

Eduardo García de Enterría
Tomás-Ramón Fernández

Curso de Derecho Administrativo I

Vigésima segunda edición

**Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí**



© Eduardo García de Enterría y Tomás-Ramón Fernández, 2026
© ARANZADI LA LEY, S.A.U.

ARANZADI LA LEY, S.A.U.

C/ Serrano Galvache n.º 26

28033 Madrid

<https://www.aranzadilaley.es>

Atención al cliente: <https://areacliente.aranzadilaley.es/>

Primera edición: 1974

Segunda edición: 1975

Tercera edición: 1979

Cuarta edición: 1983

Traducción italiana con el título de *Principi di Diritto Amministrativo*, Milano, Giuffrè: 1983 (trad. L.Vandelli y G. Gascani)

Reimpresión revisada: 1984

Traducción portuguesa, *Curso de Direito Administrativo*, Editorial «Revista dos Tribunais». Sao Paulo: 1991 (trad. A. Setti)

Quinta edición: 1989

Sexta edición: 1993

Séptima edición: 1995

Octava edición: 1997

Novena edición: 1999

Décima edición: 2000

Undécima edición: 2002

Duodécima edición: 2004

Edición argentina de la 12.ª ed., con notas de Derecho argentino del Profesor Agustín Gordillo: 2006

Edición colombiana-peruana: 2006

Decimotercera edición: 2006

Decimocuarta edición: 2008

Decimoquinta edición: 2011

Decimosexta edición: 2013

Decimoséptima edición: 2015 (traducción brasileña de la 16.ª edición. Ed. Rivista dos Tribunais. Sao Paulo 2015)

Decimoctava edición: 2017

Decimonovena edición: 2020

Vigésima edición: 2022

Vigésima primera edición: 2024

Vigésima segunda edición: 2026

Depósito Legal: M-16443-2026

ISBN versión impresa: 978-84-1085-733-9

ISBN versión electrónica: 978-84-1085-734-6

Diseño, Preimpresión e Impresión: ARANZADI LA LEY, S.A.U.

Printed in Spain

© ARANZADI LA LEY, S.A.U. Todos los derechos reservados. A los efectos del art. 32 del Real Decreto Legislativo 1/1996, de 12 de abril, por el que se aprueba la Ley de Propiedad Intelectual, ARANZADI LA LEY, S.A.U., se opone expresamente a cualquier utilización del contenido de esta publicación sin su expresa autorización, lo cual incluye especialmente cualquier reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación, transmisión, envío, reutilización, publicación, tratamiento o cualquier otra utilización total o parcial en cualquier modo, medio o formato de esta publicación.

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la Ley. Diríjase a **Cedro** (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

El editor y los autores no asumirán ningún tipo de responsabilidad que pueda derivarse frente a terceros como consecuencia de la utilización total o parcial de cualquier modo y en cualquier medio o formato de esta publicación (reproducción, modificación, registro, copia, explotación, distribución, comunicación pública, transformación, publicación, reutilización, etc.) que no haya sido expresa y previamente autorizada.

El editor y los autores no aceptarán responsabilidades por las posibles consecuencias ocasionadas a las personas naturales o jurídicas que actúen o dejen de actuar como resultado de alguna información contenida en esta publicación.

ARANZADI LA LEY no será responsable de las opiniones vertidas por los autores de los contenidos, así como en foros, chats, o cualesquiera otras herramientas de participación. Igualmente, ARANZADI LA LEY se exime de las posibles vulneraciones de derechos de propiedad intelectual y que sean imputables a dichos autores.

ARANZADI LA LEY queda eximida de cualquier responsabilidad por los daños y perjuicios de toda naturaleza que puedan deberse a la falta de veracidad, exactitud, exhaustividad y/o actualidad de los contenidos transmitidos, difundidos, almacenados, puestos a disposición o recibidos, obtenidos o a los que se haya accedido a través de sus PRODUCTOS. Ni tampoco por los Contenidos prestados u ofertados por terceras personas o entidades.

ARANZADI LA LEY se reserva el derecho de eliminación de aquellos contenidos que resulten inveraces, inexactos y contrarios a la ley, la moral, el orden público y las buenas costumbres.

Nota de la Editorial: El texto de las resoluciones judiciales contenido en las publicaciones y productos de ARANZADI LA LEY, S.A.U., es suministrado por el Centro de Documentación Judicial del Consejo General del Poder Judicial (Cendoj), excepto aquellas que puntualmente nos han sido proporcionadas por parte de los gabinetes de comunicación de los órganos judiciales colegiados. El Cendoj es el único organismo legalmente facultado para la recopilación de dichas resoluciones. El tratamiento de los datos de carácter personal contenidos en dichas resoluciones es realizado directamente por el citado organismo, desde julio de 2003, con sus propios criterios en cumplimiento de la normativa vigente sobre el particular, siendo por tanto de su exclusiva responsabilidad cualquier error o incidencia en esta materia

Si quieres adquirir esta
obra haz click aquí



Índice General

	<i>Página</i>
PRÓLOGO A LA VIGESIMOSEGUNDA EDICIÓN	35
PRÓLOGO A LA NOVENA EDICIÓN	37
PRÓLOGO A LA PRIMERA EDICIÓN	41
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	43
ABREVIATURAS UTILIZADAS	53

TÍTULO PRIMERO INTRODUCCIÓN

CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

I. La Administración Pública como persona jurídica.	60
1. <i>El concepto de Administración en la evolución del Derecho Administrativo</i>	<i>60</i>
2. <i>La Administración como persona jurídica</i>	<i>62</i>
3. <i>«Excursus» sobre la división de los poderes</i>	<i>63</i>
4. <i>Actividades administrativas de los Órganos constitucionales del Estado</i>	<i>67</i>
A. <i>La posición mixta del Gobierno</i>	<i>67</i>
B. <i>La realización de funciones administrativas materiales por parte de Órganos constitucionales.....</i>	<i>68</i>



	<u>Página</u>
5. <i>La pluralidad de Administraciones Públicas y las técnicas de reducción a la unidad</i>	70
6. <i>La caracterización jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento positivo en vigor</i>	72
II. El concepto positivo de Derecho Administrativo	74
1. <i>El Derecho Administrativo es el derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas</i>	74
2. <i>Consecuencias de este concepto</i>	75
A. El Derecho Administrativo es un Derecho Público ..	75
B. El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas	75
C. La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa	76
a. La actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado	77
b. La llamada actividad administrativa de los particulares	77
c. La intermediación de la Administración en relaciones materialmente privadas y la correlativa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa	79
d. El segundo término de la relación jurídico-administrativa: clases de relaciones	80
3. <i>La especificidad del Derecho Administrativo y sus características: el equilibrio entre privilegios y garantías</i>	82
III. Límites de aplicación del Derecho Administrativo	84
1. <i>La cuestión a resolver y las respuestas tradicionales</i>	84
A. La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión	85
B. El criterio del servicio público	85
C. El criterio de la prerrogativa	86
2. <i>Las zonas de fricción y su limitación: carácter instrumental de la utilización del Derecho privado por la Administración</i> .	86



	<i>Página</i>
3. <i>El «giro o tráfico administrativo» como función típica de la Administración regulada por el Derecho Administrativo</i>	91
4. <i>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</i>	92
IV. Recapitulación	95

TÍTULO SEGUNDO EL ORDENAMIENTO JURÍDICO-ADMINISTRATIVO

CAPÍTULO II

EL ORDENAMIENTO ADMINISTRATIVO. LA CONSTITUCIÓN COMO NORMA JURÍDICA

I. El ordenamiento jurídico-administrativo: estructura y caracteres	101
1. <i>El sistema del ordenamiento jurídico y sus supuestos; pluralidad de fuentes, lagunas e integración de las mismas</i>	101
2. <i>Algunos caracteres del ordenamiento jurídico-administrativo</i>	105
A. La estructura jerarquizada del ordenamiento jurídico-administrativo	106
B. Ordenamientos secundarios y normas autonómicas . .	107
C. Los ordenamientos supraestatales	109
D. El papel de la costumbre. El precedente administrativo. El desuso de las normas	109
E. La contingencia y variabilidad del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo	113
F. Los principios generales del Derecho	117
3. <i>La aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo</i>	125
A. La aplicación del ordenamiento jurídico-administrativo en el espacio	125
B. La aplicación en el tiempo del ordenamiento jurídico-administrativo	126
C. La interpretación del ordenamiento jurídico-administrativo	132



	<u>Página</u>
II. La Constitución como norma jurídica.	133
1. <i>La introducción de la Constitución en el sistema tradicional de fuentes.</i>	<i>133</i>
2. <i>El valor normativo fundamental de la Constitución de 1978 .</i>	<i>135</i>
3. <i>Los orígenes y el significado del valor normativo de la Constitución en el constitucionalismo occidental</i>	<i>137</i>
4. <i>El carácter normativo directo, para ciudadanos y jueces y Tribunales, de la Constitución de 1978</i>	<i>139</i>
5. <i>El monopolio jurisdiccional del Tribunal Constitucional sólo alcanza a la declaración de inconstitucionalidad de las leyes, no a cualquier aplicación de la Constitución. El ámbito de aplicación de la Constitución que corresponde en todo caso a los Tribunales ordinarios</i>	<i>141</i>
6. <i>El principio de interpretación conforme a la Constitución de todo el ordenamiento jurídico</i>	<i>144</i>
7. <i>Conclusión sobre el valor normativo de la Constitución</i>	<i>147</i>
 CAPÍTULO III	
LA LEY	149
I. Concepto de Ley. La Fuerza de Ley	149
II. Titulares del poder legislativo	152
1. <i>La distribución territorial del poder legislativo</i>	<i>152</i>
2. <i>La sanción y la promulgación regias de las leyes</i>	<i>153</i>
III. La publicación de la Ley	155
IV. El contenido de la Ley	158
1. <i>Doctrina general</i>	<i>158</i>
2. <i>La subordinación a la Constitución; la Ley no es ejecución de la Constitución</i>	<i>160</i>
V. Clases de Leyes	164
1. <i>Leyes Orgánicas</i>	<i>165</i>
A. <i>Su origen y razón de ser</i>	<i>165</i>
B. <i>El problema del rango normativo</i>	<i>167</i>
C. <i>El concepto material de Ley Orgánica</i>	<i>169</i>



	<u>Página</u>
D. Las materias de Ley Orgánica	171
E. Algunas precisiones adicionales	175
2. <i>Leyes ordinarias: de pleno, de comisión, refrendadas</i>	177
3. <i>Decretos-leyes</i>	179
A. Concepto y ámbito	179
B. La revisión parlamentaria del Decreto-ley	185
C. El actual imperio del Decreto-ley	187
4. <i>Decretos legislativos</i>	189
VI. Los Tratados Internacionales y su valor en Derecho Interno	190
VII. El Derecho Comunitario como parte del ordenamiento jurídico nacional	193
1. <i>La cláusula de supranacionalidad del artículo 93 de la Constitución</i>	193
2. <i>El ordenamiento jurídico comunitario: sus fuentes específicas</i>	194
3. <i>Las relaciones entre el ordenamiento comunitario y el ordenamiento español</i>	198
4. <i>La aplicación del ordenamiento comunitario</i>	201
A. El principio de autonomía institucional	201
B. El Tribunal de Justicia y la cuestión prejudicial sobre la validez e interpretación de las normas comunitarias	202
VIII. La inconstitucionalidad de las leyes y el Tribunal Constitucional	206
1. <i>Principios generales</i>	206
2. <i>El recurso directo</i>	210
3. <i>El recurso en vía incidental o «cuestión de constitucionalidad» planteada por Jueces o Tribunales</i>	211
4. <i>La Sentencia de inconstitucionalidad y sus efectos</i>	213
5. <i>Otras vías de declaración de inconstitucionalidad de las leyes</i>	216
6. <i>La ejecución de las Sentencias y demás resoluciones del Tribunal</i>	218



CAPÍTULO IV

EL REGLAMENTO	221
I. Concepto y justificación	221
1. <i>Concepto</i>	221
2. <i>La justificación de la potestad reglamentaria</i>	223
3. <i>La distinción entre Reglamentos y Actos administrativos</i>	227
II. Requisitos de validez de los Reglamentos	230
1. <i>Límites formales</i>	231
A. La competencia para emanar Reglamentos. El problema de la potestad reglamentaria de los Ministros y autoridades inferiores (circulares e instrucciones)...	231
B. Reglamentos de órganos constitucionales y Administraciones independientes	235
C. La jerarquía normativa	237
D. El procedimiento para la elaboración de Reglamentos	237
E. La publicación	241
2. <i>Límites sustanciales</i>	243
A. El respeto a los principios generales del Derecho y en especial la interdicción de la arbitrariedad	243
B. Las técnicas de control de la discrecionalidad	247
C. La materia reglamentaria	248
D. Irretroactividad	251
III. La inderogabilidad singular de los Reglamentos	251
IV. Clases de Reglamentos	254
1. <i>Reglamentos jurídicos (normativos) y Reglamentos administrativos (de organización). El problema de las llamadas relaciones especiales de poder</i>	254
2. <i>Reglamentos ejecutivos, independientes y de necesidad</i>	256
A. Reglamentos ejecutivos	257
B. Reglamentos independientes	259
C. Reglamentos de necesidad	260



	<u>Página</u>
3. <i>Reglamentos y prescripciones autonómicas</i>	261
A. Significado y clases	261
B. Caracteres, contenido y régimen jurídico	263
V. Reglamentos ilegales	265
1. <i>La sanción de nulidad de pleno derecho</i>	266
2. <i>Medios técnicos de reacción frente a los Reglamentos ilegales: la técnica general de la inaplicación y sus fundamentos</i>	270
3. <i>Los remedios activos</i>	273
A. Declaración de oficio de la nulidad del Reglamento ilegal por la propia Administración autora del mismo. La acción de nulidad del particular	273
B. Los recursos contencioso-administrativos. Recurso directo o indirecto contra Reglamentos	274
C. Recurso contra Reglamentos y jurisdicción constitucional	279
 CAPÍTULO V	
LAS RELACIONES ENTRE LEY Y REGLAMENTO. EN PARTICULAR, LA LEGISLACIÓN DELEGADA	283
I. Principios que presiden las relaciones entre Ley y Reglamento	283
1. <i>La primacía de la Ley. Inexistencia de una reserva constitucional de un ámbito directo en favor del Reglamento</i>	284
2. <i>La reserva de Ley: reserva material</i>	287
A. La doctrina de las materias reservadas a la Ley	287
B. El tema en la Constitución	291
C. Conclusiones; en particular, el artículo 53.1 de la Constitución	294
3. <i>La reserva de Ley en sentido formal (principio de la congelación del rango)</i>	298
II. La alteración de las relaciones entre Ley y Reglamento: la delegación legislativa	299
1. <i>Naturaleza, cobertura constitucional y clases de delegación legislativa</i>	299



	<i><u>Página</u></i>
2. <i>La delegación recepticia: textos articulados y textos refundidos (Decretos Legislativos)</i>	302
A. Textos refundidos: la refundición como operación técnica. Límites de la refundición y valor del Texto refundido. El efecto sustitutivo	304
B. Textos articulados de Leyes de Bases.....	305
a. La Ley de delegación: las «bases» como directrices y como límites de la delegación	306
b. Desarrollo de la delegación.....	307
c. Valor del Texto articulado	308
d. Control de los excesos de la delegación. En especial, el control judicial	309
C. El control de la constitucionalidad de la delegación recepticia	313
3. <i>La remisión normativa</i>	316
A. El mecanismo de la remisión normativa. La norma remitida como simple Reglamento.....	316
B. Los límites de las remisiones normativas	318
a. Reserva de Ley y remisión por ésta a un Reglamento.....	318
b. Límites del desarrollo reglamentario a una remisión legal: la doctrina del «complemento indispensable» en el caso de los Reglamentos ejecutivos de las Leyes	321
4. <i>La deslegalización</i>	323
A. La deslegalización como degradación del rango normativo y ampliación del ámbito de la potestad reglamentaria.....	323
B. Diferencias de la deslegalización con la remisión y la delegación recepticia.....	324
C. Límites de la técnica deslegalizadora.....	325



CAPÍTULO VI

EL ORDENAMIENTO ESTATAL Y LOS ORDENAMIENTOS AUTONÓMICOS: SISTEMA DE RELACIONES	329
I. La pluralidad de ordenamientos.....	330
II. La relación primaria entre la pluralidad de ordenamientos	332
1. <i>El principio general de separación o principio de la competencia</i>	<i>332</i>
2. <i>La articulación de los ordenamientos estatal y autonómico en el supraordenamiento constitucional.....</i>	<i>335</i>
3. <i>La posición jurídica de los estatutos de autonomía.....</i>	<i>337</i>
A. El Estatuto en el sistema constitucional	337
B. El Estatuto como norma autonómica y como norma del Estado	339
C. El Estatuto como norma subordinada a la Constitución.....	340
D. La relación del Estatuto con las demás Leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas	342
III. Las relaciones positivas entre el ordenamiento estatal y los ordenamientos autonómicos.....	344
IV. La cooperación entre los ordenamientos estatal y autonómico: principio general.....	345
V. La concurrencia normativa entre el Estado y las Comunidades Autónomas: normación básica y normación de desarrollo.....	346
1. <i>La idea general de dicha concurrencia</i>	<i>346</i>
2. <i>El primer debate sobre el contenido de las bases: concepto formal y concepto material de las bases</i>	<i>349</i>
3. <i>La estructura de la normación básica: círculo material de interés general, círculo de encuadramiento, círculo de suplencia</i>	<i>351</i>
4. <i>La relación bases-desarrollo: preclusión, desplazamiento, condición de integración</i>	<i>357</i>
5. <i>El problema del rango de las dos normaciones</i>	<i>361</i>



	<u>Página</u>
VI. La ejecución autonómica de la legislación del Estado	364
1. <i>La significación general de esta fórmula colaborativa entre los dos ordenamientos</i>	<i>364</i>
2. <i>Las competencias propias del Estado en esta fórmula colaborativa</i>	<i>367</i>
A. Legislación.	367
B. Administración propia.	367
C. La retención excepcional de facultades ejecutivas en el Estado	368
3. <i>El problema del poder de supervisión del Estado sobre la ejecución autonómica de sus normas</i>	<i>370</i>
A. El tema general	370
B. Las razones del poder de supervisión	371
a. En general	371
b. Los títulos competenciales	372
C. Extensión del poder de supervisión	374
D. Los instrumentos del poder de supervisión. En particular el artículo 155 de la Constitución	375
E. Las medidas preventivas de la unidad básica de ejecución de la legislación del Estado	379
4. <i>El régimen especial del nuevo artículo 135 de la Constitución</i>	<i>380</i>
VII. La coordinación entre los dos órdenes	381
1. <i>Naturaleza y contenido de la institución</i>	<i>381</i>
2. <i>Los instrumentos: la técnica de las directrices</i>	<i>384</i>
3. <i>Los instrumentos: los planes como técnica de coordinación. El principio de la «unidad del mercado nacional»</i>	<i>387</i>
VIII. Las relaciones de interferencia entre los dos ordenamientos: delegaciones estatales en favor de las Comunidades Autónomas, armonización legislativa, intervención coercitiva.	391
1. <i>Las delegaciones estatales en favor de las Comunidades Autónomas</i>	<i>391</i>
A. Delegaciones normativas	392



	<i><u>Página</u></i>
B. Delegaciones y transferencias de competencias	393
2. <i>Las Leyes estatales de armonización</i>	396
3. <i>Ejecución y coerción estatal. El artículo 155 de la Constitución</i>	398
IX. Las relaciones de integración entre los dos ordenamientos: la cláusula constitucional de prevalencia del Derecho estatal	399
1. <i>La significación general de la cláusula de prevalencia</i>	399
2. <i>El campo aplicativo de la cláusula</i>	402
3. <i>Los efectos</i>	407
4. <i>El fundamento de la regla de la prevalencia</i>	407
X. Las relaciones de integración entre los dos ordenamientos: la cláusula de suplencia general del Derecho estatal	409
1. <i>El sentido general del sistema de suplencia del Derecho estatal</i>	409
2. <i>El problema creado por las Sentencias constitucionales de 27 de junio de 1996 y 20 de marzo de 1997 a propósito de las Leyes estatales dictadas expresamente como supletorias</i>	411
XI. Una referencia a los ordenamientos forales	415

TÍTULO TERCERO LA POSICIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN

CAPÍTULO VII

LA PERSONALIDAD JURÍDICA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS	423
I. Introducción	423
II. La Administración del Estado como persona jurídica	424
1. <i>Evolución histórica y situación actual</i>	424
2. <i>Los caracteres de la Administración estatal como persona jurídica</i>	429
III. Las Comunidades Autónomas	431
IV. La diversificación de Administraciones Públicas	434



	<u>Página</u>
V. Tipología de los entes públicos	437
1. <i>Entes territoriales y no territoriales</i>	439
2. <i>Entes de base corporativa y entes de base fundacional o institucional</i>	441
A. La distinción básica entre Corporación e Institución .	441
B. Instituciones públicas y privadas	443
C. La utilización de la figura de la fundación	445
D. La diversidad de principios organizativos: autoadministración y gestión burocrática	447
3. <i>Las clases de corporaciones</i>	448
A. Las Corporaciones territoriales	448
B. Las Corporaciones sectoriales de base privada	450
C. Las Corporaciones interadministrativas	457
4. <i>En particular, la Administración institucional</i>	458
A. Teoría general	458
B. «Excursus» sobre el abuso de la creación de entes institucionales como técnica de «huida del Derecho Administrativo»	463
C. Sobre la consistencia de las personas jurídicas institucionales	467
D. La relación de instrumentalidad	469
E. Las clases de entes institucionales. En particular, los organismos autónomos y los consorcios	474
5. <i>Derecho público y Derecho privado en las formas de personificación y en el régimen de las entidades públicas</i>	476
A. Las sociedades de ente público	479
B. Las fundaciones del sector público	482
C. Los entes con forma pública de personificación que actúan en el tráfico en régimen privado: Las entidades públicas empresariales	484
6. <i>Un fantasma jurídico: los fondos administrativos sin personalidad</i>	484
VI. Capacidad jurídica de los entes públicos	486



	<i><u>Página</u></i>
1. <i>La capacidad jurídica de Derecho Público</i>	486
2. <i>La capacidad de Derecho Privado</i>	490
VII. Observaciones sobre las llamadas autoridades administrativas independientes	491
 CAPÍTULO VIII	
EL PRINCIPIO DE LEGALIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.	497
I. Estado de derecho y principio de legalidad: el sentido originario de este principio.	497
II. El ámbito del principio de legalidad y su construcción técnica.	501
1. <i>Las construcciones tradicionales del principio de legalidad de la Administración: aplicación singular de la Ley y doctrina de la vinculación negativa</i>	502
2. <i>La doctrina de la vinculación positiva de la Administración a la legalidad</i>	505
III. El mecanismo del principio de legalidad de la Administración como técnica de atribución legal de potestades.	507
1. <i>El concepto técnico de potestad. Caracteres y clases.</i>	507
2. <i>La singularidad de las potestades administrativas. Potestades y poder público. Potestades y situaciones activas de los súbditos. Potestades funcionales o fiduciarias</i>	510
3. <i>La técnica de la atribución de potestad. Autoatribución de potestades. Atribución expresa y poderes implícitos o inherentes. Atribución específica y supuestas cláusulas generales de apoderamiento. Las situaciones de excepción, la suspensión de la legalidad y sus límites</i>	513
A. Autoatribución de potestades	513
B. Atribución expresa y poderes inherentes o implícitos	514
C. Atribución específica y cláusulas generales de apoderamiento.	515
IV. Potestades regladas y potestades discrecionales.	519
1. <i>La esencia de la distinción y sus términos concretos.</i>	519
2. <i>Discrecionalidad y conceptos jurídicos indeterminados</i>	523



	<u>Página</u>
3. <i>Las técnicas de reducción y control judicial de la discrecionalidad</i>	530
A. La evolución de las técnicas de control	530
B. El control de los elementos reglados. En especial el control del fin y la desviación de poder	533
C. El control de los hechos determinantes.....	537
D. El control por los principios generales del Derecho ..	541
4. <i>Discrecionalidad y arbitrariedad. Significado y alcance de la prohibición constitucional de la arbitrariedad de los poderes públicos</i>	544
5. <i>Control de la discrecionalidad y tutela judicial efectiva</i>	550
V. La dinámica del principio de legalidad	554
 CAPÍTULO IX	
LAS RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN Y JUSTICIA Y EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA	559
I. La posición de la Administración con los Tribunales	559
II. La explicación histórico-política: de la identidad subjetiva entre Administración y Tribunales al principio de separación	563
1. <i>La cuestión en el antiguo régimen</i>	563
2. <i>La cuestión en el Derecho anglosajón</i>	568
3. <i>La formulación revolucionaria del principio de separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias</i>	572
4. <i>La configuración del principio de separación en Derecho español</i>	576
III. La explicación dogmática: el principio de autotutela	577
1. <i>La insuficiencia de las explicaciones históricas: el principio de autotutela como explicación unitaria</i>	577
2. <i>La singularidad de la autotutela administrativa respecto a la privada</i>	578
3. <i>Autotutela conservativa y autotutela agresiva</i>	581
4. <i>Autotutela declarativa y presunción de legalidad de los actos administrativos</i>	582



	<u>Página</u>
5. <i>Autotutela ejecutiva</i>	584
6. <i>La autotutela en segunda potencia</i>	586
7. <i>Los límites de la autotutela administrativa</i>	588
8. <i>Los abusos de la autotutela</i>	591
9. <i>Las consecuencias de la autotutela</i>	593
10. <i>La articulación entre autotutela administrativa previa y tutela final jurisdiccional</i>	596
A. <i>Doctrina general</i>	596
B. <i>En particular, la exigencia cualificada como contrapeso de la autotutela de medidas cautelares en el contencioso-administrativo</i>	601
IV. El sistema de conflictos	603

TÍTULO CUARTO LA ACTUACIÓN ADMINISTRATIVA

CAPÍTULO X

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS: CONCEPTO Y ELEMENTOS. CLASES. EFICACIA DE LOS ACTOS. EL SILENCIO ADMINISTRATIVO

	611
I. El concepto de acto administrativo	612
1. <i>Significación general y alcance de la teoría de los actos administrativos. La delimitación del concepto</i>	612
2. <i>La definición del acto administrativo</i>	615
II. Los elementos de los actos administrativos	619
1. <i>Los elementos subjetivos: administración, órgano, competencia, investidura del titular del órgano</i>	619
2. <i>Los elementos objetivos: presupuesto de hecho, fin, causa, motivo</i>	621
3. <i>Los elementos objetivos: la declaración y su contenido y objeto</i>	627
4. <i>Los elementos formales: el procedimiento y la forma de manifestación. En particular, la motivación</i>	630
III. Las clases de actos administrativos	639



	<u>Página</u>
1. Actos decisorios externos y actos no decisorios	639
2. Actos resolutorios y de trámite	641
3. Actos favorables y actos de gravamen	643
4. Otras distinciones funcionales	644
IV. La cuestión de los actos políticos o de Gobierno	646
V. La eficacia de los actos administrativos.....	652
1. En general: presunción de validez y obligación de cumplimiento inmediato.....	652
2. Condiciones de eficacia. La eficacia demorada. En especial, la notificación y la publicación	653
3. La retroactividad de los actos administrativos	660
4. Cesación de la eficacia: la suspensión y sus clases	662
VI. El silencio administrativo	669
1. El silencio administrativo en la primitiva LPA de 1958	669
A. El silencio negativo.....	669
B. El silencio positivo	672
2. La regulación del silencio administrativo en la LPC de 1992	674
A. El sentido general de la regulación inicial	674
B. El silencio administrativo en la actualidad.....	676
a. Los efectos positivos o negativos del silencio. Reglas y excepciones	676
b. El silencio negativo como simple ficción legal de efectos exclusivamente procesales	677
c. El silencio positivo como acto presunto en todo equivalente al acto expreso estimatorio	678
d. El plazo de producción del silencio	682
e. El plazo para recurrir el silencio administrativo .	683

CAPÍTULO XI

LOS ACTOS ADMINISTRATIVOS (CONTINUACIÓN): VALIDEZ E INVALIDEZ. REVOCACIÓN Y ANULACIÓN.....	687
I. La teoría de las nulidades en el Derecho Administrativo .	688



	<i>Página</i>
1. <i>La invalidez de los actos jurídicos en general: inexistencia, nulidad y anulabilidad</i>	688
2. <i>La autotutela de la Administración y su incidencia en la teoría de las nulidades</i>	690
3. <i>Grados de invalidez de los actos administrativos</i>	692
II. La nulidad absoluta o de pleno derecho de los actos administrativos	693
1. <i>Características y efectos de la nulidad de pleno derecho de los actos administrativos</i>	693
2. <i>Los supuestos legales de nulidad de pleno derecho</i>	695
A. Los supuestos de nulidad de pleno derecho del artículo 62 LPC.....	696
a. Actos dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio.....	697
b. Actos de contenido imposible.....	698
c. Actos constitutivos de infracción penal o dictados como consecuencia de ésta	699
d. Actos dictados con omisión total y absoluta del procedimiento legalmente establecido.....	703
e. Actos dictados con infracción de las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados	705
f. Actos que lesionan los derechos y libertades susceptibles de amparo constitucional.....	705
g. Los actos, expresos o presuntos, contrarios al ordenamiento jurídico por los que se adquieren facultades o derechos cuando se carezca de los requisitos esenciales para su adquisición	706
h. Supuestos de nulidad de pleno derecho tipificados por Leyes especiales	708
3. <i>Valoración crítica del sistema legal</i>	711
A. El criterio delimitador de los dos tipos básicos de invalidez	711



	<u>Página</u>
B. El alcance institucional del vicio de incompetencia manifiesta.	713
III. La anulabilidad de los actos administrativos	716
1. <i>Características y efectos de la anulabilidad de los actos administrativos</i>	716
2. <i>Vicios que hacen anulable el acto: el artículo 48 LPAC</i>	719
3. <i>Consideración especial del vicio de forma o de procedimiento</i>	720
A. El carácter instrumental de las formas	720
B. Reducción progresiva de los vicios de forma.	721
C. El principio de economía procesal y la virtud invalidante de los vicios de forma: casos en que puede admitirse	722
D. El problema de la declaración de la nulidad de lo actuado	725
4. <i>Convalidación, conversión e incomunicación de invalidez</i> ...	726
IV. Las irregularidades no invalidantes	727
V. La revocación de los actos administrativos	729
1. <i>Planteamiento general. Clases de revocación</i>	729
2. <i>La revocación por motivos de legalidad. La revisión de oficio en la LPAC</i>	729
A. Principios generales	729
B. Ámbito de aplicación del sistema de revisión de oficio establecido por la LPAC	731
C. La revisión de oficio de los actos nulos de pleno derecho. Requisitos	731
D. La revisión de los actos anulables	735
a. El recurso de lesividad y la revocación de los actos favorables	735
b. La revisión de oficio de los actos de gravamen ..	737
E. La corrección de errores materiales y aritméticos ...	738
F. Límites a las facultades de revisión de oficio.	739
3. <i>Las especialidades del ámbito fiscal</i>	740
4. <i>La revocación por motivos de oportunidad</i>	741



	<u>Página</u>
A. Carácter excepcional y matiz expropiatorio: necesidad de indemnización	741
B. La revocación de licencias en el ámbito local	742
5. <i>Las reservas de revocación, la revocación sanción y las revocaciones indirectas.</i>	744
VI. La anulación de los actos administrativos en vía de recurso.	746
 CAPÍTULO XII	
LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y, EN ESPECIAL, LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS.	749
I. Los convenios de la administración en general. Naturaleza y clases	750
1. <i>La actividad multilateral de la Administración y sus distintas especies.</i>	750
2. <i>En particular, los convenios entre Administración y administrados. Clases. En especial, los llamados conciertos de administración</i>	752
3. <i>La aplicación de la institución contractual a los convenios administración-administrados</i>	757
II. La figura del contrato administrativo: formación histórica y sentido actual	759
1. <i>La teorización de la figura del contrato administrativo como un contrato regido por el Derecho Público</i>	760
2. <i>La revisión de la doctrina sustantivadora del contrato administrativo</i>	764
3. <i>Las modulaciones de la institución contractual en los contratos administrativos</i>	766
4. <i>La presencia subjetiva de la Administración como requisito «sine qua non» del contrato administrativo. La incidencia del derecho comunitario en la contratación pública</i>	772
III. Contratos del sector público, contratos administrativos y contratos privados de la Administración en el ordenamiento vigente	776
1. <i>Ámbito de aplicación de la LCSP</i>	776



	<u>Página</u>
2. <i>Contratos administrativos y contratos privados del sector público en la Ley vigente</i>	779
3. <i>Trascendencia efectiva de la distinción entre contratos administrativos y contratos privados de la Administración y de las demás entidades integrantes del sector público</i>	780
A. Comunidad de reglas de competencia y procedimiento para todos los contratos de la Administración. Los actos separables	780
B. La regulación de fondo de los contratos administrativos y de los contratos privados de la Administración .	782
C. El reparto jurisdiccional	784
IV. El procedimiento de contratación en general	785
1. <i>Normas aplicables a los distintos entes y organismos sujetos a la LCSP</i>	785
2. <i>Presupuestos del procedimiento y preparación del contrato</i> ...	786
3. <i>La libertad de concurrencia y sus excepciones</i>	789
4. <i>Los procedimientos de selección de contratistas y las formas de adjudicación de los contratos</i>	792
5. <i>El recurso especial exigido por la normativa comunitaria</i> ...	799
6. <i>La formalización del contrato</i>	801
V. Las garantías de la contratación	802
 CAPÍTULO XIII	
LOS CONTRATOS ADMINISTRATIVOS NOMINADOS (DE OBRAS, SERVICIOS PÚBLICOS, SUMINISTROS Y OTROS): CONTENIDO, EFECTOS Y EXTINCIÓN	805
I. La caracterización legal de los contratos administrativos nominados (de obras, servicios, suministros y otros)	805
1. <i>Introducción</i>	805
2. <i>Los tipos contractuales de la LCSP</i>	806
II. Contenido y efectos de los contratos administrativos nominados	812
1. <i>Principios generales: la prevalencia del fin sobre el objeto y la peculiar configuración del equilibrio contractual</i>	812



	<i>Página</i>
2. <i>Prerrogativas de la administración en la ejecución de los contratos administrativos</i>	813
A. Los poderes de dirección, inspección y control.	813
B. El poder de interpretación unilateral del contrato. ...	814
C. El poder de modificación del objeto del contrato.	815
3. <i>Las técnicas de garantía del equilibrio financiero del contrato</i>	819
A. La compensación por ejercicio del «ius variandi»	820
B. El «factum principis»	822
C. La doctrina de la imprevisión o del riesgo imprevisible.	824
D. La compensación por riesgos imprevistos.	829
E. La revisión de precios.	830
4. <i>Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato de obra</i>	832
III. La extinción de los contratos administrativos	834
1. <i>El cumplimiento del contrato</i>	834
A. La recepción	834
B. La duración del contrato de gestión de servicios públicos y el problema de la reversión.	837
2. <i>La nulidad de los contratos</i>	839
3. <i>La resolución de los contratos administrativos: causas, modalidades y efectos</i>	841
A. La pérdida o restricción de la personalidad o la capacidad del contratista	842
B. El incumplimiento del contratista	843
C. El incumplimiento de la Administración	845
D. La modificación, suspensión o supresión del objeto del contrato por la Administración	849
E. El mutuo disenso.	850
F. Otras causas de resolución	851
IV. La cesión del contrato y el subcontrato	851



CAPÍTULO XIV

LA COACCIÓN ADMINISTRATIVA. LA ACTIVIDAD TÉCNICA DE LA ADMINISTRACIÓN	855
I. El sentido general del tema de la coacción administrativa	855
II. Las manifestaciones de la coacción administrativa.	857
1. <i>La ejecución forzosa</i>	858
A. Concepto y ámbito.	858
B. El acto administrativo como título de la ejecución ...	860
C. La ejecución está «en línea directa de continuación del acto», y se dirige a actualizar la obligación que del mismo resulta, sin innovarla ni sustituirla.	861
D. La ejecución forzosa no requiere la firmeza del acto. .	862
2. <i>La coacción directa</i>	863
3. <i>Coacción legítima y «vía de hecho»</i>	867
III. Los medios de ejecución forzosa	870
1. <i>El apremio sobre el patrimonio. El procedimiento de apremio</i>	870
2. <i>La ejecución subsidiaria</i>	872
3. <i>La multa coercitiva</i>	873
4. <i>La compulsión sobre las personas</i>	875
5. <i>El desahucio administrativo</i>	875
6. <i>Principios generales de utilización de los medios de ejecución forzosa</i>	876
IV. La coacción directa.	879
1. <i>Los supuestos de coacción directa</i>	879
A. La autodefensa administrativa	879
a. En general	879
b. En particular, la defensa posesoria.	880
B. Actuación coactiva de la Administración para el impedimento o la eliminación de hechos punibles y de infracciones de orden público	882
C. En particular, el uso de armas	883



	<u>Página</u>
D. Las situaciones de estado de necesidad.....	887
2. <i>Principios generales en la actuación de la coacción directa ..</i>	889
V. Las coacciones ilegítimas: la vía de hecho	892
1. <i>Requisitos del concepto de vía de hecho</i>	892
A. Inexistencia o irregularidad sustancial del acto de co- bertura	893
B. Irregularidad o exceso en la propia actividad de ejecu- ción.....	895
2. <i>La protección ante la vía de hecho: medios utilizables.....</i>	895
3. <i>Las acciones interdictales para retener y recobrar la posesión</i>	897
4. <i>La vía de hecho y la protección de las libertades públicas</i>	898
VI. La actividad técnica de la Administración.....	899
1. <i>Planteamiento general.....</i>	899
2. <i>La teoría jurídica de la actividad técnica administrativa....</i>	900



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 XIX, 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 citado siglo, 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, pasa 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 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 baldíos—. 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: JEAN 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 justiciable, 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. «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 explicable 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» (HAURIOU, 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 autodis-



posición 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 HAURIU), 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. ACTIVIDADES ADMINISTRATIVAS DE LOS ÓRGANOS CONSTITUCIONALES DEL ESTADO

A. La posición mixta del Gobierno

La consideración de la Administración Pública como una persona jurídica exige y, al propio tiempo, justifica la exclusión de la misma de una parte de la actividad de los órganos superiores de tipo político. Estos órganos, especialmente el Gobierno, no son sólo eventualmente órganos de la Administración Pública (aspecto bajo el cual su actividad está sometida al Derecho Administrativo), sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona.

Así ocurre, característicamente, con los *actos de carácter internacional*, que no se imputan a la Administración Pública interior, sino al Estado global en cuanto sujeto de relaciones internacionales, a quien el Gobierno representa, no estando sometidas por dicha razón al Derecho Administrativo, sino, más bien, a la Constitución y, en su caso, al Derecho Internacional.

Es el supuesto también de los *actos constitucionales* en que se plasman las relaciones entre los Altos Órganos del Estado (por ejemplo, el Título V de la Constitución, «relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», interpe-laciones, mociones de censura, disolución de las Cámaras, la sanción de las Leyes, la convocatoria de elecciones o de referéndum, etc.).

Lo que sucede en estos casos es que en los titulares de estos órganos superiores de la Administración Pública concurre, al propio tiempo, la condición de comisionados del «propietario del poder», la «confianza» parlamentaria en nuestro sistema (arts. 99, 101, 112, 113 y 114 de la Constitución) para ejercer dicho poder. La concurrencia de esa doble condición explica que tales individuos actúen unas veces en cuanto titulares del órgano administrativo (en cuyo supuesto su actividad se imputa a la Administración como persona y está sujeta al Derecho Administrativo: todos los Reglamentos, actos y contratos administrativos procedentes del Consejo de Ministros) y otras como personas que inte-



gran un centro de competencias constitucionales como comisionados políticos del «propietario del poder» (en cuyo caso su actividad está sometida al Derecho Constitucional). El Gobierno, pues, es simultáneamente órgano constitucional, en cuya actuación ejerce funciones que no están reguladas por el Derecho Administrativo sino por el Derecho Constitucional, y órgano administrativo, el que encabeza la Administración General del Estado, y como tal sometido al Derecho Administrativo. Lo que no tiene sentido, ni da pie para ello, por supuesto, el artículo 97 de la Constitución, es que, como pretendió un Proyecto de LJ de 1995, toda la actividad de «dirección política» de la Administración caiga fuera del Derecho Administrativo y, por ende, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Toda la actividad del Gobierno sobre la Administración es de dirección, como precisa el artículo 97; ninguna organización, y por tanto tampoco la Administración Pública, puede funcionar sin órganos directivos, que forman así parte necesaria de su estructura, como ahora precisa la LGO. Por ello sus actos están sometidos al Derecho Administrativo y son controlables por los Tribunales contencioso-administrativos (art. 26 LGO), en los términos que veremos en el capítulo X, *infra*. Pretender, como ha hecho más de un autor, y el citado Proyecto de LJ de 1995, que la actividad del Gobierno debe de ser libre y judicialmente exenta porque no se puede limitar a la aplicación de las leyes, resulta inadmisibile; todas las potestades discrecionales están en esa misma situación y ello no implica, como podremos ver más adelante, exención alguna de la legalidad ni del control del juez. La legalidad (*vid.*, *infra*, capítulo VIII) no opera con la Administración de modo que reduzca ésta a su pura aplicación mecánica, sino habilitando a la misma con potestades de actuación, entre las cuales las discrecionales remiten con normalidad al juicio libre de la Administración, sin que ello signifique, en modo alguno, exención de la Ley y del Derecho, sino un tipo propio de sujeción.

B. La realización de funciones administrativas materiales por parte de Órganos constitucionales

Finalmente, está el caso de las actividades materialmente «administrativas» cumplidas por órganos públicos no integrados en la organización personificada que es la Administración Pública. Hay aquí una importante distinción que hacer según que esas funciones administrativas, desde el punto de vista material, se actúen como complementarias de la función jurídica específica que dichos órganos desempeñan como propia, o bien que sean fruto de las organizaciones instrumentales de sostenimiento y apoyo de que tales órganos, en cuanto órganos constitucionales propiamente dichos, se dotan en servicio de su independencia.

En el primer caso (policía de las Cámaras, funciones de sus Mesas o Presidencias respectivas, actividad de control o «proposiciones no de Ley», autorizaciones para que sus miembros sean procesados, control y disciplina del *status* de éstos, etc., en el caso de los órganos legislativos; policía de la Sala, jurisdicción voluntaria —que los procesalistas pretenden excluir de su ámbito—, en el



caso de los órganos del Poder Judicial; o supuestos análogos en cuanto al Tribunal Constitucional, o el Tribunal de Cuentas), la función respectiva podrá ser calificada materialmente como administrativa, será o no equivalente o paralela a la que normalmente cumple la Administración, pero es evidente que no se trata de actos sometidos al Derecho Administrativo, como no lo son, *et pour cause*, los actos principales que dichos órganos constitucionales producen (Leyes, sentencias) y respecto de los cuales esos otros son auxiliares y complementarios. Distinto puede ser el caso de las organizaciones específicas de apoyo de que estos órganos constitucionales se dotan para sostener su autonomía y excluir cualquier dependencia de la Administración general, a la que normalmente se sobreponen o controlan. Es expresivo el caso del Poder Judicial, en el cual, para sostener la radical independencia de la función de juzgar, la Constitución, artículo 122, ha desplazado la administración del aparato de la Justicia desde el Ministerio de Justicia, donde tradicionalmente se encontraba, al Consejo General del Poder Judicial al cual se le encomienda toda la política del personal judicial (selección, formación, perfeccionamiento, destinos, ascensos, potestad disciplinaria, jubilaciones), personal organizado sobre el esquema funcional, así como los aspectos patrimoniales o económicos de soporte del ejercicio de la función judicial (no sólo las retribuciones del personal, también obras de edificios, suministros de material, contratos respectivos, arrendamientos, expropiaciones, etc.). Aun sin la especificidad de ese órgano auxiliar que es el Consejo General aludido, el mismo fenómeno de organizaciones o aparatos instrumentales de apoyo se conoce en los demás órganos constitucionales (Tribunales Constitucional y de Cuentas, Cámaras o Asambleas Legislativas, Defensor del Pueblo), aparatos más o menos sumarios, pero efectivos en los dos órdenes referidos de la administración del personal propio y de la gestión patrimonial de sostenimiento. Los actos que en ejercicio de estas funciones de apoyo se realizan no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado, sino de órganos que se han configurado con una más o menos perfecta (nunca total en el aspecto financiero, por la unidad presupuestaria y de caja) separación de la misma. Ello no obstante, en cuanto tales actos afectan a terceros (considerando tales, por de pronto, el personal propio ligado por unas u otras relaciones de servicio y, por supuesto, contratistas, expropiados, eventuales perjudicados por el funcionamiento de sus respectivos servicios), dichos terceros no pueden quedar al margen de la protección jurisdiccional que el artículo 24 de la Constitución garantiza hoy a todo ciudadano, y esta protección se residencia normalmente (podría haberse elevado a la jurisdicción civil como residual, según se conoce en otros sistemas) en la jurisdicción contencioso-administrativa, por similitud de posición [así, art. 99.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 58.1 LOPJ]. Es una atribución de jurisdicción por determinación legal, hoy artículo 1.3 LJ, que implica el reconocimiento a dichos órganos de la capacidad para ser parte [art. 21.1. a)]: se considera parte demandada «las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo



1.3»; la conjunción disyuntiva «o» denota, precisamente, diferencia con las Administraciones públicas propiamente dichas.

Pretender ver en este último fenómeno una ruptura del criterio que identifica a la Administración con organizaciones públicas personalizadas y, más aún, una justificación actual del viejo dogma de la personalidad global del Estado, es algo que carece de sentido. Esas organizaciones de apoyo son puramente anclares de las funciones principales cumplidas por los órganos constitucionales para cuyo sostenimiento se establecen (legislar, juzgar), funciones principales que continúan siendo totalmente extrañas al Derecho Administrativo; por otra parte, la actuación material de la Administración Pública propiamente tal es infinitamente más compleja y proteica que la que realizan esos aparatos de apoyo, limitada, como ya hemos notado, a la gestión de personal y a los aspectos patrimoniales interesantes a terceros, de modo que resulta completamente vano intentar tipificar por este último rasero una supuesta «función administrativa» del Estado en sentido material, y ello tanto menos cuanto que otras supuestas funciones administrativas materiales cumplidas por esos mismos órganos, aquellas que están vinculadas al mismo cumplimiento de sus respectivas funciones principales, como hemos visto, quedan del todo al margen de esa extensión parcial de reglas propias del Derecho Administrativo.

Tampoco parece razonable, como se ha intentado (SANTAMARÍA y algunos Reglamentos de Asambleas autonómicas), postular una personificación jurídica independiente de cada uno de estos órganos o, al menos, de algunos de ellos. (Así se ha hecho, por cierto, con un órgano de «relevancia constitucional», art. 131.2, el Consejo Económico y Social, Ley de 17 de junio de 1991, art. 1.3, con la intención, según parece, de eximir a su funcionamiento de todo posible límite jurídico no recogido en dicha Ley.) Dada la ocasionalidad con que su actividad puede caer bajo la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos, parece suficiente una norma de atribución específica de competencia a los citados Tribunales sobre los actos de dichos órganos constitucionales en cuanto se refieran a sus funcionarios o a relaciones patrimoniales que interesen a terceros («actos y disposiciones en materias de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público», precisa el art. 1.3 LJ). Será, pues, una simple extensión pragmática de un régimen de protección a un sector mínimo de la actividad de esos órganos, a los efectos de habilitar para los funcionarios y los terceros una vía efectiva de tutela judicial, tutela no susceptible hoy de limitaciones.

5. LA PLURALIDAD DE ADMINISTRACIONES PÚBLICAS Y LAS TÉCNICAS DE REDUCCIÓN A LA UNIDAD

Hemos hablado hasta ahora de Administración Pública en singular y nos hemos referido preferentemente con el empleo de esa expresión al nivel en que



se mueve la Administración del Estado, que es la Administración Pública por excelencia.

En todo ello subyace una cierta simplificación, que conviene precisar ahora. En efecto, no hay una sola Administración Pública, sino una pluralidad de Administraciones Públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades Autónomas, las Administraciones Locales (Provincias, Municipios, Entidades locales menores), todas y cada una de las cuales cuentan con su propia personalidad jurídica independiente, y una pléyade de entidades institucionales o corporativas igualmente personificadas (toda esta pléyade de personificaciones jurídicas de la Administración están referidas en el art. 2 de la LPAC).

Esta pluralidad de Administraciones Públicas, de entidades dotadas de personalidad jurídica, existentes y actuantes en el campo del Derecho Administrativo (sólo los Municipios alcanzan el número de 8.000 en nuestra organización administrativa vigente), no condena por sí sola como artificiosa la simplificación hasta ahora utilizada.

Hay, en primer lugar, entre todas ellas una primera división, a la vez horizontal, mediante el principio constitucional de competencia y la separación de dos órdenes políticos separados, el del Estado y el de las Comunidades Autónomas, y vertical, por la concentración en el orden del Estado de los poderes políticos superiores o soberanos (arts. 1.2 y 149.1 de la Constitución; *vid. infra*, cap. VI); a su vez, están las autonomías constitucionalmente garantizadas, que son la Administración Local (arts. 137 y 140) y las Universidades (art. 27.10), con una posición peculiar. Alrededor de esos órdenes administrativos territoriales (Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones locales) giran todas las demás Administraciones, que son, en este sentido, Administraciones «menores», sometidas a un encuadramiento más o menos intenso, pero efectivo, en las primeras. Así, a través del sistema constitucional que integra las dos instancias superiores y asegura la resolución de sus conflictos (art. 161 de la Constitución y arts. 59 y sigs. LOTC), y de la supremacía que a éstas corresponde sobre toda la pléyade de las Administraciones menores, a través de las técnicas de integración, y eventualmente de tutela, y, en el caso de los entes institucionales, de instrumentalidad, toda la galaxia administrativa se reconduce a una unidad estructural y sistemática; el principio constitucional de «coordinación» (art. 103.1) es expresión de este principio organizativo, correlativo de la unidad global del Estado.

El artículo 3.3 de la nueva Ley de Régimen Jurídico del Sector Público de 1 de octubre de 2015 (en adelante LSP), lo expresa de manera precisa: «Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se



desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico».

6. LA CARACTERIZACIÓN JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO POSITIVO EN VIGOR

Cuanto hasta aquí hemos dicho, desde un nivel abstracto y general hay que verificarlo ahora sobre la base de nuestro propio ordenamiento positivo en vigor.

Hemos puesto especial insistencia en subrayar la importancia del principio de división de poderes como marco en el que nace y se desarrolla la Administración y el Derecho Administrativo contemporáneos, aserto en el que tendremos ocasión de insistir también más adelante desde otras perspectivas.

Nuestro sistema quedó configurado sobre la recepción de ese principio, que consagró el constitucionalismo y sus leyes de desarrollo a partir de la Constitución de Cádiz. No es ocasión de repasar aquí los hitos más significativos de ese proceso configurador, que queda consolidado en la segunda mitad del siglo XIX. Esta situación no se vio gravemente afectada, a los efectos técnicos-jurídicos del Derecho Administrativo, cuando en el siglo XX advienen en nuestro país situaciones dictatoriales que niegan la operatividad de la división de los poderes, porque, por debajo de los dogmatismos políticos y sin perjuicio de que éstos resultasen más visibles respecto de los otros dos poderes, permaneció la anterior caracterización jurídica de la Administración, asegurada por un sistema de Leyes especiales tributarias del principio de división de los poderes.

Hoy este principio, aunque no proclamado de manera formal, luce claramente en la Constitución de 1978. Los títulos III, IV y VI de su texto tratan, respectivamente, «de las Cortes Generales» (que, al representar al pueblo español, «ejercen la *potestad legislativa*», art. 66), «del Gobierno y de la Administración» (el primero «ejerce la *función ejecutiva*», art. 97), y «del *poder judicial*» (sometido «al imperio de la Ley», art. 117). Como se notará, sólo a este último se ha respetado el nombre tradicional de «poder», pero los conceptos utilizados para los demás y, sobre todo, la regulación general de todos ellos son inequívocos en el sentido de la teoría tradicional de la división de los poderes, en su versión de régimen parlamentario (art. 1.3 y Título V de la Constitución), y ello sin implicar en manera alguna, como en la formulación francesa revolucionaria, la exención judicial del Ejecutivo. De este modo, las dificultades que un sistema «de unidad de poder» pudo implicar para la teoría jurídica de la Administración y para el Derecho Administrativo han quedado del todo eliminadas, así como consagrado de manera solemne el principio del «sometimiento pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1) y al correlativo control plenario judicial (art. 106.1).



Materialmente, como ya hemos observado más atrás, la Administración, precisa el artículo 103 de la Constitución, se ordena al servicio de los intereses generales, con objetividad y con eficacia y, además, con prohibición de arbitrariedad (art. 9.2).

Sobre estas bases constitucionales, el dato de la personificación es igualmente explícito en el ordenamiento jurídico en vigor. Así resulta del artículo 3.4. de la novísima LSP: «Cada una de las Administraciones Públicas del artículo 2 (Administración General del Estado, Administración de las Comunidades Autónomas, Entidades integrantes de la Administración Local y entidades del sector público institucional) actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». La personificación de las Administraciones Territoriales (Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios), está reconocida en el artículo 137 de la Constitución («entidades [que] gozan de autonomía»), y para las dos últimas (a las que se añaden las entidades locales menores, las islas en los Archipiélagos canario y balear, y eventualmente las fórmulas asociativas de las Comarcas, las Áreas Metropolitanas y las Mancomunidades municipales) por la vigente Ley reguladora de las bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 (LRL), artículo 3. Por otra parte la misma LSP, artículo 89.1 precisa, a su vez: «Los Organismos públicos tienen personalidad jurídica diferenciada», y así lo concretan normalmente sus normas de creación u organización.

Una pluralidad de Leyes especiales formulan con normalidad la misma declaración de personificación de Administraciones de otro carácter (Corporaciones como Colegios Profesionales o Cámaras Oficiales, entidades instrumentales de Administraciones Locales, etc.). El artículo 109 LSP hace otro tanto respecto de las autoridades administrativas independientes. En fin, una Ley capital en el sistema del Derecho Administrativo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJ), tras precisar en su artículo 1 que dicha jurisdicción entiende de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública, añade en su apartado 2:

Se entenderá a estos efectos como Administración Pública:

- a) La Administración del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración local.
- d) Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

En la misma línea se sitúa la novísima Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas de 1 de octubre de 2015 (en adelante LPAC), cuyo artículo 2 hace otro tanto, y en semejantes términos a la hora de



precisar las entidades a las que, en cuanto Administraciones Públicas, considera aplicables las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad que regula.

Así pues, resulta claro que el sistema de Derecho Administrativo, como sistema garantizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, se aplica a las organizaciones personificadas que los citados preceptos básicos enumeran y no a ninguna función abstracta que pueda emanar de cualquier órgano estatal. El criterio subjetivista de nuestro ordenamiento para la construcción del Derecho Administrativo es, por tanto, explícito.

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 refieran 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 indisolubles 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 Administra-



ciones 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 técnicas 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 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.

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 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). Y lo mismo en materia deportiva, ya que «las federaciones deportivas españolas gozarán de un régimen especial por la actividad que desarrollan y por las funciones públicas delegadas que le son encomendadas» (artículo 43.2 de la Ley del Deporte de 30 de diciembre de 2022; vid. también el artículo 58 de la misma Ley que enuncia sus «funciones públicas de carácter administrativo», siguiendo ambos preceptos la doctrina establecida al respecto por la Sentencia constitucional de 24 de mayo de 1985).

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 y 111 y siguientes LSP], 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 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— y, 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 el de la contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales, hoy regulada por el Real Decreto-Ley 3/2020, de 4 de Febrero, que ha incorporado la Directiva 2014/25/UE. 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, a resolver las reclamaciones atañentes a esos procedi-



mientos 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. 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.

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. El Título III de la LSP, artículos 140 y siguientes, regula las relaciones interadministrativas, establece los principios generales que deben presidirlas y especifica el régimen jurídico de algunas de sus formas típicas (Conferencia de Presidentes, Conferencias Sectoriales, Comisiones Bilaterales de Cooperaciones, Comisiones Territoriales de Coordinación. Los artículos 47 y sigs. de la misma Ley regulan, por su parte, los convenios administrativos y los artículos 118 y sigs. y se ocupan de los consorcios, que es una figura de gran tradición que para el desarrollo de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos reúne en una nueva persona jurídica a diversas Administraciones Públicas con participación también en ocasiones de entidades privadas.

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 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 (HAURIUO). 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 procedimientos 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 gene-



ral, 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* privilegiado. 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.



Las relaciones entre Administración y Justicia y el principio de autotutela

SUMARIO: I. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON LOS TRIBUNALES. II. LA EXPLICACIÓN HISTÓRICO-POLÍTICA: DE LA IDENTIDAD SUBJETIVA ENTRE ADMINISTRACIÓN Y TRIBUNALES AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN. 1. *La cuestión en el antiguo régimen.* 2. *La cuestión en el Derecho anglosajón.* 3. *La formulación revolucionaria del principio de separación entre Administración y Tribunales y sus consecuencias.* 4. *La configuración del principio de separación en Derecho español.* III. LA EXPLICACIÓN DOGMÁTICA: EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA. 1. *La insuficiencia de las explicaciones históricas: el principio de autotutela como explicación unitaria.* 2. *La singularidad de la autotutela administrativa respecto a la privada.* 3. *Autotutela conservativa y autotutela agresiva.* 4. *Autotutela declarativa y presunción de legalidad de los actos administrativos.* 5. *Autotutela ejecutiva.* 6. *La autotutela en segunda potencia.* 7. *Los límites de la autotutela administrativa.* 8. *Los abusos de la autotutela.* 9. *Las consecuencias de la autotutela.* 10. *La articulación entre autotutela administrativa previa y tutela final jurisdiccional.* A. Doctrina general. B. En particular, la exigencia cualificada como contrapeso de la autotutela de medidas cautelares en el contencioso-administrativo. IV. EL SISTEMA DE CONFLICTOS.

I. LA POSICIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN CON LOS TRIBUNALES

Para explicar la posición jurídica de la Administración, después de conocer su situación abstracta ante el Derecho, debe de exponerse su peculiar situación con los Tribunales. No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia —en el sentido procesal de la expresión— un sujeto cualquiera; su posición difiere esencialmente de la propia de los demás sujetos. Aquí está el núcleo más importante de sus privilegios, el punto también donde históricamente más costó anudar un sistema coherente para la juridificación definitiva de su actuación.

Para exponer rápidamente lo característico de esa situación de la Administración con la Justicia comparémosla con la que es propia de los sujetos privados.



Rige en las sociedades actuales (históricamente no siempre fue así, como es bien sabido; el estadio actual marca el término de una evolución) *un principio* al que puede llamarse de «*paz jurídica*», y que de modo muy simple puede esquematizarse como sigue. Cualquier sujeto que pretenda alterar frente a otro la situación de hecho existente (*statu quo*) no puede hacerlo por propia autoridad; si el otro sujeto no aceptase de grado esa alteración, tiene la carga de someter su pretensión a un Tribunal, el cual la valorará desde la perspectiva del Derecho y la declarará conforme o no con éste, dándole en el primer caso fuerza ejecutoria, esto es, una virtud especial que la hace indiscutible y de cumplimiento forzoso para la parte obligada. A su vez, si esta resolución ejecutoria no fuese cumplida de grado, tampoco el sujeto beneficiado con la misma podrá imponerla a la otra parte por su propia coacción privada, sino que deberá impetrar el respaldo coactivo mediante una segunda pretensión dirigida al Tribunal, el cual dispondrá la asistencia de la coacción pública (única legítima) si se acredita que, en efecto, la resolución que trata de imponerse goza de fuerza ejecutoria. La primera carga de sometimiento a un Tribunal es la carga de un juicio declarativo; la segunda, la de un juicio ejecutivo. El reparto de la carga de accionar se distribuye esencialmente en función de la posesión; es éste uno de los más fundamentales efectos que se ligan a esta fundamental institución. Es quien pretenda remover el estado posesorio el que debe acudir al Tribunal, sin perjuicio de que pueda hacerlo también el poseedor si quisiese robustecer su posesión con un título ejecutorio.

Aquí se hace patente, dicho sea de manera incidental, cuál es el verdadero fundamento de la protección posesoria; es la explicación savignyana la válida y no la de IHERING; se protege al poseedor, no por ninguna razón atañente a su titularidad sobre el objeto poseído, sino, mucho más simplemente, porque quien le perturba no se ha sometido al principio de la «*paz jurídica*», ha utilizado su autoridad y coacción privadas y ha dejado de atender la carga de accionar que le alcanzaba para poder remover la situación posesoria.

Ha de precisarse que a la posesión de ciertos títulos o documentos cualificados expresamente por la Ley [inscripciones registrales, artículos 38 y 41 de la Ley Hipotecaria; documentos «que tengan aparejada ejecución», art. 517 LEC] el ordenamiento la dispensa a veces de la carga del juicio declarativo para imponer el contenido del título, reconociendo directamente a éste una fuerza ejecutoria análoga a la de la sentencia declarativa (aunque sin su fuerza de cosa juzgada, de modo que contra su tenor podrá abrirse a su vez un juicio declarativo por quien se oponga al mismo); pero, en cualquier caso, no se dispensa a estos títulos de la carga de juicio ejecutivo para poder imponer la relación que proclama en el terreno de los hechos frente a una resistencia contraria.

Por último, ningún sujeto podrá excluir el conocimiento y la decisión de un Tribunal en un juicio de cualquier especie que personalmente le ataña; el Tribunal está supraordenado a los sujetos y en su jurisdicción entra (guardadas las



reglas de competencia) someter a cualquiera de ellos (en la justicia civil, que responde al principio de rogación, ello dependerá de la iniciativa de la parte actora) a las consecuencias y a la decisión de un proceso, sea cual sea el momento o la oportunidad en que el proceso surge respecto a la situación de dicho sujeto con el objeto de la pretensión; puede así ser emplazado procesalmente y someterse a la correspondiente sentencia de fondo cuando no ha comenzado a tener relación ninguna con dicho objeto, o cuando está comenzando con la misma, o cuando la ha consumado. La resolución ejecutoria que resulta del juicio declarativo puede anticiparse a la actuación del demandado (acción puramente declarativa), o esperar a que dicha actuación comience y esté en curso, o a que haya concluido (lo que implicará normalmente una pretensión de condena).

Muy esquemáticamente, y con las obvias reservas correspondientes, pues no es nuestra intención resumir en unas líneas el Derecho Procesal (donde tanto rigor mental resulta imprescindible), puede aceptarse en los párrafos precedentes la descripción de la posición jurídica de los sujetos privados con los Tribunales (excluyendo el problema de los Tribunales penales, que se plantea en términos diferentes).

Pues bien, y esto es lo que específicamente nos interesa aquí, nada de lo escrito serviría para explicar la posición de la Administración con los Tribunales. La Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por propia autoridad (arts. 38 y 98 LPAC), de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa (art. 100 LPAC); no podría por ello pretender equipararse la ejecutoriedad de que se benefician los actos administrativos con la atribución de «fuerza ejecutiva» a ciertos títulos o documentos del tráfico privado, pues en este caso dicha fuerza ejecutiva sólo a través de un juicio ejecutivo puede hacerse valer. En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción.

Por lo mismo, y en virtud de idénticos fundamentos, frente a la acción administrativa que crea o remueve estados posesorios no se admitirán interdictos (art. 105 LPAC); lo que denota por sí sólo que la coacción administrativa es, por ser pública y no privada, una coacción legítima. Correlativamente, la Adminis-



tración no precisa de interdictos, sino que puede utilizar su propia coacción para defender o recuperar su propia posesión [arts. 55 y ss. LPAP y 82 LRL].

Por último, la Administración no está sometida a los Tribunales en cualquier momento u oportunidad. Por de pronto, existe una regla general que prohíbe la interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas. El artículo 4 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 la formuló ya en los siguientes categóricos términos:

... no podrán los jueces y tribunales mezclarse directa ni indirectamente en asuntos peculiares a la Administración del Estado.

La regla sigue presente hoy, aunque con menor expresividad, en el artículo 117.4 de la Constitución: «Los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente les sean atribuidas por la ley en garantía de cualquier derecho», y el artículo 507 CP sanciona al juez que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas «o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de la suya». En servicio de esa prohibición está montado un sistema llamado de «conflictos jurisdiccionales» (Ley Orgánica de 18 de mayo de 1987), por virtud del cual la Administración puede requerir a un Tribunal que se abstenga de conocer de un asunto que la afecta, sistema al cual debe someterse, a su vez, un Tribunal que dirija a la Administración un requerimiento análogo, por entender que interfiere un proceso en curso; sistema absolutamente inimaginable en las relaciones entre un sujeto ordinario y la Justicia. Pero más aún: el proceso típico de Derecho Administrativo, el contencioso-administrativo, es normalmente una impugnación a un Reglamento o a un acto ya dictados (arts. 31 y 71 LJ) y no en cualquier momento de su preparación o ejecución, sino en un momento dado y, por lo general, extraordinariamente fugaz, Reglamento o acto cuya ejecución, por otra parte, no queda paralizada o suspendida por la simple apertura del proceso (art. 130 LJ).

Todo ese régimen rara vez se explica por la doctrina como un sistema unitario, como una verdadera posición jurídica, pero resulta notorio para nosotros que sólo como tal puede explicarse de manera coherente y profunda. Revela un formidable privilegio posicional de la Administración respecto a la Justicia que marca el conjunto entero del Derecho Administrativo, por encima de su múltiple contenido material. Unas y otras particularidades de ese régimen posicional están enlazadas entre sí, de modo que éste necesita explicarse como una institución sistemática.

Es lo que intentaremos hacer seguidamente, comenzando por una justificación histórico-política para concluir con una explicación dogmática.



II. LA EXPLICACIÓN HISTÓRICO-POLÍTICA: DE LA IDENTIDAD SUBJETIVA ENTRE ADMINISTRACIÓN Y TRIBUNALES AL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN

1. LA CUESTIÓN EN EL ANTIGUO RÉGIMEN

El sistema de relaciones entre la Administración y la Justicia, que ha quedado sumariamente expuesto, hunde sus raíces en el Antiguo Régimen. Cuando el Monarca actúa en los asuntos administrativos no necesita, en efecto, el respaldo de los Tribunales y éstos a su vez no tienen frente a los órganos administrativos estrictos el mismo poder directo que frente a los súbditos. Encontramos, por ello, preceptos explícitos en favor de la ejecutoriedad de los actos administrativos (las cláusulas intimatorias finales de las cédulas o rescriptos lo expresan con fórmulas de imperio: «lo guardéis y cumpláis y ejecutéis», dirigidas a todas las autoridades bajo sanción penal; igualmente las previsiones o cartas de los órganos inferiores, que actúan un poder delegado del Rey; por ejemplo, respecto a las de los Consejos Reales, Ley 1.^a, Tít. XII, Lib. IV, Novísima), o de la acción de oficio, con el uso directo de coacción administrativa (por ejemplo, en materia de caminos, Ley 2.^a, Tít. XXXV, Lib. VII, de la Novísima Recopilación), incluso un sistema de conflictos o «competencias entre diversas Jurisdicciones» (Ley 15, Tít. I, Lib. IV del mismo cuerpo legal: competencias entre los «Ministerios de Estado y del Despacho» y «las diversas Jurisdicciones», sometidas a la «soberana determinación» del Monarca).

El fundamento de estas reglas parece obvio: *Administración y Justicia son las dos meras emanaciones de un mismo sujeto, el Monarca; son manifestaciones del mismo poder, con idéntico rango y fuerza*. No tendría sentido, por ello, que la Administración regia estuviese sometida a los Tribunales regios como cualquier sujeto particular.

Opera, no obstante, una distinción —que es regla común a toda Europa— entre asuntos gubernativos y contenciosos (en Alemania, *Polizeisache* frente a *Justizsache*), de forma que Justicia y Administración actúan cada una en un ámbito de cuestiones propias y con sujeción a unas formas o procedimientos determinados. Esta distinción no es, como ha querido verse con notorio error interpretativo, expresión de una división de poderes *avant la lettre*, y menos aún una supuesta originalidad del Antiguo Régimen español. Más bien es la expresión misma de una confusión de poderes, común a toda Europa. Son las mismas autoridades y Tribunales las que entienden a la vez de lo gubernativo y de lo contencioso, «aunque guardando diferentes formas al ocuparse de una y otra clase de asuntos» (ALCÁNTARA Y MORALES en 1866 y la totalidad de las fuentes). Ha de notarse que ciertos asuntos, en general aquellas «*cosas que tocan a perjuicio de partes*» (Ley 3.^a, tít. V, lib. IV, Novísima), o en que hay «contradicción de partes» (Ley 15, tít. X, lib. V), han de tramitarse «*con figura y estrépito de juicio*»; aun cuando sea la Administración regia una de las partes del litigio, a la



que, por tanto, se obliga a «oír y vencer» a su contrario. Por tal «perjuicio de partes» hay que entender la eventual privación de un derecho subjetivo (nunca un litigio sobre el cumplimiento de una legalidad objetiva que no se descomponga precisamente en derechos subjetivos), especialmente de un derecho subjetivo patrimonial, según la doctrina de los rescriptos *contra ius naturale ac gentium*, ya expuesta. Por ejemplo, aunque es difícil dar muchas precisiones sin una investigación de archivo, aún no realizada, y que no nos corresponde, se califican de contenciosas, de modo que imponen seguir un proceso, las expropiaciones forzosas o «desapoderamiento de bienes», según la Ley 6.^a, tít. V, lib. III, Novísima; las separaciones de empleados públicos con título Real, que ha de hacerse «previa audiencia en juicio formal» (Ley 8.^a, tít. IX, lib. VI); la alteración de los términos de los pueblos (Ley 5.^a, tít. XXI, lib. VII); o, en fin, las «causas fiscales» a que las fuentes se refieren en abundancia («causas en que tiene interés la Real Hacienda») Ley 3.^a, tít. X, lib. V, Novísima; «pleytos tocantes a nuestra Corona y Patrimonio Real», Ley 6.^a, tít. XVII, lib. V; «en la guarda y defensa de nuestro Patrimonio Real», Ley 39, tít. II, lib. V; «en pro de la nuestra Hacienda», Ley 1.^a, tít. XVI, lib. IV; «las causas criminales y civiles en que tuviese interés el Real Fisco», Ley 1.^a, tít. X, libro V; en el título X, libro V, son muchos los casos, incluso a demanda del Rey; etc.), causas para las cuales se crea la figura del Fiscal (su concreción ulterior a los asuntos criminales parece venir del hecho de que las penas pecuniarias, que eran las ordinarias, eran «penas pertenecientes a nuestra Cámara y Fisco» —Ley 3.^a, tít. XVII, lib. V—; históricamente su posición era más bien la del Abogado del Estado actual). Se trata, sencillamente, de la necesidad de seguir el cauce procesal para decidir asuntos que son concebidos como materialmente contenciosos, aunque tanto éstos como los estrictamente gubernativos estén atribuidos exactamente a los mismos órganos (Alcaldes y Justicias locales, Corregidores, Audiencias —presididas por los Capitanes Generales o Comandantes Generales de las Armas—, Chancillerías, Reales Consejos, etc.). No se trata, por tanto, de que la Administración deba solicitar asistencia de los Tribunales, como veremos que es lo corriente en la actual Administración de los países anglosajones; no tendría sentido plantear la cuestión en estos términos. Administración y Tribunales están encarnados exactamente en los mismos órganos, cuya potestad (dice una Ley del Rey, la 1.^a del título VII, libro V, de la Novísima) «reside en mí principalmente, de donde dimana a ellas», unidad de origen, de función y de referencia final que, como ya vimos en otros capítulos, explica y cierra definitivamente el sistema.

La posibilidad de que los mismos órganos entiendan de los asuntos contenciosos se ve como consustancial a la atribución de potestades gubernativas, tanto en abstracto, a través de ese origen común en la soberanía regia, como en concreto, porque no se considera posible gobernar sin poder a la vez actuar como un juez criminal y civil. En frase de DOMAT, repetible en todos los Estados europeos: *On ne donne point d'exemple de charges que n'aient que des fonctions de*



police sans aucune fonction de justice; car l'administration de la police renferme l'usage de l'autorité de la justice (policía es aquí toda la Administración interior). Esta es la situación básica, sobre la que se va a operar una importante transformación.

En efecto, el desarrollo de las funciones administrativas a partir de la Edad Moderna, especialmente con la Ilustración (hasta ese momento la Administración regia es apenas embrionaria, limitada de hecho a la Hacienda y a la guerra; todo lo demás es, genéricamente, justicia, considerada por los Monarcas como la primera y capital de sus funciones), va a destacar la necesidad de métodos expeditivos para llevar a término dichas funciones, excusando la «figura de juicio», aunque se cause un «perjuicio de partes», cuando una medida se presenta como necesaria para la gestión administrativa. Este trascendental proceso se inicia con la creación o destacamiento de autoridades nuevas de tipo monocrático (frente a la fórmula colegial tradicional) y comisarial (Intendentes, los más destacados, Superintendentes, Subdelegados de Hacienda, Comandante de Marina —más importantes de lo que su nombre puede expresar hoy: en sus manos está la política forestal, «montes de Marina», y buena parte de la comercial, etc.—, Superintendentes de Caminos, Correos y Postas, etc.), autoridades a las que se encomienda la gestión sectorial y completa de un servicio. Esta responsabilidad implica también, conforme a la concepción ya explicada, asignarles funciones judiciales, con exclusión de las «Justicias ordinarias». El Corregidor había representado ya un papel análogo desde sus orígenes frente a las Justicias municipales, pero contra las decisiones del mismo se admiten con generalidad apelaciones ante las Audiencias y Chancillerías (Ley 10, tít. I, libro V; Ley 13, tít. XX, lib. XI; Ley 3, tít. II, lib. V; Leyes 1, 4, 5, 7, 14, 42, tít. IV, lib. V, etc., todas de la Novísima), centros últimos del sistema gubernativo-judicial de gobierno territorial. Ahora lo característico es que frente a las decisiones judiciales de esas nuevas autoridades (a quienes se califica de «jueces privados») se excluye la apelación ante las Audiencias y Chancillerías («se deberá abstener la Audiencia de su conocimiento»... «inhibición absoluta de aquella Audiencia»: Ley 3.^a, título X, lib. V; «con... inhibición de todos los Tribunales, Jueces y Justicias»: Ley 4.^a, tít. IV, lib. VI; «con absoluta inhibición de los demás Tribunales»: Ley 6.^a, tít. IX, lib. VI; «con absoluta inhibición a la justicia ordinaria»: Ley 11, *ibidem*; «absoluta inhibición de cualesquiera Jueces y Tribunales»: Ley 7.^a, tít. XXXV, lib. VII, etc.; igualmente en Francia, con el famoso Edicto de Saint-Germain de 1641, que prohíbe a los Parlamentos judiciales conocer de los casos *qui peuvent concerner l'Etat, administration ou gouvernement d'icelui*). Es la correlación en los dos países del famoso principio cameral *im Polizeisache gibt es keine Apellation* (en las cosas de policía no se da ninguna apelación) o *política non sunt appellabile*, que marcó el «Estado de policía» germánico. Pero, quizá por diferencia de este modelo (que, por cierto, ERICHSEN ha corregido de manera decisiva muy recientemente frente al «tipo ideal» convencionalizado con que habían operado los juristas del siglo XIX y el XX), tanto en



Francia como en España se admite una apelación ante el Consejo central competente por razón de la materia (de Hacienda, de Guerra, etcétera; se verá en casi todas las Leyes que acaban de citarse, y en Leyes 6.^a, 7.^a, 8.^a, 12, del tít. X, lib. VI, etc.), sin que contra sus resoluciones se admitan ya, como era común en las decisiones del Consejo de Castilla en asuntos civiles y penales, recursos de segunda suplicación e injusticia notoria (Ley 16, tít. X, lib. VI).

Pero la peculiaridad de actuación de estas autoridades comisariales no concluye ahí; no se trata sólo de que se constituyan simples jurisdicciones especializadas frente a la jurisdicción común, más solemne, formal y con más grados o instancias; en su actuación supuestamente jurisdiccional o de «jueces privativos», *este nuevo tipo de autoridades va a utilizar formas procedimentales sumarias, en las que el principio contencioso o de justicia queda reducido apenas a la regla básica de audiencia de la parte, con exclusión de las formas procesales solemnes y sacramentales*, las cuales (como la competencia jurisdiccional de Audiencias y Chancillerías) se acantonan definitivamente en los pleitos civiles y penales *stricto sensu*. Las fuentes son explícitas: «Sin otra Sentencia ni declaración alguna y sin preceder a ello otra liquidación ni conocimiento alguno de causa» (Ley 4.^a, tít. XXI, lib. VII); «excusando en lo posible diligencias y alegaciones, decidiendo los recursos con los autos... mientras se pueda sin agravio excusar otra actuación» (Ley 14, título IV, lib. VI); «oirá sumariamente a los apresadores y apresados... pronuncie en su honor y conciencia la legitimidad o invalidación de la presa, sin la menor demora» (Ley 8.^a, tít. VIII, lib. VI), etc. Incluso se proclama abiertamente que se trata de medidas que, aun teniendo un fondo contencioso, se adoptan con facultades gubernativas y al margen de un verdadero proceso: «Por providencia económica... oyéndoles sus descargos extrajudicialmente» (Ley 6.^a, tít. IX, lib. VI). Se advierte por ello (por ejemplo, a los funcionarios de la Hacienda) que «excusen semejantes dilaciones, procurando que no las haya so color de pleytos, porque no se venga a perjudicar por este camino la administración y cobranza de mi Real Hacienda, pues importa tanto la brevedad» (Ley 4.^a, título X, lib. VI), sin «alongamiento de audiencia y juicio» (Ley 1.^a, título XXI, lib. VII). Los Intendentes, por ejemplo, despacharán las «quejas e instancias» de los que se sintieren agraviados «tomando el conocimiento necesario de ellas», de modo que «verificado el agravio lo deshagan», simplemente (Ley 16, tít. XX, lib. VI), con fórmula que remite ya a lo que hoy llamaríamos procedimiento administrativo y no judicial. Aún ha de notarse que en materia penal aparecen sanciones impuestas por esas nuevas autoridades «sin sentencia definitiva ni pleito litigado entre partes» (Ley 8.^a, tít. XII, lib. V), «sabida la verdad simpliciter y de plano, sin estrépito y figura de juicio». (Ordenanzas de la Hermandad de 1476, generalizando la fórmula canónica, de origen penitencial o «medicinal»: *summarie, simpliciter et de plano, absque iudiciorum strepitu et figura*: FAIRÉN).

Aparece también el principio de la inmediata ejecutoriedad de las decisiones primeras «sin embargo, de apelación o recursos» (Ley 14, título VI, lib. VI),



contra el principio procesal común, regla que se impone incluso en materia penal (la citada Ley 8.^a, tít. XII, lib. V, que admite recurso judicial contra la sanción administrativa, dispone que «fasta que sea visto y determinado lo que de justicia deba ser fecho, que guarden el destierro y carcelería que les fue puesta y cumplan lo que les fue mandado»). La suspensión de los actos de las autoridades ejecutivas, por ser excepcional, requiere consulta del Consejo al Rey (Ley 14, título XII, lib. V), porque, como precisa con un tecnicismo plenamente actual un jurista alemán de finales del siglo XVIII, STRUBE, *pro Principe militirende Präsumtion*, en favor del acto regio milita la presunción de validez. Aun siendo la mayoría de las veces el recurso de apelación al Consejo lo que hoy llamaríamos un recurso administrativo y no jurisdiccional (así lo confirman en Francia las importantes investigaciones de M. ANTOINE y A. BOUT DE L'EPINE sobre el Consejo Real, conclusión que muy probablemente sería confirmada en España si se consultasen los archivos), se encomienda a los funcionarios que convengan a los interesados para que renuncien a él (Ley 3.^a, tít. VII, lib. VI).

De este modo vemos con claridad cómo se desarrolla en la última fase del Antiguo Régimen, cada vez con mayor precisión, un diseño que prefigura de manera casi exacta los métodos administrativos que hoy estamos acostumbrados a contemplar. Es explícita, como se habrá visto, la intención de dispensar a la Administración de la necesidad de obtener mediante un proceso una tutela judicial a sus pretensiones y derechos, apoderándola para una actuación autónoma, expeditiva y jurídicamente suficiente. Aparece por ello la misma clave del sistema, la prohibición a los jueces de interferir y perturbar el actuar autosuficiente de la Administración, de no «embarazar el buen expediente» (Ley 4.^a, tít. X, lib. VI), no «embarazar lo que toca a la administración y beneficio de mi Hacienda» (Ley 3.^a, *ibidem*). «Las Justicias ordinarias no se mezclen», se dice en proposición cuyo eco va a ser largo (Ley 12, tít. IX, lib. VI), e incluso más específicamente, en relación con la fórmula que veremos destacarse en la Revolución: «Las Chancillerías, Audiencias y demás Tribunales no se entremetan en cosas tocantes a la administración de mi Real Hacienda, dexando obrar y actuar a los Superintendentes y sus Subdelegados a quienes toca privativamente este manejo y sus incidentes y en apelación al Consejo de Hacienda, que debe dar las órdenes en estos puntos» (Ley 6.^a, tít. X, lib. VI). Está aquí ya anunciado casi en su plenitud el sistema de relaciones entre la Administración y la Justicia que va a formalizarse definitivamente en la etapa posterior, como TOCQUEVILLE advirtió lúcidamente con relación a Francia (cuyas fórmulas de Antiguo Régimen, aunque en una fase más avanzada de evolución, son las que hemos expuesto para nuestro Derecho), sin más que cambiar la expresión «apelación al Consejo» por la de recurso contencioso-administrativo (sin perjuicio, naturalmente, de todos los demás dogmas aportados por el constitucionalismo que ya conocemos y que aún hemos de precisar).

El fundamento del sistema es aquí obvio, como ya hemos advertido: Administración y Tribunales participan de la misma sustancia soberana que encarna



el Rey «de donde dimana a ellos» (como decía la ya citada Ley 1.^a, tít. VII, lib. V). No hay, por ello, razón de que aquélla se someta a éstos; sus respectivas decisiones, a través de esa identidad de origen y de la unidad indivisible de la soberanía personalizada en el Monarca, de quien una y otros son igualmente delegados, han de tener, por consiguiente, idéntico rango y validez.

2. LA CUESTIÓN EN EL DERECHO ANGLOSAJÓN

Pero ese planteamiento, sobre el cual la Administración burocrática de la Monarquía fundó el hábito de considerarse un poder autoritario y autónomo, suficiente, no necesitado de asistencia judicial, exento incluso de la jurisdicción de los Tribunales, va a ser puesto en cuestión por virtud de algunos dogmas del Estado constitucional. Ya esa concepción de la Administración y de sus poderes había quebrado en Inglaterra en el siglo XVII con la derrota definitiva de las tendencias absolutistas y, por el contrario, se habían adelantado al primer plano los poderes del juez, que, como escudo de la libertad privada, tenía en último extremo que cubrir o garantizar las inmisiones que en esa libertad pretendiesen hacer los agentes ejecutivos. Recordemos que el Juez se había independizado del Monarca y, antes bien, se había afirmado desde COKE como un órgano del *law of the land* frente al cual el Rey encabezaba simplemente poderes limitados con los que nunca podía poner en cuestión ese derecho de la tierra. Puede ser útil por ello repasar cuál era, en efecto, la fórmula inglesa de resolver el problema que nos ocupa, que aún subsiste hoy (como en todo el mundo del *common law*) en lo fundamental, porque la misma constituye el verdadero término dialéctico contrario del sistema arbitrado en el continente tras la Revolución francesa; es, por tanto, una referencia inestimable para comprender la singularidad de este último sistema, que sigue siendo el nuestro.

El sistema anglosajón puede explicarse con cierta simplicidad, quizá porque su coherencia no precisa para nada acudir a la noción de un poder autónomo interpuesto, dotado de subjetividad y de unos especiales privilegios, poder que es la Administración en los sistemas continentales. Los actos administrativos, como actos aplicativos de la Ley, tienen la autoridad vicaria de la Ley que aplican. No cumplir lo que ordena un acto administrativo se equipara, por ello, a incumplir la Ley en que el mismo se funda, lo cual constituye una infracción penal, según el más antiguo *common law*. El acto administrativo como tal no se beneficia de ninguna ejecutoriedad, en el sentido que hemos expuesto; simplemente, quien no lo cumplimenta puede ser inculcado ante el juez penal (*indictment lies against*) por la autoridad que lo hace valer. Pero, y aquí está lo sustancial del sistema, en ese proceso penal el inculcado podrá excepcionar sin limitaciones sobre la validez, formal y de fondo, del acto administrativo, de modo que si justifica ser un acto ilegal será absuelto y su resistencia, así, legitimada.

He aquí un ejemplo inglés actual (caso, no especialmente importante por sí mismo, sino sólo expresivo del sistema: *Stroud versus Bradbury*, 1952): en eje-



cución de la Ley de Sanidad un Inspector sanitario dependiente de una autoridad local intentó penetrar en una casa a fin de realizar de oficio obras en el saneamiento de la misma para adecuarlo a las exigencias sanitarias; el propietario se niega a admitir la entrada del funcionario e incluso lo amenaza físicamente. El Tribunal inferior condenó penalmente esta resistencia. El Tribunal de apelación revoca la sanción diciendo:

Para tener el derecho de penetrar en el local con el designio de ejecutar las obras, los funcionarios estaban en la obligación de observar las disposiciones del artículo 287.1, de la *Public Health Act* de 1936... Cuando el Inspector sanitario municipal llegó, el apelante le resistió con todos los derechos de un ciudadano libre inglés cuya casa está siendo invadida y le desafió con una percha y una pala. *Tenía el derecho de hacer esto, salvo que el Inspector tuviese el derecho de entrar.* Es la opinión de este Tribunal que el apelante estaba en su derecho, dado que el Inspector sanitario no había cumplido lo que la Ley exigía que hiciese antes de tener el derecho de entrar.

Como se comprende, la lógica de este sistema es del todo distinta de la que, como propia de nuestro Derecho (y de todo el Derecho continental), ha quedado delineada en el apartado inicial de este capítulo. Ninguna obligación de cumplimiento dimana de los actos administrativos por el hecho de su procedencia subjetiva de la Administración, ninguna presunción de legalidad les beneficia. La fuerza de los actos administrativos es la fuerza de la Ley que aplican y nada más, de modo que si puede demostrarse que el acto no está cubierto por la Ley el cumplimiento del mismo no es en absoluto obligatorio y frente a él es legítima, incluso, una resistencia física, cuando el mismo pretende limitar o desconocer la libertad del ciudadano. El que incumple un acto administrativo se arriesgará a una condena penal si el acto se demuestra legítimo, pero no incumple ninguna obligación formal de ejecutoriedad que surja del acto como tal. En otros términos: el acto administrativo no es ejecutorio, en el sentido que hemos visto. El juez penal, como juez de la libertad, protegerá el incumplimiento cuando éste aparece fundado en una estimación exacta de la ilegalidad del acto, protección que le eximirá de la persecución penal que ha tenido que poner en marcha la Administración para vencer la resistencia al cumplimiento, como, eventualmente, condenando al Agente responsable de la ilegalidad si la misma puede calificarse con un dolo penal. Los juristas ingleses basan en este hecho su afirmación (clásica desde DICEY, pero que, no obstante la reacción hoy generalizada contra las interpretaciones de este autor, mantienen íntegra los autores actuales: SCHWARTZ, LEFEBURE, etc.) de que los Agentes públicos están en su sistema sometidos al mismo derecho que los particulares.

Ya queda avanzado que tampoco la Administración inglesa dispone de poderes de oficio para imponer con su propia coacción la ejecución forzosa de los actos desatendidos. Por regla general deberá instar tal ejecución de los Tribunales, normalmente a través del sistema de acciones penales, que, cada vez más intensas, si la desobediencia permanece, pueden concluir en la *injonction* pro-



movida por el *Attorney-General*, cuya eficacia reside en que si la resistencia se mantiene el Tribunal puede condenar al reo a una prisión indeterminada, hasta que se muestre dispuesto a ejecutar el mandamiento del Tribunal (en este caso, de conformarse a la orden administrativa). Así, en el caso de 1957, *Attorney-General versus Bastow*, otro simple ejemplo, un propietario destinó su terreno a *camping*, no obstante la denegación de la preceptiva licencia que para ese uso requería la *Town and Country Planning Act* de 1947. La autoridad le intimó para que cesara ese uso ilegal, lo que no atendió el interesado. Ello determinó que por cuatro veces consecutivas fuese condenado por el Tribunal a multas cada vez más fuertes. No habiendo pagado el importe de las dos últimas multas, fue condenado seguidamente a un mes de prisión y luego a tres meses más. Pero el uso ilegal del *camping* continuó, lo que llevó al *Attorney-General*, a instancia de la autoridad local, a promover la *injonction*, que el Tribunal acordó finalmente, con el efecto indicado. En el Derecho Administrativo europeo la resistencia hubiese sido quebrada desde el primer momento por la fuerza pública (clausura forzosa de la instalación) a iniciativa directa de la Administración, sin perjuicio de que pudiera haberse cometido además un delito de desobediencia.

La ejecución judicial de las pretensiones administrativas puede seguir también los cauces civiles y no sólo los penales, el proceso ejecutivo estrictamente tal. Finalmente, existe por vía excepcional un reconocimiento legal de un poder de acción de oficio en favor de la Administración, pero estos *direct enforcement powers* se limitan a dos casos: acciones sumarias exigidas por una urgente necesidad de proteger los intereses de otras personas (normalmente por razones de salubridad) y acción de la policía de seguridad en la persecución y prevención de los delitos. De todos modos, en los dos casos (*striking exceptions*, excepciones chocantes, dice SCHWARTZ, que habla ya desde el Derecho norteamericano, justificadas sólo en la necesidad de evitar «desastrosos resultados»), o bien se requiere una previa autorización del juez o darle cuenta inmediata, si la medida ha debido tomarse con urgencia para que la ratifique, o bien la ejecución puede ser paralizada por el juez si el interesado se dirige al mismo y enjuiciar la medida ejecutoria y sus razones con una amplia discreción (DE SMITH).

Obvio es decir, tras todo lo expuesto, que en el mundo anglosajón no existen, ni son apenas abstractamente concebibles para sus juristas, los conflictos de jurisdicción entre la Administración y los Tribunales. El americano Bernard SHWARTZ, uno de los mejores comparatistas de los dos sistemas de Derecho Público, recuerda que el sistema de conflictos de jurisdicción entre la *Chancery regia* y los *law courts* fue una de las armas absolutistas de Jacobo I, que concluyó con el definitivo predominio de los segundos (Tribunales ordinarios), tras la controversia que el Rey sostuvo con COKE-ELLESMERE en la primera mitad del siglo XVII. Desde entonces es un atributo natural de los Tribunales el de poder definir su propia jurisdicción, sin que ningún otro órgano no judicial o persona de cualquier clase pueda disputársela, puesto que todos, absolutamente todos, están sometidos a la misma.



Por ello son perfectamente posibles, y aun normales, las inmisiones judiciales en el funcionamiento de la Administración, incluso las *injonctions* o interdictos que ordenan a ésta (cautelar o definitivamente) suspender o paralizar una actuación determinada. El caso *Watergate* en Estados Unidos, que ocasionó, como se sabe, la dimisión del Presidente NIXON, en el que Jueces y Tribunales subalternos pusieron en cuestión ministros, funcionarios y al mismo presidente americano, es una ilustración del sistema, fascinante para un jurista educado en otra tradición.

Aquí radica, en último extremo, la diferencia sustancial entre el sistema anglosajón y el continental europeo. En los formidables privilegios que en éste se reconocen a la Administración, y en su exención, mayor o menor, pero capital y efectiva, respecto de los jueces, siguen viendo los juristas anglosajones, justamente, a mi juicio, el verdadero vestigio histórico del absolutismo sobre el que se constituyó el sistema estructural que sigue estando en la base del Derecho Administrativo (DICEY, SIEGHART, SCHWARTZ). Lo cual es fácil comprobarlo con sólo recordar la fórmula con que los juristas alemanes, más cercanos a esa fuente histórica, siguen explicando aún hoy la especial fuerza de los actos administrativos y su valor semejante o alternativo al de verdaderas sentencias judiciales: tal fuerza, dice, por ejemplo, Hans J. WOLFF, les viene de ser *autoritative und rechtlich bedeutsame Äusserung der hoheitliche Gewalt*, esto es, «manifestación de autoridad y jurídicamente significativa del poder más alto o soberano» (una fórmula que, sin duda, hubiese suscrito cualquier jurista cameral del siglo XVIII).

Añadamos, para completar la visión general del sistema anglosajón, que el mismo no está hoy exento de las aspiraciones administrativas a la autosuficiencia y aun a la exención jurisdiccional que cristalizaron en la fórmula absolutista continental. Esta es la explicación de que se siga hablando en ese sistema de poderes «cuasi judiciales», e incluso «judiciales» de la Administración —por ejemplo, en el procedimiento llamado de *adjudication* por la americana *Federal Administrative Procedure Act* de 1946, que impone la aplicación del principio *due process of law*, y de hecho, con ello, una cuasi-jurisdiccionalización, en las decisiones administrativas definitorias de derechos privados—; o el conjunto casuístico de *administrative Tribunals* ingleses, que, por diferencia de los *Courts* o verdaderas jurisdicciones, suponen la aplicación ejecutora del Derecho por funcionarios con procedimientos sumarios, apenas reducidos a las reglas de *natural justice*, esto es, audiencia de la parte e independencia respecto del asunto decidido. Se trata de productos tardíos, hijos de la potenciación burocrática del mundo actual («un subproducto de una época de gobierno intensivo», dice WADE), que vienen a remedar casi exactamente las técnicas europeas de raíz absolutista en sus orígenes; el *due process of law* americano o las cuestiones *quasi-judicial inglesas* son traslado casi exacto de lo que se llamaban en el Antiguo Régimen «cuestiones contenciosas», como también lo es su atribución por un procedimiento sumario, y, en definitiva, extrajurisdiccional, a órganos admi-



nistrativos, casuísticamente —así el procedimiento americano de *adjudication* requiere, según la *Procedure Act*, que lo imponga una Ley, como también en Inglaterra constituir y definir un «Tribunal administrativo»—. Esto ha alterado parcialmente la imagen tradicional del *common law*, aunque no la destruye en sus grandes líneas. Una conciencia sumamente despierta a los riesgos de un *new despotism* —es el título de la famosa denuncia de lord HEWART en 1929, de donde saldría el conocido *report on Minister's powers* de 1932— ha mantenido intacto en el mundo anglosajón el principio de la estricta *judicial review* ante los *Courts* generales, principio que la citada Ley americana impone por vía general, admitiendo la normalidad de una «posposición» o suspensión del acto impugnado *pending judicial review* (con lo que la *adjudication* viene a reducirse con frecuencia a una simple instructoria) y la inglesa *Tribunal and Inquiries Act* de 1958 (hoy de 1971), subsiguiente a las recomendaciones del *Franks Committee* de 1957. Es obligado decir que la efectividad práctica de esa protección jurisdiccional *a posteriori* —al margen, pues, de su normal y más importante actuación preventiva y del papel preponderante de los Tribunales penales, que sigue siendo el rasgo diferencial básico con el sistema continentales, en general, de inferior calidad que la ofrecida por el sistema continental de lo contencioso-administrativo—.

3. LA FORMULACIÓN REVOLUCIONARIA DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN ENTRE ADMINISTRACIÓN Y TRIBUNALES Y SUS CONSECUENCIAS

La exposición del sistema anglosajón no se ha hecho sólo con la finalidad de diseñar un modelo de Derecho comparado que difiere del europeo de Derecho Administrativo; tiene también por objeto comprender la configuración de este último sistema y su peculiaridad última. En efecto, en el momento en que la Revolución francesa impuso la adopción del principio de división de los poderes, confesadamente tomada del modelo inglés, pudo parecer que la opción implicaba un abandono de las técnicas a que había llegado en su última fase la Administración absolutista del Antiguo Régimen, que ya hemos descrito, y que implicaban una autosuficiencia de la gestión cumplida por los Agentes públicos, no necesitada de asistencia del juez, aun operando directamente sobre las libertades de los súbditos, e incluso eximida de la fiscalización de los Tribunales, la cual se suple por un sistema de recursos puramente gubernativos.

Pero esa consecuencia, que parecía lógica, fue excluida deliberadamente por los revolucionarios. En primer término, fue determinante el famoso principio de «separación» entre Administración y Justicia, que es la interpretación «heterodoxa» con que la Asamblea Constituyente recibió el principio de división de los poderes. Este implicaba para los jueces la mera independencia del Ejecutivo, sobre la cual justamente, en el modelo inglés originario, pueden los jueces afirmar su competencia general sobre los agentes de este último poder, que no personifican nada que esté por encima de los otros poderes, sino sólo la ejecu-



ción de previsiones legales explícitas, según hemos visto. La Asamblea, sin embargo, interpretó la «separación» en el sentido de que quedaba vedado a los jueces interferir en absoluto el funcionamiento de la Administración, en una palabra, enjuiciarla. La Ley de 16-24 de agosto de 1790 (que tiene antecedentes en otra de 22 de diciembre de 1789) dispuso, en efecto: «Las funciones judiciales son y han de permanecer siempre separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, perturbar de cualquier manera (*troubler de quelque manière que ce soit*) las operaciones de los cuerpos administrativos, ni emplazar ante ellos a los administradores por razón de sus funciones». El sistema es *wholly unlike* (completamente diferente: SCHWARTZ) del anglosajón, como se notará, y aunque paradójicamente se presente como una consecuencia de la división de los poderes, altera radicalmente el sentido originario de este principio para recaer, en realidad, en el sistema tradicional de la Administración absolutista, la exención jurisdiccional pura y simple de las operaciones administrativas y, por tanto, la autosuficiencia de éstas para imponerse por sí mismas.

Parece fuera de duda que pesó en esa decisión capital, que es la base de todo el «régimen administrativo» de tipo francés (HAURIU), tanto la fuerza inercial del sistema administrativo tradicional, con su peso considerable, como el propósito explícito de cerrar el paso a la interpretación (indudablemente auténtica, puesto que apoyada en otros pasajes de *l'Esprit des lois*, debiendo tenerse en cuenta que MONTESQUIEU había sido consejero y presidente luego del Parlamento de Burdeos) que del principio de la división de los poderes habían propugnado los Parlamentos judiciales para justificar su oposición al Rey en la fase final del Antiguo Régimen. Estos Parlamentos, Corporaciones nobiliarias estamentalizadas, apartados paulatinamente de las responsabilidades administrativas por el desarrollo de una cadena de agentes monocráticos administrativos directamente dependientes del Rey, cuyas decisiones se equiparan en valor y efecto con las mismas sentencias, pretenden recuperar para su estamento la influencia perdida, objetivo para el que encuentran un apoyo explícito en la doctrina de MONTESQUIEU. Esta justicia no era, como había sido la inglesa de la polémica constitucional del siglo XVII, sensible a un valor abstracto de la libertad frente al Ejecutivo, sino ideologizada hacia la reivindicación estamental de una participación activa en el poder concentrado en el Rey absoluto. Por ello, más que en la negación de los formidables privilegios de la Administración y del supuesto valor alternativo a las sentencias de sus decisiones, operando sobre la base de acciones de protección promovidas por los ciudadanos, concentró sus esfuerzos sobre todo en el control de las Leyes nuevas, en nombre de un supuesto derecho de guarda del *dépôt des lois*. Rehabilitando sus viejos privilegios de *enregistrement* (registro de las Ordenanzas regias como requisito de promulgación para su aplicación judicial) y *remontrance* (devolución de una resolución regia para que su autor la reconsiderase), los Parlamentos pretendieron sobre todo ejercer un *acte de concours avec le législateur* (Parlamento de Rouen en 1756), un «dere-



cho de concurrir con el soberano en la formación de la Ley» (Parlamento de Toulouse en 1771; recordemos que la publicación de *L'Esprit des lois* data de 1748). De esta resistencia, cada vez más agitada, a la acción regia, que se extremó con ocasión de las grandes reformas de los Ministros fisiocráticos, surgió justamente la crisis constitucional de la que salió (otra idea arcaizante de los Parlamentos) la convocatoria de los Estados Generales de 1789, que acabó inesperadamente con el Antiguo Régimen.

Los constituyentes habían vivido esa experiencia de un desviado «gobierno de los jueces» y quisieron resueltamente excluirla en adelante, tanto porque no respondía a un sistema viable ni objetivo de gobierno, como porque para ellos se identificaba de hecho con el estamentalismo nobiliario, como, en fin, porque en aquel momento el poder era suyo y no admitían de grado que tuviesen que facilitar su condicionamiento o limitar las posibilidades de conformación revolucionaria que con su ejercicio se les abría. En el dictamen de la Asamblea de donde salió la Ley de separación que hemos transcrito se declara: «La nación no ha olvidado lo que se debe a los Parlamentos; ellos solos han resistido a la tiranía... Nuestra magistratura estaba justamente constituida para resistir al despotismo; pero éste ya no existirá desde ahora. Esta forma de magistratura no es, pues, necesaria». Como se ve, es explícita la intención de los revolucionarios de liberar el poder ejecutivo, una vez en sus manos, de los condicionamientos judiciales.

Pero independientemente de ese principio básico de separación, aunque corroborando su misma dirección y sobre los mismos motivos de fondo, frente a un intento prematuro de crear una verdadera jurisdicción especializada en asuntos administrativos (*Tribunal d'administration*, proyecto THURET, 1789), el criterio contrario a las jurisdicciones especiales, la conciencia de la ineptitud en la materia administrativa de los Tribunales ordinarios, y, en último término, los argumentos de que la Administración democrática se legitima en el pueblo (lo que la haría tan independiente e imparcial como los jueces, también elegidos) y que la misma puede actuar *avec dégagement de tout appareil de chicane* (enmienda PEZOUS: «Con independencia de todo aparato leguleyesco»), concluyen por remitir a la propia Administración activa la decisión de las diferencias que frente a ella misma suscitasen los ciudadanos, lo que se anuncia ya formalmente desde la Ley de 7-11 de septiembre de 1799 en materia local, seguida por otra serie de Leyes inmediatas en asuntos de la Administración Central. Es el principio fundamental *juger l'administration c'est encore administrer* (juzgar la Administración sigue siendo administrar), que marca todo el Derecho Administrativo hasta el último tercio del siglo XIX. El llamado —por cierto que como un eco directo del antiguo sistema— «contencioso-administrativo» será asignado a órganos administrativos estrictos (el Gobierno, oyendo al Consejo de Estado, en la esfera central, los Consejos de Prefectura en la local).



Sin especial esfuerzo vemos aquí operantes principios ya formulados en la Administración absolutista: su misma radicación que los Tribunales en un mismo principio soberano, de modo que se justificaría su autosuficiencia; la oportunidad para el funcionamiento administrativo de una exclusión de las interferencias y perturbaciones judiciales; la ventaja de eliminar el «alongamiento de juicio», el «estrépito judicial» en las reclamaciones administrativas. Como dijo, ya no sólo TOCQUEVILLE, para quien era axiomática la procedencia del Antiguo Régimen de todas estas técnicas, sino un administrativista ya tardío y moderno como E. LAFERRIÈRE, que escribe a finales del siglo XIX, cuando ya el Derecho Administrativo ha adquirido su figura actual, los revolucionarios han intentado asegurar a la Administración «las condiciones de vitalidad y de independencia que el antiguo gobierno había también buscado».

La consideración del contencioso-administrativo no como un control jurisdiccional, sino como un autocontrol administrativo, unido al básico principio de separación entre Administración y Justicia, con la prohibición a ésta de *troubler* las autónomas operaciones administrativas, configuran y sancionan los formidables privilegios que a la Administración como persona se le reconocen por comparación con los demás sujetos en cuanto a su posición con los Tribunales. Estos privilegios se perfilarán más tarde, al final del siglo XIX, cuando se produce una verdadera jurisdiccionalización de los órganos encargados de conocer los recursos contencioso-administrativos (sistema de la «jurisdicción delegada», o de separación entre jurisdicción administrativa y Administración activa, en Francia; encuadramiento de dichos órganos dentro del poder judicial en otros países). Juzgar a la Administración no se considerará ya una pertenencia de la misma función de administrar, sino el contenido de una verdadera jurisdicción. Pero la inserción de esta jurisdicción en el comportamiento del sujeto Administración habrá quedado fijada por la experiencia precedente: la jurisdicción contencioso-administrativa no tendrá en absoluto sobre la Administración los poderes comunes de los Tribunales sobre los sujetos sometidos a ellos, sino que se limitará al enjuiciamiento *ex post* de las actuaciones administrativas, las cuales pueden producirse por propia autoridad, sin la previa declaración judicial de pertinencia, tanto en el ámbito declarativo como en el ejecutivo, y ese enjuiciamiento *a posteriori* habrá quedado configurado sobre la técnica impugnatoria analítica de actos o de Reglamentos, que, además, no suspende la ejecución de los mismos. En el ámbito de esa actuación administrativa autónoma, o no necesitada de Tribunales, éstos continuarán teniendo vedado penetrar y perturbar de cualquier manera su funcionamiento, en servicio de lo cual el sistema de conflictos, que permite paralizar las injerencias judiciales prohibidas, sigue funcionando eficazmente.



4. LA CONFIGURACIÓN DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN EN DERECHO ESPAÑOL

Tras haber agotado en la Constitución de Cádiz un esbozo de interpretación judicialista o inglesa del principio de división de los poderes (PARADA, MANZANEDO, SANTAMARÍA), nuestro Derecho Administrativo se configura definitivamente a partir de la década moderada sobre la recepción (recepción *in toto in complexu* del sistema estructural básico, que no excluye, naturalmente, ciertas variantes) del sistema francés: principio de separación, sistema de conflictos en su servicio, contencioso-administrativo como un autocontrol de la Administración, que concluye decantándose en la técnica impugnatoria localizada en órganos especializados que se limitan a informar al órgano activo, que es el resolutorio, exención judicial de la Administración fuera del ámbito de las relaciones jurídico-privadas. No cabe duda que la tradición de nuestro Antiguo Régimen que, al igual que en Francia, había prefigurado un sistema análogo, según hemos visto, pudo facilitar la transición al nuevo sistema. La doctrina (OLIVAN, JAVIER DE BURGOS, SILVELA, POSADA HERRERA, ORTIZ DE ZÚÑIGA, COLMEIRO, etc.) alimenta y sostiene esa recepción francesa con toda lucidez, según es común en todo «derecho de juristas», como es desde entonces, hasta hoy mismo, nuestro Derecho Administrativo. Adviene luego la jurisdiccionalización posterior de los órganos contencioso-administrativos, y consiguientemente de los recursos de que conocen, que propugnan primero los liberales a través del principio de unificación de fueros (1870) y por sus raíces doceañistas, y luego, recuperando la ortodoxia del sistema estructural francés, la Ley Santamaría de Paredes de 1888-1894, para hacerse definitiva, eliminando el último residuo del principio *juger l'administration c'est encore administrer*, que había justificado aún el famoso sistema mixto de la citada Ley, en la capital Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1956. La consecuencia de esta jurisdiccionalización es idéntica a la ya expuesta: se matiza el sistema de separación Administración-Justicia, no se abandona.

Ni siquiera el repudio formal del principio de división de los poderes característico del régimen político precedente al actual (art. 2 de la Ley Orgánica del Estado de 10 de enero de 1967) llegó a poner en cuestión la técnica de separación entre la Administración y la Justicia. Por debajo de las declaraciones dogmáticas constitucionales, el principio de separación se mantuvo como un principio técnico, definido en Leyes ordinarias, como hemos visto. Más aún: si esa separación se configuró sobre la prevalencia del Ejecutivo y siguiendo hábitos formados en el absolutismo, no es extraño que se robusteciera tras la formación del Estado subsiguiente a la guerra civil. La Ley de 27 de agosto de 1938 excluyó el recurso contencioso-administrativo jurisdiccional contra los actos de la Administración Central, retornándose así al puro principio «juzgar a la Administración sigue siendo administrar». Cuando se restableció el recurso contencioso-administrativo por la Ley de 18 de marzo de 1944 se aumentaron las materias excluidas y se configuró una causa absolutamente discrecional para que el Gobierno pudiese



acordar la suspensión o inexecución de las sentencias condenatorias de la Administración, con lo que el carácter judicial del recurso quedaba totalmente en cuestión. Sólo la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 acabó con esas inclinaciones, no sólo retornando al sistema anterior del control jurisdiccional, sino robusteciéndolo notablemente, aunque manteniendo la técnica francesa de control basada en el recurso impugnatorio.

Por otra parte, es también en esta época cuando se generalizan, con un carácter absoluto que falta aún en el mismo Derecho francés, los principios de ejecutoriedad de los actos administrativos y de acción de oficio (arts. 33 LRJAE, 101 y 102 LPA, hoy sustituidos por los arts. 99 y 100 LPAC), así como se robustecen hasta límites no alcanzados por ningún Derecho occidental las técnicas que denominaremos de tutela en segunda potencia, por las cuales la Administración, sin tener que instarlo de los Tribunales represivos, podía infligir penas materiales a los particulares, incluso de privación de libertad (posibilidad esta última felizmente liquidada hoy, art. 25.3 de la Constitución).

III. LA EXPLICACIÓN DOGMÁTICA: EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA

1. LA INSUFICIENCIA DE LAS EXPLICACIONES HISTÓRICAS: EL PRINCIPIO DE AUTOTUTELA COMO EXPLICACIÓN UNITARIA

No parece posible emplear hoy los conceptos que históricamente se han utilizado para explicar de manera eficaz el régimen especial de relaciones entre la Administración y los Tribunales.

La explicación del Antiguo Régimen, como la inicial que puso en marcha el principio revolucionario «juzgar a la Administración sigue siendo administrar», esto es, la incardinación de la Administración en la misma fuente de soberanía que la que sostiene el aparato judicial (el Monarca absoluto o el pueblo), es una explicación que no es hoy técnicamente de recibo. Bien sabemos que la Administración no representa al pueblo, sino que le sirve, que no puede ampararse en la nota de soberanía, que vendría a justificarla ante el Derecho por su sola presencia subjetiva, sino que, antes bien, es una organización íntegramente subordinada al Derecho, no señora del mismo, obligada a justificarse en la observancia estricta de las normas legales. Por otra parte, hoy la jurisdicción contencioso-administrativa está encarnada en verdaderos Tribunales y no es, como en ese primer modelo histórico, un simple autocontrol residenciado en el propio aparato de la Administración, de modo que no podría hablarse de que ésta disfruta de una exención jurisdiccional absoluta que dé a sus decisiones la misma fuerza que a las Sentencias, que era lo propio de ese primer modelo histórico.

Igualmente resulta inválido como explicación técnica recurrir al principio constitucional de la división de los poderes, interpretado en el sentido de una «separación» entre Administración y Tribunales. El sistema habrá podido desa-



La vigésima segunda edición de esta obra insiste en explicar los principios y técnicas jurídicas del Estado de Derecho, con el propósito de hacer frente al progresivo deterioro del mismo a resultas de la creciente tensión entre el Poder y el Derecho que caracteriza la presente legislatura.

Como en las pasadas ediciones se incorporan en ésta las novedades normativas, más que legislativas, doctrinas y jurisprudenciales producidas en estos dos últimos años para mantener al día la obra.

Si quieres adquirir esta obra haz click aquí



ISBN: 978-84-1085-733-9



ER-0280/2005



GA-2005/0100