

CURSO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. I

**EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA
TOMÁS-RAMÓN FERNÁNDEZ**

DECIMOQUINTA EDICIÓN



CIVITAS



THOMSON REUTERS

34.1.

PRÓLOGOS

PRÓLOGO A LA DECIMOQUINTA EDICIÓN (DUODÉCIMA DEL VOLUMEN SEGUNDO)

La decimoquinta edición que ahora presentamos contiene un minucioso análisis, como es obligado, de las novedades mayores que se han producido desde 2008 hasta hoy en el panorama legislativo: en primer lugar, la incorporación de la célebre y polémica Directiva de Servicios 123/2006, de 12 de diciembre, realizada por la Ley 17/2009, de 23 de diciembre, sobre libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio, a la que siguió la Ley 25/2009, de 22 de diciembre, que modificó diversas Leyes para adaptar nuestro ordenamiento jurídico a la citada Directiva, y, en segundo lugar, la nueva modificación de las Leyes 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público y 31/2007 de la misma fecha sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, que fueron las grandes protagonistas de la edición precedente, para su adaptación a la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre y a la nueva regulación que ésta contiene de los recursos en materia de contratación.

La nueva edición se hace eco también, lógicamente, de las demás modificaciones legislativas que han tenido lugar en este período, como, por ejemplo, la de la Ley Orgánica del Poder Judicial, realizada por la Ley Orgánica 1/2009, de 3 de noviembre, complementaria de la Ley 13/2009, de 3 de noviembre, de reforma de la legislación procesal para la implantación de la nueva Oficina judicial, y la Ley Orgánica 1/2010, de 19 de febrero, de modificación de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Poder Judicial, sobre el llamado «blindaje» de las Normas Forales de los Territorios Históricos del País Vasco, así como de la jurisprudencia constitucional más relevante, incluida, por supuesto, la importante Sentencia de 28 de junio de 2010 sobre el Estatuto de Cataluña.

Se ha incorporado igualmente, como es habitual en cada edición, la referencia a las Sentencias del Tribunal Supremo más recientes y se han revisado y actualizado las indicaciones bibliográficas a fin de mantener al día la obra y asegurar la utilidad de su estudio y su consulta.

Madrid, enero de 2011

34.1.

PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN

Con esta nueva edición del presente volumen, que publicamos conjuntamente con la 6.ª edición del volumen II, celebramos, en cierto modo, el 25 aniversario de la aparición inicial de esta obra.

A otros tocará valorar lo que la obra ha podido significar en nuestro panorama científico y jurídico. Nosotros expresamos únicamente nuestra satisfacción por haber podido llegar hasta aquí, así como la gratitud más sincera a todos los compañeros, estudiantes y lectores que han utilizado la obra durante este período y que han podido encontrar en ella alguna ayuda o, al menos, estímulo para sus propias reflexiones.

Los veinticinco años transcurridos han sido especialmente movidos para nuestra ciencia. Cuando apareció la 1.ª edición de este volumen, 1974, España permanecía aún en las sombras de un régimen político que casaba mal con las ideas que, desde el primer momento, aquí se expresaron. Fue, no parece osado decirlo, una interpretación liberal de un ordenamiento autocrático, aunque el mismo había intentado justificarse ya con algunas leyes que han pasado a la historia de la formación de nuestro Estado de Derecho (las de Expropiación Forzosa de 1954, Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, Ley de Procedimiento Administrativo de 1958), si bien entonces se trataba de la forma defectiva de un Estado de Derecho sin derechos fundamentales y, por tanto, sin democracia. El libro pretendió suplir, dentro del ámbito de su materia, esas insuficiencias. El cambio político se había producido, aunque no la Constitución, en el momento en que apareció el volumen II. Ya con la 3.ª edición del volumen I, 1979, la Constitución estaba en pleno vigor y la obra en su conjunto pudo acomodarse plenamente al sistema jurídico que íntimamente postulaba y que a partir de entonces encuadra todo su contenido. El Prólogo a esa 3.ª edición del volumen I enfatizó ese hecho, afirmando que «el efecto que sobre el Derecho Administrativo español va a producir la entrada en vigor de la Constitución es muy fácil prever que va a ser decisivo» y parece claro, veinte años después de ese aserto, que así ha ocurrido.

Pero esos veinte años no han sido tampoco tranquilos. Hace aún cuatro años se intentó, primero, en sede doctrinal, y luego, expeditivamente, por vía legislativa, con ocasión de la elaboración de una nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, una rectificación de la interpretación que del sistema jurídico-administrativo se hace en esta obra, que fue tildada así de «superada», como fiel a una concepción que ignoraba las exigencias del Estado social y democrático de Derecho. La cuestión tuvo más interés que el del simple debate científico, siempre abierto, como es obvio, porque se trató, simplemente, de proponer un supuesto nuevo

modelo de Estado de Derecho en el que el origen democrático de los gobernantes podía y debía excusar la intervención, estimada excesiva, de los jueces, a los que se reprochaba su falta de legitimidad democrática. Temas básicos como el de la discrecionalidad, sus límites y su justiciabilidad, los actos de gobierno, que intentaron resucitarse y extenderse hasta extremos sólo imaginados un siglo antes y ello para proclamar la inmunidad judicial de todos los actos de «dirección política» de los Ejecutivos central y autonómicos (como era previsible, las entidades locales, cuyos órganos son también de origen electivo, se han llamado también a la parte en artículos y monografías), la efectividad, supuestamente retórica, de la cláusula constitucional de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la atención prestada a la actitud de «deferencia» hacia los demás poderes que el sector conservador de la justicia norteamericana proclamó, invocando el principio de división de los poderes, en tiempos cercanos, todo un arsenal conceptual y dialéctico fue puesto a contribución. Más grave fue la disponibilidad del poder legislativo para intentar justificar ese supuesto «cambio de paradigma» en un Proyecto de nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa que se presentó a las Cortes en 1995. Sin habernos puesto de acuerdo previamente, los dos autores de esta obra sentimos cada uno la obligación de saltar a la palestra y en artículos y en sendos libros⁽¹⁾ intentamos oponer una defensa cerrada a ese sorprendente intento de declarar caducado el modelo de Estado de Derecho que es el común en todos los Estados de Europa Occidental y el que se viene sosteniendo en esta obra. Un cambio de legislatura vino a poner fin a ese intento curioso, que pretendía revestir de modernidad y de los prestigios de lo novedoso lo que sólo era, según creemos, un retorno a las concepciones del rudo Derecho Administrativo de un siglo atrás, amedrentado respecto de la maïestas del poder político, que el principio de la división de los poderes, según se interpretaba interesadamente, dejaba virtualmente exento del poder de los jueces.

De este modo, esta obra ha pasado por dos etapas sucesivas y contradictorias: primera, la de ser estimada como demasiado avanzada, y segunda, la de que un sector doctrinal la considerase excesivamente apegada a modelos atrasados y ya superados por una nueva democracia social. Los autores, que hemos intentado explicar en otras publicaciones lo injustificado de esos dos asertos sucesivos a lo largo de las respectivas polémicas, que parecen ya tranquilizadas, seguimos fieles en estas nuevas ediciones de los dos volúmenes de nuestro Curso a las concepciones de que éste se ha hecho valedor sistemático. Los lectores tendrán ocasión de comprobarlo y a ellos y a los Tribunales contencioso-administrativos corresponderá, finalmente, la responsabilidad de arbitrar ese amplio debate, del que quedan, apenas, unos cuantos libros y artículos que acaso formen ya parte de la historia de nuestra disciplina.

Al margen ya de esas polémicas, pretendemos ofrecer ahora una versión actual, adaptada a los numerosos cambios legislativos que han tenido lugar desde las anteriores ediciones, del Derecho Administrativo con el que vamos a adentrarnos en

(1) T.-R. FERNÁNDEZ, *De la arbitrariedad de la Administración*, Civitas, 1.ª ed. 1994, 3.ª edición ampliada 1999. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, jueces y control de la Administración*, Civitas, 1.ª ed. 1995, 5.ª ed. ampliada 2000.

34.1.

el nuevo siglo que está llamando ya a nuestras puertas. Nos ilusionaría que esta nueva versión pudiera resultar útil.

Madrid, julio de 1999

l
o
»
s,
te
la
m-
tor
de
tico
tivo
de
las
s de
los y
dente
in en
obra.
endia
según
n siglo
ipio de
nrtual-

victorias:
que un
los y ya
ntentado
ivos a lo
nos fieles
cepcciones
e compro-
erá, final-
i, apenas,
a de nues-

versión ac-
ar desde las
ntrarnos en

4, 3.^a edición
administración,

34.1.

PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN

Este libro, como intenta expresar su título, viene de nuestra experiencia universitaria y a ella, sobre todo, pretende volver.

Esa experiencia nos dice, sin embargo, que una excesiva simplificación de las cuestiones resulta escasamente formativa y que, antes bien, la eficacia queda mejor servida si se acierta a exponer el nervio institucional del Derecho positivo y no sólo sus soluciones finales, más o menos catalogadas didácticamente. Así lo intentamos aquí, ya nos dirá el lector con qué fortuna, de modo que acaso el libro pueda servir también como instrumento aplicativo, en cuanto intenta una interpretación global para la comprensión (y eventualmente el perfeccionamiento) del Derecho Administrativo español, en un momento, que creemos crítico, de su evolución.

La finalidad docente nos ha llevado a sacrificar erudición y lucimiento y a ir por derecho a la línea que hacemos propia, sin ignorar por ello sus posibles riesgos, ni, por supuesto, sus créditos con otras doctrinas, que no sólo no ignoramos sino que proclamamos (sólo como hijos de una tradición se puede aspirar a hacer ciencia). Por virtud de este planteamiento hemos prescindido de notas bibliográficas; las referencias que se hacen al final de cada capítulo, limitadas a los autores españoles, no intentan justificar o apoyar el texto, sino sólo ofrecer al lector la posibilidad de ampliar o contrastar el estudio del tema. Sin embargo, hacemos un uso sistemático, aunque selectivo, de la jurisprudencia, supuesta la idea del Derecho con la que operamos.

Nuestra colaboración en la redacción de este libro, justificada en la amplitud del proyecto que ponemos en marcha, está sustentada ella misma en una larga colaboración universitaria y profesional y, por tanto, en una identidad básica de posiciones y de criterios. Los dos nos hacemos responsables del conjunto y para ello lo hemos revisado mancomunadamente, lo que no impide que la redacción base de cada capítulo sea siempre de hecho atribuible a uno solo, y así lo haremos constar, para evitar ambigüedades, al comienzo de cada tomo, con la reserva de que esa redacción base está siempre realizada sobre un proyecto común y después corregida y aceptada por los dos.

Entre nuestro capítulo de reconocimientos, que sería enojoso intentar agotar ante el lector, destacaremos sólo al ya numeroso conjunto de colaboradores que la primera Cátedra de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de Madrid (Complutense) ha tenido la gran fortuna de encontrar a lo largo del tiempo. Ellos redactaron unos Apuntes sobre las explicaciones orales que han sido de gran utilidad para preparar esta versión menos circunstancial. Ellos han seguido y

estimulado este proyecto, que se ha beneficiado también de sus generosas sugerencias. Nuestra sincera gratitud.

Junio de 1974

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA. 1. *El concepto de Administración en la evolución del Derecho Administrativo.* 2. *La Administración como persona jurídica.* 3. *«Excursus» sobre la división de los poderes.* 4. *Actividades administrativas de los órganos constitucionales del Estado.* A. La posición mixta del Gobierno. B. La realización de funciones administrativas materiales por parte de Órganos constitucionales. 5. *La pluralidad de Administraciones Públicas y las técnicas de reducción a la unidad.* 6. *La caracterización jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento positivo en vigor.* II. EL CONCEPTO POSITIVO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. *El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas.* 2. *Consecuencias de este concepto.* A. El Derecho Administrativo es un Derecho Público. B. El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas. C. La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa. a. La actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado. b. La llamada actividad administrativa de los particulares. c. La intermediación de la Administración en relaciones materialmente privadas y la correlativa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa. d. El segundo término de la relación jurídico-administrativa: clases de relaciones. 3. *La especificidad del Derecho Administrativo y sus características: el equilibrio entre privilegios y garantías.* III. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. 1. *La cuestión a resolver y las respuestas tradicionales.* A. La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. B. El criterio del servicio público. C. El criterio de la prerrogativa. 2. *Las zonas de fricción y su limitación: carácter instrumental de la utilización del Derecho Privado por la Administración.* 3. *El «giro o tráfico administrativo» como función típica de la Administración regulada por el Derecho Administrativo.* 4. *El problema del entrecruzamiento del Derecho Administrativo y del Derecho Privado: la técnica de los actos y cuestiones separables y las cuestiones prejudiciales o incidentales.* IV. RECAPITULACIÓN.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA

La más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que, desde la perspectiva neutra de las técnicas de organización o de los métodos de trabajo ambas clases de administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario (tampoco nunca totalmente abstracto e intercambiable) por la llamada Ciencia de la Administración.

Así planteada la cuestión (el Derecho Administrativo como Derecho

de esa realidad del mundo político que es la Administración Pública), la primera y fundamental pregunta a resolver es qué cosa sea la Administración Pública para el Derecho Administrativo.

La pregunta, aparentemente sencilla, ha sido, sin embargo, el centro de los debates que han hecho posible la elaboración dogmática del Derecho Administrativo. Las respuestas y soluciones han sido muchas y dispares a lo largo de los dos siglos de historia de la disciplina.

No vamos, sin embargo, a reseñar ese largo itinerario, que no es imprescindible seguir para el objetivo que nos es ahora propio.

1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN EN LA EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania en una aportación capital, sin duda tomada en préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica (ALBRECHT, GERBER, LABAND, JELLINEK). El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así —dice GERBER— en el presupuesto de toda construcción jurídica del Derecho Público.

En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, *pása* a ser considerado entonces como una *función* del Estado-persona.

El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar. La cuestión será entonces la de averiguar en qué consiste, concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado.

El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para

edi
cor
suti
dío
fun
org
púb
o a
act
can
pre
trar
(es
nor
sen
con
for
dor
ble
exo
abs
Cor
Car
V, I
«qu
con
en
nist
aba
del
culi

tiva
tiva

nist
Adr
sier
tuci
el p

2.

Púb
obj

34.1.

edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia —y también uno de los más baladíos—. Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos (esta tesis dominó la primera mitad del siglo pasado en Francia), o actuación bajo formas jurídicas peculiares (acto de autoridad primero, acto-condición y acto subjetivo en DUGUIT, actuación ejecutoria, etc.). El cansancio de este prolongado esfuerzo dialéctico se manifestó en la sorprendente adopción final de fórmulas exclusivamente negativas: administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar (escuela alemana, desde MAYER, que reaparece insólitamente en la Ley norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946), criterio cuyo sentido vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales, en tanto que el resto —un conglomerado o aluvión histórico, donde se mezclan funciones y competencias heterogéneas— no es reducible a ninguna técnica formal uniforme; o tesis de la «regla o cláusula exorbitante», desempolvada en Francia (porque tiene un claro origen absolutista: los derechos del Príncipe *exorbitant a iure commune*; nuestras Cortes de Valladolid de 1442 protestan ante el Rey de que en las Reales Cartas «se ponen muchas exorbitancias de derecho»; en la Ley 7.^a, Título V, Libro III, de la Novísima Recopilación, se habla de las Cartas Reales «que las mandamos dar de nuestro *proprio motu* y poderío Real absoluto, con otras exorbitancias») tras la crisis de la doctrina del servicio público, en la última postguerra, y que se limita a catalogar en el Derecho Administrativo las regulaciones Estado-ciudadanos que salen (por arriba o por abajo; privilegios en más y en menos: RIVERO) de los moldes establecidos del Derecho Privado, renunciando a una explicación uniforme de esa peculiaridad.

¿Es verdad que hay que acoger cualquiera de esas explicaciones negativas, una vez que se ha constatado el fracaso de una caracterización positiva de la función de administrar?

La cuestión ha de plantearse más hondamente: si es cierto que administrar sea una simple función abstracta jurídicamente definible y que la Administración como organización carezca de toda sustantividad propia, siendo un simple complejo orgánico relativo, aunque más o menos constitucionalizado, que ha de referirse a la verdadera entidad sustantiva desde el punto de vista jurídico, el Estado. Apuremos esta vía crítica.

2. LA ADMINISTRACIÓN COMO PERSONA JURÍDICA

Lo primero que hay que notar, en efecto, es que la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El fracaso de cuantos intentos se han realizado en

esta dirección es la mejor prueba de la inutilidad de insistir en este punto. La movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo —material o formal— de administrar. Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. A su vez, las técnicas formales de administrar varían también circunstancialmente, por lo que sería vano intentar aislar una de ellas como prototípica y definitoria: así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas, que por sí sola bastó en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica «doctrina del servicio público» que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión *ad extra* de servicios públicos inequívocamente tales —ferrocarriles, electricidad, gas—; por otra, la aplicación del derecho público —en cuanto a la forma de personificación y organización— para gestionar actividades sustantivamente privadas).

La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. *Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica.* Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justificable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo.

Conviene notar que lo que acaba de afirmarse está muy lejos de la teoría de la Escuela alemana de Derecho Público, que sostuvo por vez primera, como antes vimos, la personalidad jurídica del Estado, notoriamente sobre los supuestos del idealismo hegeliano. La personalidad del Estado en su conjunto es sólo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto del Derecho Internacional en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública.

3. «

nistra
orgán
es la
la coi
nifest
trucci
dida
cuerp
la Mc
aquí e

P
inglés,
rona,
an ent
Coron
mento
una re
del mo
diente,
sujetos
contrat
concre
LAND, s
precisa
tendrer
afecta a
su princ

Por
órganos
cho que
estataliz
las costu
man par
de princ
criterio
Leyes no
se limita
de la ind
de COKE
del Dere
Juez es v
(aunque
terrae, coi

3. «EXCURSUS» SOBRE LA DIVISIÓN DE LOS PODERES

Puede ser útil acudir para verificar el anterior aserto (sólo la Administración Pública está realmente personificada dentro del vasto complejo orgánico que llamamos Estado) a la realidad constitucional inglesa, que es la más alejada, como es obvio, tanto de los dogmas absolutistas, donde la concentración de poderes y el intento monopolizador de todas las manifestaciones del Derecho alcanzó carácter patológico, como de las construcciones jurídicas hegelianas, construcciones explicables en cierta medida como una sublimación de esa realidad absolutista, que hace un cuerpo único del Estado, del Derecho y aun, con ellos, de la Religión y la Moral. Como en tantas ocasiones, el ejemplo inglés puede resultar aquí esclarecedor.

Pues bien, resulta que la propia palabra *Estado* es extraña al Derecho inglés, mucho más el concepto. En vez de éste, encontramos el de *Corona*, al que se refiere toda la organización administrativa (*the state is not an entity recognised by our law. The State is the crown: ALLEN*). Pero junto a la Corona está el Parlamento, como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (o pueblo), *King and Parliament*, no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizados en ninguna pretendida unidad superior. Ambos sujetos están simplemente en relación, como lo están las partes de un contrato, nexo en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad; concretamente, Rey y pueblo son *reciprocally trustees for each other* (MAITLAND, sobre conceptos de LOCKE). No tiene objeto que intentemos ahora precisar el contenido de esa relación de *trust* o de fiducia (más adelante tendremos ocasión de volver sobre ello); baste notar que esa relación que afecta a ambos sujetos afirma y no disuelve su respectiva individualidad, su principio propio e incommunicable, su diversidad, en fin.

Por su parte, los Tribunales tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del «derecho de la tierra», *the law of the land*, derecho que, por su parte —y ésta es la idea esencial del *common law*—, no está estatalizado, no es un producto de la voluntad del Príncipe, sino obra de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales (las Leyes no forman parte, como es sabido, del *common law*, sino de un *statute law* carente de principios generales, y, por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo —principio del *control of the common law over statute*—; las Leyes no integran por eso un verdadero *ius* orgánico y general, sino que se limitan a resolver *local conditions and situations*: POUND). La idea esencial de la independencia de la Magistratura —y así se ve en la famosa polémica de COKE— no es más que una implicación natural de la independencia del Derecho respecto del Príncipe, pero expresa certeramente que el Juez es visto como un órgano propio, no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta), sino de la *lex terrae*, como *viva vox legis*, o *lex loquens*, teniendo en cuenta que aquí *lex*

no expresa la voluntad de un imperante, sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido. Si el Juez no puede recibir órdenes del Rey es porque el Rey no tiene la disponibilidad sobre el derecho, porque el Juez no actúa según la voluntad del Rey, sino *is sworn to execute justice according to law and the customs of England* (*Case of the Prohibitions del Rey*, 1612, redactado por el gran COKE).

Muy sumariamente, ésta era, y sigue siendo en lo fundamental, la realidad inglesa de la pluralidad de los poderes, pluralidad que se unifica solamente en la idea de *constitution*, que es una idea simple y confesadamente estructural. Mediante una transposición típica de la razón política continental, MONTESQUIEU volatilizará su esencia profunda convirtiéndola en un simple arbitrio práctico e instrumental, en una técnica organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad. Esta imagen rebajada será más tarde fácil presa de la concepción transpersonalista del Estado propia del idealismo alemán, que reduce los poderes a simples órganos de un ente superior.

En el propio Derecho Continental la situación es semejante, contra lo que suele ser la opinión común. El Parlamento, más que un órgano del Estado, es, como precisa el artículo 66 de la Constitución, un órgano del pueblo, auténtico titular de la «propiedad del poder» (HAURIU, art. 1.2 de la Constitución), titularidad que ejerce a través de sus tres funciones esenciales: el control del Gobierno, la aprobación de las Leyes y la adopción de las decisiones políticas fundamentales. No es casual que los Parlamentos de todos los sistemas políticos se constituyan sobre el principio de la representación política —representación del pueblo—, sean cuales sean sus técnicas concretas: así, el citado artículo 66.1 de la Constitución: «Las Cortes Generales representan al pueblo español». La Ley como producto típico del Parlamento, no es una manifestación de la «voluntad del Estado», supuesto ente místico transpersonal, sino una simple autodisposición de la comunidad (representada en el Parlamento) sobre sí misma, en los términos que habremos de concretar más adelante.

El Juez, por su parte, tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que ésta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza. Lo cual se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la «voluntad del Estado», sino una función de la comunidad, función que, frente a un legalismo ingenuo (que no sólo la teoría rechaza, sino que la experiencia práctica más elemental desautoriza totalmente), nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos. Justamente es el Juez el inexcusable órgano a través del cual se hacen presentes en la vida jurídica las fuentes del Derecho no formalizadas o estatalizadas (la costumbre, los principios generales del Derecho), que, como hemos de ver

más despacio, se introducen inevitablemente a lo largo de todo el proceso aplicativo.

Es claro, en todo caso, que el Juez, en el ejercicio de sus funciones de tal, no está organizado dentro del Estado, aspecto sustancial que tiende a banalizarse cuando se presenta como un simple arbitrio práctico el postulado de su independencia. La relación entre el Derecho y el Juez es directa, sin que ningún otro sujeto u órgano pueda intervenir en el momento de tomar sus decisiones.

La situación de la Administración Pública es, por el contrario, completamente distinta. La Administración Pública se encuentra totalmente organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad —que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad—, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada. Así, la Constitución, al referirse a la Administración, además de subrayar como primera nota definitoria su carácter servicial (art. 103.1: «La Administración Pública *sirve* con objetividad los intereses generales»), extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada o sometida (art. 103.1: «con *sometimiento* pleno a la Ley y al Derecho»; art. 106.1: «Los Tribunales controlan la... legalidad de la actuación administrativa, así como el *sometimiento* de ésta a los fines que la justifican»); no es simple retórica constitucional, es la esencia misma de esa realidad política.

Pues bien, esta organización servicial de la comunidad (especie de empresa de gestión de negocios dirigida a la vez en interés del gobierno del Estado y en el interés del público, como dirá HAURIUO), que es la Administración Pública, aparece con una personalidad jurídica propia, y para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sola como organización y que deja fuera, como hemos tratado de subrayar, a los órganos legislativos y judiciales. La tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca, ha tendido a ver en el concepto de Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único, lo cual ha sido aún reforzado por la reelaboración teórica efectuada desde la filosofía idealista alemana (por cierto, inmersa ella misma en un absolutismo de estricta observancia, que intenta sublimar en un «espíritu objetivo» transpersonal). Pero para un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien como un simple *compositum* estructural del que interesa retener, y no difuminar, sus elementos reales y sustantivos.

El dogma de la personalidad jurídica del Estado como expresión de un supuesto ente transpersonal se formó en Alemania en el XIX para encubrir, so capa del mismo, como ya notó HELLER, el problema político básico de la titularidad de la soberanía; ni al pueblo, por razones obvias, ni al monarca, porque la confesión ya resultaba escandalosa: la soberanía, se concluyó, pertenece al Estado, entendido como un ente abstracto del cual todos los protagonistas de la vida política real serían a lo sumo simples órganos (por cierto, que, por idénticas razones, la franquista Ley Orgánica del Estado de 1967, art. 1.1, recayó en la misma idea). Hoy la Constitución española, artículo 1.2, establece sin ambigüedades que la soberanía radica en el pueblo. Sobre el cimiento de esta realidad básica, toda la construcción política es instrumental y nada impone sustantivarla ni aislarla de ese origen, tratándola como una entidad abstracta. Como ha notado SHEUNER, el Estado es una «cooperación institucionalizada de los ciudadanos» a través de una ordenación de órganos y de funciones y nada justifica «encubrir los problemas de una asociación de personas... mediante la idea de un poder estatal sustantivado dotado de una voluntad propia». La Ley no es la voluntad del Estado, es la «voluntad general» o de todos, como precisa el Preámbulo de la Constitución y resulta del artículo 66 de ésta. La Sentencia tampoco necesita explicarse como el producto quintaesenciado de un ente místico: es la expresión concreta del Derecho sobre el que el pueblo vive (cfr. art. 117.1 de la Constitución: «la justicia emana del pueblo»). En parte alguna, ni aun en la doctrina alemana actual, por supuesto, esos actos públicos básicos son explicados desde la teoría del Estado como una entidad sustantiva, explicación que sería, además, profundamente antidemocrática. Permítase esta cita de Konrad HESSE: «a la concepción actual del Estado... le está vedada la vuelta a representaciones del mismo como una unidad sustantiva dada, situada más allá de las fuerzas históricas reales..., aislando al Estado de su sustrato sociológico».

En cambio, la personificación de la Administración no necesita de mística alguna. La Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. Entre todos los poderes del Estado, sólo ella actúa según esta técnica —con la reserva que inmediatamente haremos sobre los aparatos de sostenimiento de ciertos órganos constitucionales—. Por ello entre los actos y decisiones de la Administración, por una parte, y la Ley y las Sentencias, por otra parte, existe —y precisamente desde el punto de vista jurídico— una insalvable heterogeneidad, que se desconocería gravemente si unos y otros productos se imputasen al mismo agente.

Desde esta perspectiva se impone así la consideración de la Administración como una organización dotada de personalidad jurídica, nota que basta para individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.

4.

A.

jur
un
órg
de
tid
ne:
pequ
glo
bie
mi
terlas
V c
les:
san
etcsup
cor
par
Co:
cor
res
la /
tod
Co:
cor
tari
Co:
cio
De:
adr
cor
ni
que
«di
nis

II. EL CONCEPTO POSITIVO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ES EL DERECHO PROPIO Y ESPECÍFICO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN CUANTO PERSONAS

Antes de hacer mayores precisiones conviene recordar la existencia de dos clases de Derechos: Derechos generales y Derechos estatutarios.

Un Derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Civil. Hay otros Derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común. A estos Derechos se les puede denominar Derechos estatutarios, revalorizando así convencionalmente la vieja terminología medieval. El Derecho Canónico es un ejemplo claro de Derecho estatutario, ya que no se refiere a una abstracta función sacral o religiosa, sino que regula las relaciones jurídicas de unos entes específicos, incluso cuando no se refieren directamente a la función sacral. Por esta razón, en el Derecho Canónico figuran preceptos sobre propiedad, prescripción, procedimiento, penas, etc. El propio Derecho Mercantil ha sido, también, un Derecho estatutario típico en su origen y desarrollo (Derecho de los mercaderes). A partir de la Revolución francesa y la codificación napoleónica, el Derecho Mercantil se transformó en un Derecho de base objetiva, regulador de los actos de comercio (así figura concebido en el vigente Código de Comercio), pero últimamente tiende a ser considerado de nuevo como un Derecho de base subjetiva, de carácter estatutario, como el Derecho propio de las empresas mercantiles.

Pues bien, algo semejante sucede con el Derecho Administrativo, que no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un *Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.*

2. CONSECUENCIAS DE ESTE CONCEPTO

A. El Derecho Administrativo es un Derecho Público

Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre tales relaciones afectan sólo a contados y

excepcionales sujetos), es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado.

El Derecho Administrativo está íntimamente interrelacionado con el Derecho Constitucional, en su sentido estricto de Derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica. Sin embargo, éste enuncia los principios básicos del ordenamiento, por la propia superioridad que dentro de éste presenta la Constitución misma, de modo que su superioridad sobre el Derecho Administrativo, como sobre cualquier otra rama del ordenamiento, no es discutible; por otra parte, su ámbito material es también más extenso, puesto que abarca a los aspectos del Estado que exceden de los propiamente administrativos. Ahora bien, esas diferencias materiales no concluyen en separación de ambas ramas, antes bien postulan una relación permanente entre las mismas, como se manifiesta en el tratamiento conjunto de las dos por los mismos especialistas, que es común en todo el mundo occidental. La superioridad normativa de la Constitución no es un postulado abstracto, como habremos de ver en el capítulo siguiente, sino que penetra todas y cada una de las demás normas, y específicamente de las administrativas, pauta de la actividad ordinaria y más extensa del Estado, que expresan, por ello, un «Derecho Constitucional concretizado» (WERNER); todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución. Por otra parte, es un hecho que, especialmente en el mundo europeo, la teoría de las fuentes, la de los límites de la acción del Estado, la de la justicia aplicada a la actividad de éste, la de los derechos individuales disputando al poder áreas de respeto y protección, la de la organización pública, etc., se han formado en el Derecho Administrativo, sin cuyas aportaciones la ciencia del Derecho Constitucional sería difícilmente concebible. Una y otra ciencia resultan por ello indisociables como capítulos del mismo Derecho del Estado.

B. El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas

El carácter estatutario del Derecho Administrativo supone, como hemos dicho ya, que es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas. Esto quiere decir, por lo pronto, que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente a las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal. Dicho con otras palabras, el Derecho Administrativo es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos. Así pues, lo mismo que hay un Derecho Procesal o un Derecho Penal generales, hay también un Derecho procesal administrativo o un Derecho sancionatorio administrativo. El proceso, las penas o sanciones, los contratos, la propiedad, la responsabilidad, las servidumbres, la delegación, etc., todas las instituciones y téc-

ESPE-
ANTO

tencia
rios.

jetos.
os, en
os, en
pectos
minar
termi-
erecho
ligiosa,
ncluso
ción, en
ipción,
mbién,
de los
apoleó-
bjetiva,
vigente
ado de
, como

strativo,
ni tam-
aturaleza
de sujetos
do a estos

vo es un
ortantes.
a del Es-
trumento
o que las
nitente y,
los ciuda-
ontados y

nicas propias de los Derechos comunes sufren, cuando inciden sobre sujetos administrativos, un proceso de modificación o de modulación para adaptarse a las especiales características de estos sujetos y de las funciones que cumplen, dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, la delegación administrativa, etc. El Derecho Administrativo resulta ser, de este modo, el Derecho común de las Administraciones Públicas. Esta afirmación hay que entenderla como opuesta a la expresión Derecho especial. El Derecho Mercantil, por ejemplo, no es un Derecho común, sino un Derecho especial, ya que en las materias que él mismo no regula se aplica el Derecho Civil. En el Derecho Administrativo, por el contrario, la situación es completamente distinta: cuando en él hay una laguna, ésta se integra con sus propios principios sin necesidad de acudir a otros Derechos. Así lo viene declarando sistemáticamente el Tribunal Supremo.

Como bien se comprende, esta observación tiene un valor práctico de primera importancia, en relación a lo dispuesto en el artículo 4.3 (antes 16) del CC, según el cual «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes». En contra de la opinión tradicional de los civilistas, hay que decir que el artículo citado se refiere sólo a las leyes especiales del ordenamiento civil, pero no a las leyes especiales del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus mismos principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho Civil.

El Derecho Administrativo, en cuanto Derecho común de las Administraciones Públicas, no está formado solamente por normas positivas, sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar y completar esas normas, a las que acompañan, formando en torno a ellas un aura inseparable. Sobre ello hablaremos más despacio en el capítulo siguiente.

C. La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa

El carácter estatutario del Derecho Administrativo comporta una última y decisiva consecuencia: para que exista una relación jurídico-administrativa es preciso que, al menos, una de las partes en relación sea una Administración Pública. Esta afirmación requiere, sin duda, algunas precisiones.

a. La actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado

Al no ser referibles a la Administración Pública en cuanto persona, es claro que no están sujetas al Derecho Administrativo, como antes ya notamos, las supuestas «funciones administrativas» que realizan los órganos o entidades situadas fuera de la misma. Así, por ejemplo, la actividad

34.1.

de jurisdicción voluntaria que realizan los jueces y Tribunales, la policía de audiencia, los tratados internacionales, las pensiones extraordinarias concedidas por las Cortes, etc. Recordemos, no obstante, la extensión analógica que hace la LJ (art. 1.3) respecto de actos afectantes a terceros de las organizaciones de apoyo de ciertos órganos constitucionales independientes.

b. *La llamada actividad administrativa de los particulares*

Con todo, para ser rectamente entendido el requisito de la presencia de una Administración Pública para que una relación jurídica pueda ser calificada de administrativa es preciso tener en cuenta las observaciones que siguen.

La Administración Pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la **técnica de la concesión**, por virtud de la cual la **gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias**. En ocasiones, sin embargo, **la Administración concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio. Este ejercicio por el concesionario de las potestades de policía delegadas se traduce en actos** (imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio), **cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante**. Se trata, pues, de **verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa en lugar de la Administración Pública como delegado suyo**.

94

Es explícito en este sentido el artículo 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955 (RSCL), según el cual «los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley».

Este fenómeno de delegación se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismos efectos. El delegado (que puede ser otra Administración Pública o, incluso, un simple sujeto privado) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración Pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado. Así, por ejemplo, los actos dictados por las Asociaciones administradoras de concentraciones y agrupaciones de fincas forestales —sociedades civiles, mercantiles o cooperativas— para la ejecución de los

r-
a
es
li-
is-
o-
la
es
ue
ra-
en
lad
el

ico
4.3
se
En
e el
civil,
e es
mos
con
ados

admi-
tivas,
erpre-
tornó
en el

esario

na úl-
-admi-
ea una
as pre-

Estado
persona,
antes ya
os órga-
tividad

planes de aprovechamiento de las fincas agrupadas son recurribles ante la Administración Forestal, como si hubiesen sido dictados por ésta, según dispone el artículo 260 del viejo Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962. Un régimen análogo en materia urbanística, cuando la ejecución de los Planes se realiza por el sistema de compensación. Las Juntas de Compensación, que componen los propietarios que hayan asumido la función de urbanizar (art. 126 LS de 1976), dictan actos administrativos que son recurribles en alzada «ante la Administración actuante» (art. 127).

En consecuencia, cuando se dice que para que exista una relación jurídico-administrativa es necesario que esté presente en la relación una Administración Pública, habrá que comprender dentro de esta expresión no sólo lo que se señala en el artículo 1.2 LJ (la Administración del Estado; las Administraciones de las Comunidades Autónomas: las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a las anteriores), sino también a los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de cualquiera de estas Administraciones [aludidos en el art. 2.d) LJ].

Debe retenerse finalmente, sin perjuicio de que dediquemos a ello una atención particular más adelante (*vid.* capítulo VII), que la Administración puede crear y crea con toda frecuencia sociedades mercantiles para la gestión directa de los servicios públicos de su incumbencia [*vid.* art. 85.3.c) LRL, 3 LGP, 166 y sigs. LPAP, 154 LCAP y 53 y sigs. LOFAGE], lo que, en principio, remite al Derecho Privado la actividad de dichas sociedades y las relaciones que traben con terceros por razón del servicio público que gestionan.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica (*disregard of legal entity, lifting the veil*) surgida en los Estados Unidos con ocasión de la primera guerra mundial para hacer frente al problema que planteaba la aplicación de las normas dictadas en el curso de la contienda a sociedades de nacionalidad norteamericana cuyo capital estaba en manos de nacionales de las potencias enemigas, no duda en ciertos casos en prescindir del dato de la personalidad jurídico privada de las sociedades creadas por la Administración y en calificar como administrativos los actos por ellas dictados en el marco de la gestión de los servicios públicos que tienen confiados para evitar que esa personalidad separada se traduzca en un fraude a la Ley o en un escudo para eludir su responsabilidad en perjuicio de los terceros de buena fe con los que se relacionan. Las Sentencias de 3 de junio de 1991, relativa a la convocatoria por Mercamadrid, S. A., sociedad dependiente del Ayuntamiento de Madrid, de un concurso para la adjudicación de las operaciones de carga en el mercado de frutas y hortalizas de la capital, y de 31 de marzo de 1992, referente a un acuerdo de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A., que resolvió un contrato de arrendamiento de una vivienda de protección oficial de su

pro
de
de
ción
ahc
de
c.

lare.
entr
y, co
caso
ejem
les, c
com
a los
del l
octu
la en
34/2
11 de
que
priva
encir
análc
ment
contr
sisten
rio O
princ
cado
sustar
tració
dimie
las in
vencio
contra
dad d
113).
relació
esta r.
jurisdi
d. El
Si

propiedad a causa del incumplimiento por el arrendatario de la misma de las condiciones establecidas para el caso por la legislación reguladora de ese tipo de viviendas, ofrecen dos ejemplos muy expresivos de aplicación de dicha doctrina, que es forzoso por ello tener muy presente desde ahora (*vid.* también las Sentencias de 20 de febrero y 22 de septiembre de 1995).

c. *La intermediación de la Administración en relaciones materialmente privadas y la correlativa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Con frecuencia encontramos relaciones que se traban entre particulares, pero que una intervención en ellas de la Administración las hace entrar en el ámbito del Derecho Administrativo —parcialmente, al menos—, correlativamente, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es el caso de la actividad administrativa que PARADA ha llamado «arbitral» (por ejemplo, la inspección laboral, referente a contratos y relaciones laborales, el derecho de rectificación de informaciones en cualquier medio de comunicación social —Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984—, atañente a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de protección del honor). Un caso especialmente llamativo es la Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, modificada por la Ley 34/2010, de 5 de agosto, para incorporar la Directiva 2007/66/CE, de 11 de diciembre. Esos contratos, que cuentan entre los de más volumen que tienen lugar en el tráfico mercantil, son contratos materialmente privados, salvo alguna posible excepción, pero la Ley los somete, por encima de cierto volumen económico, a procedimientos de contratar análogos a los que son comunes a la contratación administrativa propiamente dicha (pliegos, prescripciones técnicas, clasificación de empresas contratantes, y, especialmente, los procedimientos de adjudicación por sistemas licitatorios, con publicidad de las licitaciones, incluso en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»), todo ello en interés de los principios de concurrencia o libre competencia que imponen en el mercado europeo los Tratados de la Unión. Pero, no obstante el carácter sustancialmente privado de estos contratos, la Ley habilita a la Administración, arts. 101 y ss., a resolver las reclamaciones atañentes a esos procedimientos tasados, tanto por vía principal como cautelar, e incluso a fijar las indemnizaciones que puedan proceder por su infracción. Esta intervención administrativa que, como se ve, no atañe al fondo de la relación contractual, determina la competencia correlativa para enjuiciar la legalidad de esa intervención a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 113). Es un caso paradigmático de administrativización parcial de una relación jurídica privada de base, sin perjuicio de que sobre el fondo de esta relación, una vez formalizada, se mantenga la competencia de la jurisdicción civil.

d. *El segundo término de la relación jurídico-administrativa: clases de relaciones*

Si uno de los términos de toda relación jurídico-administrativa tiene

que ser necesariamente una Administración Pública, en el sentido que acabamos de exponer, el otro puede serlo bien un administrado, bien otra entidad administrativa o bien, incluso, la misma Administración Pública en una relación reflexiva o interna.

El primer supuesto (relación Administración-administrado) es el más común, el más importante incluso, desde una perspectiva política elemental, pero no el único.

OK
CA
El segundo supuesto (relaciones inter-administrativas) es también frecuente. Todas las técnicas de engarce entre la Administración del Estado y las múltiples Administraciones Públicas infraestatales (territoriales, corporativas o institucionales) resultan de este tipo de relaciones, bien con la supremacía de la primera, bien en relaciones paritarias, en las que ninguna de las Administraciones afectadas ostenta una posición superior; así será común en la relación entre Administración del Estado y Comunidades Autónomas, ordenadas alrededor del principio constitucional de separación o competencia, en órdenes competenciales diversos, aunque eventualmente colaborativos, como hoy regulan los artículos 4 y siguientes de la LPC. El Título I de la LPC regula formas específicas de este tipo de relaciones (Conferencias Sectoriales, Convenios de Colaboración, Consorcios).

El tercer supuesto (relaciones reflexivas trabadas en el seno de una Administración Pública entre sus partes integrantes, que se funcionalizan como relaciones jurídicas a través de los titulares de los órganos respectivos; por ejemplo, la relación de jerarquía; las del régimen de funcionarios públicos) alude al ámbito de la organización, a las relaciones de organización. El tema de la organización es polémico, sin embargo. Una importante corriente doctrinal estima que la organización queda fuera del Derecho Administrativo, ya sea por razones dogmáticas (al entender que la relación jurídico-administrativa sólo puede establecerse entre la Administración y los administrados), ya por razones sistemáticas (por ejemplo, en Alemania, donde tradicionalmente se han venido estudiando dentro del llamado Derecho estatal o *Staatsrecht*, parcialmente equivalente a lo que en España se incluye en el Derecho Constitucional).

Para los autores que conciben la Administración Pública como una función es claro que los temas de organización no pueden integrarse en el Derecho Administrativo, ya que, obviamente, la organización no es una función. La utilidad y conveniencia de estudiar esta materia dentro del Derecho Administrativo indujo, sin embargo, a algunos de estos autores a justificar la inserción de la misma en su sistemática con argumentos más o menos forzados. Así, se ha dicho que la organización, aunque no es propiamente actividad administrativa, es un presupuesto de ésta o una subespecie de la función administrativa, o bien que, al estar dirigida a la actividad, puesto que lo que pretende la organización es asegurar una acción eficaz, existe una íntima interdependencia entre ambas. Muchos

autoc
Dere
men

cho
e inc
mier
con

estru
deter
Así c
trans
funci
posib
al me
consi
de su
derar
el De

I
dame
de la
Admin
estatu

3. LA
RA
GA

D
idea c
torno,
minist
Estado
comer
RIOU).
cio ob
eficaci
de pot
de actu

As
su sola
los par
mediar

autores, aun estimando que, en rigor, la organización no pertenece al Derecho Administrativo, la estudian dentro de él por razones simplemente didácticas, históricas o de pura inercia.

Frente a estas actitudes hay que sostener, sin embargo, que el Derecho de la organización tiene un lugar dentro del Derecho Administrativo, e incluso un lugar preeminente, ya que se refiere a su parte más estable, mientras que la actividad administrativa propiamente dicha varía mucho con el tiempo y las circunstancias.

Por otro lado, el criterio de la organización, de la integración en la estructura administrativa, es fundamental, como veremos, a la hora de determinar si una entidad pertenece o no a la Administración Pública. Así ocurre, por ejemplo, con las empresas públicas (una empresa de transporte o una empresa de telecomunicaciones, por ejemplo). Por la función que realizan o la actividad empresarial que despliegan no habría posibilidad de integrarlas en la Administración Pública, ni de someterlas, al menos en ciertos aspectos, al Derecho Administrativo. Si se toma en consideración el aspecto organizativo, en cambio (por ejemplo, el hecho de su adscripción en una entidad pública), entonces es ya posible considerarla parte de la Administración Pública y aplicarle, en lo que proceda, el Derecho Administrativo.

La concepción estatutaria del Derecho Administrativo justifica sobradamente, y aun prioritariamente, la inclusión en su ámbito del derecho de la organización en tanto que ésta determina la constitución de las Administraciones como sujetos, que es el primer tema de todo derecho estatutario.

3. LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS CARACTERÍSTICAS: EL EQUILIBRIO ENTRE PRIVILEGIOS Y GARANTÍAS

Definido ya el Derecho Administrativo, corresponde ahora dar una idea de sus características principales. Dichas características giran en torno, naturalmente, a la singularidad de los sujetos que el Derecho Administrativo regula. La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una *potentior persona*, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (HAURIOU). La Administración Pública, que, como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia (art. 103.1 de la Constitución), dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutaban los sujetos privados.

Así, por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales (por ejemplo, adquirir de los particulares bienes o derechos sin contar con la voluntad de éstos mediante la expropiación forzosa) e, incluso, ejecutar de oficio por pro-

cedimientos extraordinarios sus propias decisiones *privilegio de decisión ejecutoria y acción de oficio* (por ejemplo, cobrar una multa por la vía de apremio, llegando, si es necesario, a enajenar los bienes del deudor para satisfacer de ese modo su crédito).

Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos. Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales (*privilegio de autotutela*).

La virtud ejecutiva de sus actos arrastra también otra importante consecuencia: el traslado a los particulares afectados por dichos actos de la carga de impugnarlos jurisdiccionalmente. El control jurisdiccional de los actos administrativos tiene así en principio un carácter impugnatorio, que matiza de forma importante, como en su momento veremos, la mecánica procesal. Este control de los actos administrativos se lleva a cabo a través de un orden jurisdiccional diferente al civil, de carácter judicial, pero especializado: la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que la Administración comparece, como regla general, en la más cómoda posición de demandada, adoptando los particulares que impugnan sus actos la posición de demandantes.

Por lo demás, la simple impugnación ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos no priva a éstos de su fuerza ejecutiva. El recurso contencioso-administrativo no suspende por sí mismo, como regla general, la eficacia del acto impugnado, que, a pesar del proceso trabado, puede desplegar todos sus efectos, salvo que los Tribunales acuerden la suspensión de los mismos, o dispongan otras medidas cautelares. El control jurisdiccional de la actividad de la Administración resulta ser, por consiguiente, sin perjuicio de otras posibilidades, un control *a posteriori, ex post facto*. La actividad de la Administración en el ejercicio de sus propios poderes, cuando se ejercita a través del procedimiento legalmente establecido, no puede ser turbado ni obstaculizado por los Tribunales fuera del ámbito de la justicia administrativa o de las formas procesales de los demás procesos cuando resulten procedentes contra la Administración. Un Tribunal de Conflictos resuelve los problemas que puedan suscitarse al respecto.

Los bienes de la Administración cuentan también con un *status privi-*

legia
blica
ción
neces
vada
legiac
en el

F
cir a c
a los
VERO)
partic
puede
nado
resulta
ser ar
patrim
de la v
final.]
puede
queda

Pe
gios, la
es req
los bie
Admin
sidad c
y jurisc

El
las Adr
supues
término
convier
cuando
nitiva, c
interés
tables, c

III. LÍ

I. LA C
Cu
no se al

legiado. Los de dominio público, es decir, los afectados a la utilidad pública, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y la Administración titular de los mismos puede recuperar su posesión perdida sin necesidad de ejercitar acción judicial alguna. La misma propiedad privada de la Administración (bienes patrimoniales) es una propiedad privilegiada, y caso de perderse su posesión, puede ser recuperada de oficio en el plazo de un año sin acudir tampoco a los Tribunales.

Esta sumaria descripción de privilegios no debe, sin embargo, inducir a equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los privilegios en más mencionados hay también privilegios en menos (RIVERO). La Administración es, con toda frecuencia, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. No puede ser arbitraria o parcial, como puede serlo cualquier particular con su patrimonio. La Ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la Administración que la ha adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.

Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada); otras, de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales para controlar la legalidad de su actuación).

El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, complejo, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.

III. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. LA CUESTIÓN A RESOLVER Y LAS RESPUESTAS TRADICIONALES

Cuando se habla de límites de aplicación del Derecho Administrativo no se alude al tema académico tradicional de las fronteras del Derecho

Administrativo con otras disciplinas más o menos afines, sino al problema de *cuándo ha de aplicarse el Derecho Administrativo y cuándo otros Derechos.*

El problema surge en razón del carácter estatutario del Derecho Administrativo, que, como todos los de su clase, no cubre la totalidad de las actividades de los sujetos que regula. Es, pues, posible siempre que los entes administrativos puedan quedar, en ocasiones, sometidos a otros derechos (Civil, Laboral, etc.).

El problema, así planteado, ha sido resuelto de muy diversas maneras según los tiempos y países. Hay que notar, al respecto, que en Francia, y en los países como el nuestro, que en este punto se mueven en su órbita (sistemas llamados de *régime administratif*, frente al modelo anglosajón), el problema no es, ni mucho menos, de carácter simplemente teórico. La dualidad de jurisdicciones, civil ordinaria y contencioso-administrativa, daba a las respuestas un especial dramatismo, porque de ellas dependía la competencia de las dos jurisdicciones en conflicto. Debe retenerse también que en el campo del Derecho Administrativo todo problema técnico-jurídico suele tener detrás un problema de poder. La opción por una u otra jurisdicción no era baldía, ya que durante mucho tiempo la jurisdicción contencioso-administrativa ha aparecido como sospechosa de ser un fuero privilegiado de la Administración y más benigno frente al fuero común de los Tribunales ordinarios. Al margen de estas sospechas, resta en pie, sin embargo, el problema técnico del reparto de competencias entre ambas jurisdicciones.

Tras este excursus, con el que ha querido subrayarse la trascendencia práctica del problema, conviene ahora dar noticia de las diversas respuestas que se han dado a éste a lo largo del tiempo.

A. La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión

Durante casi todo el siglo XIX se pretendió que el Derecho Administrativo ha de aplicarse a las Administraciones Públicas siempre que —y sólo cuando— actúan con «poder» o «autoridad», revestidas de *imperium*. Sobre esta idea se realiza la primera gran sistematización del Derecho Administrativo.

Según esta teoría, la Administración Pública realiza dos clases de actos: unos, de autoridad, realizados con *imperium*; otros, de simple gestión, actuando como un mero particular. El Derecho Administrativo se aplicaría así a los primeros, en tanto que los segundos quedarían sometidos al Derecho Privado.

Este criterio todavía tiene su reflejo en alguna jurisprudencia e, incluso, en la propia legislación (cfr. art. 2.2 LPC) y, de acuerdo con él, se pretende precisar la naturaleza de algunas instituciones —responsabilidad, contratos, propiedad— que pueden ser, en principio, reguladas tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Civil. De esta manera se dijo que si la Administración Pública contrata como poder, el contrato es

adm
priva
chos

B.

crisis
comp
vada.
autor
equiv
obrigi
ple),

públi
tiona
con i
Este
deos
tercio
de na
pulist
gund
de se
(incl
Telef
Oficia
eran
nes, p
ción

E
parec
unas
Ambr
activi
un mi
nistra

C. E

L
un nu
vieja
autor,
ción

administrativo; mientras que si lo hace como una simple persona jurídica privada, el contrato es civil o mercantil, sometido, por tanto, a estos Derechos (y a los Tribunales ordinarios).

B. El criterio del servicio público

La teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión entra en crisis a fines del siglo pasado, cuando se descubre un *tertium genus* que complica el esquema, la gestión pública, diferenciada de la gestión privada. Se descubre entonces que aquélla, a pesar de no revestir un carácter autoritario y no poder incluirse por ello entre los actos de imperio (el equivalente de lo que los autores alemanes han llamado *schlichte nicht obrigkeitliche Hoheitsverwaltung*: alta Administración no autoritaria o simple), debía ser enmarcada necesariamente en el Derecho Administrativo.

Para salvar estas dificultades se acudió al criterio material del servicio público, afirmándose al efecto que cuando la Administración Pública gestiona servicios públicos está sin más sometida al Derecho Administrativo, con independencia de que en tal gestión actúe con autoridad o sin ella. Este nuevo criterio, sobre el que se desarrolló la llamada Escuela de Burdeos (DUGUIT, JÈZE, BONNARD), entró, a su vez, en crisis en el segundo tercio del pasado siglo como consecuencia, fundamentalmente, de la ola de nacionalizaciones (la primera en 1936 por obra del gobierno frentepopulista de León BLUM, y la segunda en 1945, una vez terminada la segunda Gran Guerra). Se comprobó entonces, por un lado, la existencia de servicios públicos gestionados no ya por la Administración Pública (incluso con medios privados), sino por empresas de derecho privado (la Telefónica, por ejemplo, y más claramente, los que se llamaron Bancos Oficiales), e inversamente, que había casos en los que actividades que no eran servicios públicos (fabricación de automóviles, de barcos o de aviones, por ejemplo) eran gestionadas por una entidad pública con aplicación de inequívocos elementos publicísticos.

El resultado, complicado, según veremos, en la actualidad, es que parece imposible separar con claridad grandes bloques de actividades, unas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado. Ambos Derechos se entrecruzan inextricablemente en muchos actos y actividades de la Administración Pública, por lo que, incluso, dentro de un mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al Derecho Administrativo y otros al Derecho Privado.

C. El criterio de la prerrogativa

La polémica con la Escuela de Burdeos llevó a HAURIUO a formular un nuevo criterio que, en cierto modo, significa una revalorización de la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Según este autor, lo que provoca la aplicación del Derecho Administrativo es la actuación dotada de prerrogativa, entendiéndose por tal la realizada con medios

jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil.

Sin embargo, la tesis en cuestión es susceptible de graves reparos.

Por lo pronto, todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento —que, junto con la de policía y la de servicio público, forma el tríptico clásico de las formas de acción de la Administración—, se realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder. La Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas (fiscales, financieras, crediticias, etc.), que son libres de aceptar o no. Toda la «filosofía» de la planificación indicativa, que estuvo de moda en la última postguerra mundial, responde a este esquema. La Administración no trata de imponerse, sino de persuadir, de llegar a un concierto con los particulares.

2. LAS ZONAS DE FRICCIÓN Y SU LIMITACIÓN: CARÁCTER INSTRUMENTAL DE LA UTILIZACIÓN DEL DERECHO PRIVADO POR LA ADMINISTRACIÓN

Para resolver correctamente el problema planteado más atrás hay que comenzar recordando la definición ya dada del Derecho Administrativo: Derecho propio o estamental de unos sujetos singulares, las Administraciones Públicas.

En efecto, si se parte de esta definición y se tiene en cuenta que el Derecho Administrativo no es otra cosa que el Derecho común de la Administración Pública como tal sujeto singular, habrá que convenir en que tal Derecho se aplica a la Administración siempre y por principio, salvo cuando actúe en su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales. El problema no es, pues, el de determinar los límites positivos de aplicación del Derecho Administrativo, sino el inverso, sus límites negativos: cuándo y por qué se aplican a la Administración los Derechos generales, cesando así la aplicación de su ordenamiento estatutario específico.

Así planteada la cuestión, es fácil comprobar que la aplicación de algunos Derechos generales no suscita dificultad alguna. Hay, en efecto, Derechos generales que agotan las materias sobre las que recaen de forma que éstas sólo son reguladas por ellos. Así, el Derecho Procesal o el Derecho Penal. El mecanismo de aplicación de estos Derechos a la Administración es muy sencillo: cuando la Administración Pública incide en su campo propio (un proceso, un delito) se ve afectada por ellos.

Hay, sin embargo, otros Derechos generales que regulan las mismas materias que las que son objeto del Derecho Administrativo. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho Civil. Las figuras civiles del contrato, man-

dato
el D
lelis
nes
y ot
Der
por
el c
entr
y en
prop

duce

que
que s
dad i
sas p
no la
traba
das d
dificu

mas c
pend
por lo

F
forma
encor
previa
llama
mas y
ción a
que se
nistrat
nómic
mient
sus se
altern
utiliza
las soc
que in
12.ª L
pre, si
vadas

dato, responsabilidad, propiedad, etc., tienen su paralelo y su réplica en el Derecho Administrativo. Conviene advertir, no obstante, que este paralelismo no es total, que no todas las materias del Derecho Civil son comunes con todas las materias del Derecho Administrativo. Hay zonas de uno y otro Derecho en las que no es imaginable la fricción (la familia en el Derecho Civil, la organización municipal en el Derecho Administrativo, por ejemplo). Si se representaran ambos Derechos como dos círculos, el conflicto aparecería localizado en la zona secante en que ambos se entrecruzan, concretamente en una parte del Derecho de la organización y en el Derecho Patrimonial. Fuera de esa zona común, en los ámbitos propios de cada uno de ellos, rige pacíficamente uno u otro Derecho.

Examinemos a continuación esas dos zonas polémicas en que se produce la fricción.

En lo que se refiere al *Derecho de la Organización*, puede observarse que la Administración Pública utiliza en ocasiones formas organizativas que son propias del Derecho Privado. Así, por ejemplo, la forma de sociedad mercantil, concretamente de sociedad anónima, para muchas empresas públicas. Así, también el contrato de trabajo (obreros y empleados) y no la relación de función pública a la hora de configurar la relación de trabajo en alguno de sus servicios. Lo mismo ocurre con las formas privadas de contabilidad, para evitar los rigores de la contabilidad pública que dificultan gravemente la realización de ciertas actividades.

¿Qué significan todos estos fenómenos? Sencillamente, que las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente *instrumental* por los entes públicos.

Este carácter instrumental de la utilización por la Administración de formas y técnicas privadas se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público. Así, por ejemplo, aun cuando las llamadas sociedades estatales estén constituidas como sociedades anónimas y actúen en el tráfico de acuerdo con el Derecho Privado (Disposición adicional 12 LOFAGE), es siempre preciso para poder constituir las que se tome previamente una decisión, un acto de carácter público, administrativo (un Decreto del Gobierno o de los órganos de gobierno autonómicos o locales), al que se llega después de haber seguido un procedimiento también administrativo (art. 61 LOFAGE). A la hora de organizar sus servicios se ofrece al legislador o a la Administración Pública una alternativa, que, en principio, puede resolver libremente, optando por utilizar medios y formas públicas o formas y técnicas privadas (aunque las sociedades estatales mercantiles no podrán disponer de «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública»: Disposición adicional 12.^a LOFAGE). La decisión en que se plasman estas opciones tiene siempre, sin embargo, carácter público. La eventual utilización de formas privadas es, pues, un arbitrio puramente instrumental, práctico.

La existencia de este fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público (que se manifiesta incluso en el seno de la propia «entidad pública empresarial», ya que «la formación de la voluntad de sus órganos» se rige por el Derecho Administrativo: art. 53.2 LOFAGE) demuestra el error de aquellas corrientes doctrinales para las que la aplicación de técnicas de Derecho Público o de Derecho Privado carece hoy de contenido sustancial, siendo algo completamente accidental. Algún autor ha llegado a decir, incluso, que ni siquiera podemos acogernos a un criterio cuantitativo para distinguir el Derecho Público del Privado, ya que es probable que la Administración utilice hoy cuantitativamente más técnicas de Derecho Privado que de Derecho Público.

Estas afirmaciones son, por lo menos, gravemente equívocas, ya que entre unas y otras técnicas hay una diferencia fundamental, que consiste precisamente en que ese núcleo primero irreductible de Derecho Público que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como «poder público» en el sentido de la Constitución (art. 9), el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial. Por otra parte, el Derecho Administrativo es el Derecho necesario para la actuación del «poder público» que la Administración inexcusablemente es, y que como tal poder sólo puede justificarse en la Ley y no en el arbitrio de ninguna persona individual (art. 103.1 de la Constitución), más todas las reglas que la Constitución impone a la actuación de estos poderes (interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad, art. 9.3; procedimiento debido y participación de los interesados, art. 105; control judicial de la legalidad y del fin de la actuación, art. 106; inclusión en los Presupuestos Generales de sus finanzas, art. 134.2, y censura de cuentas por el Tribunal de Cuentas, art. 136), reglas que sólo el Derecho Público puede articular de manera efectiva.

En el supuesto del *Derecho patrimonial* el planteamiento y la solución son semejantes. Conviene, sin embargo, realizar al respecto algunas aclaraciones previas: a primera vista parece que las instituciones del Derecho Administrativo se presentan como una transformación o adaptación de las instituciones del Derecho Privado, de tal manera que a la propiedad corresponde el dominio público; a la contratación civil una contratación administrativa; a la responsabilidad civil, una responsabilidad administrativa, etc. En realidad, todas estas instituciones administrativas se han ido formando de una manera contingente en función de las circunstancias, como puede comprobarse en el Derecho comparado, donde se ve que algunas figuras civiles carecen de su correlativo administrativo. Así, en Alemania, por ejemplo, se desconoce la teoría del dominio público. El contrato administrativo sólo existe en los Derechos francés, belga y espa-

ñic
re,
las
de
fic
nis
lac
co:

esp
viza
nes
Tal
es -
nar
juri
bie:
oca
que
car
nist
a no
pro
peri
soci

uno
men
cons
que
loca
chas
que
son
a la

ción
ni m
Esta
exce:
Adm
radic
opon
dad c

ñol. La responsabilidad administrativa no aparece en España hasta la LEF, regulándose hasta entonces por el CC. Esto significa sencillamente que las instituciones administrativas han ido formándose a medida que en determinados países y en determinados momentos empezaron a ser insuficientes las instituciones civiles para atender las necesidades de la Administración Pública. Sólo cuando llega a notarse esta insuficiencia, el legislador (y, a veces, la jurisprudencia) se ven obligados a crear la correspondiente figura administrativa paralela a la del Derecho Privado.

A esto hay que añadir que, una vez creada una técnica administrativa especial para atender una necesidad determinada, dicha técnica se objetiviza y empieza a emplearse para casos distintos de los previstos, en ocasiones por simple comodidad de la Administración o por razones prácticas. Tal ocurre con frecuencia con el dominio público. El dominio público es —dicho en breves palabras— una propiedad pública afectada al funcionamiento de una utilidad pública y por ello protegida por un régimen jurídico especial (por ejemplo, una carretera, un embalse, etc.). Pues bien, esta institución, así configurada inicialmente, pasa a ser utilizada en ocasiones como un simple régimen jurídico aplicándose a ciertos bienes que no tienen, propiamente, esa funcionalidad y que por ello no tienen caracteres de tal (las minas, por ejemplo), sencillamente porque la Administración comprende que, considerados como de dominio público (pese a no estar afectados a un uso o a un servicio público), van a quedar mejor protegidos frente a las posibles usurpaciones de los particulares o va a permitirse una distribución pública por medio de concesiones, más útil socialmente que la que resultaría del libre comercio de las cosas privadas.

Hay que tener también presente que, en ocasiones, la aplicación de uno y otro régimen varía con el transcurso del tiempo. Las minas, al menos en algunas de sus manifestaciones, las aguas subterráneas, fueron consideradas durante mucho tiempo como propiedad privada, mientras que ahora son de dominio público. Los contratos de arrendamiento de locales para instalaciones administrativas fueron considerados hasta fechas relativamente recientes como contratos administrativos, pero desde que se ha desarrollado la legislación especial de arrendamientos urbanos son considerados contratos privados, sometidos, por tanto, al Derecho y a la jurisdicción civil.

En último extremo, conviene retener que, aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición. Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del Derecho Administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y el contrato administrativo al contrato civil, como si unos y otros

no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes.

Evidentemente, esto no es así, ya que en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico-jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. Este viene así no ya a oponerse al contrato civil, sino a constituirse en una variedad del supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil (S. MARTÍN-RETORTILLO).

Hechas estas aclaraciones, puede decirse ya que, en el ámbito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho Privado tiene normalmente el mismo carácter *instrumental* que antes hemos visto a propósito del Derecho de organización. La utilización del Derecho patrimonial privado por la Administración Pública es una utilización técnica, en cuanto ese Derecho ofrece esquemas técnicos objetivos susceptibles de ser usados en vista de la consecución de los fines propios del sujeto. También en este caso existe un núcleo último irreductible de carácter público (la decisión de celebrar un contrato privado, la selección del contratista, la inserción del patrimonio privado en la organización pública a los fines de su servicio instrumental). En el campo de la organización la Administración Pública cuenta con una cierta libertad (dentro de los límites legales, por ejemplo, los que establece la LOFAGE) para optar entre las técnicas de Derecho Privado y las técnicas de Derecho Público que tiene a su disposición, en tanto que en el ámbito del Derecho patrimonial carece, por lo general, de esa libertad y tiene que someterse, como regla general, a una norma de Derecho Público o a una de Derecho Privado. Así, por ejemplo, en ciertas materias (concesión de obra pública, gestión de servicios públicos, suministro y servicios, más el nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado) la Administración Pública no puede contratar conforme a las reglas del Derecho Privado, sino que tiene que sujetarse a las del Derecho Administrativo y realizar preceptivamente contratos administrativos [*vid.* art. 19.1.a) de la Ley de Contratos del Sector Público de 30 de octubre de 2007, en adelante LCSP]. Tratándose de bienes patrimoniales, cuando éstos han sido usurpados y poseídos por los particulares durante más de un año, la Administración no puede recuperarlos conforme a las vías del Derecho Administrativo, sino que tiene que acudir a los Tribunales ordinarios.

En el capítulo VII, *infra*, estudiaremos más detenidamente este tema por lo que hace a la creación por la Administración de entes total o parcialmente sometidos al Derecho Privado. Veremos allí que últimamente esta posibilidad ha sido utilizada en buena parte como un intento de «huida del Derecho Administrativo» (CLAVERO), lo que, por las razo-

nes ya
y princ

¿C
Pública
al Dere
respues
de apli
en los
casos e
decir, u

A c

3. EL
DE
NIS'

En
la acció
expresió
106.2 de

La
material
aplicand
mente, c
(Derech
ñado pa
tráfico e
19.1.b) L
estricto c
variedad
recta de
compre
en cuant

Las c
ral a la se

La p
apriorísti
tráfico ac
Derecho
habrá qu
positivo.

La se
podido lo
(o del De

nes ya apuntadas más atrás, no es posible totalmente sin atentar a reglas y principios constitucionales.

¿Cuál será entonces el criterio para saber cuándo la Administración Pública ha de someter sus actividades al Derecho Administrativo y cuándo al Derecho Privado en la zona concreta de conflicto así localizada? En respuesta a esta pregunta puede darse la siguiente regla general: se han de aplicar las instituciones propias del Derecho Administrativo, aparte de en los puntos nucleares de la organización, como hemos visto, en los casos en que la Administración Pública realiza una «función típica», es decir, una actividad propiamente administrativa.

A continuación explicaremos esto con mayor detalle.

3. EL «GIRO O TRÁFICO ADMINISTRATIVO» COMO FUNCIÓN TÍPICA DE LA ADMINISTRACIÓN REGULADA POR EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En el Derecho español hay una expresión tradicional que caracteriza la acción típica que la Administración Pública realiza en cuanto tal: la expresión «obras y servicios públicos» (empleada, por ejemplo, por el art. 106.2 de la Constitución).

La expresión debe tomarse no en sentido técnico, sino en sentido material, como «giro o tráfico» del instituto administrativo en cuanto tal, aplicando el concepto que el Derecho Mercantil —que es hoy, básicamente, de carácter estatutario también, como el Derecho Administrativo (Derecho de los comerciantes y de las empresas mercantiles)— ha acuñado para fines análogos [por cierto, que la expresión misma de «giro o tráfico específico de la Administración» aparece hoy recogida en el art. 19.1.b) LCSP]. Se trata, pues, no ya de servicios públicos en el sentido estricto que intentó categorizar la Escuela de Burdeos, es decir, de una variedad de la actividad administrativa caracterizada por la entrega directa de prestaciones a los particulares, sino de algo mucho más amplio, comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales.

Las dificultades se plantean al tratar de pasar de este principio general a la solución de los casos concretos.

La primera de ellas radica en el hecho de que no hay una norma apriorística que nos diga qué actos quedan comprendidos en el giro o tráfico administrativo y, mucho menos, qué actos quedan sometidos al Derecho Administrativo. En consecuencia, la respuesta al caso concreto habrá que buscarla en las normas propias del mismo según el Derecho positivo.

La segunda dificultad estriba en que, aun suponiendo que se haya podido localizar una materia bajo el imperio del Derecho Administrativo (o del Derecho Privado), siempre resulta, como hemos advertido ya, que

en esa actividad se insertan y entrecruzan elementos de otros Derechos, incluso dentro de un mismo acto o negocio singular.

En la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) de 13 de noviembre de 2003, reguladora de la propiedad o patrimonio privado de la Administración, se utilizan predominantemente técnicas de Derecho Privado, pero, junto a ellas, los elementos de naturaleza pública son constantes. Otro tanto ocurre en materia de contratos, tanto de contratos privados de la Administración como de contratos administrativos *stricto sensu*, en que bajo la cobertura jurídico-pública alienta una relación causal sólo comprensible en términos del Derecho privado de obligaciones. En cualquier caso, como ya se dijo, siempre hay un último núcleo de carácter público en toda actuación de la Administración regida por el Derecho Privado. La separación de este núcleo público del bloque de actividad o del acto o negocio en cada caso considerado es siempre posible. De este modo, la segunda de las dificultades antes apuntadas puede ser superada.

4. EL PROBLEMA DEL ENTRECRUZAMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DEL DERECHO PRIVADO: LA TÉCNICA DE LOS ACTOS Y CUESTIONES SEPARABLES Y LAS CUESTIONES PREJUDICIALES O INCIDENTALES

La doctrina de los actos separables surgió en Francia como arbitrio para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa a propósito de los contratos celebrados por la Administración y en la actualidad ha sido plenamente recibida en nuestro Derecho, primero por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir del célebre asunto del arrendamiento -privado- por el Ayuntamiento de Sevilla del Hotel «Andalucía Palace», Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y Sentencia de 4 de febrero de 1965, que confirmó en apelación la de la Audiencia Territorial de Sevilla de 13 de noviembre de 1962), y después, por la propia legislación (hoy por la LCSP, art. 21.1).

Sin perjuicio de analizar más adelante esta técnica con mayor detalle cuando se estudien los contratos de las Administraciones, conviene dar ahora una breve explicación de su mecanismo. Sumariamente, consiste en lo siguiente: la Administración puede en ciertos casos [concretamente, cuando no actúa en el ámbito de su «giro o tráfico específico» y cuando el objeto del contrato no es la ejecución de obras, la concesión de obras públicas, la gestión de servicios públicos, el suministro, la prestación de ciertos servicios: *vid.*, art. 19.1.a) LCSP] contratar de acuerdo con el Derecho Privado. Pero la Administración es una organización pública cuyo proceso de formación de la voluntad se rige por un procedimiento (público) tasado. Por lo demás, la Administración, en cuanto maneja unos fondos públicos, debe atenerse a los presupuestos en cada caso aprobados. No puede, en definitiva, gastar sino cuando existe crédito bastante en el presupuesto, ni puede contratar con quien desee, sino sólo con

quier
más v
esto s
privac
tradu
y rigu
contr
adjud

7
perfe
de ell
las cu
rios; ;
omiti
era de
más
cuant
gener
del c
nistra

A
tiones
antes
por su
Minis

A
tració
públic
del bl

E
de De
a la p
dose
creaci
zación
de ab
empre
en la
pecta
ejerci
camer

E
vado e
produ

quien resulte vencedor en una licitación pública por ofrecer condiciones más ventajosas, desde el punto de vista económico o cualquier otro. Todo esto supone que, antes de llegar al contrato y a su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo: decisión de contratar, autorización del gasto, convocatoria de la licitación pública, adjudicación del contrato, etc.

Todos estos actos preparatorios y el acto de adjudicación son, pues, perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos, y, por supuesto, de su contenido. Si éste es de Derecho Privado, las cuestiones que se planteen se ventilarán ante los Tribunales ordinarios; si, aun siéndolo, se ha infringido el procedimiento previo, se ha omitido indebidamente la licitación, se ha admitido una oferta que no era de recibo o se ha adjudicado el contrato a quien no hizo la propuesta más ventajosa, todas estas cuestiones, inequívocamente públicas en cuanto trascendentes del propio interés de las partes y afectantes al orden general, al orden público, son revisables, separada e independientemente del contrato, ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Análoga disección o separación cabe realizar en otras muchas cuestiones o actividades fuera del ámbito contractual. Piénsese en el ejemplo, antes ofrecido, de la creación de una sociedad estatal (sociedad anónima por su forma) que exige, según la Ley, un acuerdo previo del Consejo de Ministros, tras un procedimiento legalmente tasado.

Así ocurre, en suma, en todos los casos de utilización por la Administración del Derecho Privado. Siempre existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto del negocio privado en el que aparece mezclado.

El artículo 2.2 LPC así lo precisa cuando se refiere a las Entidades de Derecho Público al afirmar que «estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de sus actividades a lo que dispongan sus normas de creación». Más expresivo, incluso, es el artículo 53.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE), cuando en relación a las entidades públicas empresariales establece que se regirán por el Derecho Privado, «excepto en la formación de la voluntad de sus órganos», esto es, en lo que respecta a la toma de decisiones, y, por supuesto, en lo que concierne al ejercicio de potestades administrativas en el caso de que tengan específicamente atribuida alguna.

El entrecruzamiento del Derecho Administrativo y del Derecho Privado en una determinada relación jurídica tiene, todavía, otro modo de producirse, exactamente el inverso del que la técnica de los actos separa-

bles pretende resolver. Nos referimos, concretamente, al supuesto de la existencia de elementos no administrativos incidentes en un acto administrativo. Es el caso, por ejemplo, de la imposición de una sanción administrativa a un empresario por incumplimiento de la legislación laboral o el de un deslinde administrativo de una finca, que implica, naturalmente, una cuestión civil de posesión o de propiedad de la misma. En estos casos hay, por tanto, una cuestión laboral o civil que incide sobre el acto administrativo y sobre la que hay que tomar postura a los efectos de valorar correctamente la legalidad de dicho acto. Para saber si la sanción ha sido bien impuesta es preciso decidir primero si se ha producido o no la infracción de la legislación laboral que es presupuesto de la misma. A este tipo de cuestiones se las denomina prejudiciales o incidentales y su conocimiento y resolución se encomienda por la Ley a la propia jurisdicción contencioso-administrativa, competente para revisar el acto administrativo en causa. Esta regla sólo cede en el supuesto de que la cuestión prejudicial tenga carácter penal [por ejemplo, averiguar si ha existido o no delito a los efectos de declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, prevista en el art. 62.1.d) LPC], en cuyo caso sólo la jurisdicción penal tiene competencia para pronunciarse sobre si el delito se ha producido o no.

La regla expuesta está enunciada en el artículo 4.1 LJ: «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal.» La LJ formula el principio respecto a la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero presupone análoga competencia en el acto administrativo previo que le corresponde enjuiciar.

Hay que hacer, finalmente, una observación a este respecto, y es la siguiente: la decisión que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa adopten respecto a la cuestión incidental planteada (la existencia de infracción de la legislación laboral o el estado posesorio de la finca, en los ejemplos antes propuestos) lo es solamente *incidenter tantum*, es decir, produce efectos exclusivamente en el concreto proceso en el que tiene lugar (si es o no correcta la sanción, si está o no bien fijada la línea de deslinde) y no impide el posterior planteamiento de la cuestión ante la jurisdicción competente por razón de la materia (la jurisdicción laboral o civil ordinaria), ni vincula a los Tribunales de dicha jurisdicción. Así lo precisa el artículo 4.2 LJ.

IV. RECAPITULACIÓN

Tras cuanto ha quedado expuesto en las páginas precedentes pueden establecerse las siguientes afirmaciones a modo de recapitulación final:

- La Administración Pública es, ante todo, una persona jurídica -y

Leyes estatales dictadas expresamente como supletorias. XI. UNA REFERENCIA A LOS ORDENAMIENTOS FORALES.

I. LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS

Uno de los temas capitales con que han de enfrentarse hoy los juristas españoles es el de la pluralidad de ordenamientos jurídicos. No es nueva, ciertamente, la existencia de tal pluralidad, la cual deriva, como notó certeramente SANTI ROMANO, de la pluralidad de organizaciones. Desde la perspectiva del Derecho del Estado, al margen, pues, del Derecho extraestatal (Derecho Internacional o supranacional o de relación con organizaciones eclesiásticas extraestatales, para no referirnos a las organizaciones marginales, o incluso delictivas), esas organizaciones, en cuanto reconocidas como entes personificados por tal Derecho, integran cada una un ordenamiento específico; ahora bien, pluralidad de entes, y específicamente de entes públicos (en cuanto de ellos derivan ordenamientos públicos), ha existido siempre.

Sin embargo, tras la Constitución de 1978 esa pluralidad de entes públicos se ha matizado con un hecho decisivo, la creación de un conjunto de entes territoriales sustantivos dotados de fuertes poderes políticos y no simplemente administrativos, las Comunidades Autónomas. Los entes públicos territoriales, como veremos en el capítulo VII, frente a los no territoriales, son titulares ya, por su simple posición y estructura técnica, de los poderes públicos superiores y específicamente de un poder normativo general, con efectos sobre cuantos se encuentren en el territorio y no reducido a colectivos corporativos o a círculos de interesados más o menos convencionalmente delimitados. Las Administraciones locales han sido en nuestra tradición el tipo mismo, y único, de estos entes, fuera del Estado mismo. Ahora bien, las Comunidades Autónomas suponen un salto cualitativo sobre la naturaleza de los entes locales, que son entes con responsabilidades y poderes meramente administrativos, y cuyos poderes normativos, aunque operando en un ámbito autonómico garantizado por la Ley y aun cubiertos por una «garantía institucional» en la propia Constitución, como ha precisado la importante Sentencia constitucional de 28 de julio de 1981 (confirmada por las de 23 de diciembre de 1982, 11 de noviembre de 1988, 4 de julio de 1991, 2 de abril de 1992, etc.), son poderes meramente reglamentarios, de modo que los ordenamientos locales son ordenamientos menores que no tocan a las grandes cuestiones personales y colectivas que sólo las leyes pueden regular, como ya sabemos. Por contra, las Comunidades Autónomas no son precisamente entes menores, ni sus funciones son puramente administrativas, ni sus normas de simple rango reglamentario. Son entes políticos de primera significación, como que partes mismas del Estado, al cual componen propiamente y en cuya voluntad superior participan. El Tribu-

El Tribunal Constitucional ha calificado con énfasis el sistema surgido de la Constitución de 1978 de un «Estado compuesto» (Sentencias de 28 de enero y 14 de junio de 1982, y de 20 de abril de 1983, 18 de septiembre de 1992, etc.), aludiendo, naturalmente, al sistema de autonomías político-territoriales de las nacionalidades y regiones que consagra como un principio básico (en la expresiva fórmula «reconoce y garantiza») el artículo 2 de la Constitución. Esas Comunidades Autónomas no son, pues, simples entes administrativos, de gestión de intereses subalternos, sino que poseen una verdadera sustancia política por su misma posición constitucional y, paralelamente, cuentan con un elenco de funciones y de poderes que igualmente tienen naturaleza política, como revela tanto su extensión e importancia material, como, de manera especial, la circunstancia de que cuentan para la gestión de tales funciones con el poder político por excelencia, que es el poder legislativo, el poder de hacer Leyes formales y, por tanto, de configurar políticas propias con la máxima amplitud (Sentencias constitucionales de 14 de junio de 1982, 26 de marzo de 1981), en cuanto que ordenadas directamente a la Constitución. El Tribunal Constitucional ha dicho por ello, desde la perspectiva del «Estado compuesto», que las Comunidades Autónomas «ejercen funciones estatales» (Sentencias de 4 de julio de 1991, 2 de abril y 18 de septiembre de 1992).

Al promulgarse la Constitución se suscitó un debate sobre la posibilidad de que los Estatutos de Autonomía asignaran verdadero poder legislativo a las Comunidades Autónomas, o, más exactamente, a las dotadas del grado de autonomía menor (puesto que la Constitución configura dos niveles autonómicos diversos, el más amplio o del artículo 151, que inicialmente se reconoció sólo a Cataluña, País Vasco, Galicia, Navarra y Andalucía, y el resto, con poderes menores); el texto constitucional sólo aludía a «Asambleas legislativas» o parlamentarias en el caso de la autonomía superior, si bien otros preceptos, como los artículos 150 y 153.a), admitían la existencia general de normas autonómicas de rango legislativo. Hoy la polémica ha perdido todo interés, porque la generalidad de los Estatutos aprobados, como consecuencia de los llamados Pactos autonómicos de 1981, Estatutos que cerraron ya el sistema autonómico, en todo el territorio nacional, han reconocido todos ellos poderes legislativos genuinos a todas las Comunidades Autónomas, sin excepción. Sólo en el caso de los Estatutos de Autonomía de Ceuta y Melilla (Leyes Orgánicas de 13 de marzo de 1995) no se han reconocido poderes legislativos, lo que hace de menor rango su autonomía, posible razón de que el Tribunal Constitucional, en su Auto de 25 de julio de 2000, negase la consideración del régimen de estas ciudades como propio de Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional ha hecho una precisión esencial, la de que esas Leyes autonómicas pueden cubrir perfectamente por sí mismas la reserva constitucional de Ley (Sentencias de 16 de noviembre de 1981,

26 de julio de 1984 y 26 de marzo de 1987), con lo cual su identidad de naturaleza con la Ley ordinaria del Estado quedó definitivamente consagrada. La Ley autonómica y la Ley del Estado tienen, pues, el mismo rango, el mismo valor y la misma irresistibilidad, salvo para el Tribunal Constitucional, único órgano público que puede —y a los dos tipos de Ley idénticamente, mediante también los mismos cauces procesales— anularlas [artículos 153.a) y 161.1.1 de la Constitución; arts. 27 y 35 LOTC].

[A la Ley autonómica parlamentaria hay que añadir los Decretos legislativos, fruto de la delegación recepticia estudiada en el capítulo anterior, que algunos Estatutos incorporaron tempranamente e, incluso, el Decreto-Ley que los Estatutos de «nueva generación» aprobados en la primera década del corriente siglo han incluido también, como más atrás notamos].

Se comprende entonces que la presencia en nuestro «Estado compuesto» de entes públicos territoriales, dotados de inequívoca sustancia política y armados de verdadero poder legislativo, eleva el problema de la pluralidad de ordenamientos jurídicos —el general del Estado, más los particulares de cada una de las Comunidades Autónomas— a varias potencias respecto de la situación anterior a la Constitución. Subsiste, por supuesto, la pluralidad de ordenamientos jurídicos, según la pluralidad de organizaciones menores, de rango puramente administrativo en el ámbito público, reconocidas por el Derecho del Estado, en los términos tradicionales. Pero esos ordenamientos autonómicos, sostenidos por la propia Constitución, y por los Estatutos dictados en aplicación de la misma, y animados por poderes legislativos genuinos, produciéndose en ámbitos materiales sumamente extensos, han creado una problemática completamente nueva, además de sumamente relevante en la vida jurídica ordinaria, respecto del problema de la pluralidad de ordenamientos, que ha pasado a ser así uno de las cuestiones básicas del sistema jurídico entero.

II. LA RELACIÓN PRIMARIA ENTRE LA PLURALIDAD DE ORDENAMIENTOS

1. EL PRINCIPIO GENERAL DE SEPARACIÓN O PRINCIPIO DE LA COMPETENCIA

La pluralidad de ordenamientos para ser tal implica que cada uno se mueva en un ámbito propio. Ello no excluye, como inmediatamente veremos, la existencia de ciertas relaciones interordinamentales, cuyo esclarecimiento preciso constituye una de las cuestiones más delicadas de esta materia, pero tales relaciones se traban justamente a partir de una separación previa, de una sustantividad inicial.

Un ordenamiento, en cuanto a sus elementos normativos (pues ya sabemos que el ordenamiento es inicialmente una organización, de la

cu
no
mi
des
To
sep
fue
org
con
qui
ren:
ord
cept
nor
bási
y de
actu
legal
norm
tend
serár
—salv
car, c

I
II, § I
nadas
no ha
la cor
norm
otro c
es just
mía, y

E
truido
rrollar
niende
superi
ella (c
gidez,
reform
penetr:
superic
cos, au
normas
LOTC)

cual las normas son expresión e instrumento), es tal en la medida en que no es un conjunto de reglas más o menos separables de otro ordenamiento global, en la medida, pues, en que su posición no es explicable desde la perspectiva de la integración jerárquica en otro ordenamiento. Todo ordenamiento se basa, pues, en la separación respecto de los demás, separación que se expresa, por de pronto, en un sistema privativo de fuentes del Derecho, las cuales se producen en el ámbito propio de la organización de que el ordenamiento surge. Esas fuentes de Derecho, como propias de la organización específica de que se trata, no están jerárquicamente subordinadas a las fuentes de ninguna otra organización diferente, ni siquiera de la organización general que englobe a todos los ordenamientos particulares. Esto es lo que inicialmente significa el concepto de «autonomía», según su misma etimología, la capacidad de auto-normarse. En cuanto tales fuentes propias, su validez reposa en la norma básica de la organización de que surge, la que ha definido su estructura y delimitado su ámbito propio, su esfera material de funcionamiento y actuación. En el seno de ese ámbito autonómico propio constitucional o legalmente establecido, la norma autonómica es suprema y excluye a las normas de cualquier otro ordenamiento, las cuales, lejos de poder pretender en dicho ámbito cualquier superioridad por su origen diverso, serán nulas por invadir la esfera garantizada al principio autonómico —salvo que se trate de una norma que tenga rango suficiente para modificar, o incluso suprimir, dicha esfera o ámbito—.

Por eso se ha dicho (y así lo hemos notado ya nosotros *supra*, capítulo II, § I, 2.B) que las normas autonómicas no son jerárquicamente subordinadas a las del Estado y que para explicar su primaria relación con éstas no hay que acudir al principio de jerarquía, sino al principio distinto de la competencia, según la cual en el ámbito competencial autonómico la norma autonómica excluye a la del Estado y, en general, a la de cualquier otro ordenamiento. Por ello el problema básico de todas las autonomías es justamente la delimitación del ámbito competencial donde esa autonomía, y por tanto sus normas propias, pueden producirse.

El ámbito autonómico de las Comunidades Autónomas está construido por la Constitución y por los Estatutos de Autonomía, que la desarrollan y aplican a cada Comunidad Autónoma particular; por ello, teniendo en cuenta que, como veremos, los Estatutos, tienen una fuerza superior a la Ley estatal, de modo que son completamente inmunes a ella (como demuestra el tener atribuido por la Constitución una superrigidez, que exige procedimientos reforzados, y en la práctica mixtos, de reforma: artículos 147.3 y 152.2 de la Constitución), una Ley estatal que penetrase en dicho ámbito autonómico, lejos de poder pretender alguna superioridad sobre las Leyes o incluso sobre los Reglamentos autonómicos, aun los más ínfimos, será radicalmente nula por violación de las normas constitucional y estatutaria (sobre esto último, cfr. art. 28.1 LOTC) que han construido tal ámbito; así viene a decirlo el artículo 149.3

de la Constitución, sobre el que más adelante hemos de parar mientes. En este caso, pues, el principio de separación de ordenamientos comienza con las normas superiores respectivas, las de rango de Ley.

En la Administración local, y más aún en las otras esferas autonómicas simplemente administrativas, los respectivos ámbitos autonómicos están contruidos por las Leyes, normalmente ordinarias (sin perjuicio de lo que dispone el art. 149.1.18 respecto de dicha Administración local, que prevé un reparto normativo entre «Ley básica» estatal y normación complementaria autonómica, en los términos que luego estudiaremos), aunque desde la Sentencia constitucional de 28 de julio de 1981 se ha destacado la existencia de una «garantía institucional» constitucionalizada para los entes locales en los artículos 137 y 140, garantía que constituye un límite para el legislador. Como quiera que ese principio de autonomía local está constitucionalmente garantizado con un especial énfasis (art. 140 CE «La Constitución *garantiza la autonomía local*»), puede entenderse en efecto que una agresión o desconocimiento de la misma constituye una infracción de esta explícita «garantía constitucional». Desde esta perspectiva, la Ley Orgánica de 21 de julio de 1999 ha organizado un especial conflicto constitucional «en defensa de la autonomía local» a través del cual pueden impugnarse leyes estatales o autonómicas ante el Tribunal Constitucional (adicionando un nuevo capítulo IV al Título IV de LOTC). Para la impugnación, cuando la Ley atacada no sea específica para una provincia o municipio determinado, se exige una legitimación cualificada (o la mitad de las provincias en el ámbito territorial en el que la Ley impugnada se aplique, o un séptimo de los municipios afectados que representen como mínimo un sexto de la población de los mismos), vía que puede tener una relevancia especial en el caso de la legislación autonómica (pero resultará prácticamente imposible de utilizar si la Ley atacada fuese estatal y general). Como, a su vez, estos entes secundarios carecen de potestad legislativa formal, puede afirmarse que el principio de separación es plenamente eficaz a partir del nivel de Reglamentos estatales (y, por supuesto, respecto de las mismas Leyes estatales si violaren, o bien la «garantía institucional» o bien el reparto normativo sobre la materia entre el Estado y las Comunidades Autónomas que resulte de los Estatutos respectivos). Fuera de este último supuesto, y con respeto de esos límites, que, como se habrá notado, son límites constitucionales o estatutarios, y no del ámbito autonómico menor propiamente tal, las leyes estatales o autonómicas podrán variar por sí mismas dicho ámbito autonómico.

El principio de separación de los ordenamientos se instrumenta con una garantía judicial específica, sin la cual el ámbito de autonomía quedaría siempre al albur de las decisiones de los entes con una posición política de preeminencia (protección jurisdiccional frente a las invasiones del ámbito autonómico por el Estado o, en el caso de la Administración local o de los entes de simple nivel administrativo, por el Estado o por las

Comunidades Autónomas); o también, segunda hipótesis, con una garantía frente al abuso o exceso en la autonomía que pueda realizar el propio ente autonómico, infringiendo las normas que delimitan su ámbito competencial lícito. En el caso de la relación Estado-Comunidades Autónomas este órgano judicial de garantía recíproca es el Tribunal Constitucional, bien mediante el recurso o cuestión de inconstitucionalidad [arts. 153.a), 161.1, 162.2 y 163 de la Constitución], bien mediante el conflicto de competencia entre el Estado y las Comunidades Autónomas [art. 161.1.c) *ibidem*]. En el caso de los entes locales y de nivel administrativo la garantía judicial de los límites legales de la autonomía está normalmente en el orden contencioso-administrativo; el Tribunal Constitucional sólo deberá intervenir si se entiende que alguna Ley viola la «garantía institucional» que a estos entes puede prestar la Constitución, o si dicha Ley suscita cuestiones en cuanto a los límites de la competencia normativa que en la materia se repartan el Estado y las Comunidades Autónomas.

2. LA ARTICULACIÓN DE LOS ORDENAMIENTOS ESTATAL Y AUTONÓMICO EN EL SUPRAORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Si el mecanismo técnico del sistema exige poner el primer énfasis en el principio de separación entre los distintos ordenamientos, como hemos dicho, el siguiente paso es notar que esa separación no es en modo alguno absoluta, sino que encuentra una articulación por arriba en la Constitución como *norma normarum* y, por tanto, como ordenamiento superior de todos los ordenamientos presentes en el territorio nacional. Hoy la unidad del ordenamiento general del Estado (arts. 1.1; 9; 96; 147.1 de la Constitución) hay que buscarla a ese nivel, que comprende y abarca la totalidad del campo de los dos subsistemas, el estatal *stricto sensu* y el autonómico.

Conviene, desde esa nueva perspectiva, introducir ahora una distinción nueva. La Constitución es el supraordenamiento y en él se articulan el ordenamiento estatal *stricto sensu* y el autonómico, entendidos, acabamos de decirlo, como subsistemas por debajo de la norma suprema común. Ahora bien, la Constitución es ella misma la norma superior del Estado. Se está, pues, notoriamente, empleando el término Estado en dos significados distintos: uno más amplio, el Estado global (*Gesamtstaat*), que comprende todas las esferas que la Constitución construye y unifica, el Estado como totalidad política organizada, y el Estado en sentido más estricto, como una parte de esa totalidad, aquella que formula y sostiene las normas comunes a todo el territorio nacional, como entidad contrapuesta en el reparto de competencias a las Comunidades Autónomas, y aun al resto de las autonomías menores. El Tribunal Constitucional ha señalado esa diferencia: «el término Estado es objeto en el texto constitucional de una utilización claramente anfibológica. En ocasiones (así, arts. 1, 56, 137 y en la propia rúbrica de su Título VIII, por mencionar sólo

algunos ejemplos) el término Estado designa la totalidad de la organización jurídico-política de la nación española, incluyendo las organizaciones propias de las nacionalidades y regiones que la integran y la de otros entes territoriales dotados de un grado inferior de autonomía; en otras, por el contrario (así en los arts. 3.1, 149, 150), por Estado se entiende sólo el conjunto de las instituciones generales o centrales y sus órganos periféricos, contraponiendo estas instituciones a las propias de las Comunidades Autónomas y otros entes territoriales autónomos» (Sentencia de 28 de julio de 1981).

Se vislumbra aquí, en cierto modo, la llamada doctrina de los «tres grados» en la explicación técnica del Estado federal, doctrina que procede de KELSEN y NAWIASKY: en tal Estado no serían dos, sino tres los niveles estatales, el de los Estados miembros [(*Gliedstaaten*); recordemos que en nuestro sistema las Comunidades Autónomas no alcanzan el carácter de verdaderos Estados y que aquí radica una de las diferencias con el sistema federal, aunque en buena parte puramente semánticas], el del Estado superior (*Oberstaat*) y el del Estado global (*Gesamtstaat*), que se superpondría a los otros dos como un nivel propio. Tal teoría no es hoy aceptada comúnmente y no se admite que el tercer nivel constituya por sí mismo un nivel estatal diverso del segundo, salvo justamente en la teoría de la Constitución como supraordenamiento, «competencia de las competencias», y en las instituciones del poder constituyente y de la justicia constitucional como comisionado y defensor de éste, que son las que sostienen tal concepción del supraordenamiento (esta posición, por cierto, es la que justifica que el Tribunal Constitucional, situado por encima de los dos subordenamientos, esté «sometido sólo a la Constitución y a la presente Ley Orgánica»: art. 1 LOTC). En el segundo nivel se insertan, en realidad, las funciones teóricamente separables del «Estado global», cuyos órganos no son, por ello, individualizables respecto de los del Estado en estricto sentido. Lo característico, justamente, de la fórmula política del Estado federal, o más inespecíficamente del Estado compuesto, es que los órganos del *Oberstaat* lo son simultáneamente del Estado global o *Gesamtstaat* (y ello explica la presencia normal en ellos de representaciones institucionales del nivel político inferior: Estados miembros o Comunidades Autónomas), sin perjuicio de este funcionamiento de la Constitución como supraordenamiento respecto de lo que para ella son dos subsistemas, dos ordenamientos igualmente subordinados (sin embargo, y por la razón que acaba de notarse, la incorporación en el «Estado superior» de las funciones del «Estado global», en todo lo que no sea la posición de la Constitución, la idéntica subordinación a ésta de los dos ordenamientos no implica que ambos estén en situación de igualdad; como más adelante veremos, el ordenamiento estatal se coloca en una cierta situación de supremacía por relación a los ordenamientos autonómicos, lo que es perfectamente compatible con la posición de separación recíproca).

Si hemos visto que los dos grandes ordenamientos territoriales están

entre
patibl
mient
ejerce
subor
auton
norm:
44, 45
tado c

P
Const
tenz-K
petenc
mos,
compe
auton
tener
norma

D
ción, e
primer
ordena
segunc
dad de
inmedi
tución:
En este
namen
la unid

3. LA
Pa
miento
tutos d

A. EL
Un
y la de
la distri
limita a
cretas d
y region
Autono
nización

entre sí en una posición básica de separación, ello es perfectamente compatible con que la relación respectiva de cada uno con el supraordenamiento constitucional sea la de subordinación jerárquica. La Constitución ejerce su «primacía» (art. 27.1 LOTC) simultáneamente sobre los dos subordenamientos que de ella, como tronco común, parten, el estatal y el autonómico. A través de esta posición, la Constitución impone su eficacia normativa a todos «los poderes públicos» (arts. 9.1, 39.1 y 2, 40, 41, 43.2, 44, 45.2, 46, 47, 48, 49, 50, 51, 53, 129.2 y 130), y no sólo a los del Estado central.

Por eso en la doctrina alemana ha podido hablarse de que en la Constitución se encuentra la «competencia de las competencias» (*Kompetenz-Kompetenz*), pues su primera función es la de distribuir todas las competencias públicas y, por de pronto, en la perspectiva en que ahora estamos, en su función de supraordenamiento, distribuir los espacios competenciales de cada uno de los ordenamientos subordinados (estatal, autonómico, local: art. 137), el espacio competencial que cada uno va a tener como propio y en el que va a desplegar sus respectivos poderes normativos.

De esa posición de cada ordenamiento con respecto a la Constitución, en cuanto centro o tronco común a todos ellos, deriva, obviamente: primero, que la validez de todas las normas, tanto del Estado como de los ordenamientos autonómicos, esté condicionada a su constitucionalidad; segundo, correlativamente, que no sólo el Derecho estatal, sino la totalidad de los Derechos autonómicos, a comenzar por los Estatutos, como inmediatamente veremos, deben ser interpretados «conforme a la Constitución», según el concepto que ya conocemos (*supra*, capítulo II, § II). En este nivel y sólo en él, sin perjuicio del sistema de relaciones interordenamentales que hemos de estudiar, se anuda hoy, como ya hemos dicho, la unidad del ordenamiento del «Estado global».

3. LA POSICIÓN JURÍDICA DE LOS ESTATUTOS DE AUTONOMÍA

Para concluir de precisar la articulación constitucional de los ordenamientos autonómicos es preciso hacer una mención al papel de los Estatutos de Autonomía.

A. El Estatuto en el sistema constitucional

Una de las diferencias entre nuestra fórmula de Estado compuesto y la de Estado federal típico es que la Constitución no ultima por sí sola la distribución de competencias. En nuestro sistema la Constitución se limita a ofrecer un marco formal que permite opciones autonómicas concretas de «acceder a su autogobierno» (art. 143.1) a las «nacionalidades y regiones» (art. 2), opciones que se concretarán en un «Estatuto de Autonomía» propio de cada una de ellas, y que especificará tanto la organización propia de la respectiva Comunidad Autónoma, como el nivel de

competencias que, «dentro del marco establecido en la Constitución», asume dicha Comunidad en concreto (art. 147.1). Esto es lo que se ha llamado el «carácter dispositivo» de la autonomía territorial en nuestra Constitución, la cual no diseña ni el «mapa autonómico», esto es, la división del territorio nacional en un número determinado de Comunidades Autónomas, ni el contenido concreto de la autonomía, el cual deberá ser «asumido», dentro del cuadro ofrecido por la Constitución, a través del respectivo Estatuto (las competencias no asumidas por los Estatutos restarán de la titularidad del Estado: art. 149.3). La autonomía se ha considerado en la Constitución, pues, un «derecho» de las nacionalidades y regiones (arts. 2, 143.1 y 151 y disposición transitoria 2.^a) y el sistema autonómico en sí mismo el resultado final del ejercicio de dicho derecho. La elaboración y reforma de los Estatutos ha sido por eso hasta hace muy poco el fruto de amplios consensos políticos. La elaboración obviamente, al tratarse de la innovación política de más calado puesta en pie por la Constitución, ella misma fruto del consenso. También su reforma, que ha estado precedida hasta hace muy poco de «pactos autonómicos» entre los principales partidos, como el de julio de 1981 (que diseñó el mapa autonómico definitivo y el tipo de los Estatutos que en aquel momento restaban por aprobar), y posteriormente por el nuevo pacto de febrero de 1992, que abrió el paso a la reforma de los Estatutos de menor nivel de competencias en ejecución de la previsión contenida en el artículo 148.2 de la Constitución, reforma avanzada por la Ley de Transferencia de Competencias de 23 de diciembre de 1992 y que ha dado lugar a partir de 1993 a la modificación, con ampliación de competencias, de todos los Estatutos indicados, modificación concluida en 1998.

Esta prudente trayectoria, que la estructura abierta de la Constitución hacía, por otra parte, inexcusable, se quebró inopinadamente, sin embargo, con la tramitación del nuevo Estatuto de Cataluña, aprobado por Ley Orgánica de 19 de julio de 2006, que dio lugar, justamente por la falta del imprescindible consenso en su elaboración, a siete recursos de inconstitucionalidad promovidos no sólo por el principal partido de la oposición, sino también por el Defensor del Pueblo y por diversas Comunidades Autónomas, y abrió con ello un período de crisis institucional y de grave incertidumbre jurídica y política al que ha puesto fin, al cabo de cuatro largos años, la Sentencia constitucional 31/2010, de 28 de junio.

Extremadamente deferente en su fallo, que ha limitado los pronunciamientos de inconstitucionalidad y nulidad a determinados pasajes o expresiones de catorce artículos del Estatuto, la Sentencia, utilizando sistemáticamente la técnica de las interpretaciones conformes, ha logrado, no obstante, conjurar el riesgo de que llegara a consumarse una alteración sustancial del tipo de Estado al margen del procedimiento de revisión establecido en la propia Constitución, como hizo temer la Sentencia anterior de 12 de diciembre de 2007 sobre el Estatuto de la Comunidad

Valenciana. Han quedado así claros los límites que precisan «los ámbitos inconfundibles del poder constituyente, por un lado, y los de los poderes constituidos por otro» y, «en particular, los que afectan a la definición de las categorías y conceptos constitucionales, entre ellos, la definición de la competencia como acto de soberanía que solo corresponde a la Constitución», límites que son «inaccesibles a cualquier legislador» y están «sólo al alcance de la función interpretativa de este Tribunal Constitucional».

B. El Estatuto como norma autonómica y como norma del Estado

Los Estatutos de Autonomía son, pues, los instrumentos claves para pasar de la posibilidad formal a la realidad autonómica concreta, e interesa ahora precisar su naturaleza jurídica. Se ha discutido (igualmente en Italia, donde, a través del influjo de nuestra Constitución de 1931, los Estatutos ocupan un lugar análogo para la construcción de su Estado Regional) si los Estatutos son normas del Estado o normas autonómicas ellas mismas. Son las dos cosas, con toda claridad, dado su origen, su aprobación y su posición respecto a la Constitución. Son expresión del principio autonómico en cuanto que [fuera de los supuestos específicos del artículo 144, apartados *b*) y *c*)] su formación comenzó con una «iniciativa autonómica» (arts. 143 y 151), continuó con una elaboración formulada por las representaciones del territorio de que se trata (artículo 146) y aún, en el caso de los Estatutos del nivel superior de autonomía, se prolongó en la propia fase de aprobación por las Cortes Generales, en cuanto que en tal fase se requirió un «común acuerdo [para] su formulación definitiva», acuerdo que a las Cortes como tales correspondió únicamente «ratificar», o no (art. 151.2); en fin, igualmente el principio autonómico presente en los Estatutos se hace visible en la técnica de la rigidez de que, una vez aprobados, les dota la Constitución, puesto que su modificación requerirá, como veremos, un consentimiento de las representaciones del respectivo territorio.

Pero, a la vez, es también notorio que se trata de una norma estatal (en el sentido del «Estado global», antes especificado), y así lo precisa el artículo 147.1 de la Constitución: «... *Los Estatutos serán la norma institucional básica de cada Comunidad Autónoma y el Estado los reconocerá y amparará como parte integrante de su ordenamiento jurídico.*» Desde el punto de vista formal ello es patente, puesto que el Estatuto, con independencia de su proceso de formación, es una Ley Orgánica de las Cortes Generales (arts. 81.1, 146, 147.3, 151). Pero acaso puede tener mayor interés insistir en que el Estatuto es una norma propia del Estado global por su propia función y contenido, en cuanto que complemento indispensable de la Constitución para convertir en acto la potencialidad autonómica que ésta ha previsto, puesto que, como ya sabemos, sin Estatuto no surge una Comunidad Autónoma. De este modo el Estatuto especifica el marco de la Constitución respecto de cada autonomía en particular, con lo que el ordenamiento autonómico respectivo ha de encontrar en su Estatuto su

norma suprema, aunque «dentro del marco establecido en la Constitución», como precisa el artículo 147 de ésta y ha aclarado definitivamente la Sentencia constitucional 31/2010, de 28 de junio, más atrás citada.

El Tribunal Constitucional ha declarado que la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra tiene la naturaleza de un Estatuto de Autonomía (Sentencias de 6 de febrero de 1984, 26 de abril y 3 de mayo de 1988).

C. El Estatuto como norma subordinada a la Constitución

Esta última matización tiene importancia y es la que permite decir que el Estatuto no es un orbe cerrado en sí mismo, que ultima toda la organización y competencias de la respectiva Comunidad Autónoma, esto es, una especie de Constitución propia de ésta, con rango equiparable a la de la Constitución general propiamente dicha. Aunque a veces se pretende en la polémica política, no es cierto que los Estatutos de Autonomía tengan rango constitucional y que su interpretación deba reducirse a su propio texto. Así podría ser, más o menos, si la Constitución se hubiese limitado a efectuar una remisión en blanco a los Estatutos para determinar el alcance y contenido de las autonomías, pero no es éste el caso; la remisión no se hace en blanco (esto es, la Constitución no se limita a hacer posibles los Estatutos, sin otra precisión de fondo, aceptando cualquier contenido posible de los mismos), sino que esa remisión se efectúa dentro de un «marco» diseñado con cierta precisión en su Título VIII y especialmente en los artículos 137 a 139 inclusive, 148, 149, 150 y 155 (aparte del marco financiero, que se encuentra en los arts. 156 y sigs.), marco que no puede ser excedido por los Estatutos. Quizá lo esencial de ese marco sea la formulación de unos límites determinados a las autonomías, bien generales (por ejemplo, artículos 138, 139, 155), bien los específicos de respetar un elenco precisado de «competencias exclusivas» del Estado, que se formula sobre todo en el artículo 149.1, competencias de que el Estado dispone *ex constitutione*, expresión concreta de la «indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles» (art. 2), inseparables, por tanto, de su titularidad e inmune tanto a los Estatutos como a cualquier norma autonómica derivada.

De este modo, el Estatuto ni puede ser del mismo rango que la Constitución, a cuya «primacía» absoluta está subordinada, según ya vimos [y así lo reconoce el art. 27.2.a) LOTC, al admitir de manera expresa que «los Estatutos de Autonomía» «son susceptibles de declaración de inconstitucionalidad»], ni está exento del principio básico de «interpretación conforme a la Constitución», que es un derivado de lo primero como la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, se ha esforzado en mostrar. Lo cual admite una corroboración elemental: si la autonomía es una creación no sólo del Estatuto, sino de la Constitución más el Estatuto, como ya notamos, ambos instrumentos, conjuntamente, son la norma suprema de la

mism
y no l

F
de m:

A

F

S

l:

t

r

g

t

t

c

r

s

l:

t

I

de no

mátic

ciona

que s

tució:

por l:

comp

Const

proce

la Co

tencia

que e

que se

por el

aplica

por la

en ex

les ha

I

Capít

dido

19 de

tar lin

ción,

misma, conjunción en cuya articulación interna es «norma dominante», y no puede dejar de serlo, la Constitución, como bien sabemos.

El Tribunal Constitucional así lo ha precisado en su Sentencia de 4 de mayo de 1982:

«No es admisible la idea de que, una vez promulgado el Estatuto de Autonomía, es el texto de éste el que únicamente debe ser tenido en cuenta para realizar la labor interpretativa que exige la delimitación competencial. Si se procediese así, se estaría desconociendo el principio de supremacía de la Constitución sobre el resto del ordenamiento jurídico, del que los Estatutos de Autonomía forman parte como norma institucional básica de la Comunidad Autónoma que el Estado reconoce y ampara como parte integrante de su ordenamiento jurídico (art. 147.1 de la Constitución).

Ello supone, entre otras posibles consecuencias, que el Estatuto de Autonomía, al igual que el resto del ordenamiento jurídico, debe ser interpretado siempre de conformidad con la Constitución y que, por ello, los marcos competenciales que la Constitución establece no agotan su virtualidad en el momento de aprobación del Estatuto de Autonomía, sino que continuarán siendo preceptos operativos en el momento de realizar la interpretación de los preceptos de éste, a través de los cuales se realiza la asunción de competencias por la Comunidad Autónoma.»

La doctrina fue confirmada luego por Sentencias de 27 de julio, 23 de noviembre y 30 de noviembre de 1982 y 26 de julio de 1984. Paradigmáticamente, la Sentencia de 29 de noviembre de 1988, sobre constitucionalidad de la Ley de Aguas, afirma que «las Comunidades Autónomas que se han constituido por el procedimiento del artículo 143 de la Constitución (salvo en el caso de que se haya ampliado su ámbito competencial por la vía del art. 150 de la Constitución) no pueden haber asumido competencias sino en el marco de lo dispuesto en el artículo 148.1 de la Constitución, en tanto que las Comunidades que han accedido por el procedimiento previsto en el artículo 151 o disposición transitoria 2.^a de la Constitución, han podido incluir en sus Estatutos cualesquiera competencias, no reservadas al Estado por el artículo 149... Dicho está con ello que en materia de aguas terrestres, *cualquiera que sean las expresiones con que se plasmen en los Estatutos, no podrán exceder del ámbito material acotado por el artículo 148.1.10 de la Constitución, a cuya luz deben ser interpretadas y aplicadas*; en tanto que el límite material de las competencias asumidas por las segundas viene constituido por las que el artículo 149.1.22 reserva en exclusiva al Estado, siendo preciso determinar, *dentro de este límite*, cuáles han asumido efectivamente y cuáles no».

Desde esta perspectiva, y teniendo en cuenta lo ya avanzado en el Capítulo II, § II, 2, *supra*, no resultaba en absoluto admisible lo pretendido por el Estatuto de Cataluña aprobado por Ley Orgánica 6/2006, de 19 de julio, de interferir directamente normas constitucionales y de intentar limitar directamente competencias estatales definidas en la Constitución, como si nuestro Estado tuviese una estructura confederal.

Así lo ha entendido la Sentencia 31/2010, de 28 de junio, que corrigiendo la referencia a un espacio competencial supuestamente *desconstitucionalizado* que permitiría a los Estatutos, según la Sentencia anterior de 12 de diciembre de 2007, asumir libremente competencias con el fin de completarlo, ha subrayado con toda claridad que los Estatutos no son expresión de un poder soberano, sino normas subordinadas a la Constitución y jerárquicamente sometidas a ésta, que no pueden entenderse en ningún caso como atributivas de las competencias del Estado, por lo que la afirmación de que cumplen en el sistema normativo funciones materialmente constitucionales «no tiene mayor alcance que el puramente doctrinal o académico, de manera que en ningún caso se traduce en que tengan un valor normativo añadido al que estrictamente corresponde a todas las normas situadas extramuros de la Constitución formal».

D. La relación del Estatuto con las demás Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas

Aclarado así que «los Estatutos de Autonomía son normas subordinadas a la Constitución como corresponde a disposiciones normativas que no son expresión de un poder soberano, sino de una autonomía fundamentada en la Constitución y por ella garantizada», como la Sentencia de 28 de junio de 2010 ha insistido en recordar, resta por explicar su relación con las demás Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El tema se presta a discusión porque si bien la Constitución ha exigido el complemento de un Estatuto, que se aprueba por Ley Orgánica, para que cada Comunidad Autónoma se constituya como tal y asuma sus propias competencias, no admite que una vez aprobado éste pueda ser sustituido indefinidamente por ulteriores Leyes Orgánicas. La Constitución dota, en efecto a los Estatutos, una vez aprobados por el procedimiento complejo al que hemos hecho alusión, de una superrigidez cualificada, artículos 147.3 y 152.2, que implica por de pronto una conformidad con *quorums* reforzados (de 2/3 a 3/5, según los casos), según precisan, en virtud de esa remisión constitucional, todos los Estatutos, de las respectivas Asambleas legislativas y, en el caso de los Estatutos del nivel autonómico superior, además, un referéndum aprobatorio del cuerpo electoral de la respectiva Comunidad Autónoma. Las Cortes Generales no son, pues, jurídicamente competentes para reformar o modificar o derogar por sí solas un Estatuto, como lo son, sin embargo, para modificar o derogar una Ley Orgánica sobre cualquier otra materia. A través del bloqueo que supone esa previa conformidad cualificada de las poblaciones afectadas, los Estatutos se han hecho en cierto modo inmunes al poder legislativo de las Cortes Generales; y en cuanto se exige una aprobación final de éstas, mediante Ley orgánica, tampoco los legislativos autonómicos podrán alterar por sí solos el contenido de sus respectivos Estatutos.

tuto:
cada
tes d
el sis
pecti
se ex
y cad
cipio
articu
autor
comp

é
rango
inclin
que e
de cu:
proce:
mos, s
nal Co
iniciac
ción
Auton:
fico tip
81 y 1
sistema
tanto, l
que se
jerárqu
citada,
término
cambio
las que
leyes, e
peto al

Est
Estatut
ellos esp
Constitu
dientes

Es é
sin emb
en térmi

De hecho, la única vía para modificar de manera sustancial los Estatutos, fuera de los específicos procedimientos de alteración previstos en cada uno de ellos, será la reforma constitucional, artículos 166 y siguientes de la Constitución. Esta vía será la única disponible para reestructurar el sistema autonómico entero, lo que tampoco es hacedero desde la perspectiva de la alteración analítica de cada Estatuto en particular. Lo cual se explica desde la posición que la Constitución ocupa respecto de todos y cada uno de los ordenamientos autonómicos, por su expresión del principio «competencia de las competencias», y, en fin, porque significando la articulación última del «Estado global», una reestructuración del sistema autonómico afecta directamente a ese Estado global y a la disposición del *compositum* en que, como «Estado compuesto», consiste en concreto.

¿Ha de reconocerse por eso a los Estatutos una superioridad de rango sobre las demás Leyes? En las últimas ediciones de esta obra nos inclinamos por responder afirmativamente a esta pregunta por entender que esa inmunidad de los Estatutos de Autonomía a las Leyes formales de cualquier carácter y condición, salvo las previstas para modificar, con procedimientos complejos y en el fondo paccionados, los Estatutos mismos, se explicaba mejor en términos de superioridad jerárquica. El Tribunal Constitucional, sin embargo, justamente preocupado por la deriva iniciada por el Estatuto de Cataluña de 2006, ha prescindido de esta explicación y ha afirmado rotundamente en su lugar que «los Estatutos de Autonomía se integran en el ordenamiento bajo la forma de un específico tipo de ley estatal: la ley orgánica, forma jurídica a la que los artículos 81 y 147.3 CE reservan su aprobación y su reforma. Su posición en el sistema de fuentes —dice la Sentencia de 28 de junio de 2010— es, por tanto, la característica de las leyes orgánicas; esto es, la de normas legales que se relacionan con otras con arreglo a dos criterios de ordenación: el jerárquico y el competencial». El de jerarquía, sigue diciendo la Sentencia citada, «es el principio que ordena su relación con la Constitución en términos de subordinación absoluta». El principio de competencia, en cambio, es el que determina su relación, en tanto que normas legales a las que está reservada la regulación de ciertas materias, con las demás leyes, en general, cuya validez constitucional se hace depender de su respeto al ámbito así reservado.

Este mismo principio es, también, el que explica la relación de los Estatutos de Autonomía con las restantes Leyes Orgánicas, ya que es a ellos específicamente y no a las Leyes Orgánicas en general a los que la Constitución reserva la organización y las competencias de las correspondientes Comunidades Autónomas.

Es ésta una explicación un poco más compleja, sin duda, que tiene, sin embargo, la ventaja de evitar los equívocos a los que la explicación en términos de superioridad de rango ha podido dar lugar.

administrativa no es, ya lo hemos dicho, una justicia de segunda clase, ni el juez administrativo un cuasi-juez con menores poderes que los de otros órdenes jurisdiccionales. Nuestro proceso contencioso-administrativo no es tampoco, como fue originariamente el recurso francés por *excès de pouvoir*, un proceso objetivo tradicionalmente enderezado a la mera preservación de la legalidad y a la anulación pura y simple de los actos que infrinjan ésta, sino un proceso entre partes, igual que el proceso civil, en el que queda a la discreción del recurrente la posibilidad de añadir a las pretensiones de simple anulación las de reconocimiento y declaración de los derechos eventualmente lesionados por el acto recurrido y las de restablecimiento de la situación jurídica individualizada indebidamente alterada por dicho acto, como con toda claridad precisa el artículo 31 LJ. Sobre todas estas pretensiones, que son, repetimos, las que delimitan el ámbito del proceso (art. 33.1 LJ), debe pronunciarse la sentencia, so pena de incurrir en incongruencia, haciendo las declaraciones procedentes sobre los derechos controvertidos y adoptando las «medidas necesarias para que el fallo adquiera eficacia» (art. 108 LJ).

Al tratar de la jurisdicción contencioso-administrativa tendremos ocasión, más adelante, de precisar estas cuestiones.

V. LA DINÁMICA DEL PRINCIPIO DE LEGALIDAD

Si las potestades administrativas encierran las posibilidades de una actuación concreta de la Administración, es, precisamente, en esa actuación donde se funcionalizarán las exigencias y limitaciones que el principio de legalidad impone a dichas potestades, en los términos que hemos visto, al configurarlas y al regular sus particulares condiciones de ejercicio.

Esa actuación habilitada por las potestades administrativas es sustancialmente de cinco clases, atendida su naturaleza jurídica: Reglamentos (fruto de la potestad reglamentaria), actos administrativos *stricto sensu* o declarativos, contratos, ejercicio de la coacción y la llamada actividad técnica de la Administración. La primera de estas manifestaciones ya la hemos estudiado más atrás, desde la teoría del Ordenamiento; las cuatro restantes serán objeto de estudio ulterior.

Podría intentarse una teoría general de las cuatro primeras formas como una manifestación de actividad reflexiva de la Administración con efectos jurídicos; sería una teoría del acto jurídico en Derecho Administrativo, utilizada esa categoría en un sentido abstracto y general. Sin embargo, aunque la categoría fuese legítima, tendría que moverse para ser correcta en un grado de abstracción excesivamente amplio para poder comprender especies tan diversas, amplitud que eliminaría buena parte de su utilidad. Pues, en efecto, tales especies están dotadas de una tan poderosa individualidad que aconseja su estudio completo y separado; aunque tengan, como es obvio, elementos comunes (ser ejercicio de una

potestad, competencia, requisitos, etc.), nada gana la teoría del Reglamento con la inclusión de esta figura al lado del acto administrativo *stricto sensu* o del contrato, y más bien los riesgos de confusión resultan superiores. El Reglamento es un acto ordinamental, que crea Derecho; el acto o el contrato se limitan a aplicarlo, son actos «ordenados»; por fuerza los regímenes respectivos han de diferir y difieren en puntos sustanciales. A su vez, entre declaraciones y ejecuciones, cuyo género común se estudia en el Derecho Procesal, se dan en el ámbito del Derecho Administrativo diferencias tan graves que, antes que subrayar la teoría común, resulta inexcusable insistir sobre los respectivos rasgos diferenciales. Diríamos que estas figuras no se nos aparecen como especies de un mismo género, sino como términos de una verdadera oposición dialéctica.

Por todo ello, no llevaremos la teoría general de la acción administrativa más allá de lo que resulta de la teoría de la legalidad y de las potestades que ha quedado expuesta. A partir de aquí comienza para nosotros el ámbito de instituciones singulares, que intentaremos captar en su sentido específico.

Bástenos ahora concluir, recapitulando, que ninguna de esas formas de actuación administrativa es posible sin la previa atribución normativa de la potestad correspondiente para producirlas; en otros términos: todas son manifestaciones o ejercicio de potestades previamente atribuidas.

Un primer vicio genérico de cualquier actuación administrativa es, así, la falta de potestad. Es más: se trata, posiblemente, del vicio más grave, que podrá identificarse en la mayor parte de los casos (en concreto, en todos en los que dicha ausencia de potestad sea manifiesta; no en aquellos, pues, en que se trate de contenidos fronterizos con una potestad efectivamente atribuida y se dispute —salvo temeridad— sobre la extensión de esta última), con una «vía de hecho», concepto que refiere la hipótesis de una actuación administrativa realizada al margen del Derecho, desde su simple prepotencia fáctica. La «vía de hecho», como hemos de ver más despacio, por suponer una *sortie des pouvoirs* de la Administración (LAFERRIÈRE), una actuación sin ninguna, ni siquiera aparente, cobertura legal, implica paralelamente una pérdida de sus importantes privilegios procesales, lo que abre la posibilidad de reaccionar frente a ella por los medios de derecho común, concretamente por los interdictos, que en otro caso están excluidos contra la Administración (arts. 101 LPC, 66 y 70 RBCL, 125 LEP: es lo que indican por vía negativa estos preceptos cuando refieren la prohibición de interdictos a los supuestos en que la Administración actúe «en materia de su competencia»; competencia vale como «medida de la potestad que corresponde a cada órgano»), y eventualmente por acciones personales contra sus agentes (penales, por prevaricación —art. 404 CP—, o civiles, por culpa o negligencia graves —arts. 146 LPC y 78 LRL—), desarticulando la impersonalidad con que normalmente aparece la Administración en su actuación. La LJ vigente ha abierto, ade-

más, una vía sumaria contencioso-administrativa contra la vía de hecho [arts. 30, 71.1.a), 136 LJ], que no excluye las vías expuestas.

Fuera de este supuesto extremo de una ausencia de potestad, los límites legales de ésta se funcionalizan, según ya hemos dicho, en otros tantos límites de la legalidad de la actuación concreta de que se trate; la infracción de tales límites se traducirá en otros tantos vicios de legalidad de dicha actuación (del Reglamento, del acto, etc.). De este modo, se traslada la legalidad desde la norma abstracta a la actuación concreta de la Administración, actuación en la cual, como veremos, a través de la técnica impugnatoria de los recursos dirigidos contra la misma, deberá ventilarse la observancia de dicha legalidad por los medios establecidos de la justicia administrativa (arts. 107 y sigs. LPC y 82.2 LJ).

NOTA BIBLIOGRÁFICA: J. ARRIETA MARTÍNEZ DE PISÓN, *Las actas de inspección de los tributos*, Civitas, 1994; M. ATIENZA, *Sobre el control de la discrecionalidad administrativa. Comentarios a una polémica*, en «REDA», núm. 85; M. BELTRÁN, *Discrecionalidad administrativa y Constitución*, Madrid, 1995; M. BACIGALUPO, *La discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1997; R. CALVO ORTEGA, *La nueva Ley General Tributaria y sus retos*, «Revista de Estudios Financieros», 2003; C. D. CIRIANO VERA, *Administración económica y discrecionalidad. Un análisis normativo y jurisprudencial*, Valladolid, 2000; M. CLAVERO ARÉVALO, *La doctrina de los principios generales del Derecho y las lagunas del ordenamiento administrativo*, en el núm. 7 de «RAP»; C. CHINCHILLA, *La desviación de poder*, 2.^a ed., 2.^a reimpresión actualizada, Madrid, 2004; E. COCA VITA, *Legalidad constitucional, exclusión del control judicial y discrecionalidad técnica*, en «RAP», núms. 100-102, vol. I; P. CRUZ VILLALÓN, *El nuevo derecho de excepción (Ley Orgánica 4/1981, de 1 de julio)*; J. DELGADO BARRIO, *El control de la discrecionalidad del planeamiento urbanístico*, Madrid, 1993; E. DESDENTADO, *Discrecionalidad Administrativa y Planeamiento Urbanístico*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2.^a ed., 1999; T. R. FERNÁNDEZ, *La doctrina de los vicios de orden público: orígenes y evolución*, en el núm. 56 de «RAP», *De la arbitrariedad de la Administración*, Ed. Civitas, Madrid, 5.^a ed., 2008; *De la arbitrariedad del legislador*, Ed. Civitas, Madrid, 1998; *Le principe constitutionnel d'interdiction de l'arbitraire des pouvoirs publics: quid novum?*, Rev. «Française de Droit Administratif», núm. 1, 1999; A. GALLEGO ANABITARTE, *Las relaciones especiales de sujeción y el principio de legalidad de la Administración*, en el núm. 34 de «RAP»; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el núm. 38 de «RAP» (edición separada en «Cuadernos Civitas», 3.^a ed., 1983); *Reflexiones sobre la Ley y los principios generales del Derecho*, Ed. Civitas, Madrid, 1984; *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Madrid, 4.^a ed., 1994 (y traducción francesa, Económica, 1993); *¿Es inconveniente o inútil la proclamación de la interdicción de la arbitrariedad como principio constitucional? Una nota*, en el núm. 124 de «RAP», y *Democracia, jueces y control de la Administración*, Ed. Civitas, 5.^a ed., Madrid, 2000; E. GARCÍA DE ENTERRÍA y A. MENÉNDEZ, *El Derecho, la Ley y el Juez*, Ed. Civitas, Madrid, 1997 (reimpresión, 2000); M. GARCÍA Pelayo, *La idea medieval del Derecho*, en el libro *Del mito y de la razón en la historia del pensamiento político*, Ed. «Revista de Occidente», Madrid, 1968, páginas 66 y sigs.; F. GARRIDO FALLA, *La Administración y la Ley*, en el núm. 6 de «RAP»; E. HINOJOSA y N. GONZÁLEZ-DELEITO, coords., *Discrecionalidad administrativa y control judicial*, Ed. Civitas, Madrid, 1996; J. IGARTUA, *Discrecionalidad técnica, motivación y control jurisdiccional*, Civitas-IVAP, Madrid, 1998 y *La motivación de los nombramientos*