

# La adjudicación administrativa de recursos escasos

Luis Arroyo Jiménez

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales  
Universidad de Castilla-La Mancha

### *Abstract*

*El Derecho administrativo regula el otorgamiento por la Administración pública de derechos limitados en número en los ámbitos más diversos: títulos habilitantes, contratos, subvenciones, prestaciones de servicio público, etc. Cada una de esas actuaciones administrativas está sometida a su propia regulación sectorial. Sin embargo, la regulación de esos derechos y de su adjudicación administrativa plantea algunos problemas comunes a los que el ordenamiento otorga soluciones tendencialmente semejantes. Esta circunstancia probablemente se deba a que todas esas posiciones tienen elementos estructurales también comunes que determinan su sujeción a exigencias constitucionales parecidas. Todo ello conduce a la necesidad de reconstruirlas como una categoría propia de la parte general del Derecho administrativo, al igual que está ocurriendo en el Derecho administrativo europeo y comparado. En este artículo se recogen algunos de los primeros resultados obtenidos en esa tarea: en primer lugar se realiza una aproximación analítica y constitucional a la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos, para pasar a continuación a estudiar su estructura, distinguiendo el análisis del procedimiento administrativo, de la decisión de adjudicación y de su régimen de tutela judicial.*

*Administrative law governs the allocation of limited rights by the public administration in very different areas: licensing, contracts, subsidies, public services, etc. All these administrative procedures are subject to their own sectoral legislation. However, the regulation of both these rights and their administrative allocation gives rise to common regulatory problems for which the law usually provides similar responses. The reason for that is probably connected with the fact that those administrative decisions have a similar structure and are bounded by the same constitutional requirements. It is, therefore, necessary to analyze the administrative allocation of scarce rights as a part of general administrative law, just as it begins to happen in European and comparative administrative law. In this paper I first approach this administrative activity from both an analytical and constitutional approach. Later, I focus on its structure and specifically on the administrative procedure, the allocation decision and the judicial protection.*

*Title:* Administrative allocation of scarce resources

*Palabras clave:* derechos limitados en número, adjudicación administrativa, procedimiento administrativo, decisión administrativa, tutela judicial

*Keywords:* limited rights, administrative allocation, administrative procedure, administrative decision, judicial protection

## *Sumario*

1. Introducción
2. Delimitación
  - 2.1. Recursos escasos
    - a. El recurso
    - b. La escasez
  - 2.2. Adjudicación administrativa
    - a. Alcance
    - b. Criterios
3. Fundamentos
  - 3.1. Derecho europeo
    - a. Caracterización
    - b. Presupuestos
  - 3.2. Derecho constitucional
    - a. Presupuestos generales
    - b. Presupuestos específicos
4. Procedimiento
  - 4.1. Estructura
    - a. Estructura multipolar
    - b. Estructura bipolar
  - 4.2. Preparación
    - a. Concepto y alcance
    - b. Fundamento
    - c. Formas y efectos
  - 4.3. Fases
    - a. Convocatoria
    - b. Admisión
    - c. Adjudicación
5. Decisión
  - 5.1. Exteriorización
    - a. Estructura
    - b. Forma
    - c. Comunicación
  - 5.2. Validez
    - a. Vicios
    - b. Estabilidad
  - 5.3. Tutela
    - a. Principios
    - b. Restitución
    - c. Resarcimiento
6. Bibliografía
7. Tabla de jurisprudencia citada

## ***1. Introducción***

La protección y asignación ordenada de determinadas categorías de recursos escasos ha sido tradicionalmente una misión característica de los poderes públicos. Las siguientes manifestaciones sectoriales de este tipo de actividad administrativa permiten ilustrar hasta qué punto se trata de una realidad extendida y heterogénea:

a) la asignación de derechos de emisión de gases de efecto invernadero (arts. 14 y ss. de la Ley 1/2005, de 9 de marzo, por la que se regula el régimen de Comercio de Derechos de Emisión de Gases de Efecto Invernadero; en adelante LCDEGEI);

b) la enajenación de valores representativos del capital de sociedades mercantiles que sean de titularidad de la Administración General del Estado (arts. 174 y s. de la Ley 33/2003, de 3 de noviembre, del Patrimonio de las Administraciones Públicas; en adelante LPAP);

c) la concesión de títulos habilitantes para la utilización de bienes públicos, tanto demaniales como patrimoniales, contemplados en la legislación general de patrimonio (arts. 84 LPAP y ss., y 105 LPAP y ss.) y en las leyes especiales por razón del tipo de propiedad o de la Administración titular (por ejemplo, arts. 59 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Aguas, aprobado mediante Decreto Legislativo 1/2001, de 20 de julio, en adelante TRLA; arts. 51 y ss. de la Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, en adelante LC; y arts. 74 y ss. del Reglamento de Bienes de las Entidades Locales, aprobado por Real Decreto 1372/1986, en adelante RBEL);

d) la adjudicación de contratos del sector público contemplados en la legislación general (arts. 138 y ss. del Texto Refundido de la Ley de Contratos del Sector Público, aprobado por Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre; en adelante TRLCSP);

e) los procedimientos de concesión de subvenciones (art. 22 y ss. de la Ley 38/2003, de 17 de noviembre, General de Subvenciones; en adelante LGS);

f) los procedimientos selectivos para cubrir plazas de empleados públicos (arts. 103.3 CE y 55 y ss. de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en adelante EBEP);

g) el otorgamiento de decisiones administrativas habilitantes limitadas en número previstas en leyes administrativas especiales (arts. 12.1 y 48.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en adelante LOTT; y 22.3 de la Ley 7/2010, de 31 de marzo, General de la Comunicación Audiovisual, en adelante LGCA) y generales (arts. 8 de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el Libre Acceso a las Actividades de Servicios y su ejercicio, en adelante LLAAS; y 13.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, aprobado por Decreto de 17 de junio de 1955, en adelante RSCL);

h) en fin, los procedimientos para acceder a la prestación de ciertos servicios públicos de carácter educativo (arts. 42 y ss. de la Ley Orgánica 6/2001, de 21 de diciembre, de Universidades, en

adelante LOU), sanitario (art. 13 del Real Decreto 1723/2012, de 28 de diciembre, por el que se regulan las actividades de obtención, utilización clínica y coordinación territorial de los órganos humanos destinados al trasplante y se establecen requisitos de calidad y seguridad; en adelante RT) o asistencial (arts. 26 y ss. de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la Autonomía Personal y Atención a las personas en situación de Dependencia; en adelante LAPAD).

Estas manifestaciones de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos y, específicamente, los procedimientos y las decisiones administrativas a través de las cuales se concretan, están sometidas a su propio régimen jurídico particular. El pluralismo que caracteriza la regulación de este tipo de actividad es una consecuencia inmediata de las diferencias que presentan las correspondientes decisiones administrativas, pues en unos casos lo que se adjudica es un contrato, en otros la facultad de ejercer una libertad en un determinado sentido, en otros una prestación pública, etc. Incluso dentro de cada una de estas manifestaciones de la actividad, su regulación ha de adaptarse a las peculiares características del sector en el que se desarrolla y a las demandas que éste impone en cada caso al Derecho administrativo desde la perspectiva de su función directiva. El tratamiento diferenciado de esta actividad administrativa también puede encontrar su fundamento en la propia Constitución interna (por ejemplo, en relación con el acceso al empleo público o con la utilización racional de los recursos naturales: arts. 103.3 y 45 CE, respectivamente), así como en el Derecho de la Unión Europea (por ejemplo, en lo que respecta al régimen de contratos del sector público: Directivas 23, 24 y 25/2014/UE).

Sin embargo, al mismo tiempo resulta visible que en todos estos ámbitos la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos plantea ciertos problemas característicos, así como que las soluciones y tratamientos que proporciona la regulación sectorial tienden con frecuencia a converger, al menos en cierta medida. Ello se explica porque, como se verá, en esas áreas la Administración ejerce una misma función consistente en adjudicar recursos escasos en situaciones de concurrencia. Y esa circunstancia común determina que su régimen jurídico, aún estando marcado por la diversidad y el pluralismo, presente algunos rasgos tendencialmente semejantes. Desde una perspectiva normativa puede incluso afirmarse que esos elementos homogéneos de carácter transversal representan la materialización sectorial de exigencias constitucionales comunes que, precisamente por ello, deben ser identificadas y elaboradas dogmáticamente desde el Derecho administrativo general.

El correcto tratamiento dogmático de la actividad administrativa de adjudicación exige elaborar propuestas de interpretación y mejora de la regulación sectorial aplicable a cada una de las manifestaciones de esa categoría, pero junto a ello es también preciso incorporar la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos al sistema del Derecho administrativo. Ello proporcionará una mejor comprensión del Derecho vigente, así como elementos útiles para su crítica y perfeccionamiento<sup>1</sup>. Este planteamiento tiene su origen en el Derecho administrativo

---

<sup>1</sup> Para la justificación de este propósito y sus fundamentos metodológicos, *vid.* ARROYO y UTRILLA (Pendiente de publicación).

alemán<sup>2</sup>, pero de allí se está extendiendo a otros Derechos administrativos nacionales, así como al propio Derecho administrativo europeo<sup>3</sup>. En esta contribución se recogen algunos de los primeros resultados obtenidos en esa tarea: en primer lugar se realiza una aproximación analítica (*infra* 2) y constitucional (*infra* 3) a la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos, para pasar a continuación a estudiar su estructura, distinguiendo el análisis del procedimiento administrativo (*infra* 4) y de la decisión de adjudicación (*infra* 5).

## 2. Delimitación

La delimitación de los contornos de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos ha de llevarse a cabo a partir de dos criterios: el primero se refiere a su objeto y conduce a la necesidad de identificar el tipo de posiciones jurídicas que lo integra (*infra* 2.1), mientras que el segundo, de carácter formal, alude al modo en que dichas posiciones son atribuidas a algunos de los sujetos interesados en su obtención (*infra* 2.2). La conjunción de ambos elementos permite obtener una imagen completa del tipo de actividad administrativa que adquiere aquí relevancia, así como diferenciarla respecto de otras manifestaciones más o menos próximas de la actividad de la Administración pública<sup>4</sup>.

### 1.1. Recursos escasos

La actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos puede reformularse técnicamente, desde la perspectiva de su objeto, por referencia a la atribución de derechos públicos subjetivos limitados en número<sup>5</sup>. Son dos, por tanto, los elementos que permiten delimitar esta noción: que se trate de un derecho público subjetivo y que su número haya sido limitado.

#### a. El recurso

La noción de derecho público subjetivo se emplea aquí en un sentido amplio, para hacer referencia a cualesquiera situaciones jurídicas activas o de poder cuyo titular ostenta frente a un poder público, con independencia del grado de protección que le dispense el ordenamiento jurídico e incluso de la estructura que presente. Conviene referirse separadamente a estas tres propiedades de la posición jurídica activa: su carácter público, su grado de perfeccionamiento y su estructura jurídica. Por lo que respecta a su carácter público, en algunas manifestaciones de esta categoría el Derecho administrativo no impide que su titular lo ceda a terceros, quedando de ese modo el correspondiente derecho incorporado al tráfico jurídico-privado. Más aún, la

---

<sup>2</sup> *Vid.*, entre otros, SCHMIDT-PREUB (2005); VOBKUHLE (2002); KUPFER (2005); MARTINI (2008); MALAVIYA (2009); WOLLENSCHLÄGER (2010); RÖHL (2012).

<sup>3</sup> *Vid.* VAN OMMEREN, DEN OUDEN y WOLSWINKEL (eds.) (2013).

<sup>4</sup> Esta sección se basa en ARROYO y UTRILLA (Pendiente de publicación).

<sup>5</sup> VAN OMMEREN, DEN OUDEN y WOLSWINKEL (2013, p. 18 y ss.).

creación de un mercado secundario de derechos es en ocasiones la finalidad a la que responde la decisión consistente en limitar su número<sup>6</sup>. Sin embargo, ello no convierte esa titularidad en un derecho subjetivo de carácter privado. La situación jurídica adjudicada ha de reputarse en todo caso de carácter público porque será a un sujeto de esa naturaleza (o a un sujeto privado a quien se le haya atribuido el ejercicio fiduciario de la función o servicio por cuenta y nombre de su titular) a quien incumba la correspondiente obligación jurídica refleja. En otras palabras, lo que se vende o subasta en esos casos sigue siendo un derecho que su titular ostenta frente al poder.

En segundo lugar, una vez que ha sido otorgada (perspectiva *ex post*), la posición jurídica activa puede tener un carácter pleno, en cuyo caso nos encontraremos ante un derecho subjetivo perfecto, o bien estar condicionada de tal manera que se aproxime a un mero interés legítimo. Sin embargo, la circunstancia de tratarse de derechos limitados en número tiene como consecuencia que, con carácter previo a su adjudicación (perspectiva *ex ante*), la posición jurídica que ocupa el particular interesado en su obtención se corresponde siempre con la de un interés legítimo. El motivo es que, según se comprobará a continuación, la escasez impide que el derecho opere como una razón definitiva con independencia de lo que resulte del procedimiento de adjudicación (por ejemplo, la posición que ocupa el licitador antes de que se produzca la adjudicación de un contrato). Y ello con independencia de que, en ocasiones, ese interés se concrete en el ejercicio de un derecho preexistente, eventualmente de rango constitucional (por ejemplo, la posición del solicitante de una autorización de policía o de una plaza para cursar estudios universitarios).

En tercer lugar, resulta aquí indiferente que el derecho tenga como posición jurídica refleja una obligación de abstenerse, de hacer o de dar. Los ejemplos que ofrecidos *supra* 1 ponen de manifiesto la considerable heterogeneidad de las posiciones jurídicas que pueden constituir el objeto de una decisión administrativa de adjudicación de recursos escasos. Entre ellos encontramos (i) facultades correspondientes al ejercicio de derechos de autonomía o libertades, es decir, derechos a acciones negativas del sujeto titular de la correspondiente obligación (por ejemplo, arts. 10.1, 20 y 38 CE), y ello tanto en el caso de que el ejercicio de la libertad que se habilita se concrete en el inicio de una determinada actividad (títulos habilitantes en sentido estricto: arts. 12.1 y 48.2 LOTT), como si se refiere a un modo concreto de desarrollarla definido por referencia a un cierto volumen de actividad, de producción o de efectos externos (cuotas: arts. 14 LCDEGEI y ss.); (ii) prestaciones públicas, es decir, derechos a acciones positivas del sujeto al que incumbe la obligación refleja y en los que se da la circunstancia de que la demanda potencial de prestaciones supera la oferta disponible, de tal manera que la Administración asume la tarea de su adjudicación (por ejemplo, los procedimientos de selección para el ingreso en centros universitarios: art. 42 LOU y ss.); (iii) derechos reales de utilización y disfrute que se ejercen sobre cosas ajenas<sup>7</sup>, como los que habilitan a sus titulares a utilizar bienes públicos, ya sean éstos de carácter demanial o patrimonial (arts. 84 LPAP y ss., y 105 LPAP y ss.); (iv) derechos de crédito, como las subvenciones u otro tipo de ayudas (art. 2 LGS); y (v) situaciones jurídicas complejas, integradas tanto por derechos, como por deberes, obligaciones o cargas (por ejemplo, la posición

---

<sup>6</sup> Vid. ESTEVE (2003, p. 743 y ss.).

<sup>7</sup> Vid. DIEZ-PICAZO (2007, p. 75 y ss.).

del beneficiario de una subvención, la del adjudicatario de un contrato del sector público o la del empleado público: arts. 14.1 LGS, arts. 86 y 215 TRLCSP, y art. 52 EBEP, respectivamente). Lo dicho pone de manifiesto, en fin, que la delimitación de la actividad de adjudicación de recursos escasos se produce en un plano diferente al tradicionalmente empleado en el marco de la doctrina de las clases de actividad administrativa: mientras que ésta última se ha desarrollado a partir de los contenidos típicos de la actuación administrativa (limitación, prestación, fomento, empresa, etc.), razón por la cual no ha estado nunca exenta de inevitables solapamientos, la primera lo hace a partir de la idea de función o tarea, resultando por tanto complementaria y no alternativa a la construcción heredada.

#### b. La escasez

El otro rasgo característico del objeto de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos consiste en que la Administración se ve llamada a asignar derechos limitados en número en una situación de concurrencia. Las razones que explican y, en su caso, justifican la escasez pueden sistematizarse en tres categorías<sup>8</sup>. En primer lugar, algunas actividades requieren el uso de recursos que, por razones físicas o técnicas, se caracterizan por su carácter finito. Esta propiedad puede conducir a los poderes públicos a excluir las decisiones sobre su asignación del ámbito propio de la autonomía privada y, por consiguiente, a someterlas a un régimen de Derecho público con la finalidad de asegurar que se utilizan de manera eficiente. No obstante, la articulación técnica de la escasez natural y de su administración puede ser diferente [bien público, propiedad privada o cosa no susceptibles de apropiación: arts. 2.1 TRLA; 35.1 de la Ley Ley 54/1997, de 27 de noviembre, del Sector Eléctrico, en adelante LSE; y 2 a) LCDEGEI, respectivamente]. En segundo lugar, es posible que la escasez no anteceda sino que constituya el resultado de una decisión adoptada por los poderes públicos para corregir el funcionamiento del mercado correspondiente. La escasez surge aquí de una decisión política adoptada a partir de una cierta interpretación de las exigencias que al respecto se derivan del interés público como, esencialmente, la de corregir un fallo del mercado vinculado a la eficiencia en la asignación de los recursos (por ejemplo, un monopolio natural, la competencia excesiva o una externalidad) o a la justicia en su distribución (por ejemplo, garantizar un volumen y una calidad en la prestación determinados en todo el territorio)<sup>9</sup>. Por último, la escasez puede también tener su origen en que los poderes públicos demanden u oferten ciertos recursos en una cantidad limitada<sup>10</sup>. Mientras en los supuestos anteriores la Administración incide en el desarrollo de la actividad que requiere la utilización de recursos escasos desde una posición externa, en este grupo de casos lo hace desde el interior del mercado en el que dichos recursos se intercambian. Las variantes de esta modalidad son dos y se diferencian entre sí por la posición que en cada una de ellas ocupa la Administración pública. Por un lado, la adjudicación de contratos y la selección de empleados públicos constituyen ejemplos de administración de recursos escasos debido al carácter restringido de las necesidades administrativas que con ellos se satisfacen. Por otro lado, las

---

<sup>8</sup> Vid. KUPFER (2005, p. 103 y ss.); MARTINI (2008, p. 19 y ss.); WOLLENSCHLÄGER (2010, p. 1 y ss.).

<sup>9</sup> Vid. ARROYO (2004, p. 444 y ss.); OGUS (2004, p. 320 y ss.).

<sup>10</sup> Vid. KUPFER (2005, p. 113 y ss.).



subvenciones públicas y otro tipo de transferencias dinerarias, así como las prestaciones de servicios públicos cuyo número o volumen ha sido previamente limitado ilustran cómo la escasez puede tener su origen en el carácter finito de los recursos a asignar.

Una vez identificadas las diversas razones que explican la escasez procede analizar ahora la forma en la que ésta se produce. Por una parte, los derechos públicos subjetivos tienen carácter limitado o escaso, en los términos que aquí importan, si su número o la cantidad en la que se ofrecen es menor que la demanda correspondiente a los interesados en obtenerlos<sup>11</sup>. En el supuesto más sencillo cada sujeto interesado sólo puede obtener una única posición jurídica subjetiva y la escasez surge cuando el número de sujetos interesados excede el de derechos públicos subjetivos a otorgar (por ejemplo, plazas de empleados públicos). Si cada interesado puede llegar a obtener más de uno de esos derechos, por el contrario, el factor determinante no será el número de sujetos interesados sino el volumen o la cantidad de posiciones jurídicas solicitadas (por ejemplo, derechos de emisión de CO2 a la atmósfera). Desde el punto de vista de la delimitación de esta modalidad de actuación administrativa, lo determinante es que el recurso, o bien sea escaso en sentido estricto, de manera que sólo algunos interesados puedan disfrutar de él (como ocurre en los dos ejemplos anteriores), o bien tenga carácter heterogéneo, es decir, que todos los interesados reciban derechos pero que éstos puedan satisfacer sus preferencias en mayor o menor medida (por ejemplo, plazas en colegios para cursar educación básica)<sup>12</sup>.

Por otra parte, los recursos escasos que la Administración adjudica mediante este tipo de actuación se caracterizan por que la limitación del número de derechos públicos subjetivos a otorgar se produce antes de la adopción de las correspondientes decisiones administrativas. Sólo en el caso de que la limitación del número o de la cantidad de recursos a adjudicar tenga lugar *ex ante* podrá darse la circunstancia de que la demanda de derechos públicos subjetivos exceda la oferta, produciéndose por ello una situación de concurrencia. Esta propiedad es evidente en el caso de la adjudicación de plazas de empleados públicos, de contratos del sector público o de participaciones en el capital de sociedades estatales. Así mismo, el establecimiento previo de un techo y su posterior reducción progresiva es uno de los elementos sobre los que descansa el régimen europeo para el comercio de derechos de emisión de gases de efecto invernadero. La previa limitación del número de recursos es también característica de la concesión de subvenciones y de la admisión de usuarios de servicios públicos en aquellos centros y establecimientos cuya capacidad se encuentra sometida a un sistema de *numerus clausus*.

La escasez es, por tanto, un verdadero presupuesto de la actividad administrativa de adjudicación y no el simple resultado del ejercicio de las correspondientes potestades administrativas. Este criterio permite distinguir los procedimientos de adjudicación de recursos escasos de los procedimientos de admisión, que se caracterizan por que la Administración comprueba si los solicitantes cumplen un conjunto de requisitos preestablecidos y reconoce el derecho a todos los que lo hagan<sup>13</sup>. No hay adjudicación sino admisión en los casos en que para

---

<sup>11</sup> VAN OMMEREN, DEN OUDEN y WOLSWINKEL (2013, p. 19).

<sup>12</sup> ELSTER (1992, p. 21 y ss.).

obtener el correspondiente derecho su regulación exige cumplir un requisito (por ejemplo, gozar de un cierto nivel de experiencia o de solvencia) que sólo satisfacen unos solicitantes y no otros<sup>14</sup>. Esta diferencia puede ilustrarse de la mano de las decisiones administrativas habilitantes. El inicio de algunas actividades se encuentra sometido a la carga de obtener una decisión administrativa habilitante cuyo número ha sido limitado previamente. Dicha limitación puede haber sido acordada por la Ley o articularse mediante el ejercicio de una potestad de la Administración. En ambos casos la restricción cuantitativa puede adoptarse directamente, esto es, identificando el número de títulos habilitantes que van a ser adjudicados, o bien de forma indirecta por relación a una variable cuantitativa (por ejemplo, una población mínima de suministro) o a una demarcación territorial (por ejemplo, una distancia mínima entre operadores). Las restricciones territoriales, por su parte, pueden definirse de modo explícito (por ejemplo, una demarcación de suministro municipal) o resultar implícitamente de las características técnicas o económicas de la actividad habilitada (por ejemplo, en la autorización de grandes infraestructuras la limitación se deriva sin más de la estructura económica de la actividad en la que consiste su explotación). En todos estos casos la limitación del número de decisiones administrativas habilitantes a otorgar es un dato previo a su concesión que, por ello, se concreta en una verdadera decisión de adjudicación en un contexto de concurrencia. Es diferente el caso de las decisiones administrativas habilitantes que sólo se conceden a quienes cumplen ciertos requisitos, e incluso el de aquellas que pueden ser otorgadas o denegadas en ejercicio de una potestad discrecional en cuanto al *an* reconocida normativamente a la Administración pública. La Ley abre aquí la puerta a que el número de títulos habilitantes efectivamente otorgados sea inferior al de solicitudes, pero ello ocurrirá, en su caso, como una simple consecuencia del ejercicio de un poder discrecional y no como presupuesto de una actividad administrativa de adjudicación.

## 1.2. Adjudicación administrativa

### a. Alcance

La adjudicación pública de recursos escasos que adquiere aquí relevancia se concreta en decisiones administrativas adoptadas en ejercicio de una potestad y a través de un procedimiento administrativo de adjudicación, mediante las cuales la Administración pública selecciona a uno o a varios beneficiarios de entre los diversos sujetos interesados en su obtención. Según se comprobará *infra* 4 y 5, a los efectos de la delimitación conceptual de esta modalidad de actuación administrativa no es determinante que la estructura del procedimiento sea multipolar o bipolar, ni cuál sea la forma jurídica de ejercicio de la potestad administrativa, ni, en fin, que ésta última sea reglada o discrecional. Este segundo elemento característico de la actividad administrativa de adjudicación remite, pues, a la existencia de una situación de concurrencia entre los interesados cuya resolución corresponde a la Administración pública y permite diferenciar esta modalidad de actividad administrativa de otros dos supuestos cercanos pero con los que no debe ser confundida.

---

<sup>13</sup> Vid. HOFSTEE (1990, p. 745 ss.); ELSTER (1992, p. 25).

<sup>14</sup> WOLSWINKEL (2009, p. 65).

El primero es el de los casos en los que el problema de la escasez del recurso no se afronta mediante la limitación del número de derechos y su posterior adjudicación administrativa, sino mediante procedimientos de admisión como los de las decisiones administrativas habilitantes a las que se ha hecho mención<sup>15</sup>. Otro tanto ocurre, en el ámbito de la administración prestacional, con los procedimientos administrativos a través de los cuales se otorgan prestaciones materiales o económicas que implican la distribución de fondos públicos, siempre caracterizados por su escasez, a las personas que satisfacen los requisitos previstos por la ley. Buen ejemplo de ello es el derecho a acceder a los servicios de atención primaria (art. 12 de la Ley 16/2003, de 28 de mayo, de Cohesión y Calidad del Sistema Nacional de Salud; en adelante LCCSNS). En este supuesto la Administración también identifica a los beneficiarios de la prestación a través de un procedimiento administrativo, pero al hacerlo no resuelve una situación de verdadera concurrencia. El problema que plantea la escasez ha sido ya resuelto por la ley mediante la delimitación del ámbito subjetivo del derecho prestacional y del alcance objetivo de las prestaciones, de tal manera que en el ulterior procedimiento administrativo cada solicitante que cumpla los requisitos establecidos en ella con carácter abstracto recibirá una cuota o porción predeterminada del recurso escaso a distribuir.

El segundo supuesto es la adjudicación de recursos escasos por sujetos privados. La reasignación secundaria de derechos por sus beneficiarios queda fuera, en todo caso, de los márgenes de la actividad administrativa de adjudicación, por más que se encuentre íntimamente relacionada con ella desde una perspectiva material. En cuanto a la asignación primaria, el criterio determinante no es que el sujeto que adopta la decisión sea público o privado, ni el régimen jurídico al que pueda estar sometida en la legislación sectorial, sino más bien que el recurso escaso que constituye el objeto de la decisión de asignación sea o no un derecho subjetivo de carácter público. En otras palabras, si lo que un sujeto privado adjudica a otro es un derecho público subjetivo limitado en número (por ejemplo, una subvención gestionada indirectamente por una entidad colaboradora: arts. 12, 15 y 16 LGS) nos encontraremos ante un supuesto de actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos ejercida por un particular al que dicha actividad le ha sido delegada.

#### b. Criterios

La actividad administrativa de adjudicación puede en principio articularse mediante la aplicación de reglas muy diversas. Los criterios de adjudicación pueden clasificarse en sustantivos y formales, según que la decisión la adjudicación de derechos limitados en número se adopte o no teniendo en cuenta las características del derecho a asignar o las de los distintos aspirantes<sup>16</sup>. Entre los criterios de carácter formal destacan los siguientes: (i) la adjudicación del recurso por cabezas o cuotas entre los diversos interesados en su obtención, que obtienen una misma porción del recurso determinada por el volumen total del recurso a otorgar y por el número de

---

<sup>15</sup> WOLLENSCHLÄGER (2010, p. 4).

<sup>16</sup> *Vid.* MARTINI (2008, p. 94 y ss.); WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

solicitantes; (ii) la distribución a prorrata, que consiste en el reparto del recurso entre los distintos aspirantes en función de un parámetro común y se diferencia de la adjudicación por cuotas en que los interesados no obtienen todos una cantidad igual del recurso escaso, sino una cantidad proporcional a la en cada caso solicitada; (iii) el sorteo, mediante el cual el recurso escaso se adjudica al azar, ya sea directa o subsidiariamente como consecuencia de la incapacidad de otros criterios para justificar una decisión de adjudicación; (iv) el principio de prioridad temporal, que determina la adjudicación del recurso en función del momento en que se presentaron las diversas solicitudes (régimen de cola) y que, al igual que el sorteo, puede operar según los casos directa o subsidiariamente; y (v) por último, el criterio de rotación, sin perjuicio de que esta modalidad de adjudicación pueda llegar a configurarse de maneras muy diversas.

Los criterios materiales o sustantivos, por el contrario, vinculan la decisión de adjudicación a las características peculiares de los sujetos interesados en su obtención o del proyecto que éstos formulen respecto de la utilización del recurso de que se trate. Los más habituales son versiones de la necesidad o de la capacidad. Por un lado, numerosos recursos escasos se adjudican a aquellos solicitantes que acrediten un mayor grado de necesidad respecto de la utilización del recurso. Su empleo se encuentra muy extendido en aquellos ámbitos materiales en los que la adjudicación de derechos limitados en número se ha emancipado del criterio de la igualdad formal, como ocurre con buena parte de las prestaciones públicas. Por otro lado, en ámbitos materiales distintos es frecuente que la adjudicación se configure a partir de la capacidad de los interesados de utilizar mejor el recurso escaso desde la perspectiva de uno o varios parámetros dados. La selección competitiva suele atender a una o varias características de la oferta o solicitud (capacidad técnica, fiabilidad, etc.), cuyo peso relativo puede quedar configurado de maneras diversas. Dos criterios de adjudicación relacionados con la capacidad de utilizar el recurso escaso merecen ser aquí destacados. El primero vincula la mayor capacidad a la antigüedad del solicitante, que puede concretarse en su edad, en su experiencia o en la circunstancia de haber venido ejerciendo el mismo derecho limitado en número con anterioridad. El segundo criterio, que es característico de la subasta en sus diversas formas, vincula la mayor capacidad de utilizar el recurso de manera eficiente a la expresión de una mayor disponibilidad de pago por parte de los solicitantes. La aplicación de cada uno de estos criterios presenta ventajas e inconvenientes específicos, particularmente desde la perspectiva de sus fundamentos constitucionales, en función, entre otras variables, de las características del derecho limitado en número y del ámbito material en el marco del cual se proceda a su adjudicación.

Finalmente, la diversidad de los criterios señalados pone de manifiesto que, dentro de la adjudicación de recursos escasos entendida en un sentido amplio, pueden distinguirse dos modalidades que se diferencian entre sí por el resultado al que conducen, así como por los problemas regulatorios y constitucionales que plantea su utilización. Es posible, de un lado, que la decisión de adjudicación se concrete en la selección de uno o varios de entre los diversos solicitantes, de manera que en todo caso vaya a haber sujetos interesados en acceder al recurso que finalmente no puedan hacerlo. Los contratos públicos, las plazas de empleo público, los títulos habilitantes o algunas prestaciones públicas (como, por ejemplo, los trasplantes) constituyen recursos escasos e indivisibles sometidos a este tipo de adjudicación administrativa.

Pero si el recurso escaso es divisible también es posible, de otro lado, que la distribución tenga lugar mediante su reparto entre los diversos solicitantes, de tal manera que todos ellos reciban una porción medida en unidades del recurso (por ejemplo, la prorrata o el reparto por cuotas de una subvención) o del tiempo de su disfrute (por ejemplo, la rotación entre los solicitantes)<sup>17</sup>. A estas dos modalidades de adjudicación en sentido amplio se les puede denominar, respectivamente, adjudicación en sentido estricto (o selección) y reparto de recursos escasos. Cuando el recurso es heterogéneo la distinción entre reparto y selección se desvanece porque, aunque todos los interesados lleguen a obtener una porción del recurso, ésta no necesariamente satisfará sus preferencias por igual.

### 3. Fundamentos

Una vez delimitado el alcance de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos, procede analizar a continuación los presupuestos que resultan del Derecho de la Unión Europea (*infra* 3.1) y del Derecho constitucional interno (*infra* 3.2).

#### 3.1. Derecho europeo

##### a. Caracterización

El Derecho de la Unión Europea no se proyecta sobre la adjudicación administrativa de todos los tipos de derechos públicos subjetivos limitados en número a los que se ha hecho referencia, sino tan sólo sobre algunas de sus modalidades. Se trata, en particular, de aquellos derechos cuya limitación y posterior adjudicación administrativa tienen un mayor impacto sobre la consecución del mercado interior: contratos, concesiones, autorizaciones y, en menor medida, subvenciones. El régimen jurídico al que están sometidas estas técnicas de intervención administrativa se caracteriza por una considerable fragmentación, puesto que las concretas exigencias que proceden del Derecho de la Unión están reguladas de manera diferenciada en Reglamentos y Directivas aplicables a cada tipo de recurso y, aún dentro de cada uno de ellos, a algunas de sus manifestaciones sectoriales. No obstante, el Derecho primario y, singularmente, la interpretación que de los Tratados realiza el Tribunal de Justicia están logrando una cierta reducción a la unidad que acaso no haga sino desarrollarse más aún en el futuro. En primer lugar, la adjudicación administrativa de contratos, concesiones y autorizaciones limitadas en número incide sobre las libertades de circulación en el mercado interior (esencialmente, arts. 49 y 56 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; en adelante TFUE) y ello determina su sujeción a un conjunto de exigencias tendencialmente homogéneas<sup>18</sup>. En segundo lugar, la adjudicación administrativa de decisiones administrativas habilitantes limitadas en número en forma de autorizaciones, concesiones o contratos de servicios puede implicar la atribución a sus titulares de derechos especiales o exclusivos y, por ello, quedar sujeta a la aplicación de las normas del

---

<sup>17</sup> Sobre el carácter divisible del recurso, *vid.* ELSTER (1992, p. 22).

<sup>18</sup> *Vid.* ampliamente WOLSWINKEL (Pendiente de publicación).

Tratado sobre competencia con independencia de la naturaleza jurídica del recurso escaso (art. 106.1 TFUE)<sup>19</sup>. Por último, el derecho fundamental a la buena administración (art. 41 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea; en adelante CDFUE) contempla ciertos requisitos generales que, aunque en principio sólo son aplicables a los procedimientos de adjudicación de recursos escasos (principalmente contratos y subvenciones) tramitados y resueltos por las instituciones y organismos de la Unión, tenderán probablemente a extenderse a la actividad de adjudicación desarrollada por los Estados miembros<sup>20</sup>.

#### b. Presupuestos

Desde una perspectiva transversal, las exigencias que proceden del Derecho de la Unión Europea inciden sobre cuatro aspectos del régimen jurídico de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos. El primero de ellos se refiere a la limitación del número de derechos a adjudicar y la influencia es aquí bastante heterogénea. El carácter limitado del número de contratos o concesiones a adjudicar no plantea problemas desde la perspectiva del Derecho de la Unión. Lo mismo ocurre con el otorgamiento de subvenciones nacionales o europeas. En particular, una vez que la subvención se ha autorizado la fijación del importe máximo no está condicionada por el Derecho europeo. Por el contrario, la limitación del número de decisiones administrativas habilitantes para el desarrollo de actividades económicas, con independencia de que se trate de autorizaciones o concesiones, implica una restricción de las libertades de circulación añadida a la que resulta de la exigencia de un título habilitante, así como la atribución a sus titulares de derecho especiales o exclusivos. Debido a lo primero, la norma habrá de satisfacer determinadas exigencias relativas a la finalidad perseguida y a los principios de proporcionalidad y no discriminación (arts. 49 y 56 TFUE), cuyo alcance y estructura depende, esencialmente, de si la materia está o no sujeta a normas de Derecho derivado (servicios, hidrocarburos, comunicaciones electrónicas, transporte, etc.). Como consecuencia de lo segundo, la norma puede quedar sometida a alguna de las prohibiciones construidas por el Tribunal de Justicia y, consiguientemente, a la necesidad de que su justificación tenga lugar a través de la excepción general del art. 106.2 TFUE<sup>21</sup>.

El segundo elemento atañe al procedimiento de adjudicación y, en particular, a su sometimiento a una obligación de transparencia *ex ante*. El inicio del procedimiento administrativo debe comprender en todos los casos señalados una convocatoria a la que ha de darse una publicidad adecuada. El alcance del deber de transparencia y las concretas técnicas a través de las cuales debe cumplirse varían en función del derecho de cuya adjudicación se trate, pero su reconocimiento es indiscutible en relación con todos ellos. En cuanto a los contratos, la armonización de sus exigencias es particularmente intensa [arts. 18 y 48 y ss. de la Directiva 24/2014/UE, y 103 del Reglamento Financiero (UE, Euratom) núm. 966/2012]. El Tribunal de

---

<sup>19</sup> Vid. SZYDLO (2011, p. 1418 y ss.).

<sup>20</sup> Vid. MARTÍN (2010, p. 47 y ss.).

<sup>21</sup> ARROYO (2004, p. 467 y ss.).

Justicia extendió esta dimensión de la transparencia a las concesiones de servicios<sup>22</sup>, en un proceso que ha culminado recientemente con la codificación de estas exigencias (arts. 3 y 30 y ss. de la Directiva 23/2014/UE). El deber de transparencia *ex ante* se aplica igualmente a las decisiones administrativas habilitantes limitadas en número, tanto si la limitación responde a la “escasez de recursos naturales o de las capacidades técnicas que se pueden utilizar” (art. 12.1 de la Directiva de Servicios) como si se ampara en otras consideraciones<sup>23</sup>, puesto que el otorgamiento de autorizaciones limitadas en número sin satisfacer ese mandato constituye una restricción adicional de las libertades de circulación que precisa de una justificación autónoma<sup>24</sup>. Por último, el deber de transparencia *ex ante* también se aplica a las subvenciones otorgadas por las instituciones de la Unión (arts. 125 y 128 del Reglamento Financiero).

El tercer rasgo de esta modalidad de actuación administrativa que resulta influenciado por el Derecho de la Unión es el relativo a los criterios sobre los que descansa la decisión de adjudicación. Aunque no llega a imponer criterios o modalidades de adjudicación concretos, el Derecho de la Unión impone algunos requisitos comunes. La adjudicación de los contratos y concesiones deberá efectuarse basándose en criterios objetivos que cumplan los principios de igualdad, transparencia y proporcionalidad, que no confieran a la Administración una libertad de elección ilimitada y que estén vinculados al objeto del contrato (arts. 18 de la Directiva 24/2014/UE, 3 y 41 de la Directiva 23/2014/UE). Los criterios de adjudicación de contratos están sometidos a una armonización más intensa mediante la regulación del concepto de la oferta económicamente más ventajosa (art. 67 de la Directiva 24/2014/UE). La concesión de subvenciones por las instituciones de la Unión está sometida, entre otros, a los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación (art. 125 del Reglamento Financiero) y los criterios de otorgamiento habrán de ser objetivos, esto es, deberán permitir evaluar la capacidad del solicitante para realizar la actividad subvencionada y la calidad de las solicitudes formuladas a la luz de los objetivos y prioridades fijados (art. 132 del Reglamento Financiero). Finalmente, los criterios de adjudicación de decisiones administrativas habilitantes limitadas en número deben soportar el test de control general que resulta de las libertades de circulación, es decir, han de estar justificados por las razones imperiosas de interés general que justifican la creación del sistema de limitación del número y satisfacer el principio de proporcionalidad<sup>25</sup>.

La última de las cuestiones a destacar es la relativa al plazo de caducidad de los derechos adjudicados. A diferencia de lo que ocurre con los contratos de obras o con las subvenciones, en

---

<sup>22</sup> SSTJ de 7 de diciembre de 2000, As. C-324/98, *Teleaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH c. Telekom Austria AG* [2000] ECR I-10745, 61 s.; de 21 de julio de 2005, As. C-231/03, *Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti* [2005] ECR I-7287, 17 ss.; y de 13 de octubre de 2005, As. C- 458/03, *Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG* [2005] ECR I-8585, 50.

<sup>23</sup> STJ de 3 de junio de 2010, As. C-203/08, *Sporting Exchange Ltd (Betfair) c. Minister van Justitie* [2010] ECR I-4695, p. 46 y ss.

<sup>24</sup> WOLSWINKEL (Pendiente de publicación).

<sup>25</sup> STJ de 1 de julio de 2010, As. acumulados C-570/07 y C-571/07, *Blanco Pérez y Chao Gómez* [2010] Rec. I-4629, 119.

el caso de los contratos de servicios, de las concesiones y de las decisiones administrativas habilitantes de tracto continuado se plantea el problema de si esos derechos pueden adjudicarse por tiempo indefinido<sup>26</sup>. El Tribunal de Justicia ha confirmado que, como regla general, las decisiones de adjudicación de contratos y concesiones deben adoptarse con sometimiento a un plazo limitado<sup>27</sup>. La misma regla se ha extraído de las libertades fundamentales para el caso de decisiones administrativas habilitantes limitadas en número, ya sea por motivos de escasez natural o técnica (art. 12.2 de la Directiva de Servicios) o por motivos distintos, y ello tanto si se trata de autorizaciones administrativas<sup>28</sup> como de concesiones de servicios públicos reservados<sup>29</sup>.

### 3.2. Derecho constitucional

Desde el punto de vista de nuestra Constitución interna, la regulación y el desarrollo de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos están sometidos a dos grupos de requisitos que se diferencian entre sí a partir de su alcance: mientras que el primero se proyecta sobre la adjudicación administrativa de cualesquiera derechos públicos subjetivos limitados en número (los principios de igualdad, imparcialidad, objetividad, eficacia y transparencia), el segundo está compuesto por presupuestos constitucionales de algunas manifestaciones concretas de esta categoría (adjudicación de derechos a acciones negativas y positivas). Por otro lado, como se verá a continuación, algunas de esas exigencias se adscriben al tiempo a diferentes principios constitucionales<sup>30</sup>.

#### a. Presupuestos generales

El derecho general de igualdad (art. 14 CE) comprende, por un lado, la exigencia de que las normas que crean el sistema de limitación del número de derechos y regulan los criterios de adjudicación, especialmente si éstos son de carácter sustantivo, puedan justificarse a partir de criterios objetivos y razonables a la vista de la finalidad perseguida con la creación del sistema, así como que la diferencia de trato que de esas decisiones se deriva entre los interesados a los que beneficia y a los que perjudica no resulte manifiestamente desproporcionada. Por otro lado, la doctrina constitucional exige a quien aduce la vulneración del principio de igualdad en la aplicación administrativa de la ley que aporte como término de comparación un acto administrativo confirmado judicialmente<sup>31</sup>. Ello tiene como consecuencia que el derecho general de igualdad prácticamente deje de operar como canon de control de la constitucionalidad de los

---

<sup>26</sup> Vid. WOLSWINKEL (Pendiente de publicación)

<sup>27</sup> STJ de 19 de junio de 2008, As. C-454/06, *Presstext Nachrichtenagentur* [2008] Rec. I-4401, 73 s.; y de 25 de marzo de 2010, As. C-451/08, *Helmut Müller* [2010] Rec. I-2673, 79, respectivamente.

<sup>28</sup> STJ de 9 de septiembre de 2010, As. C-64/08, *Engelmann* [2010] Rec. I-8219, 48.

<sup>29</sup> STJ de 9 de marzo de 2006, As. C-323/03, *Comisión c. España* [2006] Rec. I-2161, 44.

<sup>30</sup> Esta sección se basa en ARROYO (Pendiente de publicación).

<sup>31</sup> Por todas, STC 167/1995, de 20 de noviembre, FJ 3.



procedimientos y decisiones administrativas de adjudicación<sup>32</sup>, lo cual merece sin duda una valoración negativa.

Tanto en el Derecho de la Unión, como en otros Derechos administrativos nacionales puede observarse una tendencia hacia la ampliación del contenido normativo del principio de igualdad en los procedimientos de adjudicación: en lugar de limitarse a impedir, de conformidad con los estándares de control indicados, que situaciones semejantes sean tratadas de manera diferente, el principio se interpreta en el sentido de que también comprende un derecho a participar en los procedimientos administrativos de adjudicación en condiciones de igualdad de oportunidades. De este derecho se derivan, a su vez, diversas obligaciones para las autoridades normativas que regulan el procedimiento de adjudicación y para la Administración que lo tramita y resuelve. Así, por ejemplo, la doctrina jurisprudencial y las normas de Derecho secundario sobre la obligación de transparencia *ex ante* en los procedimientos de otorgamiento de contratos, concesiones o autorizaciones administrativas, a las que se ha hecho referencia *supra* 3.1, se fundamentan en esta versión del principio de igualdad y no discriminación. Esta misma comprensión amplia del principio de igualdad se encuentra también en el Derecho constitucional alemán<sup>33</sup>. A partir de ella la doctrina académica y jurisprudencial ha deducido un derecho de rango constitucional a que el procedimiento y la decisión de adjudicación satisfagan ciertas exigencias (*Teilhaberecht*), entre las que se encuentra el deber de completar el programa de adjudicación mediante bases, pliegos y otros instrumentos semejantes, la obligación de transparencia *ex ante*, garantías reforzadas de neutralidad y, en fin, un derecho a que la decisión de adjudicación esté motivada y respete los presupuestos formales y materiales establecidos en su regulación<sup>34</sup>. La decisión administrativa de adjudicación no sólo sería contraria al derecho a la igualdad, pues, cuando en ella se interpreten o apliquen las reglas sustantivas o procedimentales de manera diferente, perjudicando a unos licitadores frente a otros, sino también cuando sea simplemente errónea, puesto que, al tratarse de un procedimiento de adjudicación administrativa, la irregularidad lesionaría el derecho del licitador indebidamente preterido a participar en el procedimiento en condiciones de igualdad de oportunidades.

Esta comprensión amplia del derecho a la igualdad (art. 14 CE) no está presente en nuestro Derecho constitucional interno. Las exigencias respecto de la configuración del procedimiento a las que se ha hecho mención y la pretensión de que la decisión administrativa de adjudicación se adopte de conformidad con el programa normativo que resulte aplicable tienen, por tanto, carácter de legislación ordinaria (por ejemplo, art. 154 TRLCSP) o, en su caso, se adscriben a otros principios constitucionales sobre los que luego se volverá (por ejemplo, el de transparencia), pero no resultan del derecho general a la igualdad (art. 14 CE), cuyo contenido permanece en nuestro Derecho dentro de los estrictos términos del derecho a la igualdad en la ley y en su aplicación, judicial y administrativa. Pese a todo, ha de tenerse en cuenta la asimetría que de ello se deriva

---

<sup>32</sup> BELADÍEZ (Pendiente de publicación).

<sup>33</sup> Para el caso de los contratos públicos, BVerfGE 116, 135 (1 BvR 1160/03). Vid., ampliamente, Díez (2012, 312 y ss.); HUERGO (2011, p. 103 y ss.).

<sup>34</sup> Vid. WOLLENSCHLÄGER (2010, p. 38 y ss.).

según que el caso esté sometido o no al Derecho la Unión Europea. En el supuesto de que lo esté, el procedimiento de adjudicación ha de respetar, en virtud del principio de igualdad de trato y no discriminación, exigencias procedimentales como la obligación de transparencia, mientras que, en caso contrario, esas exigencias sólo desplegarán eficacia, eventualmente, si pueden ser adscritas a otros principios constitucionales o si el legislador ha extendido su eficacia más allá de los límites que se derivan del Derecho de la Unión. En este último caso, sin embargo, su desconocimiento no dará lugar a la lesión de un derecho susceptible de amparo constitucional [art. 62.1 a) de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, del Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común; en adelante LRJAP] sino a una mera infracción legal (art. 63.1 LRJAP).

Las restricciones señaladas desaparecen en el derecho la igualdad en el acceso a los cargos públicos (art. 23.2 CE), que opera como *lex specialis* respecto del derecho general de igualdad (art. 14 CE). Por un lado, para apreciar su vulneración no se exige un término de comparación judicialmente confirmado. Si se trata de convocatorias y decisiones sucesivas el tratamiento diferente puede llegar a justificarse en razones objetivas en los términos que resultan de la doctrina del precedente administrativo<sup>35</sup>, mientras que para constatar la lesión de la igualdad en el seno de un mismo procedimiento basta la mera discrepancia en la interpretación o aplicación de las normas que regulan el procedimiento y la decisión de adjudicación, sin que quepan justificaciones pretendidamente basadas en razones objetivas. De ahí que la lesión constitucional se rechace o se aprecie en función de si la norma se aplicó o no de manera consistente<sup>36</sup>. Por otro lado, este derecho especial de igualdad se amplía hacia la garantía de la igualdad de oportunidades, puesto que puede resultar lesionado “si se han introducido por las Administraciones públicas, ‘explícitamente o no, referencias individuales’, o si existe alguna ‘quiebra relevante en el procedimiento que llevara a la preterición de un aspirante al cargo o a la función’ o, en fin, si ‘no se hayan considerado por el Tribunal que resolvió en la vía previa al amparo, o se hayan decidido en términos irrazonables, las tachas opuestas por quien se diga discriminado en la provisión final del puesto otorgado en desprecio de los principios de mérito y capacidad’ (FJ 6)”<sup>37</sup>.

El principio de imparcialidad (arts. 41 CDFUE y 103.1 CE), entendido como un mandato general de neutralidad respecto de los intereses particulares de los sujetos que intervienen en el procedimiento, comporta tres exigencias relevantes en los procedimientos de adjudicación<sup>38</sup>. La primera es la neutralidad personal de los empleados o cargos públicos que participan en el procedimiento de adjudicación, que es la recogida explícitamente en el art. 103.3 CE y la que expresan los mandatos recogidos en el art. 8 del Código Europeo de Buenas Prácticas Administrativas (en adelante CEBCA). Esos mandatos se articulan a través de las técnicas de la abstención y la recusación, previstas con carácter general en los arts. 28 LRJAP y s., y su

---

<sup>35</sup> Vid. Díez (2008, p. 312 y ss.).

<sup>36</sup> Vid., respectivamente, SSTC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 7, y 10/1998, de 13 de enero, FJ 6.

<sup>37</sup> STC 30/2008, de 25 de febrero, FJ 6, con cita de la STC 353/1993, de 29 de noviembre.

<sup>38</sup> FEHLING (2001, p. 195 ss.). Vid. también WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

proyección sobre los procedimientos de adjudicación no plantea problemas específicos. La segunda exigencia es la neutralidad institucional, que demanda de la organización administrativa una posición imparcial respecto de los intereses particulares concurrentes. Esa posición podría verse comprometida, por ejemplo, si no se respetara la necesaria separación entre la Administración adjudicadora y alguno de los participantes en el procedimiento de adjudicación, ya sea por no responder la composición del órgano de selección a criterios de profesionalidad [arts. 55.2 c) y 60 EBEP] o por participar en él expertos privados, en cuyo caso ha de velarse por su independencia respecto de los participantes (art. 188.1 TRLCSP), o por estar alguno de éstos últimos materialmente controlado por la Administración (cfr. 24.6 III in fine TRLCSP). La tercera exigencia es la neutralidad procedimental, que se refiere, precisamente, al diseño de cautelas de esa naturaleza dirigidas a reducir el riesgo de que se adopten decisiones de adjudicación que beneficien indebidamente a unos interesados en perjuicio del resto. Esas cautelas se proyectan sobre problemas como la información selectiva facilitada a algunos licitadores (arts. 178.3 y 182.2 I TRLCSP), el reconocimiento de la posibilidad de mejorar y, en su caso, negociar el contenido de las solicitudes inicialmente formuladas (art. 182.2 y 3 TRLCSP), o bien tratan de prevenir conductas parciales mediante garantías de transparencia durante y después del procedimiento (arts. 12.1 de la Directiva de Servicios y 18.3 LGS).

El principio de objetividad (art. 103.1 CE) interpretado a la luz del art. 9 CEBCA reclama que las decisiones administrativas se adopten después de haber tenido en cuenta todos los factores relevantes, y sólo ellos, y tras haber otorgado a cada uno de ellos su debida importancia en la decisión. Así entendido, el principio de objetividad tiene dos consecuencias jurídicas fundamentales respecto de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos. La primera se refiere a su dimensión procedimental y, en particular, a la transparencia *ex ante*. Una de las funciones del procedimiento es, precisamente, la de posibilitar que la Administración obtenga la información necesaria para poder adoptar la decisión correspondiente y, en el caso de los procedimientos de adjudicación de recursos escasos, ello requiere que todos los posibles sujetos interesados lleguen a conocer la existencia del procedimiento antes de que éste se celebre y puedan, por tanto, solicitar la adjudicación del correspondiente derecho. La segunda consecuencia se refiere a la definición de los criterios de adjudicación y, en particular, a la elección entre criterios formales y sustantivos. El deber de tomar en consideración adecuadamente todos los criterios e intereses relevantes para la adopción de la decisión puede reclamar que la modalidad de adjudicación comprenda algún tipo de comparación o competencia entre los sujetos interesados en acceder al recurso escaso. Dependiendo de las peculiaridades de la actividad en la que se enmarca o del derecho de cuya adjudicación se trata, el principio de objetividad puede llegar a requerir la valoración comparativa de las características de los solicitantes o del proyecto que estos presenten. La definición de criterios sustantivos será, por tanto, exigible *prima facie* en virtud del principio de objetividad cuando las características peculiares del sujeto interesado en acceder al recurso o del destino que éste vaya a darle sean relevantes desde la perspectiva de la finalidad que persigue el sistema de limitación del número de derechos públicos subjetivos a otorgar (cfr., a contrario, art. 92.1 LPAP).

El principio de eficacia (art. 103.1 CE) conduce a la misma conclusión: los criterios sustantivos de adjudicación gozan de preferencia *prima facie* respecto a los de carácter formal cuando la adjudicación del derecho a uno o a otro de los interesados no resulte inocua desde el punto de vista de los intereses públicos a cuya tutela sirve la limitación de su número. De ahí que se pueda enunciar la siguiente conclusión: los principios de objetividad y de eficacia (art. 103.1 CE) sólo admiten el reparto mediante un sistema de prorrata, la adjudicación por sorteo o la aplicación del principio de prioridad temporal en caso de que la selección del adjudicatario resulte irrelevante desde la perspectiva de los intereses públicos. Así ocurre con el acceso a ciertas prestaciones limitadas en número sometido al régimen de cola [por ejemplo, de servicios de taxi: art. 54 j) de la Ordenanza del Ayuntamiento de Madrid, 28.11.2012], del otorgamiento por sorteo de autorizaciones demaniales limitadas en número en las que no han de valorarse condiciones especiales en los solicitantes (art. 92.1 LPAP) e, incluso, de la proclamación de alcalde por sorteo en los casos en que ningún cabeza de lista obtiene la mayoría absoluta de los concejales y se da un empate en votos populares en el correspondiente municipio [art. 196 1 c) de la Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General; en adelante LOREG]. Si, por el contrario, la decisión de selección afecta a la intensidad con la que se satisfacen los intereses públicos relevantes, entonces los principios constitucionales de objetividad y eficacia reclaman que los criterios de selección aplicables permitan tomar esa circunstancia en consideración, esto es, demandan la definición de criterios de adjudicación de carácter sustantivo [arts. 55.2 e), 56.3, 61.2 EBEP, 150.1 TRLCSP, art. 42.3 LOU, arts. 14 LCDEGEI]. El principio de eficacia también proporciona criterios útiles de cara a la elección de la modalidad de adjudicación entre aquellas que comprenden una valoración comparativa y, en particular, respecto de a la opción entre la subasta y el concurso<sup>39</sup>. No obstante, los dos principios constitucionales citados operan aquí *prima facie*, de manera que pueden, en su caso, ser desplazados o modulados por razones opuestas como las que resultan del principio de eficiencia, pues la aplicación de criterios formales es más sencilla y flexible e incurre por ello en menos costes administrativos de gestión. En todo caso, la elección de la concreta modalidad de adjudicación ha de tener lugar ponderando sus costes y beneficios constitucionales relativos a la vista de las características del derecho y del ámbito en el que éste se localiza.

Los principios de publicidad y transparencia (art. 1.1 y 105 CE) también despliegan exigencias jurídicas específicas respecto de la configuración normativa y la gestión de los procedimientos administrativos de adjudicación, así como sobre la decisión administrativa finalmente adoptada por la Administración pública. En primer lugar, antes de la adjudicación el principio de transparencia requiere algún tipo de publicidad acerca de las características del procedimiento administrativo en cuestión. Tal y como se ha indicado, esta obligación de transparencia *ex ante* también se adscribe a otros principios de Derecho europeo (en esencia, las libertades de circulación) y constitucional (singularmente, los de igualdad, imparcialidad y objetividad). En segundo término, la transparencia también puede medirse en relación con el acceso a la información en el seno del procedimiento de adjudicación, así como una vez que éste ha finalizado, y ello tanto en relación con los sujetos que participan en él como con terceros. Y, por último, la transparencia también impone requisitos formales a la decisión de adjudicación

---

<sup>39</sup> Vid. ARROYO (Pendiente de publicación); WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

finalmente adoptada relacionados, esencialmente, con la publicidad y la motivación de las decisiones de adjudicación, que también condicionan la eficacia de la tutela de los competidores (*infra* 5.3). En relación con todas estas concreciones el principio opera como un mandato de optimización susceptible de cumplimiento gradual.

#### b. Presupuestos específicos

Los principios constitucionales señalados condicionan con carácter general la regulación y el desarrollo de la actividad administrativa de adjudicación de recursos escasos. Sin embargo, en dos supuestos característicos la Constitución impone algunas exigencias adicionales. Se trata, de un lado, de la adjudicación administrativa de posiciones jurídicas comprendidas en el ámbito vital protegido por una libertad constitucional, y de otro, de la adjudicación administrativa de prestaciones públicas constitucionalmente relevantes. El primer grupo de casos alude a la adjudicación administrativa de un número previamente limitado de decisiones administrativas habilitantes del ejercicio de libertades constitucionales, como por ejemplo la libertad de empresa (art. 38 CE) o la libertad de información (art. 20 CE). Tanto la decisión de crear el sistema de limitación del número de autorizaciones, concesiones o cuotas, como la definición de los criterios de adjudicación implican la restricción del contenido de los correspondientes derechos, de tal modo que habrán de satisfacer los presupuestos generales de constitucionalidad aplicables a la regulación normativa de su ejercicio. Entre esos requisitos destacan la reserva de Ley y el principio de programación previa, así como la exigencia de que la limitación del número y los criterios elegidos sirvan a una finalidad legítima, satisfagan el principio de proporcionalidad y no vulneren el contenido esencial del derecho (arts. 53.2 CE, 52 CDFUE). Una vez confirmada la constitucionalidad de la limitación del número de decisiones habilitantes a otorgar, la libertad constitucional relevante (con carácter general, art. 38 CE) se transforma en un derecho a participar en un procedimiento con ciertas garantías: el principio de reserva de Ley se extiende a la regulación del procedimiento administrativo de adjudicación, la Administración está obligada a dar una publicidad adecuada a la convocatoria y, en su caso, a cerrar el programa de adjudicación. Por último, el derecho de libertad, del que todos los solicitantes son, en principio, titulares, no les garantiza a todos la obtención del título habilitante, pero sí comprende la garantía de que la decisión administrativa resulte de una aplicación correcta del programa de adjudicación. Si, con carácter general, la pretensión de corrección de la actuación administrativa deriva de las normas que la regulan, en casos como éste dicha pretensión encuentra un fundamento constitucional específico que, sin embargo, desaparece cuando el objeto de la adjudicación no es una posición jurídica subjetiva de rango constitucional.

El segundo grupo de casos es, como se ha dicho, el de la adjudicación de prestaciones públicas constitucionalmente relevantes, ya sea por constituir la prestación el objeto de un derecho subjetivo reconocido por la constitución (art. 27.1 CE) o por ser el objeto de una directriz constitucional, es decir, de un mandato de optimización constitucionalmente impuesto a los poderes públicos por la Constitución sin reconocer directamente como posición jurídica refleja el correspondiente derecho subjetivo de los ciudadanos (art. 53.3 CE, en relación, entre otros, con los arts. 43, 47, 49 y 50 CE). La escasez de los recursos públicos necesarios para su satisfacción

puede gestionarse, bien mediante la configuración restrictiva de los requisitos para acceder a las prestaciones y el establecimiento de procedimientos de admisión [por ejemplo, el derecho a la educación en su vertiente de acceso a la educación básica, o el derecho a la salud en su dimensión relativa al acceso a los servicios de atención primaria: arts. 27.4 CE y 2 del Real Decreto-ley 14/2012, de 20 de abril; así como arts. 43 CE y 12 LCCSNS, respectivamente), o bien a través de la limitación del número de prestaciones y su ulterior asignación mediante procedimientos de adjudicación administrativa (por ejemplo, los derechos anteriores en sus vertientes relativas al acceso a los estudios universitarios y a prestaciones especializadas como los trasplantes: arts. 42 LOU y ss., y 13 RT). Cuando el legislador opta por esta segunda alternativa, la limitación del número de prestaciones, la delimitación de su alcance y la definición de los criterios de adjudicación son constitucionalmente relevantes, de manera que habrán de soportar un control de proporcionalidad desde la perspectiva de la prohibición del defecto (*Untermassverbot*)<sup>40</sup>. De igual modo, a raíz de la limitación del número de prestaciones, el derecho al recurso se transforma en un derecho a participar en un procedimiento con determinadas garantías. Cuáles sean éstas, sin embargo, depende en gran medida de que la norma constitucional consagre directamente el derecho, como ocurre con el derecho a la educación (art. 27.1 CE), o imponga a los poderes públicos la realización de una tarea en cuyo cumplimiento se haya establecido el correspondiente derecho, tal y como sucede con el derecho a acceder a prestaciones sanitarias (art. 43 CE) o a una vivienda de protección pública (art. 47 CE)<sup>41</sup>.

#### 4. Procedimiento

Los procedimientos administrativos de adjudicación tienen como finalidad resolver una situación de concurrencia entre diversos sujetos interesados en disfrutar de un recurso que se caracteriza por su escasez. El hecho de que a través de estos procedimientos la Administración ejerza una función característica condiciona intensamente su régimen jurídico<sup>42</sup>, tanto por lo que se refiere a su estructura (*infra* 4.1) como a su configuración interna (*infra* 4.2 y 4.3).

##### 4.1. Estructura

###### a. Estructura multipolar

Esta influencia se produce ya en el aspecto relativo a la estructura del procedimiento administrativo, que tendencialmente tendrá carácter multipolar. La relación que subyace materialmente al procedimiento presenta siempre tal carácter, puesto que la actividad administrativa de adjudicación tiene lugar propiamente cuando el número de derechos a otorgar es inferior al de sujetos potencialmente interesados. Por ese motivo, los procedimientos

---

<sup>40</sup> Por ejemplo, STEDH de 2 de abril de 2013, *Tarantino y otros c. Italia*, en relación con el derecho a la educación.

<sup>41</sup> Para un análisis más detenido de estas cuestiones, vid. L. ARROYO, "Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número", II y III.

<sup>42</sup> Vid. WAHL (1993, p. 177 y ss.).

administrativos de adjudicación suelen tener también una estructura formalmente multipolar, tal y como ocurre, por ejemplo, con la adjudicación de la mayor parte de contratos públicos (arts. 138 TRLCSP y ss.), subvenciones (art. 23 LGS y ss.) y decisiones administrativas habilitantes limitadas en número [art. 8.2 a) LLAAS]. En el marco de situaciones de concurrencia, a los procedimientos formalmente multipolares se les debe presumir mayor capacidad de composición de las diversas situaciones jurídicas subjetivas de los sujetos interesados en acceder al recurso, así como mayor eficacia en la tutela de los intereses públicos afectados por la decisión de adjudicación. La estructura multipolar permite resolver mejor situaciones de concurrencia de especial complejidad, ya sea porque el programa de adjudicación esté configurado por normas de reducida densidad regulatoria (por ejemplo, la valoración de la oferta económica más ventajosa: art. 150 TRLCSP) o porque la apreciación de los hechos relevantes no resulte técnicamente sencilla (por ejemplo, el examen de la capacidad de los aspirantes: arts. 61 EBEP y 5 del Reglamento General de Ingreso, aprobado por Real Decreto 364/1995, de 10 de marzo, en adelante RGI), circunstancias ambas que normalmente concurren simultáneamente. Los procedimientos formalmente multipolares también permiten satisfacer mejor algunos principios constitucionales del procedimiento administrativo de adjudicación administrativa de recursos escasos. Así ocurre, señaladamente, con los principios de publicidad y transparencia, tanto en lo que atañe a la transparencia *ex ante* [mediante la publicidad de la convocatoria que inicia el procedimiento: art. 59.6 a) LRJAP], como a la transparencia durante su tramitación [mediante el acceso a la información generada por la participación en el procedimiento de otros sujetos interesados: art. 35 a) LRJAP], y, en fin, a la transparencia *ex post* [mediante la publicación de una decisión de adjudicación común para todos los interesados: art. 59.6 b) LRJAP].

#### b. Estructura bipolar

A pesar de lo dicho, no todos los procedimientos de adjudicación de recursos escasos tienen una estructura formalmente multipolar. Así, por ejemplo, los procedimientos para el acceso a los estudios universitarios (art. 42.3 LOU) tienen estructura bipolar a pesar de que resuelven una situación de concurrencia. La configuración de la estructura del procedimiento administrativo de adjudicación corresponde a la autoridad normativa competente para regular el procedimiento, que goza de un amplio margen de actuación al respecto. En el caso de que este margen no haya quedado cerrado por la regulación, el propio órgano instructor del procedimiento puede condicionar la estructura de un procedimiento administrativo inicial y formalmente bilateral mediante el ejercicio de su potestad para emplazar a otros sujetos titulares de intereses legítimos [art. 31.1 c) LRJAP]. Sea como fuere, el hecho de que la relación que subyace materialmente al procedimiento tenga en todo caso un carácter multipolar explica que, incluso en los casos en los que éste último se haya configurado normativamente como bilateral, algunos de los trámites que lo integran presenten importantes peculiaridades. Uno de ellos es, precisamente, el del acceso al procedimiento de adjudicación formalmente bipolar. La decisión administrativa acerca del otorgamiento del recurso escaso a uno de los sujetos interesados afecta necesariamente al resto y, por lo tanto, todos ellos gozan de un interés legítimo que les otorga un derecho a personarse en el procedimiento administrativo correspondiente a otros interesados [art. 31.1 c) LRJAP]. En Alemania, donde los procedimientos de adjudicación bipolares son más numerosos, se discute

acerca de si, más allá del derecho a personarse, el órgano instructor tiene o no el deber de emplazar en cada procedimiento a los interesados que hayan adquirido la condición de parte en el resto de procedimientos bipolares<sup>43</sup>, y la misma pregunta podría plantearse en España (art. 34 LRJAP). En nuestro Derecho administrativo encontramos algunas previsiones normativas en tal sentido (arts. 75.2 LC; 105.1 del Reglamento del Dominio Público Hidráulico, aprobado por Real Decreto Real Decreto 849/1986, de 11 de abril, en adelante RDPH; 85.1 del Texto Refundido de la Ley de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 2/2011, de 30 de septiembre, en adelante TRLP; y 17 Ley 34/1998, de 7 de octubre, del sector de hidrocarburos, en adelante LSH)<sup>44</sup>. A falta de ellas, sin embargo, se impone una respuesta negativa con carácter general porque lo contrario complicaría en exceso la tramitación de numerosos procedimientos administrativos y, sobre todo, porque ello conduciría a negar al legislador la posibilidad de configurar procedimientos bipolares de adjudicación.

Otra peculiaridad de este tipo de procedimientos bipolares de adjudicación es la aparición de actos de trámite comunes que vinculan entre sí varios procedimientos formalmente distintos. Acaso el más relevante sea la valoración común de los diversos sujetos interesados, articulada mediante una precalificación común que posteriormente se integra en diferentes procedimientos de adjudicación bipolares (por ejemplo, las pruebas selectivas para el acceso a los estudios universitarios: arts. 38 de la Ley Orgánica 2/2006, de 3 de mayo, de Educación, en adelante LOE; y 5.2 del Real Decreto 1892/2008, de 14 de noviembre, de acceso a las enseñanzas universitarias, en adelante RAU). Pese a tratarse de procedimientos formalmente bipolares, la situación material de concurrencia que subyace todos ellos encuentra su reflejo en una decisión de adjudicación común, sin perjuicio de que su expresión formal a través de la resolución de cada procedimiento no lo sea. La aparición de este tipo de conexiones entre procedimientos bipolares de adjudicación subraya la vinculación entre la relación de concurrencia y la estructura multipolar del procedimiento de adjudicación y relativiza la distinción entre un tipo de procedimiento y otro. Sin embargo, no siempre encontramos este tipo de actos adjudicación común. La distinción entre procedimientos de adjudicación en sentido estricto y procedimientos de reparto de bienes divisibles es aquí relevante: mientras que en los primeros la situación de concurrencia determina que el principio de igualdad requiera una valoración común de los elementos relevantes desde la perspectiva del programa de adjudicación (por ejemplo, en los procedimientos de acceso a los estudios universitarios: arts. 38 LOE), en los segundos esta circunstancia puede no llegar a darse (por ejemplo, la prorata de subvenciones: art. 22.1 III LGS).

## 4.2. Preparación

### a. Concepto y alcance

La función característica de estos procedimientos administrativos tiene otra importante consecuencia respecto de su configuración interna. La dificultad de predeterminar completamente el contenido de la decisión administrativa mediante la regulación abstracta de la

---

<sup>43</sup> *Vid.*, con referencias, WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

<sup>44</sup> Díez (Pendiente de publicación).



actividad de adjudicación explica que en estos procedimientos se haya generalizado una fase previa de carácter preparatorio. En ella la Administración procura cerrar completamente el programa de adjudicación mediante el empleo de instrumentos regulatorios de un nivel de concreción intermedio que pueden tener las denominaciones más diversas (pliegos, bases, planes, programas, etc.)<sup>45</sup>. Con esos instrumentos se procura terminar de regular con la precisión necesaria la actividad administrativa antes de que se produzca el inicio del procedimiento de adjudicación. Y ello desde tres posibles perspectivas: la de la definición precisa del derecho limitado en número que se pretende adjudicar, la de los aspectos relativos a la organización y al procedimiento y la de los criterios y modalidades de adjudicación. En el Derecho administrativo español esta fase de preparación del procedimiento de adjudicación se encuentra muy extendida en procedimientos de adjudicación de todo tipo: contratos (arts. 114 TRLCSP y ss.), subvenciones (arts. 17 LGS y 60.1 de su Reglamento, aprobado por Real Decreto 887/2006, de 21 de julio), plazas de empleados públicos (art. 15 RGI), títulos habilitantes (arts. 73 LC, 79 TRLP, 27.3 LGCA), etc.

#### b. Fundamento

Más allá de su previsión por el legislador en cada uno de estos ámbitos, la elaboración administrativa de unas bases de la adjudicación constituye incluso el objeto de un deber de relevancia constitucional<sup>46</sup>. En primer lugar, aunque la extensión del margen de apreciación del que goza la Administración permanece estable, las bases reducen el fragmento de dicho margen llamado a ser ejercido en la resolución que pone fin a cada procedimiento de adjudicación. Con ello disminuye el riesgo de arbitrariedad y el contenido de las decisiones de adjudicación se vuelve más previsible para los sujetos interesados (art. 9.3 CE). En segundo lugar, los principios constitucionales que inciden en esta modalidad de actividad administrativa exigen que la Administración termine de cerrar el programa de adjudicación: a través de su conexión con el deber de motivación de la decisión de adjudicación, las bases contribuyen a la efectividad del posterior control judicial (arts. 24.1 y 106.1 CE); de igual modo, las bases de la adjudicación contribuyen a que la actuación administrativa sea transparente, imparcial, no discriminatoria, objetiva y eficaz (arts. 14 y 103 CE). En tercer lugar, el deber de la Administración de terminar de cerrar el programa de adjudicación mediante instrumentos de un nivel de concreción intermedio constituye una manifestación específica del principio de legalidad en aquellos casos en los que la posición jurídica que se adjudica goza de relevancia constitucional autónoma, ya sea porque constituye un derecho fundamental (por ejemplo, las prestaciones públicas relacionadas con el derecho a la educación o los títulos habilitantes para el ejercicio de la libertad de empresa o de información: arts. 27, 38 y 20 CE, respectivamente) o porque su creación implica la satisfacción de principios constitucionales de otra naturaleza (por ejemplo, las prestaciones públicas relacionadas con el acceso a la vivienda: art. 47 CE). Cuestión distinta es que, en aquellos ámbitos que se encuentren reservados a la Ley, el legislador deba procurar dirigir en la mayor medida posible la actuación administrativa de adjudicación, de forma que el margen que permanezca

---

<sup>45</sup> *Vid.*, con carácter general, SCHMIDT-ARMANN (2004, p. 113 y ss.).

<sup>46</sup> *Vid* WOLLENSCHLÄGER, (Pendiente de publicación); N. MALAVIYA (2009, 51); ROHL (2012, p. 703).

abierto a la Administración se reduzca en la misma proporción. La adjudicación de licencias para prestar servicios audiovisuales es un buen ejemplo de ello. La fijación de los criterios de adjudicación implica la regulación del ejercicio de un derecho fundamental (art. 20 CE) y, por ese motivo, ha de corresponder al legislador (art. 53.2 CE)<sup>47</sup>. Sin embargo, en la medida en que la ley no haya terminado de cerrar el programa de adjudicación, la Administración se encuentra constitucionalmente obligada a hacerlo en la fase de preparación del procedimiento de adjudicación (art. 28.3 II LGCA).

### c. Formas y efectos

Los instrumentos de concreción administrativa del programa de adjudicación pueden clasificarse en dos grupos, según que tengan o no carácter normativo<sup>48</sup>. Por un lado, algunos incorporan una regulación abstracta de los procedimientos y decisiones de adjudicación sobre los que se proyectan y, por esa razón, constituyen verdaderas disposiciones generales. Este es el caso de las instrucciones internas de contratación (arts. 191 TRLCSP y ss.) o de las bases reguladoras de las subvenciones (art. 17 LGS). Por otro lado, en la mayoría de los casos las bases de la adjudicación constituyen simples actos administrativos generales, dirigidos a una pluralidad indeterminada de personas pero cuyo objeto queda limitado a un concreto procedimiento de adjudicación. Así ocurre con los pliegos de los contratos (arts. 114 TRLCSP y ss.) o con las bases de las convocatorias de plazas de empleados públicos (art. 15 RGI) cuyo objeto se circunscribe a la regulación de un concreto procedimiento de adjudicación administrativa.

El carácter vinculante de las bases administrativas de la adjudicación no sólo resulta de la legislación que regula cada uno de estos instrumentos, sino también de los principios constitucionales que fundamentan el deber de la Administración de preparar el procedimiento mediante su aprobación. Sin embargo, de esos principios no se deriva un mandato de supresión de cualquier margen de apreciación administrativa en la adopción de la decisión de adjudicación. En función de cuál sea el derecho a adjudicar, así como de las características del ámbito o sector de actividad en que se produzca la adjudicación, el principio de eficacia (art. 103 CE) puede justificar y, en su caso, exigir un margen de flexibilidad de alcance variable que va a quedar delimitado por dos factores. El primero es el grado de precisión de las bases: cuanto mayor sea éste más se circunscribirá el margen de apreciación ejercido por la Administración en la decisión de adjudicación (por ejemplo, según el detalle con el que se determinen los criterios a aplicar en un concurso), hasta el punto de que la discrecionalidad puede llegar a quedar excluida si la decisión se configura como estrictamente reglada (por ejemplo, si la modalidad de adjudicación elegida es la subasta). El segundo factor alude a la modificación de las bases una vez aprobadas, cuya posibilidad y límites se encuentran en función de dos parámetros: uno formal, relativo al modo en que se haya regulado el programa de adjudicación (Ley, disposición administrativa, acto administrativo general), y otro material, atinente a las consecuencias que la modificación proyectada pueda tener respecto a los principios de igualdad, imparcialidad y objetividad de la

---

<sup>47</sup> Vid. DOMÉNECH (Pendiente de publicación).

<sup>48</sup> DíEZ, (Pendiente de publicación).

actuación administrativa de adjudicación<sup>49</sup>.

### 4.3. Fases

#### a. Convocatoria

La función propia de los procedimientos de adjudicación de recursos escasos también condiciona su peculiar configuración interna y, en particular, explica la manera en que se ordena en tres fases sucesivas. La primera de ellas es su convocatoria. En efecto, una de las más relevantes especialidades de estos procedimientos consiste en la exigencia de que se abra un plazo para la presentación de solicitudes por parte de los sujetos en principio interesados en acceder al recurso de que se trate. En los procedimientos de adjudicación multipolares la convocatoria opera como acto de iniciación de oficio del procedimiento administrativo (arts. 141 TRLCSP y s., 23.2 LGS, 61 EBEP y 15 RGI). En los procedimientos iniciados por solicitud y que, por tanto, tienen de origen una estructura formalmente bipolar, es posible que la regulación exija su posterior conversión en procedimientos multipolares mediante la correspondiente convocatoria (arts. 105.1 RDPH, 75.2 LC, 85.1 TRLP, 17 LSH). La convocatoria comunica la fase de preparación y elaboración de las bases, de un lado, con el procedimiento administrativo de adjudicación, de otro (por ejemplo, 110 y 141 TRLCSP). Esta conexión es coherente con las dos finalidades de la convocatoria: informar al círculo de sujetos potencialmente interesados de la apertura del procedimiento de adjudicación y de sus principales características. Por tales se entiende las que atañen a su objeto, a los aspectos relativos a la organización y el procedimiento administrativo y, en fin, a los criterios de adjudicación, cuestiones todas ellas que integran el programa de adjudicación y cuya regulación se cierra en las bases aprobadas por la Administración en la fase de preparación.

El deber de transparencia *ex ante* consiste en proporcionar una publicidad adecuada a la convocatoria y a las bases del procedimiento de adjudicación. Al igual que ocurre con el deber de aprobar las bases de la adjudicación, el deber de transparencia encuentra su fundamento en diferentes principios constitucionales<sup>50</sup>. Por un lado, los principios de publicidad y transparencia son, en sí mismos considerados, directivas funcionales vinculadas al principio democrático que condicionan la entera actuación administrativa (arts. 1.1 y 105 CE). Por otro lado, el deber de transparencia *ex ante* sirve instrumentalmente a la satisfacción de otros principios constitucionales, entre los cuales se encuentran los siguientes: (i) los principios de igualdad y no discriminación (art. 14 CE), en su caso entendidos como un derecho a la igualdad de oportunidades (arts. 23.2 CE, 49 y 56 TFUE<sup>51</sup>), reclaman que todos los potenciales interesados lleguen a tener conocimiento de la existencia del procedimiento; (ii) el principio de imparcialidad (arts. 103.1 CE, 41 CDFUE y 8 CEBCA) demanda la neutralidad de la Administración ya desde el

---

<sup>49</sup> F. WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

<sup>50</sup> Vid. L. ARROYO (Pendiente de publicación).

<sup>51</sup> Vid. la jurisprudencia citada *supra*, n. 23 y 24.

inicio del procedimiento administrativo y la publicidad de la convocatoria contribuye a prevenir comportamientos indebidamente selectivos; (iii) el principio de objetividad (arts. 103.1 CE y 9 CEBCA) exige la adecuada toma en consideración de todos los elementos relevantes de cara a la aplicación del programa de adjudicación y ello pasa por que todos los posibles interesados puedan llegar a conocer la existencia del procedimiento y solicitar acceder al recurso; y (iv) el principio de eficacia (art. 103.1 CE) reclama que la selección recaiga sobre el interesado que mejor satisfaga los intereses públicos a los que sirve el sistema de adjudicación de derechos limitados en número, cualquiera que sea ésta, y ello también pasa por garantizar una apertura suficiente del procedimiento. Finalmente, hay que tener en cuenta que, en los casos en que la posición jurídica que se pretende adjudicar tenga relevancia constitucional (singularmente, autorizaciones para el ejercicio de la libertad de empresa y derechos constitucionales de carácter prestacional: arts. 38 y 27 CE, respectivamente), la escasez determina la conversión del derecho al recurso en un derecho a participar en un procedimiento de adjudicación con determinadas garantías, entre las que se encuentra la de una publicidad adecuada de la convocatoria<sup>52</sup>.

Los principios constitucionales señalados se comportan como mandatos de optimización y, por ello, demandan el cumplimiento del deber de transparencia *ex ante* en la mayor medida posible. Por la misma razón, otros principios opuestos pueden justificar una relativización de su alcance siempre que su desplazamiento no resulte desproporcionado<sup>53</sup>. En particular, la publicidad de la convocatoria puede restringirse debido a consideraciones prevalentes de eficacia (por ejemplo, los expedientes de contratación de emergencia: 113 TRLCSP) o eficiencia (por ejemplo, y dejando a un lado la cuestión relativa al principio de proporcionalidad, la adjudicación mediante el procedimiento negociado sin publicidad o la adjudicación directa de contratos menores: arts. 177 y 138 TRLCSP, respectivamente)<sup>54</sup>.

#### b. Admisión

Los procedimientos de adjudicación comportan la selección de uno o varios solicitantes de entre aquellos que cumplen ciertos requisitos. Ello implica que la gestión administrativa de recursos escasos suele tener lugar mediante una combinación de procedimientos de admisión y adjudicación<sup>55</sup>. Aunque no siempre sea así, la verificación de la concurrencia de los citados requisitos suele tener lugar en un trámite diferenciado interpuesto entre la presentación de las solicitudes y su posterior valoración, lo cual otorga un carácter bifásico al procedimiento administrativo. No es infrecuente, incluso, que la primera fase de admisión se estructure internamente en diversas etapas sucesivas con la finalidad de reducir sucesivamente el círculo de posibles candidatos (por ejemplo, el procedimiento restringido de contratación: arts. 162 TRLCSP

---

<sup>52</sup> ARROYO, (Pendiente de publicación); WOLLENSCHLÄGER (2010, 38 ss. y 67 ss.); MARTINI (2008, 86); KUPFER (2005, 405 ss.); VORCKUHLE (2002, p. 306 y ss.).

<sup>53</sup> *Vid.*, con carácter general, ARROYO (Pendiente de publicación).

<sup>54</sup> WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

<sup>55</sup> Sobre la distinción, *vid. supra*, 2.2.

y ss.). La mayor complejidad de esta primera fase de admisión o la frecuencia con la que los interesados han de someterse a ella, pueden dar lugar a su separación formal del procedimiento de adjudicación y a que la verificación de los requisitos exigidos se configure como el objeto de un procedimiento independiente (por ejemplo, los procedimientos de acreditación o habilitación de funcionarios y los de clasificación de contratistas: arts. 57 LOU y ss., y 65 TRLCSP y ss.)<sup>56</sup>.

La separación entre las fases de admisión y selección puede ser más o menos intensa en función del tipo de derecho limitado en número de cuya adjudicación se trate. Por un lado, si los requisitos de admisión operan como reglas, de manera que su concurrencia puede verificarse a la manera de una disyuntiva (se cumplen o no se cumplen), su propia estructura conducirá a separar la fase de admisión de la que comprende la valoración comparativa de los criterios de selección que, por definición, son susceptibles de cumplimiento gradual. Por el contrario, si los presupuestos de la admisión se definen por referencia a circunstancias que pueden concurrir en grados diversos, es en principio posible que los mismos criterios se utilicen también para seleccionar al beneficiario de la decisión de adjudicación. En los procedimientos de adjudicación de carácter complejo la tendencia es, sin embargo, la de garantizar la separación entre las dos fases incluso en los casos en que los criterios de admisión son susceptibles de cumplimiento gradual (por ejemplo, la experiencia de los licitadores en el procedimiento de contratación)<sup>57</sup>. La separación contribuye, con carácter general, a aumentar la transparencia del procedimiento, a simplificar la actuación administrativa y a incrementar la racionalidad de la decisión mediante su procedimentalización. En los procedimientos de adjudicación sometidos a la aplicación de las normas de Derecho de la Unión Europea sobre mercado interior, la separación se ha justificado, además, como una exigencia de las libertades de circulación: las características subjetivas de los licitadores pueden tomarse en consideración para comprobar su capacidad o solvencia (admisión), pero no pueden valorarse, en principio, como criterios de adjudicación (selección)<sup>58</sup>.

### c. Adjudicación

La tercera fase característica de estos procedimientos es la adjudicación del derecho limitado en número a uno o a varios de los solicitantes que superaron la fase de admisión. Sin perjuicio de analizar más tarde otras cuestiones atinentes al régimen jurídico de la decisión de adjudicación, procede ahora realizar algunas observaciones generales acerca de su contenido. Ante todo, en función de cuáles sean los criterios de adjudicación que deban aplicarse la administración del recurso escaso puede concretarse en un procedimiento de reparto o de adjudicación en sentido estricto<sup>59</sup>. En este segundo caso la decisión selecciona a unos y no a otros y, por tanto, opera como

---

<sup>56</sup> WOLLENSCHLÄGER, (Pendiente de publicación).

<sup>57</sup> *Vid.*, ampliamente, DOMÉNECH (2012, p. 26 y ss.).

<sup>58</sup> SSTJ de 20 de septiembre de 1988, As. 31/87, *Gebroeders Betjees*, 15; de 19 de junio de 2003, As. C-315/2001, *Gesellschaft für Abfallentsorgung-Technik*, 59; SSTS de 15 de marzo de 2004 (rec. 10627/1998), de 28 de abril de 2005 (rec. 418/2003).

<sup>59</sup> Sobre la distinción, *vid. supra*, 2.2.

un acto de doble efecto. De igual modo, la valoración de las solicitudes y la consiguiente selección de los beneficiarios son comunes para todos los sujetos interesados, ya sea porque el procedimiento es de estructura multipolar, o porque se articula como un acto de trámite común a diversos procedimientos bipolares de instrucción y resolución paralela.

Los criterios de selección pueden ser sustantivos o formales, según que la adjudicación tenga o no lugar a partir de las características del derecho a asignar o de las de los distintos aspirantes<sup>60</sup>. Los criterios materiales o sustantivos suelen implicar un mayor margen de apreciación de la Administración pública, aunque existen criterios materiales como la antigüedad o la disponibilidad de pago que admiten un control externo de intensidad semejante a la de los criterios formales. La doctrina alemana mayoritaria concibe el ejercicio de esos márgenes y su control judicial de acuerdo con la construcción tradicional: por un lado, las decisiones administrativas de adjudicación no implican necesariamente el ejercicio de una potestad discrecional, sino la interpretación y aplicación al caso de normas cuyo supuesto de hecho se define mediante el empleo de conceptos jurídicos indeterminados; por otro lado, algunos de esos conceptos implican la atribución a la Administración de márgenes de apreciación y juicio cuyo ejercicio admite sólo un control judicial externo<sup>61</sup>. Con independencia de que esta construcción esté siendo objeto en la actualidad de un proceso de intensa revisión<sup>62</sup>, no hay razones que requieran someter la adopción de decisiones de adjudicación a un modelo de racionalización jurídica de la discrecionalidad distinto del aplicable con carácter general.

Lo que sí produce importantes peculiaridades a este respecto es la interposición de la fase de preparación del procedimiento. La elaboración administrativa de las bases de la adjudicación contribuye a racionalizar y, en su caso, reducir el alcance del margen de apreciación que la Administración ejerce en el momento de adoptar la decisión de adjudicación. Aunque el margen de apreciación administrativa no desaparece, su ejercicio se adelanta y puede llegar a agotarse en la fase de preparación, de tal manera que la decisión administrativa de selección puede llegar a ser completamente revisable o, para ser más precisos, el derecho a participar en el procedimiento de adjudicación, que corresponde a todos los licitadores, puede convertirse para alguno de ellos en un derecho a la adjudicación, como consecuencia de la reducción a cero de la discrecionalidad (por ejemplo, si se fija el precio más alto como criterio de adjudicación: art. 150 TRLCSP)<sup>63</sup>. La atribución de la competencia para adoptar la decisión de adjudicación a un órgano colegiado de composición neutral o equilibrada, así como la procedimentalización de la valoración de las solicitudes de los diversos sujetos interesados en acceder al recurso también contribuyen a racionalizar, aumentar la transparencia y facilitar el control judicial de la decisión de selección.

---

<sup>60</sup> Para un examen de sus respectivas ventajas e inconvenientes, vid. ARROYO y UTRILLA (Pendiente de publicación).

<sup>61</sup> WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

<sup>62</sup> *Vid.*, por todos, SCHMIDT-ABMANN (2004, p. 205 y ss.).

<sup>63</sup> Díez (Pendiente de publicación).

El efecto de reducción a cero de la discrecionalidad no puede llegar a producirse en aquellos procedimientos de adjudicación en los que la Administración cuenta con una potestad para declarar desierto y acordar el archivo del procedimiento sin llegar a asignar el derecho a ninguno de los sujetos interesados<sup>64</sup>. El reconocimiento de esta posibilidad corresponde a la autoridad normativa competente para producir la regulación sectorial aplicable, cuyo margen de actuación al respecto se encuentra condicionado por el tipo de posición jurídica del que gozan los interesados desde una perspectiva *ex ante*. Con carácter general esa posición es un simple interés legítimo, de forma que se podrá reconocer a la Administración la posibilidad de adoptar una declaración de archivo (arts. 155.1 TRLCSP), sin perjuicio de que el acuerdo deba satisfacer los principios de igualdad y no discriminación, imparcialidad y objetividad e interdicción de la arbitrariedad. De igual modo, la Administración deberá responder por los daños y perjuicios causados por el archivo y que los licitadores no tuvieran el deber jurídico de soportar (art. 155.2 TRLCSP)<sup>65</sup>. En algunos supuestos, sin embargo, la posición jurídica preexistente es un interés legítimo que resulta de la limitación del número de posiciones jurídicas vinculadas al ejercicio de un derecho del que los interesados son titulares. Así ocurre con la limitación del número de decisiones administrativas habilitantes para el ejercicio de una libertad o con la del número de prestaciones correspondientes al ejercicio de un derecho a acciones positivas. El reconocimiento normativo de la potestad administrativa de declarar desierto el procedimiento de adjudicación ha de considerarse, en este segundo grupo de casos, como el establecimiento de un límite a esos derechos constitucionales, en todo comparable a la configuración como discrecional de la potestad para otorgar el título habilitante o realizar la prestación.

Porque, en efecto, dejando a un lado la consideración de los márgenes de apreciación que resultan de los criterios de adjudicación, la decisión administrativa puede ser reglada o discrecional. La elección al respecto corresponde al legislador, que habrá de realizarla en función de las características concretas del derecho a adjudicar, del ámbito material en el que se produzca la adjudicación y de las implicaciones que todo ello tenga respecto de los principios constitucionales que gobiernan la creación legal de potestades discrecionales. La actividad administrativa de adjudicación puede tener lugar en ejercicio de potestades de uno y otro tipo. La adjudicación de recursos escasos mediante sorteo (por ejemplo, el de las autorizaciones demaniales que no requieran valorar circunstancias personales: art. 92.1 LPAP) o por exclusiva aplicación del criterio cronológico [por ejemplo, el régimen de cola en el acceso a ciertos servicios públicos: art. 25 f) del Reglamento de Viajeros del Transporte Interurbano de la Comunidad de Madrid, aprobado por Decreto 79/1997, de 3 de julio] implica el ejercicio de una potestad administrativa reglada, mientras que la adjudicación directa de concesiones demaniales suele configurarse como discrecional (art. 67 LC). En ambos casos la decisión administrativa conlleva la adjudicación de un derecho público subjetivo y, en esa medida, tiene un efecto constitutivo de esa posición jurídica en la esfera del beneficiario, sin perjuicio de que sólo en el segundo la Administración goce de estricta discrecionalidad en cuanto al *an* de la potestad administrativa. El primero de los supuestos pone de manifiesto que la actividad administrativa de adjudicación

---

<sup>64</sup> DíEZ (Pendiente de publicación).

<sup>65</sup> WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

puede hacer compatible la titularidad *ex ante* de un mero interés legítimo (y, por tanto, su carácter constitutivo respecto del derecho público adjudicado) con el carácter reglado de la potestad administrativa.

## 5. Decisión

El contenido de la decisión de adjudicación puede concretarse, según se acaba de indicar, en el reparto del recurso escaso entre los diversos sujetos interesados que han sido admitidos en el procedimiento, en su adjudicación a uno sólo o a varios de ellos o, en fin, en el archivo del procedimiento tras declararlo desierto. A continuación se analizan algunas cuestiones relacionadas con la forma de la decisión (*infra* 5.1), con sus presupuestos de validez (*infra* 5.2) y con el régimen de tutela (*infra* 5.3).

### 5.1. Exteriorización

#### a. Estructura

Son tres los problemas que plantea la forma de las decisiones de adjudicación administrativa de derechos limitados en números. El primero se refiere a la estructura del proceso de exteriorización de la declaración de voluntad administrativa a través de la cual se adjudica el recurso escaso<sup>66</sup>. En principio caben aquí dos posibilidades. El proceso de exteriorización de la decisión es en ocasiones monofásico y se concreta en la adopción de una decisión a través de la cual se estiman o desestiman las solicitudes de los interesados. La valoración de las solicitudes forma aquí parte del proceso de formación de la voluntad del órgano administrativo. La selección del beneficiario de la decisión de adjudicación del recurso se configura como un acto de trámite y se incorpora a la motivación de la resolución administrativa que pone fin al procedimiento (por ejemplo, la adjudicación de concesiones demaniales: arts. 96 LPAP, 75 LC, y 85 TRLP y s.). Por el contrario, el proceso de exteriorización de la decisión es otras veces bifásico, de manera que está integrado por dos resoluciones administrativas sucesivas: la que expresa el resultado de la decisión de selección y la que adjudica el derecho al beneficiario (por ejemplo, la resolución que pone fin al procedimiento selectivo y el nombramiento del funcionario: arts. 22 y 25 RGI, respectivamente; o la resolución de adjudicación del contrato y su posterior formalización: arts. 151 y 156 TRLCSP). Una posibilidad intermedia consiste en el establecimiento, en el marco de un proceso de carácter monofásico, de un deber de notificación a los licitadores del informe o propuesta de resolución que recoge la decisión de selección, con la finalidad de adelantar el momento en que se puede acceder a procedimientos de tutela (por ejemplo, la notificación de la propuesta de resolución del procedimiento de concesión competitiva de subvenciones, a la que sigue la resolución del procedimiento: arts. 24.4 y 25.3 LGS). Esta última alternativa permite concluir que, siempre que se resuelvan correctamente las cuestiones que plantean la motivación, el conocimiento de las razones que las fundamentan y el resto de problemas relacionados con la tutela frente a la decisión de adjudicación, el legislador sectorial goza de una amplia libertad en

---

<sup>66</sup> Vid. WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).



cuanto a la elección entre las diversas opciones señaladas.

#### b. Forma

La segunda cuestión se refiere a la forma jurídica a través de la cual se ejerce la potestad administrativa de adjudicación. Caben aquí, en principio, las tres alternativas que conoce nuestro Derecho administrativo. En primer lugar, la adjudicación puede articularse a través de un acto administrativo unilateral (por ejemplo, el de concesión de subvenciones: art. 25 LGS) o bilateral [por ejemplo, el nombramiento del funcionario: arts. 62.1 b) EBEP y 25 RGI], según que su eficacia quede o no condicionada a la aceptación por parte de su destinatario. En segundo término, la decisión de adjudicación puede también adoptarse a través de un contrato, ya sea porque lo que se adjudica es, directamente, la condición de parte de esa relación jurídica (por ejemplo, los contratos del sector público o los celebrados con el personal laboral de la Administración: arts. 25 y 156 TRLCSP) o porque la técnica del contrato se utilice con una finalidad instrumental. En tercer lugar, la decisión de adjudicación puede adoptarse mediante un convenio cuyo objeto sea, precisamente, el ejercicio de la correspondiente potestad administrativa (por ejemplo, los convenios celebrados para la concesión directa de subvenciones: art. 28 LGS). En los dos últimos supuestos el proceso de formación de la voluntad de la Administración se estructura a partir de la doctrina de los actos separables. Por supuesto, cada una de esas formas de actuación puede ser particularmente adecuada en función de las características del derecho a adjudicar o del contexto en el que se produce la adjudicación. Sin embargo, al igual que ocurre con la configuración de la estructura del proceso de exteriorización de la voluntad administrativa, la elección de la forma de ejercicio de la potestad administrativa de adjudicación corresponde a la autoridad normativa competente, sin que de la función característica de los procedimientos de adjudicación resulte una relación de preferencia a favor de alguna de ellas.

#### c. Comunicación

La tercera cuestión señalada es la relativa al régimen de notificación y publicación oficial de la decisión de adjudicación. La mayor parte de los procedimientos de adjudicación tienen estructura formalmente multipolar. Ello supone que todos los solicitantes tienen la condición de parte del procedimiento y que, por lo tanto, los actos de trámite o definitivos que afecten a sus derechos o intereses legítimos les debe ser notificados (art. 58.1 LRJAP). En Alemania se sostiene que, en el caso de procedimientos de adjudicación formalmente bipolares, la exigencia de notificación se extiende a las resoluciones que resuelven las solicitudes formuladas por otros solicitantes<sup>67</sup>. En el Derecho español tal cosa no es necesaria porque la publicación permite sustituir a la notificación de los actos integrantes de los procedimientos selectivos o de concurrencia competitiva [art. 59.6 b) LRJAP], y ello con independencia de que se trate de procedimientos multipolares o de procedimientos formalmente bipolares pero con un acto de valoración o selección común (por ejemplo, los de acceso a los estudios universitarios). La misma regla se aplica a los actos que tengan por destinatarios una pluralidad indeterminada de personas [art. 59.1 a) LRJAP], tal y

---

<sup>67</sup> WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

como ocurre en las convocatorias de los procedimientos de adjudicación.

El deber de transparencia *ex post* de las decisiones de adjudicación de derechos limitados en número se adscribe simultáneamente a diversos principios constitucionales, de entre los cuales destaca el derecho a la tutela judicial efectiva de los solicitantes preteridos (art. 24.1 CE)<sup>68</sup>. Su vinculación con la eficacia de la tutela permite explicar la tendencia a adelantar, de maneras diversas, la comunicación a los competidores del contenido de la decisión de adjudicación, antes incluso de que ésta llegue a adoptarse (arts. 24.4 LGS, 151.4 TRLCSP). Como se verá más tarde, garantizar el conocimiento y las posibilidades de impugnación intraprocedimental de la decisión de selección es un presupuesto de la efectividad de la tutela en los casos en los que la restitución no es posible o resulta desproporcionada<sup>69</sup>.

## 5.2. Validez

### a. Vicios

La decisión de adjudicación puede llegar a ser inválida por no satisfacer los presupuestos de corrección a los que se encuentra sometida. Los presupuestos de validez pueden referirse a sus aspectos sustantivos, esto es, al contenido de la decisión administrativa, o a sus aspectos formales, es decir, a cuestiones de forma, organización o procedimiento. En ambos casos se plantea el problema de cuáles son las consecuencias que la irregularidad ha de tener sobre la validez de la decisión de adjudicación. La determinación de los efectos que los vicios sustantivos y formales despliegan sobre la validez de la decisión administrativa implica realizar, como es conocido, un juicio de ponderación (normativa, primero; jurisprudencial, después) entre diversos principios constitucionales que aquí se relacionan entre sí en términos dialécticos. De un lado, el principio de legalidad y los principios constitucionales a los que sirve la norma infringida, entre los cuales eventualmente se encuentran los derechos sustantivos de los solicitantes preteridos (de libertad, de igualdad o de prestación), reclaman *prima facie* que las irregularidades en las que incurre la decisión de adjudicación determinen su invalidez, así como que ésta pueda ser declarada y aquella dejada sin efecto. De otro lado, sin embargo, principios constitucionales como el de seguridad jurídica o el de eficiencia de la actuación administrativa, entre los cuales también pueden encontrarse los derechos sustantivos del beneficiario de la decisión de adjudicación, pueden reclamar de la misma manera el mantenimiento de su estabilidad y la conservación de la posición jurídica en ella reconocida.

A partir de la distinción entre irregularidades sustantivas y formales se pueden construir dos prioridades *prima facie* de signo diverso que facilitan el control de la corrección de los correspondientes juicios ponderativos. Si la decisión de adjudicación vulnera los criterios que, de acuerdo con el programa normativo, han de regir la selección o el reparto de los recursos escasos, deberá considerarse en principio inválida, a no ser que la decisión hubiera tenido el mismo

---

<sup>68</sup> DíEZ (Pendiente de publicación).

<sup>69</sup> Vid. *infra* 5.3.

contenido en caso de no haber incurrido en ese vicio. Si, por el contrario, los presupuestos de corrección desconocidos se refieren a la forma, la competencia o el procedimiento a través del cual se ha de adoptar la decisión de adjudicación, será su efecto invalidante lo que requiera justificación, para la cual será normalmente necesario acreditar que, en caso de no producirse, el contenido de la decisión de selección o de reparto habría podido ser distinto. Criterios tales como la función del presupuesto o requisito procedimental vulnerado, las exigencias que al respecto se deriven del Derecho de la Unión o, en fin, la vinculación de la posición adjudicada con los derechos fundamentales pueden contribuir a graduar la intensidad con la que debe aplicarse esta última regla de distribución de la carga de la argumentación. A su vez, la gravedad de la irregularidad determinará el alcance y tipo de invalidez de la decisión de adjudicación, con los matices necesarios derivados de la estructura que presente el proceso de exteriorización y de la forma jurídica de la decisión administrativa. Por lo que respecta a los vicios procedimentales, la nulidad debe reservarse para las infracciones particularmente graves a la vista de las funciones del procedimiento y de los derechos afectados por la decisión: la adjudicación directa fuera de los casos permitidos por la ley [art. 62.1 e) LRJAP], el incumplimiento del deber de cerrar el programa de adjudicación mediante la aprobación de las bases [art. 62.1 e) LRJAP], o la infracción de la obligación de transparencia *ex ante* [art. 37.1 a) TRLCSP].

#### b. Estabilidad

Las decisiones administrativas de adjudicación inválidas pueden, sin embargo, adquirir estabilidad por tres razones. En primer lugar, es posible que así ocurra por aplicación de las reglas generales sobre la firmeza e inatacabilidad de los actos administrativos. Al concretarse en actos administrativos de doble efecto, las decisiones de selección, o adjudicación en sentido estricto, se caracterizan por quedar sujetas a una aplicación cautelosa de las posibilidades de revisión (art. 106 LRJAP). En segundo término, el sistema puede prever garantías de estabilidad adicionales impidiendo la anulación de ciertas decisiones de adjudicación y, con ello, transformando los términos en los que se produce la tutela de los solicitantes preteridos. A diferencia de lo que ocurre en España, este principio de estabilidad de las decisiones de adjudicación se encuentra muy extendido en Alemania, donde está reconocido para el caso de la adjudicación de contratos públicos no sujetos a regulación armonizada, de plazas de estudio en la Universidad y de plazas de funcionarios<sup>70</sup>. En tercer lugar, es también posible contemplar cargas de impugnación de actos de trámite para la corrección intraprocedimental del vicio, cuya falta de alzamiento precluya su posterior apreciación y, por consiguiente, determine la estabilidad de la decisión de adjudicación. Así ocurre en Alemania con la impugnación de exámenes en el ámbito del *Prüfungsrecht*<sup>71</sup>, y en España con la falta de impugnación de las bases del contrato por los licitadores y la posterior impugnación de la resolución de adjudicación<sup>72</sup>.

---

<sup>70</sup> WOLLENSCHLÄGER, (Pendiente de publicación).

<sup>71</sup> *Ibidem*

<sup>72</sup> DíEZ (Pendiente de publicación).

### 5.3. Tutela

#### a. Principios

Al igual que ocurre con la determinación de las consecuencias de las irregularidades, la configuración normativa del régimen de la tutela judicial frente a las decisiones administrativas de adjudicación está constitucionalmente condicionada por la exigencia de atender simultáneamente principios que pueden relacionarse entre sí en términos dialécticos: el derecho a la tutela judicial efectiva, el principio de control judicial de la actuación administrativa, el principio de legalidad, los principios de eficacia y eficiencia de la acción administrativa, el principio de seguridad jurídica, etc<sup>73</sup>. En el caso de los procedimientos multipolares en general, y en el de los de adjudicación de recursos escasos, en particular, se dan dos peculiaridades. Por un lado, algunos de esos principios pueden tener una funcionalidad diferenciada debido a los diversos intereses a los que se puede vincular su ejercicio: el interés de los solicitantes preteridos a obtener tutela, el del adjudicatario en mantener la estabilidad de su derecho, el interés público al que, eventualmente, sirve el ejercicio del derecho adjudicado, etc. Así, por ejemplo, el derecho a la tutela del licitador cuya solicitud ha sido rechazada no sólo se contrapone a principios objetivos como el de eficacia o eficiencia, sino que también puede hacerlo al derecho de otros competidores. Esta circunstancia puede reclamar una composición particular de esta constelación de intereses a través de un conjunto de juicios ponderativos parcialmente diferentes a los que descansan tras el régimen general de tutela judicial frente a la actuación administrativa. En concreto, las peculiaridades de la adjudicación administrativa de recursos escasos pueden justificar la proporcionalidad de ciertas restricciones a la tutela judicial efectiva<sup>74</sup>. Otra especialidad de los procedimientos de adjudicación reside en que la posición subjetiva de los particulares que en ellos participan no siempre es la misma, sino que se va consolidando progresivamente: primero, los interesados tienen un derecho a participar en un procedimiento que debe regularse con ciertas garantías y ser tramitado y resuelto conforme a Derecho; segundo, ese derecho se puede convertir posteriormente en un derecho a la adjudicación a favor de uno o varios competidores, que resulta de manera diferente según que el procedimiento sea de reparto o selección; y, por último, una vez adjudicado el derecho su titular tiene derecho a su conservación. Esta peculiaridad de la actividad administrativa de adjudicación determina, a su vez, que las exigencias definitivas del derecho a la tutela judicial efectiva vayan adquiriendo mayor intensidad a medida que ese proceso de desarrolla<sup>75</sup>.

#### b. Restitución

La exigencia material de efectividad de la tutela comprende, en primer lugar, un derecho (por

---

<sup>73</sup> Vid., por todos, DíEZ, (Pendiente de publicación), *passim*; WOLLENSCHLÄGER (2010, p. 633 y ss.).

<sup>74</sup> DíEZ (Pendiente de publicación).

<sup>75</sup> *Ibidem*

supuesto, no ilimitado) a obtener la restitución o restablecimiento de la posición jurídica lesionada. En función del objeto del derecho adjudicado y de su regulación sectorial, la tutela primaria puede articularse *ex post* a través de la anulación de la decisión de adjudicación, *ex ante* mediante mecanismos dirigidos a evitar que se produzca o consolide la lesión o, en fin, *ex post* mediante la tramitación de ulteriores procedimientos de adjudicación<sup>76</sup>. En ocasiones la tutela restitutoria pierde eficacia con posterioridad a la decisión de adjudicación (por ejemplo, la adjudicación de órganos para trasplantes o el acceso a la Universidad). Por otro lado, una vez dictada ésta, la restitución puede incidir negativamente en otros principios constitucionalmente relevantes (por ejemplo, la adjudicación de plazas de funcionarios). Ello explica que el sistema tienda a reforzar la tutela primera durante la tramitación del procedimiento de adjudicación, así como que, una vez adoptada la decisión de adjudicación, la posibilidad de obtener la restitución pueda ser limitada o incluso suprimida. Ya se ha indicado que ésta última es incluso la regla en el Derecho alemán: la imposibilidad de impugnar la decisión de adjudicación determina que a los competidores sólo les quede abierta la reparación. A un resultado materialmente similar se llega en España. Debido a la duración de los procesos, así como a la ausencia y, en su caso, ineficacia de los mecanismos dirigidos a impedir la consolidación de la decisión de adjudicación irregular, el principio de proporcionalidad explica que la anulación no siempre se vea acompañada de la retroacción<sup>77</sup>. La efectividad de la tutela puede reclamar, por tanto, que los procedimientos de adjudicación contemplen determinadas garantías tendentes a posibilitar la restitución. Sin perjuicio de que también tenga otros concurrentes, éste es el fundamento constitucional de la obligación de transparencia *ex post* (arts. 24.4 LGS, 151.4 TRLCSP), del deber de motivación de la decisión de adjudicación (arts. 25.2 y 3 LGS, 151.4 TRLCSP) y de los trámites y medios de impugnación intraprocedimentales dirigidos a impedir la consolidación de las irregularidades (arts. 156.3 y 40 TRLCSP y ss.).

### c. Resarcimiento

Un segundo tipo de tutela es la que consiste en la compensación económica de los daños sufridos por el particular. En el Derecho de la Unión Europea no existe una primacía general de la tutela primaria frente a la secundaria, excepto en el ámbito del mercado interior. En el Derecho alemán esa primacía sólo se ha declarado respecto de la actuación administrativa que implique el ejercicio del poder público, pero no cuando la adjudicación de recursos escasos resulta de la oferta o demanda limitada de bienes en el mercado por parte de la Administración. A su vez, en nuestro Derecho constitucional interno la restitución goza de preferencia frente al resarcimiento si la posición jurídica lesionada es un derecho fundamental, pero no con carácter general<sup>78</sup>. En el marco de los procedimientos de adjudicación, la tutela secundaria tiene lugar normalmente frente a aquellas lesiones cuya reparación no es ya posible o conveniente. Lo primero puede ocurrir, por ejemplo, al haberse extinguido ya el derecho como consecuencia de su ejercicio, mientras que lo segundo se produce cuando la restitución genera un sacrificio excesivo de los

---

<sup>76</sup> WOLLENSCHLÄGER (Pendiente de publicación).

<sup>77</sup> S. Díez (Pendiente de publicación).

<sup>78</sup> *Ibidem*.

intereses (públicos o privados) contrapuestos de relevancia constitucional<sup>79</sup>. En estos casos al particular sólo le queda el derecho a ser resarcido por los daños generados por la decisión administrativa de adjudicación. Sin embargo, para que surja el deber de indemnizar lo determinante no es constatar la invalidez de la decisión de adjudicación, sino la concurrencia de los presupuestos generales de la responsabilidad. En el marco de los procedimientos de adjudicación de recursos escasos ello puede plantear tres problemas fundamentales: la determinación y cuantificación del daño patrimonial sufrido, la determinación del nexo causal y la aplicación de la doctrina jurisprudencial conforme a la cual la Administración no responde si actuó diligentemente<sup>80</sup>.

## 6. Tabla de jurisprudencia citada

### *Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STEDH de 02.04.2013	Demandas no. 25851/09, 29284/09 y 64090/09	Tarantino y otros c. Italia

### *Tribunal de Justicia de la Unión Europea*

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Partes</i>
STJ de 20.09.1988	As. 31/87 [1988] Rec. I- 04635	Gebroeders Betjees
STJ de 07.12.2000,	As. C-324/98 [2000] ECR I-10745	Teleaustria Verlags GmbH y Telefonadress GmbH c. Telekom Austria
STJ de 19.06.2003	As. C-315/01 [2003] Rec. I-06351	Gesellschaft für Abfallentsorgung-Technik
STJ de 21.07.2005	As. C-231/03 [2005] ECR I-7287	Consorzio Aziende Metano (Coname) c. Comune di Cingia de Botti
STJ de 13.10.2005	As. C- 458/03 [2005] ECR I-8585	Parking Brixen GmbH c. Gemeinde Brixen y Stadtwerke Brixen AG
STJ de 09.03.2006	As. C-323/03 [2006] Rec. I-2161	Comisión c. España
STJ de 19.06.2008	As. C-454/06 [2008] Rec. I-4401	Pressetext Nachrichtenagentur
STJ de 03.06.2010	As. C-203/08 [2010] ECR I-4695	Sporting Exchange Ltd (Betfair) c. Minister van Justitie

<sup>79</sup> STC 221/2004, de 29 de noviembre, respecto de un procedimiento de selección de funcionarios.

<sup>80</sup> Vid. S. Díez, "La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación", IV.

STJ de 01.07.2010	As. ac. C-570/07 y C-571/07 [2010] Rec. I-4629	Blanco Pérez y Chao Gómez
STJ de 25.03.2010	As. C-451/08 [2010] Rec. I-2673	Helmut Müller
STJ de 09.09.2010	As. C-64/08 [2010] Rec. I-8219	Engelmann

### *Tribunal Constitucional*

<i>Tribunal y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STC de 29.11.1993	RTC 353\1993	Carles Viver Pi-Sunyer
STC de 20.11.1995	RTC 167\1995	Fernando García-Mon y González-Regueral
STC de 13.01.1998	RTC 10\1998	Vicente Gimeno Sendra
STC de 29.11.2004	RTC 221\2004	Javier Delgado Barrio
STC de 25.02.2008	RTC 30\2008	Jorge Rodríguez-Zapata Pérez

### *Tribunal Supremo*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>	<i>Magistrado Ponente</i>
STS, 3ª, 15.3.2004	Rec. 10627/1998	Manuel Goded Miranda
STS, 3ª, 28.04.2005	Rec. 418/2003	Mariano Baena del Alcazar

### *Tribunal Constitucional Federal alemán*

<i>Tribunal, Sala y Fecha</i>	<i>Referencia</i>
BVerfG, 1ª, 23.04.2009	BVerfGE 116, 135 (1 BvR 1160/03)

## **7. Bibliografía**

Luis ARROYO (2004), *Libre empresa y títulos habilitantes*, CEPC, Madrid.

Luis ARROYO, “Las bases constitucionales de la actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número”, en ARROYO y UTRILLA (Eds.), *La administración de la escasez*, pendiente de publicación.

Luis ARROYO y Dolores UTRILLA, “La actividad administrativa de adjudicación de derechos limitados en número. Bases conceptuales y metodológicas”, en ARROYO y UTRILLA (Eds.), *La administración de la escasez*, pendiente de publicación.

Margarita BELADÍEZ, *El derecho fundamental a la igualdad en la aplicación judicial del Derecho*, III, pendiente de publicación.

Silvia DÍEZ (2008), *El precedente administrativo. Fundamentos y eficacia vinculante*, Marcial Pons, Madrid.

Silvia DÍEZ (2012), *La tutela de los licitadores en la adjudicación de contratos públicos*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires.

Silvia DÍEZ, “La tutela de los competidores en los procedimientos administrativos de adjudicación”, en ARROYO y UTRILLA (Eds.), *La administración de la escasez*, pendiente de publicación.

Luis DIEZ-PICAZO (2007), *Fundamentos del Derecho civil patrimonial*, Vol. I, Civitas, Madrid.

Gabriel DOMÉNECH (2012), La valoración de las ofertas en el Derecho de los contratos públicos, 30 *Revista General de Derecho Administrativo*.

Gabriel DOMÉNECH, *Subastémoslas. La adjudicación de las licencias en el mercado audiovisual*, pendiente de publicación.

John ELSTER (1992), *Local Justice. How Institutions Allocate Scarce Goods and Necessary Burdens*, Cambridge University Press, Cambridge.

José ESTEVE (2003), “El mercado de títulos administrativos”, en COSCULLUELA (Coord.), *Estudios de derecho público económico. Libro homenaje al prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, p. 743 y ss.

Michael FEHLING (2001), *Verwaltung zwischen Unparteilichkeit und Gestaltungsaufgabe*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Willem HOFSTEE (1990), “Allocation by lot: a conceptual and empirical analysis”, *Social Science Information*, 29, 4, p. 745 y ss.

Alejandro HUERGO (2011), “El régimen de los contratos públicos en Alemania”, en SÁNCHEZ MORÓN (Dir.), *El derecho de los contratos públicos en la Unión Europea y sus Estados miembros*, Lex Nova, Valladolid, p. 103 y ss.

Dominik KUPFER (2005), *Die Verteilung knapper Ressourcen im Wirtschaftsverwaltungsrecht*, Nomos, Baden-Baden.

Nina MALAVIYA (2009), *Verteilungsentscheidungen und Verteilungsverfahren. Zur staatlichen*



*Güterverteilung in Konkurrenzsituationen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Isaac MARTÍN (2010), "Fundamental Rights and Good Administration", en ORTEGA, PLAZA y ARROYO (Eds.), *Spanish Administrative law under European Influence*, Europa Law Publishing, Groningen, p. 47 y ss.

Mario MARTINI (2008), *Der Markt als Instrument hoheitlicher Verteilungslenkung. Möglichkeiten und Grenzen einer staatlichen Verwaltung des Mangels durch Marktmechanismen*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Anthony OGUS (2004), *Regulation. Legal form and economic theory*, Hart, Oxford.

Hans-Christian RÖHL (2012), "§30 Ausgewählte Verwaltungsverfahren", en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ARMANN y VOBKUHLE (Hrsg.), *Grundlagen des Verwaltungsrechts II*, C.H. Beck, München.

Eberhard SCHMIDT-ARMANN (2004), *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee. Grundlagen und Aufgaben der verwaltungsrechtlichen Systembildung*, Springer, Berlin, p. 113 y ss.

Matthias SCHMIDT-PREUB (2005), *Kollidierende Privatinteressen im Verwaltungsrecht. Das subjektive öffentliche Recht im multipolaren Verwaltungsrechtsverhältnis*, 2ª ed., Duncker & Humblot, Berlin.

Marek SZYDLO (2011), "The Process of Granting Exclusive Rights in the Light of Treaty Rules on Free Movement", 12 *German Law Journal*, p. 1418 y ss.

Frank VAN OMMEREN, Willemien DEN OUDEN y Johan WOLSWINKEL (Eds.) (2013), *Schaarse publieke rechten*, BJU Verlag, Den Haag.

Frank VAN OMMEREN, Willemien DEN OUDEN y Johan WOLSWINKEL (2013), "Schaarse publieke rechten: naar een algemeen leerstuk", en VAN OMMEREN, DEN OUDEN y WOLSWINKEL (Eds.), *Schaarse publieke rechten*, BJU Verlag, Den Haag.

Andreas VOBKUHLE (2002), "Strukturen und Bauformen neuer Verwaltungsverfahren", en HOFFMANN-RIEM y SCHMIDT-ABMANN (Eds.), *Verwaltungsverfahren und Verwaltungsverfahrensgesetz*, Nomos, Baden-Baden, p. 277 y ss.

Reiner WAHL (1993), Die Aufgabenabhängigkeit von Verwaltung und Verwaltungsrecht, en HOFFMANN-RIEM, SCHMIDT-ABMANN y SCHUPPERT (Eds.), *Reform des Allgemeinen Verwaltungsrechts*, Nomos, Baden-Baden, p. 177 y ss.

Ferdinand WOLLENSCHLÄGER (2010), *Verteilungsverfahren. Die staatliche Verteilung knapper Güter: verfassungs- und unionsrechtlicher Rahmen, Verfahren im Fachrecht, bereichsspezifische verwaltungsrechtliche Typen- und Systembildung*, Mohr Siebeck, Tübingen.

Ferdinand WOLLENSCHLÄGER, "El procedimiento de adjudicación", en ARROYO y UTRILLA (Eds.), *La administración de la escasez*, pendiente de publicación.

Johan WOLSWINKEL (2009), "The allocation of a limited number of authorisations. Some general requirements from EU law", 2, *Review of European Administrative Law*.

Johan WOLSWINKEL, "Las autorizaciones limitadas en número en el Derecho de la Unión Europea", III, en ARROYO y UTRILLA (Eds.), *La administración de la escasez*, pendiente de publicación.