Desaparición, transformación o inconstitucionalidad?, HUERGO LORA, Alejandro.....1525

3. Responsabilidad patrimonial

- El carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración desde el derecho español y comunitario, MEILÁN GIL, José Luis.....1541
- La repercusión institucional de la responsabilidad por incumplimiento del Derecho comunitario, GÓMEZ PUENTE, Marcos.....1559
- La responsabilidad patrimonial por la aplicación de normas con rango de ley declaradas inconstitucionales, QUINTANA LÓPEZ, Tomás Alberto.....1587
- Funcionamiento anormal de la Administración. Expropiación abortada y línea eléctrica desmontada. Un caso real, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Miguel.....1605
- *Quid néminem laedere*. Volviendo la vista atrás, RIVERO YSERN, Enrique.....1623

4. Ante la insolvencia de los entes públicos

- ¿Cómo rellenar las *lacunae* de derecho internacional que existen en el campo de la insolvencia soberana a través de la legislación de la Unión Europea?, DE LA LASTRA LERALTA, Rosa Marfa.....1639

I. RÉGIMEN GENERAL DE LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

1. Actos y Procedimiento

LOS EXCESOS DE LA LLAMADA AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA*

JOSÉ MARÍA BAÑO LEÓN

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad Complutense de Madrid

I. UNA SITUACIÓN EXCEPCIONAL EN EL MARCO DEL DERECHO COM- PARADO

Una característica poco notada desde un punto de vista crítico de nuestro Derecho Administrativo es la permanencia de una visión autoritaria de las potestades administrativas que se ve con la naturalidad con la que Otto Mayer en el período de entreguerras calificó la permanencia del Derecho Administrativo frente a la volubilidad del Derecho Constitucional.

El hecho del tránsito pacífico del Estado autoritario franquista al democrático ha podido influir en la falta de visión crítica respecto a nuestro derecho administrativo. Y desde luego también ha influido mucho la circunstancia de que la buena técnica de las leyes centrales del Derecho Administrativo haya sobrevivido apenas sin más retoques que los derivados del reconocimiento de los derechos fundamentales, hasta nuestros días, como prueba la no evolución sustancial de la Ley de procedimiento administrativo y de la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa o el inmovilismo de la Ley de expropiación forzosa.

Diríase que la doctrina, que en el fondo había colaborado en el diseño de aquellas leyes centrales, se limitó a actualizarlas al mínimo imprescindible que exigía la Constitución, sin ocuparse verdaderamente de su alcance en un nuevo marco cons-

* Proyecto I+D (DER2012-39692-C03-01): “La discrecionalidad administrativa en los mercados regulados”.

titucional. Frente a la visión utópica del Derecho administrativo como un derecho constitucional concretizado (Fritz Werner)¹, la realidad dogmática española es que nos encontramos ante un derecho constitucional administrativizado, en el sentido de que la interpretación constitucional de las bases del Derecho Administrativo no se ha hecho a partir de una visión constitucional propia (acaso porque tal tradición no existió nunca). Las bases constitucionales de la actuación administrativa se han forjado a partir de la tradición de nuestro Derecho Administrativo.

En otros países, en los que también cabe reconocer una impronta autoritaria al Derecho Administrativo, la propia evolución histórica ha ayudado a embridar ciertas potestades administrativas. En Francia, el principio de división de poderes, que es la base del Derecho Administrativo y de los formidables poderes de la Administración, ayudó, sin embargo, a contenerlos en las conclusiones de Romieu al arrêt “S. I. Saint Just”. Por otra parte, la competencia administrativa ha tenido siempre límites claros en las materias que afectan directamente a la propiedad. Así la fijación del justiprecio expropiatorio. Por poner otro ejemplo, en Alemania la potestad de ejecución forzosa, similar a la española, está contrapesada por la regla general de suspensión en las acciones de anulación en caso de interposición del proceso judicial, de suerte que, salvo las excepciones legales (la más importante es la materia tributaria), para no suspender la Administración tiene que convencer al juez de que existe un interés público inaplazable que exige la ejecución forzosa del acto. También en Alemania hay límites claros de raíz histórica a la competencia administrativa, tanto en materia de expropiación como de responsabilidad que corresponden siempre al juez civil.

En España, a través de la obra de García de Enterría ha hecho fortuna la expresión “autotutela”, de impronta procesal civil, desarrollada en el ámbito administrativo por Benvenuti, y que intenta resumir las potestades vinculadas al acto administrativo (ejecutividad y ejecución forzosa), se habla así de autotutela declarativa y ejecutiva.

No sin razón, Santiago Muñoz Machado² ha criticado esta denominación para abarcar potestades bien diferentes. La llamada autotutela declarativa encierra, en realidad, la competencia de la Administración en virtud de una ley para establecer lo que es jurídicamente procedente, mientras que la autotutela ejecutiva (ejecución forzosa) sería la atribución a la Administración de una potestad que es materialmente jurisdiccional. La tesis de Benvenuti, criticada en Italia por Giannini³, viene a entender la actividad administrativa como una actividad parajudicial. Dice Benvenuti⁴ que “la autotutela es la parte de la actividad administrativa con la cual la misma Administración Pública procede a resolver conflictos potenciales o actuales que surgen con otros sujetos, en relación a sus actos o pretensiones”. Esta concepción amplia de la autotutela, que es la que se maneja en España, no acierta a encajar bien lo que es la competencia administrativa, cuyo objetivo primero no es resolver conflictos sino la

¹ “Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht”, Deutsches Verwaltungsblatt, 1959, págs. 157 y ss.

² Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General, Tomo II, 4ª ed. BOE 2015, págs. 321-343.

³ Diritto Amministrativo, II, 2ª ed., Giuffré 1988, pág. 1261.

⁴ “Autotutela” (Diritto Amministrativo). Enciclopedia del Diritto Giuffré, 1959, pág. 539.

persecución de los fines públicos previstos en la Ley, fines que en línea de principio son ajenos a la Administración misma, pues incluso cuando la ley dota a la Administración de un poder discrecional para concretar el interés público lo hace no en interés de la Administración sino porque considera que la Administración legitimada democráticamente está en mejores condiciones de concretarlo que el legislador mismo⁵.

Lo que ahora importa añadir es que esa concepción ha venido a dar tinta de normalidad a unos poderes que deberían ser sopesados con más prudencia de lo que habitualmente se hace.

De hecho, el desarrollo legislativo tras la Constitución de 1978 no ha hecho sino extender los poderes de la Administración a ámbitos reservados tradicionalmente al juez civil, en lo que a la competencia administrativa se refiere, manteniendo y reforzando la potestad de ejecución forzosa. La legitimación democrática de la Administración que nadie discute ha servido de excusa para una ampliación notable de los poderes de la Administración en términos no comparables con los países que no son más próximos y sin que ese proceso haya sido compensado por una reforma profunda del contencioso-administrativo. Por el contrario, como luego se dirá, las medidas cautelares en el contencioso-administrativo han sufrido en la práctica de nuestros Tribunales un severo retroceso respecto de la situación a fines de los años ochenta del pasado siglo, a lo que sin duda ha contribuido tanto la no muy afortunada en este punto reforma de la ley procesal administrativa de 1998 como la mentalidad heredada que la eficacia administrativa atribuye a un valor preponderante.

La última reforma del procedimiento administrativo y del régimen jurídico-administrativo (Leyes 39 y 40 del año 2015) continúan esa vía expansiva que no tiene otra justificación, a mi juicio, que la comodidad del aparato burocrático, pero a la que ayuda una cierta condescendencia de la doctrina

II. LA EXPANSIÓN DE LA COMPETENCIA ADMINISTRATIVA A ÁMBITOS TRADICIONALMENTE VEDADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Es un hecho que después de la Constitución ha habido una expansión de la competencia administrativa en materias que tradicionalmente se consideraban en el ámbito del juez civil.

La razón de este devenir es siempre la misma: el legislador desconfía del juez y con fundamento en una mayor eficacia de la Administración atrae a su campo de influencia competencias que antes correspondían al juez civil.

Lo más significativo de esta circunstancia es que se inicia en campos clásicos de derecho administrativo como las sanciones o el dominio público. Durante el período preconstitucional ni la potestad sancionadora atraía la responsabilidad civil derivada de la sanción ni los daños contra el dominio público quedaban fuera de la responsabilidad civil. En ambos casos se consideraba que no estaban en juego las potestades

⁵ Sobre esta cuestión me remito a mi trabajo, "La Administración frente al juez en el Estado Constitucional: la evolución del Derecho Administrativo", REDEC n° 72, 2004.

