

**EDUARDO GAMERO CASADO**

*Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide (Sevilla)  
y Consejero de Montero Aramburu Abogados*

Galardonado con el Premio «Ángel Olavarría Téllez  
de Estudios Jurídicos» de la Real Academia Sevillana  
de Legislación y Jurisprudencia, en su VI edición

**Desafíos  
del  
Derecho Administrativo  
ante  
un mundo en disrupción**

Convocado por la Real Academia Sevillana de Legislación y Jurisprudencia



Patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla



Fallado en Sevilla, el día 22 de junio de 2015





---

DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
ANTE UN MUNDO EN DISRUPCIÓN



---

EDUARDO GAMERO CASADO  
*Catedrático de Derecho Administrativo*

DESAFÍOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
ANTE UN MUNDO EN DISRUPCIÓN

GRANADA, 2015

© Eduardo Gamero Casado  
Editorial Comares, S.L.  
Polígono Juncaril  
C/ Baza, parcela 208  
18220 Albolote (Granada)  
Tlf.: 958 465 382

<http://www.editorialcomares.com> • E-mail: [libreriacomares@comares.com](mailto:libreriacomares@comares.com)  
<https://www.facebook.com/Comares> • <https://twitter.com/comareseditor>

ISBN: 978-84-9045-344-5 • Depósito legal: GR. 1.471/2015

Fotocomposición, impresión y encuadernación: Comares

---

*A Tanta,  
sin palabras.*

*Con gratitud  
a mis «familias», amigos y colegas,  
por su apoyo incondicional  
ante los envites de la vida.*



---

# SUMARIO

ABREVIATURAS.....	XIII
PRESENTACIÓN.....	XV
INTRODUCCIÓN.....	1
1. El Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción.....	1
2. Objeto y estructura de este ensayo.....	3

## PRIMERA PARTE EL DESLINDE CONCEPTUAL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### CAPÍTULO I El interés público y la potestad administrativa como premisas conceptuales del Derecho Administrativo

1. LA COHERENCIA CON LOS ORÍGENES: EL CONSTITUCIONALISMO OCCIDENTAL Y LA RACIONALIZACIÓN DEL PODER.....	9
2. EL INTERÉS GENERAL.....	15
2.1. Abstracción del concepto.....	15
2.2. El papel del principio de legalidad en esta cuestión: la determinación de los intereses generales positivizados.....	19
2.3. La satisfacción del interés general no es una función monopolística de la Administración, ni exige necesariamente el ejercicio de prerrogativas.....	20
3. La potestad administrativa.....	21
3.1. Las tres manifestaciones del poder jurídico: potestad, poder jurídico condicionado y derecho adquirido.....	22
3.2. Las potestades públicas: concepto y delimitación con las potestades privadas.....	27
3.3. Entrecruzamiento orgánico de las potestades públicas y análisis específico de algunas de ellas.....	29
3.3.1. <i>Las potestades públicas originarias</i> .....	29
3.3.2. <i>Otras potestades públicas distintas de la administrativa</i> .....	31

3.4.	Definición y notas conceptuales de la potestad administrativa. . . . .	32
3.4.1.	<i>Definición de la potestad administrativa</i> . . . . .	32
3.4.2.	<i>Notas conceptuales: rasgos diferenciadores e identitarios</i> . . . . .	32

## CAPÍTULO II

### Los conceptos de Derecho Administrativo y Administración pública

1.	PRELIMINAR: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO. EL FENÓMENO DE LA <i>HUIDA</i> DEL DERECHO ADMINISTRATIVO . . . . .	55
2.	REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA . . . . .	59
2.1.	La Administración como interfaz del poder público con la ciudadanía (organización creada para actuar en el giro o tráfico jurídico y económico). . . . .	59
2.2.	La personalidad jurídica como atributo necesario de la Administración pública. . . . .	62
2.3.	Administración pública en sentido amplio o lato (sector público institucional o administrativo) y Administración pública en sentido estricto . . . . .	64
2.3.1.	<i>Teoría general</i> . . . . .	64
2.3.2.	<i>Acogida de esta construcción en las nuevas leyes de régimen jurídico del sector público y de procedimiento administrativo común</i> . . . . .	65
2.4.	El régimen jurídico resultante. . . . .	66
2.4.1.	<i>La Administración pública en sentido estricto se rige por un Derecho estatutario propio. Ha sido creada esencialmente para ejercer potestades administrativas. Personalidad de Derecho Público y de Derecho Privado</i> . . . . .	66
2.4.2.	<i>La Administración en sentido lato (sector público institucional) se rige por ese Derecho cuando ejerce potestades administrativas, y se somete además y en todo caso a los principios constitucionales que presiden el quehacer de la Administración</i> . . . . .	68
2.5.	Acomodación del continente al contenido: libre elección de la forma de personificación, con pleno respeto a la naturaleza de la forma elegida . . . . .	69
3.	PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DETERMINAN EL ESTATUTO JURÍDICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA . . . . .	71
3.1.	La satisfacción del interés general: la Administración pública como organización vicaria . . . . .	71
3.2.	La objetividad. . . . .	73
3.2.1.	<i>Alcance del principio</i> . . . . .	73
3.2.2.	<i>Aplicación del principio de objetividad (prohibición de la arbitrariedad) a todo el sector público</i> . . . . .	75
3.3.	El pleno sometimiento a la ley y Derecho. . . . .	76
3.3.1.	<i>El principio de legalidad</i> . . . . .	76
3.3.2.	<i>La Administración como titular de potestades administrativas</i> . . . . .	76
4.	REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LOS TRES ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO . . . . .	77
4.1.	El estatuto jurídico de las Administraciones públicas . . . . .	77
4.2.	La atribución y ejercicio de las potestades administrativas . . . . .	78
4.2.1.	<i>La sujeción al Derecho Administrativo del ejercicio de las potestades administrativas por parte de cualquier entidad del sector público, ya sea de Derecho Público o Privado</i> . . . . .	78
4.2.2.	<i>La asimetría Derecho Administrativo-Administración pública: la extensión del Derecho Administrativo</i> . . . . .	81
4.3.	El control judicial de las potestades administrativas . . . . .	82

SEGUNDA PARTE  
**DESAFÍOS EN LA DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA  
 DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO**

CAPÍTULO III

**Reformulación del Estado social ante la regresividad de los derechos sociales**

1.	LOS DERECHOS SOCIALES COMO COMPONENTE BÁSICO DE LAS PRESTACIONES ADMINISTRATIVAS CONTEMPORÁNEAS . . . . .	87
1.1.	La dignidad de la persona como opción axiológica constitucional básica. . . . .	88
1.2.	Encuadre de los principios rectores en el marco de la forma de Estado. . . . .	91
1.3.	La mutación encubierta de la forma de Estado. . . . .	93
2.	LA RACIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL: ARGUMENTOS E INSTRUMENTOS PARA GESTIONAR EL NIVEL DE PRESTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES . . . . .	97
2.1.	La madurez del Estado social . . . . .	98
2.2.	La dignidad humana como límite absoluto a los recortes . . . . .	100
2.3.	La necesidad de justificación de la medida revocadora . . . . .	103
2.4.	El principio de proporcionalidad. . . . .	103
2.5.	La prohibición de defecto de protección; su articulación mediante juicios de ponderación de principios . . . . .	104
2.6.	El principio de confianza legítima. . . . .	106

CAPÍTULO IV

**Desafíos del Estado democrático de Derecho**

1.	LA PROGRESIVA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO. . . . .	107
1.1.	El fin del poder: la distorsión de las mayorías y la dominación del gobierno democrático por agentes externos a la representatividad electoral . . . . .	107
1.2.	La sociedad del riesgo y las imposiciones de la técnica. Sus derivaciones sobre el sesgo de la investigación científica. . . . .	108
1.3.	Los mercados . . . . .	110
1.4.	Las redes sociales y las falsas mayorías . . . . .	110
1.5.	La reivindicación de la democracia: apertura al principio de participación . . . . .	112
2.	LA PROGRESIVA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO . . . . .	114
2.1.	La motorización normativa. . . . .	114
2.1.1.	<i>El desordenamiento jurídico</i> . . . . .	114
2.1.2.	<i>¿Una codificación a la americana?</i> . . . . .	116
2.2.	La necesaria renovación de la legislación del procedimiento administrativo . . . . .	118
2.2.1.	<i>El Estado garante: mutación en la posición de la Administración</i> . . . . .	118
2.2.2.	<i>El necesario desarrollo del régimen jurídico de las nuevas técnicas de intervención administrativa</i> . . . . .	120
2.2.3.	<i>Simplificación de los procedimientos. El procedimiento administrativo adecuado</i> . . . . .	123
2.2.4.	<i>La transición a la administración electrónica</i> . . . . .	125
2.3.	La frustración de expectativas y el imperio de la <i>inseguridad jurídica</i> . . . . .	126
2.4.	La Justicia contencioso-administrativa y su falta de medios. La necesaria reconsideración de la tutela cautelar y del régimen de las costas. El impulso efectivo de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos . . . . .	128
2.5.	La pérdida del valor vinculante de las normas: legalidad <i>vs.</i> legitimidad . . . . .	129
3.	LA RUPTURA DEL CONTRATO SOCIAL . . . . .	131

3.1.	La lacra de la corrupción, la inutilidad de los controles y el hartazgo de las masas. El principio de <i>desconfianza legítima</i> . . . . .	131
3.2.	Soluciones y propuestas. . . . .	133
3.2.1.	<i>Reconfiguración del sistema de controles. El imperio de la transparencia . .</i>	133
3.2.2.	<i>Una Autoridad Independiente de Control y Sanción Administrativa . . . .</i>	134
BIBLIOGRAFÍA	. . . . .	137

---

## ABREVIATURAS

AA	Actualidad Administrativa (normalmente asociado al marginal de una sentencia de su repertorio)
BOE	Boletín Oficial del Estado
CE	Constitución española
LAECSP	Ley 11/2007, de 22 de junio, de Acceso Electrónico de los Ciudadanos a los Servicios Públicos
LJCA	Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa
LOFAGE	Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado
LPACAP	Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas
LRJPAC	Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común
LRJSP	Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público
RAAP	Administración de Andalucía. Revista Andaluza de Administración Pública
RAP	<i>Revista de Administración Pública</i>
REDA	<i>Revista Española de Derecho Administrativo</i>
RJ	Marginal del repertorio de jurisprudencia de Aranzadi



---

## PRESENTACIÓN

Vaya por delante mi agradecimiento a la Junta de Gobierno por encomendarme la gratísima tarea de presentar al autor y su obra, la ganadora del Premio Ángel Olavarría Téllez de Estudios Jurídicos en su 6.<sup>a</sup> edición.

Me complace extraordinariamente el encargo porque me da la oportunidad —que no se tiene todos los días— de poder decir públicamente sinceridades que normalmente habitan en los adentros.

En primer lugar, la oportunidad de expresar, *coram populo*, una admiración largamente sentida en el tiempo hacia la entidad patrocinadora del Premio, la Fundación de la Real Maestranza de Caballería de Sevilla, por esa su magnífica labor de mecenazgo que en general despliega en el ámbito científico, cultural y asistencial. Es revelador el hecho de que en una sociedad como la nuestra, iconoclasta por definición, nadie, desde ninguna orilla, pueda poner en la más mínima solfa la demostrada filantropía de esta institución simpár.

Y en particular queremos agradecerle —recojo el sentir de la Academia— su generoso apoyo a un objetivo tan noble como el de fomentar cada año la investigación selecta y honrar de tal modo a quien fue jurista más que insigne y primer Presidente de esta Real Corporación.

Quiero decir resueltamente que la evocación de la figura de Don Ángel me trae dulces recuerdos, una emoción sin cuento. Disfruté de su amistad durante largo tiempo, de un modo cercanísimo y risueño, al calor de unas circunstancias singulares que ahora no debo relatar. Pero sí quiero repetir en dos palabras lo que bien sabemos: que era un ilustre caballero. Me siento verdaderamente agraciado por presentar el Premio que lleva su nombre.

Y con enorme satisfacción me refiero ahora al ganador del concurso, el profesor Eduardo Gamero Casado, Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Pablo de Olavide, de cuya solvencia hablan por sí solas sus numerosas obras y su bien ganado prestigio en el ámbito universitario. Cierto es que hoy no le premiamos una trayectoria profesional o un conjunto de obras, por excelentes que éstas fueren, sino una obra concreta presentada a concurso en competencia con otras, por cierto en número no escaso y de notable calidad en su mayoría.

Pero tampoco sería justo ni proporcionado andarse con excesivos remilgos al hablar del perfil del ganador pues es mucho lo que Eduardo Gamero ha investigado y mucha la fama que tiene de reputado jurista. No cabe hacer abstracción de todo eso

porque es un elocuente indicio del por qué la obra vencedora es como es. Su *curriculum* refleja una carrera rutilante cimentada en el esfuerzo, de la que son muestras patentes sus monografías y numerosos artículos doctrinales, premios recibidos, y espíritu de compromiso con la Universidad. He sido testigo de toda su vida académica y sé que todo se lo ha ganado a pulso, superando incluso obstáculos ingratos de la vida de los que ponen a prueba a las personas.

«*Desafíos del Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción*» es la obra del autor. No se trata del estudio de una figura o institución jurídica concreta sino de una reflexión sobre las claves de lo que está ocurriendo, del Derecho Administrativo de nuestro tiempo. Una obra de alto contenido dogmático cuya realización exige dominar por entero la rama jurídica sobre la que versa, cosa que el autor hace con toda soltura; en suma, obra propia de alguien que conoce los pilares del edificio y sus fisuras.

Por mi parte, no es esta la ocasión que me permita considerar las numerosas apreciaciones y postulados contenidos en la obra. Me limitaré simplemente a decir que acierta el autor al dejar bien asentados en el pórtico de ella los elementos básicos o permanentes de la Administración Pública: el interés público y la potestad; conceptos que sólo cabe explicar desde la legitimidad proveniente de la Ley; pero no de cualquier legalidad sino la que encuentre apoyo claro en la Constitución vigente; por cierto, un texto entre cuyas virtudes se encuentra la flexibilidad, la de poder dar legítimo cobijo a opciones políticas muy diversas.

Cabe preguntarse si en la Historia habrá existido alguna generación que no haya creído estar viviendo el fin de una era, la sensación de que por fin todo va a derrumbarse. Creo que no. Así lo podemos ver desde MARCO AURELIO, pasando por LARRA, hasta cualquier observador actual de lo que nos ha tocado ver y soportar. Así lo sintió LOPE en su tiempo: «*No puede durar el mundo, / porque dicen, y lo creo / que suena a vidrio quebrado / y que ha de romperse presto*». Pero Gamero, desde el comienzo de su obra puntualiza que lo que caracteriza nuestro tiempo son las que llama «disrupciones», esto es, no los meros cambios sino los cambios bruscos, a veces silenciosos, soterrados, indetectables como tales cambios.

Y así, seguidamente, el autor acomete el inventario de las mutaciones acaecidas. Aborda el diagnóstico de situación de los derechos sociales y sus recortes; las quiebras del estado democrático y sus causas; el que llama «desordenamiento jurídico» —aquí el desprestigio de la ley como causa generadora de muchos males—; la necesaria revisión de los métodos clásicos del control administrativo; la simplificación de los procedimientos; la Administración electrónica; la inseguridad jurídica derivada de las deficiencias y carencias de la Justicia; la corrupción y la necesidad de transparencia, etc.

En conclusión, un suculento menú de grandes problemas y reflexiones, una obra de investigador maduro que fue valorada el día 22 de junio de 2015 por un Jurado compuesto por los ilustres señores D. Antonio Moreno Andrade, Presidente; Don Antonio Ojeda Escobar; Don Manuel Fernández-Quincoces y Benjumea; Don Manuel Salinero González-Piñero; y yo mismo. Por ello pude ser testigo directo del beneplácito mostrado por los miembros del Jurado y la unanimidad con la que la obra fue premiada.

FRANCISCO LÓPEZ MENUDO  
*Académico de Número de la Real Academia Sevillana  
de Legislación y Jurisprudencia*

---

# INTRODUCCIÓN

«No es descabellado pronosticar  
que veremos transformaciones inevitables  
en la forma en que la humanidad se organiza  
para sobrevivir y progresar»

Moisés NAÍM,  
*El fin del poder, 2013.*

## 1. EL DERECHO ADMINISTRATIVO ANTE UN MUNDO EN DISRUPCIÓN

Una de las escasas constantes históricas que caracterizan al Derecho Administrativo es la de encontrarse en un proceso continuo de transformación, pues como ya advirtiera Maurice HAURIUO, el campo de la vida administrativa es el campo de lo provisional, de lo revocable y pasajero. Se trata, en efecto, de una afirmación válida en cualquier tiempo, y verdaderamente no puede —no debe— ser de otra manera: estando el Derecho Administrativo vocacionalmente abocado a regular la realidad social y económica, y encontrándose ésta en constante mutación, es inevitable y hasta necesario que evolucione incesantemente para adaptarse a esa realidad subyacente. Es más, el Derecho Administrativo debería posicionarse a la vanguardia de los cambios, en lugar de venir supeditado a ellos, para no estorbar al progreso convirtiéndose en un lastre para la consecución de las aspiraciones sociales y yendo a remolque de las necesidades regulatorias, sino más bien, anticiparse a los nuevos requerimientos, predecirlos, y ser una palanca que contribuya a liderar la satisfacción de las necesidades económicas, políticas y sociales.

Lo que cualifica al Derecho Administrativo contemporáneo no es, por tanto, su transformación, sino la radicalidad y vertiginosidad que han adquirido los cambios,

también como reflejo de una realidad subyacente que evoluciona a un ritmo exponencial<sup>1</sup>. Asistimos cada día a la caída de un mito o al abandono de un dogma, se postulan y aceptan las novedades con una naturalidad ciertamente pasmosa, y los cambios son tan profundos, pero al mismo tiempo tan aparentemente asistemáticos, que cuesta interpretarlos como grandes desplazamientos o transformaciones estructurales, escondidos como están en la vorágine de normas y en la infinita multiplicación de sus centros de producción.

Sentada esta premisa, parece obvio que lo verdaderamente significativo no es recordar que el Derecho Administrativo cambia, sino detectar en cada caso cuáles son los rasgos estructurales de su transformación: es decir, seleccionar entre el minucioso detallismo normativo, y en el sinfín de planes, actuaciones y programas públicos en que se traduce la actividad administrativa, cuáles son los pilares vertebradores de las grandes metamorfosis; pues, pegada su vista al vertiginoso día a día, el jurista puede perder el norte de los cambios de rumbo estructurales y representativos de una nueva época, cuando lo que en realidad le corresponde es predecir dichos cambios e incluso anticiparse a ellos, ingeniando las técnicas y herramientas que los hacen posibles, esto es, articulando nuevas instituciones jurídicas o adaptando las preexistentes, para suministrar el marco jurídico que la sociedad reclama a fin de satisfacer plenamente sus aspiraciones.

La situación que se experimenta en el escenario jurídico en general, y en el jurídico-administrativo en particular, no es sino expresión de lo que paralelamente acontece en el contexto social, económico y político. Nuestra era se caracteriza por la radical metamorfosis que continuamente experimentan las conductas y las relaciones humanas, por el extraordinario dinamismo que se aprecia en todos los planos de la vida en sociedad<sup>2</sup>. Como el lenguaje enseguida se nos queda antiguo y manoseado, ha sido necesario encontrar un neologismo para referirse a este fenómeno, generalizándose el anglicismo *disrupción*, que ya se encuentra incorporado al diccionario de la Real Academia Española con la acepción de «cambio brusco». El término refleja de manera tan atinada lo que sucede en nuestra época, que cabe hablar de una *Era de la Disrupción* más que de una *Era de la Información*, dado que la sociedad de nuestra época no sólo se caracteriza por el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, sino por la continua brusquedad de los cambios

<sup>1</sup> En esta línea se ha sostenido que «El cambio es ciertamente consustancial al Derecho Administrativo, pero no por ello deja, en la actualidad, de presentar perfiles inéditos, por la importancia y la extensión de sus requerimientos», PAREJO ALFONSO, L.: *Transformación y ¿reforma? del Derecho Administrativo*, Ediciones de Derecho Global, Sevilla, 2012, p. 15. El autor parafrasea a BRUNSSON, N.: «La reforma como rutina», en BRUNSSON, N. y OLSEN, J.P.: *La reforma de las organizaciones*, CIDE, México, 2007.

<sup>2</sup> Tal y como sostiene COSCULLUELA, el Derecho Administrativo es un «Derecho en permanente adaptación a la realidad que ordena»; cfr. COSCULLUELA MONTANER, L.: *Manual de Derecho Administrativo*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 43.

que experimenta en todos sus órdenes. En ese sentido, el *Derecho Administrativo ante un mundo en disrupción* al que se alude en el título de esta obra es el que tiene que afrontar esos cambios bruscos y adaptarse a ellos, el que debe encontrar soluciones para las demandas de nuestra *disruptiva* sociedad contemporánea.

## 2. OBJETO Y ESTRUCTURA DE ESTE ENSAYO

Esta obra se centra en una serie de aspectos de la realidad jurídico-administrativa que se presentan particularmente requeridos de atención en el contexto actual. Se trata de problemas que han adquirido en este momento un carácter estructural, afectando a condiciones esenciales de las sociedades contemporáneas y, particularmente, de la sociedad española. Se trata, también, de cuestiones muy diversas, que complican su ensamblaje sistemático y dificultan su exposición lineal.

El hilo argumental se articula en dos grandes partes. Se ha querido construir el discurso, principalmente, alrededor de la fórmula constitucional del Estado social y democrático de Derecho, pues son verdaderamente de estos supraprincipios constitucionales (en el sentido de Carl SCHMITT) los que se están viendo agitados en las dos últimas décadas, hasta desembocar en una situación de abierta crisis, haciéndolos merecedores de una serena reflexión sobre sus postulados tradicionales y sus metamorfosis, que en este trabajo se circunscribe a la dimensión jurídico-administrativa del problema.

Pero, sobre esa estructura primaria en la que se sustenta el armazón de la obra, y que permite vertebrar especialmente su Segunda Parte, se plantea una dificultad sobrevenida, determinada por el fuerte impacto que representa para la ciencia jurídico-administrativa una concreta cuestión: la *huida* del Derecho Administrativo, de la que ya alertó el profesor Manuel CLAVERO hace medio siglo<sup>3</sup>, y que en fechas recientes no ha hecho sino recrudecerse hasta el extremo, poniendo de manifiesto no sólo la agudeza de su magisterio, sino también la necesidad de reflexionar profundamente sobre las causas que han conducido a esta situación y sobre fórmulas que permitan adaptar las garantías jurídico-administrativas para que sigan cumpliendo su función.

En efecto, el poder público ha ido creando una fabulosa galaxia de entidades instrumentales, definiéndoles regímenes jurídicos propios que conducen en muchos casos a eludir la aplicación del Derecho Administrativo. En paralelo a esta circunstancia y en la misma dirección, se aprecia la transferencia de funciones o poderes públicos (jurídico-administrativos) a entidades privadas, en un fenómeno conocido

<sup>3</sup> Vid. CLAVERO ARÉVALO, M.: «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular de las Administraciones Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, trabajo con el que se acuñó esa exitosa expresión. La tesis del maestro y su enorme influencia en la doctrina jurídico-administrativa posterior se exponen con más detalle en el Capítulo Segundo.

como externalización de funciones públicas, que también conduce a un desplazamiento del Derecho Administrativo y por ende al apartamiento o minoración de las garantías que rodean a su aplicación. En ambos aspectos, se trata de un resultado incompatible con el Estado de Derecho (por ello es inevitable tratarlo aquí), cuya reversión exige reflexionar sobre las categorías dogmáticas fundamentales en las que se asienta esta rama del Derecho.

En ese sentido, resulta imprescindible volver la vista hacia los conceptos de Derecho Administrativo y de Administración pública, pues la *huida* se cobija jurídicamente en ellos para presentarse bajo una apariencia de legitimidad: si, con arreglo a la concepción subyacente en los textos normativos, es Administración pública aquélla entidad sometida al Derecho Administrativo, basta con crear un organismo sujeto a Derecho Privado para que ya no sea Administración, quedando así su actuación al margen del Derecho Administrativo; y, si las entidades privadas se someten en sus formas de actuación al Derecho Privado, basta con que una función se transfiera al sector privado para eludir la aplicación del Derecho Administrativo en el ejercicio de dicha función. Evidentemente, lo que hace el legislador es retorcer la verdadera significación de una categoría dogmática perfectamente certera en sus postulados iniciales, para asociarle unas consecuencias que de ninguna manera encajan en la ontología de la entidad creada, y que presenta también un total desacuerdo con el sustento dogmático original, asentado sobre la premisa de que la mera etiqueta que coloca el legislador sobre una entidad para bautizarla como Administración (o como otra cosa) no es lo que revela verdaderamente su naturaleza jurídica. Pero es preciso encontrar un fundamento que revalide esa tesis, haciendo que la verdadera naturaleza jurídica de las criaturas administrativas se manifieste también en una explicación racional que sea capaz de sobreponerse a la mera etiqueta formal que les coloque el legislador y las devuelva plenamente al marco del Estado de Derecho.

En efecto, desde el punto de vista constitucional, y también por la propia naturaleza de las cosas, resulta inadmisibile que el poder público pueda zafarse de todo un régimen jurídico gestado y desarrollado precisamente para someterlo a Derecho, mediante la mera declaración formal de que el nuevo ser alumbrado a la personalidad jurídica no es una Administración pública, sino otra cosa. Lo cual exige reflexionar sobre el concepto de Derecho Administrativo y de Administración pública, profundizando en categorías que puedan reforzarlos, identificando elementos que permitan devolver la racionalidad al sistema, sin suponer una ruptura en la continuidad que estos conceptos vienen manteniendo en nuestra tradición jurídica, sino antes bien, complementando las formulaciones existentes con elementos de refuerzo. A esa labor se consagra el Capítulo Segundo, en la Primera Parte de la obra.

Esa tarea deriva, a su vez, en la necesidad de detenerse en los orígenes mismos de la ciencia jurídico-administrativa, para reafirmar sus postulados fundacionales y, sobre todo, recordar los conceptos nucleares sobre los que se sustenta su identidad.

Esta labor, que se afronta en el Capítulo Primero, consiste, en primer lugar, en recordar cuál es el origen del Derecho Administrativo (como producto de las revoluciones constitucionalistas de finales del siglo XVIII) y el nuevo orden político en el que se sitúa el nacimiento de esta rama del Derecho; así como evocar dos categorías fundacionales de la ciencia jurídico-administrativa: el interés público y la potestad administrativa. Dos conceptos que adquieren para el Derecho Administrativo un carácter fundador, al menos, en la economía subyacente a esta obra, erigiéndose en dos piezas nucleares del pensamiento que en ella se sostiene. Tales nociones se exponen en el Capítulo Primero, no como mero recordatorio o reafirmación de su vigencia, sino también por la necesidad de profundizar en sus rasgos característicos.

Este empeño se centra especialmente en el concepto de potestad administrativa: una categoría absolutamente arraigada en el acervo jurídico-administrativo, manejada con profusión por los operadores de esta rama del Derecho y objeto de valiosos estudios doctrinales, que sin embargo carece de definición legal y sobre la que todavía no parece haberse alcanzado una suficiente delimitación conceptual, que permita deslindarla con nitidez de otros poderes jurídicos, públicos o privados. Y sin embargo, es el elemento más claramente determinante que hasta ahora ha empleado el legislador para identificar el ámbito de aplicación del Derecho Administrativo. En efecto, el art. 2.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común (en lo sucesivo, LRJPAC), establece que las entidades de Derecho público «sujetarán su actividad a esta Ley cuando ejerzan potestades administrativas», y la recién promulgada Ley 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (en adelante, LPACAP), en una apuesta ciertamente novedosa y coherente con cuanto sostenemos en este ensayo, declara —art.2.2 b)— que también las entidades de Derecho Privado integrantes del sector público institucional quedan sujetas a esta Ley, «en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas».

En esta obra se sostiene además que, cuando entidades o sujetos estrictamente privados ejerzan potestades administrativas, su régimen jurídico también debe someterse al Derecho Administrativo. Posición que enlaza con el sentir que la doctrina académica viene manifestando en relación con la externalización de las funciones públicas administrativas, y la necesidad de regir su ejercicio por el Derecho Administrativo, que representa el marco jurídico adecuado para preservar las garantías que asisten a la ciudadanía en un Estado de Derecho.

Así pues, es preciso desplegar todo el esfuerzo necesario para deslindar suficientemente la potestad administrativa de otros poderes jurídicos, señalando sus contornos (su definición, características y diferenciación con otras figuras), e individualizándolo de otras expresiones o manifestaciones diferentes del poder, tanto público como privado, a fin de que pueda desempeñar satisfactoriamente la función delimitadora que se le pretende, esto es, indicar cuándo una determinada actuación se somete al Derecho Administrativo.

Sirva pues esta Introducción para adelantar el sentido de esta obra y su estructura sistemática. La preocupación es una sola: contribuir de manera constructiva a la búsqueda de soluciones que permitan superar algunos de los desafíos que interpelan al Derecho Administrativo contemporáneo. En ese sentido, el contexto político-social muestra claramente un fin de ciclo, y se avecinan cambios cuya magnitud no somos aún capaces de discernir, tal y como recordaba al principio de esta Introducción parafraseando a Moisés NAÍM. En ese escenario convulso, debemos ofrecer propuestas que contribuyan al debate y a la reflexión acerca de las reformas que requiere el Estado social y democrático de Derecho, para adaptarlo a la realidad actual. Nos vemos llamados a la búsqueda constructiva de propuestas, a ensayar (porque sencillamente, de eso se trata, en efecto: de un ensayo) propuestas y construcciones que permitan reflexionar sobre el modo de afrontar algunos de los retos que se presentan ante nosotros.

Todo ello, de acuerdo con el formato de la convocatoria a la que ha concurrido esta obra, y con sus consiguientes limitaciones de extensión, que obligan a desplegar un particular esfuerzo de síntesis y una contención del aparato bibliográfico, evitando en lo posible que la profusión de citas reste espacio a la claridad que requiere la exposición de las ideas.

---

PRIMERA PARTE

**EL DESLINDE CONCEPTUAL  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
Y DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

«El Estado es el ejercicio racional del poder público.  
Reconocerle todo ese espacio, pero también encerrarle en él,  
es el verdadero objeto de una Teoría del Derecho Público»

Maurice HAURIOU



---

CAPÍTULO I

**EL INTERÉS PÚBLICO Y LA POTESTAD ADMINISTRATIVA  
COMO PREMISAS CONCEPTUALES  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO**

**1. LA COHERENCIA CON LOS ORÍGENES: EL CONSTITUCIONALISMO OCCIDENTAL Y LA RACIONALIZACIÓN DEL PODER**

El nacimiento del Derecho Administrativo es un hecho histórico. Como tal, es producto de un devenir político y social, que desemboca en un modo muy especial de entender las relaciones entre el Estado y los ciudadanos. Para comprender en toda su amplitud qué papel juegan el Derecho Administrativo y la Administración pública en este nuevo orden de relaciones, es preciso conocer las causas que motivaron la aparición del sistema. Al igual que la mayoría de la doctrina, entiendo que el Derecho Administrativo es un producto genuinamente revolucionario, que surge en los Estados occidentales con los movimientos socio-políticos, de corte constitucionalista, aparecidos a partir de 1770, y especialmente, de la Revolución francesa<sup>1</sup>. Estos movimientos parten de una base netamente liberal e igualitaria,

<sup>1</sup> Para un análisis de esta cuestión, y de los aspectos jurídico-administrativos presentes en la organización pública con anterioridad a esta fecha, *vid.* GIANNINI, M.S.: *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 1980; PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984, pp. 43 y sigs.; BURDEAU, F.: *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris, 1995; CASSESE, S.: *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, INAP-Global Law Press, Madrid-Sevilla, 2014, pp. 32 y sigs.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973; y del mismo autor, *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1988, pp. 69 y sigs., así como la bibliografía por él mismo citada. La consideración más generalizada es admitir que el Derecho Administrativo como ciencia y como sistema son generados verdaderamente en la época revolucionaria, aunque en el antiguo régimen se detecten ya una serie de instituciones cuyo estudio resulta esencial para el cabal entendimiento del Derecho Administrativo.

En la opinión contraria, *vid.* GALLEGO ANABITARTE, A. y DE MARCOS FERNÁNDEZ, A.: *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1993, pp. 13 y sigs.; y, del primero de ellos, *Administración y jueces:*

postulando la equiparación de toda clase de sujetos en el reconocimiento de derechos y libertades. Postulan la abolición de los privilegios nobiliarios y, en lo que nos interesa, la erradicación de las prerrogativas exorbitantes de los reyes. Suponen la domesticación del poder público. Ello se consigue mediante la división de poderes y la formulación del principio de legalidad.

Nos importa destacar de todo el proceso la necesidad, tempranamente percibida, de *perduración del poder público*. El Estado debe subsistir, pues existen una serie de tareas que sólo pueden ser asumidas por una estructura organizada y dotada de un poder superior al de los individuos singulares, cuyo reconocimiento se encuentra en la base misma del pacto o contrato social<sup>2</sup>. El Estado mantiene relaciones diplomáticas, hace la paz y la guerra, y desempeña funciones de policía imprescindibles para el mantenimiento del orden público. El Estado, en fin, es el garante de los derechos ciudadanos, y para el recto cumplimiento de esta tarea requiere, asimismo, disfrutar de un poder superior al de los particulares. Ya en la etapa revolucionaria se acepta la necesidad de mantener estas prerrogativas especiales, excedentarias de las que corresponden a los sujetos privados. Su reconocimiento, que se erige en la base del contrato social, es una concesión imprescindible para alcanzar la operatividad del nuevo sistema. El justamente célebre libro de GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución francesa y Administración contemporánea*, se consagra especialmente a destacar este hecho<sup>3</sup>, como

---

*gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971. Para estos autores la Administración pública es un fenómeno continuado en el tiempo cuyos postulados principales ya se producían en el antiguo régimen. En la misma idea, TOCQUEVILLE, A.: *L'Ancien Régime et la Révolution*, accesible en sus *Ceuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1964.

<sup>2</sup> Así, afirma LOCKE: «Siendo los hombres por naturaleza, como ya hemos dicho, todos libres, iguales e independientes, ninguno puede ser extraído de esa situación y sujeto al poder de otro sin su propio consentimiento, que es otorgado por el pacto con otros hombres para juntarse y unirse en comunidad para vivir cómodamente»; cfr. *Two Treatises of Government*, II, 4, Hollis ed., Londres, 1764 (facsimilar del original de 1689).

ROUSSEAU condensa la esencia del contrato social con las siguientes palabras: «Cada uno de nosotros pone en común su persona y todo su poder bajo la dirección suprema de la voluntad general; y recibimos además a cada miembro como parte indivisible del todo. (...) Esta persona pública, que se forma así por la unión de todas las demás, recibía en otro tiempo el nombre de *ciudad*, y ahora recibe el de *república* o el de *cuerpo político*, al que sus miembros llaman *Estado* cuando es pasivo, *soberano* cuando es activo, *poder* al compararlo con sus semejantes. (...) Pero estos términos se confunden a menudo y se usan unos por otros; basta con saberlos distinguir cuando se emplean con toda precisión»; cfr. ROUSSEAU, J.J.: *Du Contrat social; ou, principes du droit politique*, ed. Marc Micher Rey, Amsterdam, 1762, Capítulo VI, Libro I, pp. 26 y sigs.

<sup>3</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994 (1.ª edición en 1972), especialmente pp. 51 y sigs. La solidez argumental exhibida por el autor, que se apoya en multitud de hechos y citas doctrinales (especialmente, en el pensamiento de TOCQUEVILLE), permite remitir a su obra como fundamento de lo que se afirma en el texto. No obstante, conviene retener algunas de sus más expresivas afirmaciones; así, parafraseando a MONTESQUIEU, dice en la p. 54: «La concentración del poder como consecuencia de la nueva estructura social, establecida por

el propio autor ha señalado<sup>4</sup>. Y por ello, precisamente, el art. 12 de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 proclama: «La protección de los derechos del hombre y del ciudadano requiere una *fuerza pública*; esta fuerza se instituye, por tanto, *para el provecho de todos*, y no para la propia utilidad de aquéllos a quienes se les confía»<sup>5</sup>. He ahí, pues, los dos elementos fundacionales del Derecho Administrativo en los que haremos hincapié a lo largo de este Capítulo.

El principal logro del constitucionalismo no radica pues en la abolición de los privilegios del poder público, sino en su sujeción a Derecho, articulada mediante el *principio de legalidad*, que resulta esencial y se configura, verdaderamente, en la clave de todo el sistema<sup>6</sup>. Asimismo, debe destacarse que la legitimidad de la atribución de potestades al poder público descansa en la necesidad de satisfacer el *interés general*<sup>7</sup>: el poder público se preserva en orden a promover el bien común, el

---

la Revolución, no sale de un capricho del espíritu humano, sino que es la condición natural del estado actual de los hombres». En la página 56, esta vez con una cita de HAURIU, se afirma: «las prerrogativas, como los privilegios, han sido desterrados de las relaciones sociales por la Revolución, pero no lo han sido de las relaciones políticas; por el contrario, se han concentrado en las manos del Gobierno y de la Administración». Más adelante (p. 58), continúa: «El principio de la igualdad como constitutivo social implica rigurosamente una concentración del poder, una centralización de todas las desigualdades en la instancia superior del Estado».

Por otra parte, PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 34 y sigs., resalta asimismo los aspectos señalados en el texto.

<sup>4</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1995, p. 182, nota 32.

<sup>5</sup> Asimismo, en la Declaración de Independencia americana de 4 de julio de 1776 puede leerse: «Los gobiernos están establecidos entre los hombres para garantizar estos derechos, y su justo poder emana del consentimiento de los gobernados».

<sup>6</sup> En efecto, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua...*, *op. cit.*, pp. 97 y sigs., la diferencia entre el Antiguo y el Nuevo régimen estriba en que para el primero, el poder se ejercía asimismo en persecución del interés general, pero siendo éste interpretado según el recto arbitrio del monarca; en cambio, la irrupción de la doctrina del imperio de la ley en el primer constitucionalismo, comporta la sujeción del poder a Derecho, siendo sólo legítimas las exorbitancias previamente previstas por las leyes, y ejercidas conforme a las mismas. De aquí el valor basilar del principio de legalidad en orden a la construcción del Derecho Administrativo contemporáneo. Las pp. 97 a 144 de la obra citada, a las que me remito, recogen una serie de razonamientos y apreciaciones que resultan esenciales y fundamentan cuanto se afirma en el texto.

<sup>7</sup> Según el extracto de LOCKE que lleva a cabo GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua...*, *op. cit.*, p. 61: «Todos los poderes que se ejercen en la comunidad son, así, *fiduciary powers*, poderes fiduciarios, ejercidos en interés del pueblo y revocables si con ellos se ejercitasen actos contrarios al *trust*, o encomienda de confianza, sobre los que reposa». El propio GARCÍA DE ENTERRÍA abunda en estas cuestiones en su libro *Revolución...*, *op. cit.*, pp. 70 y 71.

En el mismo sentido, SUÑÉ LLINÁS, E.: *La potestad, con especial referencia al Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1988, pp. 21 y sigs.

Idéntico pensamiento subyace en el trabajo de MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: *Introducción al Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1988, p. 59. El autor considera que la colectividad instituciona-

bienestar de la sociedad. El interés general ha de ser susceptible de imposición a los sujetos individuales, lo que sólo puede conseguirse mediante la existencia de estas prerrogativas. Se trata, por tanto, de un *poder vinculado*, de un poder que se reconoce para un determinado fin, cuyo incumplimiento o desviación permite al sujeto pasivo reaccionar judicialmente para conseguir su anulación. Todos estos hechos, a mi juicio, se encuentran en la base del concepto de Derecho Administrativo y de Administración pública, y permiten construir un concepto técnico-jurídico (el de potestad administrativa), con el que abordar la delimitación conceptual del Derecho Administrativo, tal y como se comprobará en el Capítulo Segundo.

Conforme a la nueva estructura política resultante de la Revolución, se procede en primer término a proclamar que es el pueblo quien confiere el poder a todas las instituciones del Estado<sup>8</sup> (incluso a la Administración, obviamente); y, en segundo lugar, a condicionar la puesta en escena de ese mismo poder mediante el arbitraje de garantías jurídicas que preservan a los ciudadanos frente a su ejercicio. En efecto, el reconocimiento de las prerrogativas se corresponde exactamente con la erección de garantías especiales frente a su ejercicio. El *par conceptual prerrogativa/garantía* es el más clásico componente del Derecho Administrativo, configurado como un Derecho de privilegios y garantías, de ejercicio de poder mediante mecanismos especialmente regulados, que salvaguardan los derechos individuales frente a eventuales abusos<sup>9</sup>.

---

liza al Poder público para la consecución del bien común de la propia colectividad; «en función de esos fines y siempre teniendo en cuenta la obligatoriedad de la sumisión al Poder (...) se configurarán las correspondientes potestades o poderes públicos».

Por su parte, PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto...*, *op. cit.*, pp. 86 y sigs., resume la «vertiente filosófica» del pensamiento de LÉON DUGUIT con la siguiente afirmación: «Por lo que hace a los gobernantes, su código de deberes se encierra en la siguiente fórmula: *deben gobernar para los ciudadanos y no para ellos mismos*. Sólo en la medida en que actúen según esa norma y estrictamente bajo tal condición pueden imponer su voluntad a los gobernados y es legítimo su poder» (las cursivas son del autor).

<sup>8</sup> Y en el mismo sentido, el art. 1.2 de la Constitución española proclama: «La soberanía nacional reside en el pueblo español, *del que emanan los poderes del Estado*».

<sup>9</sup> «...una vez que se produce el tránsito del Estado de Derecho liberal a la Administración intervencionista resultaba imposible que ésta pudiera alcanzar los fines que le asignaban moviéndose dentro de los límites que el Derecho Privado le marcaba. Se hacía necesaria la aparición de una rama del Derecho en la cual se conjugasen las prerrogativas de la Administración con las garantías de los particulares, y esta rama del Derecho fue el Derecho Administrativo»; cfr. ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I/1, Madrid, Tecnos, 1995, p. 49. Por su parte, PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto...*, *op. cit.*, p. 77, afirma: «El Derecho Administrativo aparece caracterizado desde su nacimiento como el campo donde ha de resolverse la tensión entre los principios contrapuestos de autoridad y de libertad». Una expresión condensadora de este planteamiento es la que ofrece GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo español*, vol. 1, EUNSA, Pamplona, 1987, p. 122, en uno de los epígrafes de su trabajo: «El Derecho Administrativo, derecho del poder para la libertad». *Vid.*, asimismo, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol. 1, Civitas, Madrid, 2008 (14.ª ed.), pp. 51 y sigs.; NIETO GARCÍA, A.: «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, núm. 76, 1975, pp. 23 y sigs.; y las SSTs 3/10/86, RJ.6411; y 26/9/90, RJ.7388, entre otras.

En conexión con este asunto, debe notarse la evolución jurídica experimentada por los derechos constitucionales desde el período revolucionario hasta la época actual. Hoy en día no sólo existen derechos de libertad o de «primera generación», sino que a éstos se le han sumado los derechos económicos y sociales, incorporados con generalidad a las constituciones contemporáneas. A pesar de su carácter programático, la salvaguardia de estos nuevos derechos constituye uno de los principales argumentos por los que debe existir una autoridad superior, que vele por su satisfacción efectiva. Ello explica que, incluso en relación con derechos de contenido prestacional deba existir el poder público, lo cual no desnaturaliza el poder que se ejerce, ni lo desvincula de los principios anteriores, sino que demuestra la posibilidad de que la actuación del poder sea extensiva y no represiva de las conductas de los administrados.

Por otra parte, en las nuevas coordenadas constitucionales también desempeña un papel clave el principio de *responsabilidad de los poderes públicos*, que se proclama, asimismo, en el período revolucionario. En ese contexto, sin embargo, el principio no se construye estrictamente bajo el prisma patrimonial (resarcimiento por los daños económicos soportados), pues se configura, en realidad, como un derecho de reacción contra los abusos del poder, es decir, como un mecanismo de tutela judicial de los particulares frente a los poderes públicos, que permite el *control jurisdiccional* de los actos de ejercicio de prerrogativas especiales: los actos del rey gozaban de impunidad jurisdiccional, pero los actos de las administraciones públicas se someten a control de los tribunales<sup>10</sup>. El mecanismo elegido por cada ordenamiento jurídico para erigir este control es variable<sup>11</sup>. En este sentido conviene precisar que, así como

<sup>10</sup> En este sentido, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua...*, *op. cit.*, pp. 136 a 145.

<sup>11</sup> Así, en el Derecho francés, se instauró la máxima *juger l'Administration c'est encore administrer*, que normalmente se ha interpretado como un postulado directamente derivado del principio de división de poderes, entendido de manera ortodoxa. Sin embargo, la causa que provocó el traslado del control jurisdiccional desde los jueces *privados* hacia la propia Administración parece haber sido otra, que constituye un hecho puramente coyuntural: el carácter conservador del poder judicial preexistente, que hacía desconfiar de su aptitud para enjuiciar los litigios en que fuera parte la Administración. Ello provoca la radicalización del principio de separación de poderes, prohibiendo a los tribunales ordinarios conocer de litigios en que fuera parte la Administración. Pero, como notó CHEVALIER, el principio de separación de poderes no pretendía alcanzar esta consecuencia, sino más bien impedir que los tribunales desempeñasen una tarea materialmente administrativa, sustituyendo a la Administración: *vid.* CHEVALIER, J.: *Le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, tesis doctoral, París, 1968; *vid.*, igualmente, ROLAND, H. y BOYER, L.: *Les institutions judiciaires*, L'Hermès, Lyon, 1983, p. 31; CHAPUS, R.: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, París, 1995, p. 33; PEISER, G.: *Contentieux administratif*, Dalloz, París, 1988, p. 1; RAMBAUD, P.: «La justicia administrativa en Francia (I): introducción, organización, medidas cautelares», en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993, pp. 278 y sigs.; WEIL, P.: *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 39 y sigs.; RIVERO, J. y WALINE, J.: *Droit administratif*, Dalloz, París, 1994; y SANTAMARÍA PASTOR, J.A. *Fundamentos...*, pp. 46 y sigs.

en España no contamos con verdaderas jurisdicciones, sino con distintos órdenes jurisdiccionales integrados en una misma jurisdicción<sup>12</sup>, en Francia existen varias jurisdicciones diferentes, todas ellas independientes de la Administración y de los restantes poderes del Estado, configurando de manera conjunta el poder judicial francés. Por consiguiente, el ejercicio de las especiales prerrogativas de que goza la Administración en Francia se encuentra sujeto a control judicial, control que es independiente y que no corresponde a la Administración en sentido estricto. El

---

Pero un sistema semejante no podía perdurar largamente sin una base sólida de imparcialidad en la revisión jurisdiccional de los asuntos. Por ello se crea el Consejo de Estado, y se le encomienda la resolución de los recursos, lo que hace de manera absolutamente imparcial, como correspondería a cualquier tribunal ordinario. Actualmente, el control contencioso-administrativo en Francia se lleva a término mediante una genuina jurisdicción, independiente de la Administración, y autorregida por sus propios órganos de gobierno. *Vid.*, en este sentido, CHAPUS, R., *op.loc.ult.cit.*, quien explica que la operatividad del principio «juzgar a la Administración también es administrar» se reduce en estos momentos al hecho de que los componentes de la jurisdicción contencioso-administrativa se rigen por el estatuto jurídico de los funcionarios públicos, en lugar del propio del resto de jueces y magistrados; pero, en virtud al principio de independencia, los componentes de la jurisdicción contencioso-administrativa son verdaderamente magistrados, y constituyen una jurisdicción imparcial e independiente como lo puede ser la ordinaria. *Vid.*, asimismo, RAMBAUD, P.: «La justicia...», *op. cit.*, pp. 281 y sigs.

La claridad de de esta conclusión se presenta con toda evidencia en la Sentencia del Tribunal Constitucional francés de 23 de enero de 1987, que llega a afirmar que el principio de separación de las autoridades administrativas y judiciales postulado por la Ley de 16-24 de agosto de 1790 no tiene valor constitucional, por cuanto existe un principio fundamental de las leyes de la República en cuya virtud «corresponde al ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa la anulación o reforma de las decisiones adoptadas por las autoridades que ejercen el poder ejecutivo en el ejercicio de prerrogativas de poder público». (*vid.* un comentario fácilmente accesible a esta Sentencia en LOZANO CUTANDA, B.: «Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 61 y sigs.). Ese principio constitucional contradice el revolucionario-radical, de separación a ultranza, y por tanto este último decae en beneficio del otro, elevando definitivamente a rango constitucional la existencia de una jurisdicción contencioso-administrativa, cuya independencia funcional ya se encontraba suficientemente arraigada, no obstante, desde el período revolucionario.

De otro lado, algún autor ha descrito una evolución histórica que sitúa el nacimiento de la jurisdicción contencioso-administrativa a comienzos del siglo XVIII, mediante la creación de Comisiones, dependientes del Consejo Real, que eran establecidas de manera específica para resolver concretos litigios presentados ante el Consejo, y que con el paso de los años llegaron a institucionalizarse, para constituir un precedente de la posterior Comisión del Contencioso del Consejo de Estado; *vid.* PHYLLIS, J.: *Justice administrative et justice déléguée au XVIIIe siècle*, PUF, Paris, 1977. Considero que esta perspectiva no contradice la extendida opinión de que el origen de la jurisdicción contenciosa, incluso en estos antecedentes históricos, obedece a circunstancias coyunturales que invitan a crear autoridades jurisdiccionales específicas.

<sup>12</sup> Acerca de la evolución histórica de la jurisdicción contencioso-administrativa en España, v. especialmente FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *Historia legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.

producto final, en lo que nos interesa destacar, es el mismo: el poder administrativo se encuentra sujeto a control judicial, un control asignado a un poder independiente del de la propia Administración.

Con lo expuesto anteriormente hemos recordado los presupuestos históricos del Derecho Administrativo contemporáneo. En lo que nos interesa, su proceso de articulación se configura como una operación bipolar, uno de cuyos extremos viene representado por la institucionalización jurídica del poder, debido a la necesidad de satisfacer el interés general; y el otro, por las garantías que se arbitran frente a él, entre las cuales se han resaltado el principio de división de poderes y el principio de legalidad, así como la vinculación del poder a la satisfacción de determinados fines, la posibilidad de reaccionar judicialmente frente a su ejercicio, y el principio de responsabilidad de los poderes públicos. En conclusión, el interés general y la potestad administrativa se revelan como los conceptos medulares sobre los que se vertebra la existencia de la Administración y la identificación del Derecho Administrativo. Conviene, pues, detenerse en la delimitación de ambos conceptos, a pesar de su notable indefinición<sup>13</sup>.

## 2. EL INTERÉS GENERAL

El motivo que justifica la pervivencia de poderes exorbitantes en beneficio de ciertos sujetos es la necesidad de satisfacer el interés general<sup>14</sup>. Este interés trascendente del propio de cada sujeto, y asimismo del de grupos o colectividades, es una prioridad absoluta que requiere ser preservada y debidamente atendida: *Ollas salus populi suprema lex esto*, en la máxima acuñada por Cicerón<sup>15</sup>, que después hiciera suya JOHN LOCKE como principio fundamental de gobierno<sup>16</sup>. La existencia de la Administración pública se justifica, precisamente, por la necesidad de encomendarle la satisfacción del interés general<sup>17</sup>.

### 2.1. Abstracción del concepto

La definición del interés general, y la descripción del mecanismo por el que establecerlo en cada caso concreto, es una operación que reviste gran complejidad.

<sup>13</sup> Como advirtió RIVERO: «Por una paradoja singular, potestad pública y servicio público son dos conceptos fundamentales del Derecho Administrativo con contornos imprecisos»; cfr. RIVERO, J.: *Cours de droit administratif comparé*, Cours DES, Paris, 1955-56, p. 51.

<sup>14</sup> Vid. RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ ARANA, J.: *Con miras al interés general*, Derecho Público Global-INAP-Bubok Publishing, 2014, pp. 23 y sigs.

<sup>15</sup> *De Legibus*, libro III, parte III, sub.VIII.

<sup>16</sup> Vid. *Second Treatise of Government*, cit.

<sup>17</sup> Vid. SAINZ MORENO, F.: «Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», *REDA*, núm. 8, 1976, pp. 63 y 72.

El interés general es una categoría conceptual que no parece aconsejable definir: goza del tal variedad de matices y reverberaciones que, en mi opinión, resulta imposible perfilar una definición de interés general completamente válida para explicar todo el potencial de la figura. Caben, por supuesto, las aproximaciones; pero son tan abstractas como el propio concepto de interés general, y no aparecen añadir gran precisión al significado intrínseco que la expresión ya tiene por sí sola; en este sentido, la STC 62/1983, de 11 de julio, declara: «los intereses comunes son aquéllos cuya satisfacción es la forma de satisfacer el interés de todos y cada uno de los que componen la sociedad»<sup>18</sup>. Por ello, sin llegar a definir esta noción, será oportuno delimitarla jurídicamente, y en particular, describir el mecanismo por el que se dispone en cada momento cuáles son los intereses generales requeridos de atención por la Administración pública<sup>19</sup>.

En mi opinión, el contenido primario del interés general no encuentra su base en el Derecho positivo. Es una realidad anterior a éste, una categoría inmanente a la colectividad, algo que le es inherente por la simple existencia de un grupo organizado<sup>20</sup>. Sin embargo, la proclamación de la preponderancia del interés general sobre el individual, aún asumiendo el margen de inconcreción que esta operación introduce, es un logro jurídico de primer orden, y constituye uno de los sillares que sustentan al Derecho Administrativo y a la Administración pública. Del mismo modo que las leyes recogen una plasmación de los derechos humanos que preexiste

<sup>18</sup> Otra definición del interés general puede encontrarse en DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas», *RAP*, núm. 100-102, 1983, p. 863: «Cualquier situación deficiente, mejorable o conflictiva de la sociedad actual que requiera, una vez reconocida así por la norma y comparada con el modelo a alcanzar definido por ella, de una pronta y eficaz actuación sanatoria de la Administración o de sus agentes que venga a colmar las carencias, eliminar los riesgos, prestar los servicios, estimular las iniciativas, sancionar las conductas o arbitrar los conflictos que en su seno se puedan generar, facilitando o dificultando la consecución del modelo propuesto».

<sup>19</sup> En este mismo sentido, *vid.* SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 65.

<sup>20</sup> Según NIETO GARCÍA, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje a Eduardo García de Enterría*, vol. III, Civitas, Madrid, 1991, han existido tres estadios distintos en las teorías formuladas sobre la heterocomposición entre intereses públicos y privados, según «la inmanencia o trascendencia de los intereses generales respecto de los particulares». En un primer momento, coincidente con el liberalismo, se produce una identificación entre los intereses públicos y los privados; posteriormente (ya entrado el siglo XIX), se asiste a una separación de intereses, susceptible de diversos enfoques, que pretenden explicar las relaciones entre ellos; en el tercer momento, al que asistimos actualmente (en particular, a consecuencia de la proclamación del Estado social y democrático de Derecho), los intereses generales son inmanentes a los intereses particulares, por lo que serían inherentes al conjunto de todos ellos, sin que deban corresponderse con la simple suma de intereses privados coincidentes.

En cambio, se ha afirmado que el interés general no corresponde a la generalidad, sino que se trata de una coincidencia de intereses particulares: «El interés público se sustenta en los intereses privados de cada persona, pero no en todos, sino en aquéllos que ésta comparte con las demás»; *cfr.* SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 73.

en la persona humana, también el interés general es recogido por las leyes desde su preexistencia en la colectividad.

Por todo lo apuntado, importa destacar que sólo resultan vinculantes y atendibles aquellos intereses generales reconocidos por el legislador<sup>21</sup>. Este reconocimiento suele tener formulación principal (así, los principios rectores de la política social y económica), aunque en ocasiones se establezca en términos precisos y directamente positivizados (por ejemplo, medidas de fomento). La concreción del interés general en normas jurídicas corresponde al legislador, y su satisfacción se encomienda principalmente a la Administración pública, mediante la ejecución de las leyes<sup>22</sup>.

Sucede, en todo caso, que el interés general preexistente en la colectividad es interpretado de diverso modo en función de las distintas opciones socio-políticas imperantes en cada momento. Por ello, la cristalización del interés general en normas o principios jurídicos no es unívoca e imperecedera. Ciertos principios o postulados pueden resultar realzados durante un período de primacía de una cierta formación política, y ser posteriormente abandonados cuando se produzca alternancia en el poder. Ello no significa que el interés general en cuestión no resulte en todo caso preexistente, sino que las vías o caminos por los que dar satisfacción al interés general son diversos, y por ende, susceptibles de alternarse en su poder de convicción: debido a lo limitado de los medios de acción pública, y asimismo a las distintas concepciones políticas, los intereses generales prioritarios pueden variar a lo largo del tiempo.

Tal vez podría hablarse de una escala o jerarquía de intereses generales. El superior sería el bien común, la mejora general de la sociedad: conseguir que sea más justa, más libre, más culta, más solidaria, más pacífica, que viva más confortablemente y pueda disfrutar del mayor número posible de servicios. Ello puede conseguirse mediante la satisfacción de intereses generales parciales o subordinados. Es en este segundo escalafón de intereses en donde se producen diferencias de criterio:

<sup>21</sup> Conviene en ello SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 73: «La noción de interés público, al incorporarse a un texto legal y al aplicarse a una situación concreta, sufre una mutación en su significado aumentando el grado de su determinación por influencia de esa norma y de su contexto». En cambio, se ha afirmado que el interés general no le es dado al legislador, sino que es éste quien lo califica como tal; *vid.* NIETO GARCÍA, A.: «La Administración...», *op. cit.*, p. 2215.

<sup>22</sup> Esta afirmación es un lugar común en la doctrina, como se comprueba contrastando los siguientes trabajos: DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: «Derecho Administrativo...», *op. cit.*, p. 851; del mismo autor: «Los fines de interés público como *causa* y como *límite* de la competencia y como *medio y medida* de control jurídico», *RAP*, núm. 85, 1978, p. 160; SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 74; LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones de Administración pública y de personalidad jurídica en el Derecho Administrativo», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, Civitas, Madrid, 1994, p. 959.

unas concepciones sociopolíticas sostienen que el bien común se alcanza más satisfactoriamente aumentando la intervención pública, y otras concepciones en cambio son partidarias de hacer prevalecer el principio de libertad individual. Pero siempre existe un interés general superior, que pretende ser preservado por ambos tipos de planteamientos: tanto en uno como en otro caso, se considera que el producto final, perseguido mediante concretas medidas puntuales, será más conveniente para el bien común superior.

Todo ello introduce un factor más de imprecisión en la construcción técnico-jurídica del concepto de interés general. Pero, como veremos un poco más adelante, no evita identificar, en cada caso concreto, el modo en que cristaliza ese interés<sup>23</sup>. La indeterminación que comporta la existencia de opciones sociopolíticas diversas no desmerece la categoría del interés general. Pero penetra profundamente en su régimen jurídico. Y lo hace, fundamentalmente, sobre el modo en que se positivizan los intereses generales, y la manera en que éstos pueden ser satisfechos. En efecto, la mutabilidad en la interpretación de cómo puede ser alcanzado más satisfactoriamente el bien común impide la categorización de intereses generales monolíticos que imperen en todo tiempo y lugar. Sólo en limitadas ocasiones existe consenso entre las distintas formaciones políticas, en orden a consentir una operación semejante. Los procesos constituyentes son exponentes de estas ocasiones, aún a pesar de que las constituciones no suelen recoger preceptos claros y precisos en este punto, limitándose a incorporar una formulación principal, susceptible de adaptación a los diversos postulados sociopolíticos, mediante desarrollos legislativos posteriores.

Por otra parte, algunos autores han distinguido entre el bien común o interés general, y los distintos intereses públicos presentes en una misma situación requerida de respuesta por parte de los poderes públicos. En un mismo asunto pueden existir distintos intereses públicos contrapuestos, debiendo prevalecer alguno de ellos sobre los restantes. El interés público prevalente será el que mejor satisfaga el bien común, que se erigiría, según esta construcción, en una categoría distinta, pues «en el bien común se armonizan los diferentes intereses públicos»<sup>24</sup>. Por mi parte,

<sup>23</sup> En este mismo sentido se ha escrito con gran autoridad que «El concepto legal de interés público o interés general está utilizado por la Constitución, como por todas las leyes, con una inequívoca intención delimitadora, que ciertamente es muy amplia (...) pero que es efectiva»; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, núm. 89, 1996, p. 72.

<sup>24</sup> Vid. SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 73. También distingue los conceptos de bien común e interés público ORTIZ DÍAZ, J.: «El bien común y la Administración pública», en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol. I, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1954, pp. 461 y sigs. No obstante, la más común doctrina elude distinguir ambos conceptos, que en su empleo parecen obedecer más a una evolución terminológica, o a la ausencia de precisión léxica, que a una deliberada delimitación conceptual emprendida por el legislador, como

prefiero describir todo ello con la teoría del escalonamiento de intereses generales, dividiéndolos en principales y subordinados: estos últimos serían susceptibles de heterocomposición, en beneficio de los superiores, que resultan en todo caso inmanentes a la colectividad.

## 2.2. El papel del principio de legalidad en esta cuestión: la determinación de los intereses generales positivizados

En razón a todo lo apuntado, se comprenderá que la fijación del interés general en cada tiempo y lugar es función del legislador, que recoge esos principios generales y los modula conforme a los postulados específicos de la formación política imperante en cada momento<sup>25</sup>. Esta operación se manifiesta con ocasión del reconocimiento de las potestades administrativas: *al tiempo que el legislador atribuye una potestad conforme al principio de legalidad, establece cuál es el interés general que debe perseguirse con su ejercicio*. La Administración, que es una organización vicaria, actuará en persecución del interés general fijado por el legislador, plegándose a las directrices que le dirija la opción política gobernante.

Ocasionalmente, no resultará posible que el legislador descienda a concretar el modo de satisfacer el interés general, por exigirse una valoración y ponderación de las circunstancias que incidan en cada caso concreto. Entonces, otorgará a la Administración una potestad discrecional, que se le confiere «para que la Administración pueda apreciar lo que realmente conviene o perjudica al interés público», no para que actúe de manera libre o arbitraria<sup>26</sup>. En estos casos, como en los restantes, se ejecuta la ley, que establece explícita o implícitamente el interés general a atender, encomendando a la Administración que lo satisfaga del modo más conveniente en función del caso concreto. No creo que sea la Administración quien defina el interés general, sino más bien quien decide el mejor modo de satisfacerlo, según las circunstancias en especie. Se plantea un problema de interpretación jurídica, pero no un menosprecio de la función que corresponde al legislativo, ni una alteración de la naturaleza vicaria de la Administración.

---

puede comprobarse en atención a la descripción de bien común que en su día hicieron algunos autores; *vid.*, en este sentido, GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, EDERSA, Madrid, 1974, pp. 414 y sigs.

<sup>25</sup> *VID.* DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: «Derecho Administrativo...», *op. cit.*, p. 851; del mismo autor, «Los fines de interés público como *causa* y como *límite* de la competencia y como *medio* y *medida* de control jurídico», *RAP*, núm. 85, 1978, p. 160; SAINZ MORENO, F.: «Reducción de la discrecionalidad...», *op. cit.*, p. 74; NIETO GARCÍA, A.: «La Administración sirve...», *op. cit.*, p. 2215; MORELL OCAÑA, L.: «El *critérium* de la Administración pública y el Derecho Administrativo contemporáneos», *REDA*, núm. 29, 1981, p. 74; LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones...», *op. cit.*, pp. 959 y sigs.; GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota...», *op. cit.*, p. 74.

<sup>26</sup> SAINZ MORENO, F.: «Reducción...», *op. cit.*, p. 80.

En conclusión, resulta imposible ofrecer un catálogo de intereses generales, debido a que varían incesantemente a lo largo del tiempo. La renuncia a formular este catálogo no es una capitulación doctrinal, ni una conclusión resignada, sino una realidad que resulta preciso asumir. Al propio tiempo, *es posible conocer en cada momento cuáles son los intereses generales que deben perseguirse, dado que son delimitados por el legislador al reconocer las potestades administrativas*. Basta acometer una tarea interpretativa de las leyes vigentes para descubrir qué interés general se persigue con cada una de ellas. El grado de claridad normativa, en este sentido, es variable, pues frecuentemente los intereses a perseguir sólo se contemplan por la ley implícitamente. Pero me parece indudable que cada ley se encuentra inspirada por la satisfacción de un interés general concreto, y ello resulta especialmente claro en las leyes que atribuyen potestades administrativas.

El interés general, y su modo de articulación (anteriormente expuesto) constituye, en mi opinión, una categoría absolutamente esencial para la comprensión del Estado moderno y del Derecho Administrativo. El único hecho que justifica la existencia de prerrogativas públicas es la necesidad de satisfacer el interés general. Y por ello el concepto de potestad pública que ofrecemos más adelante se distingue de otras figuras jurídicas, precisamente, con base en esta circunstancia.

### **2.3. La satisfacción del interés general no es una función monopolística de la Administración, ni exige necesariamente el ejercicio de prerrogativas**

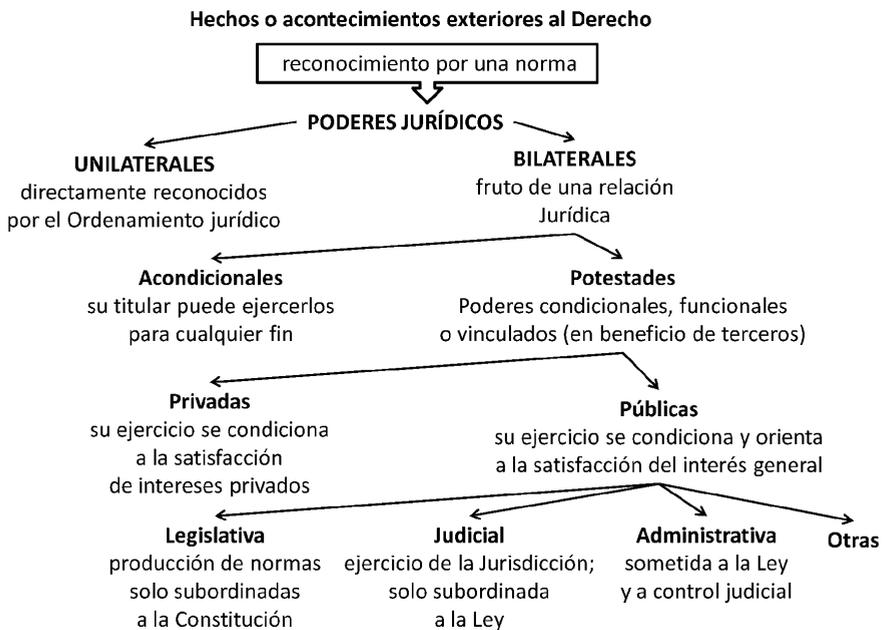
El interés general puede ser satisfecho por toda clase de sujetos, pues no es cualidad exclusiva de cierto tipo de entidades el ser catalizadores del interés general. Un particular que extingue un incendio forestal satisface el interés general. Una organización que acoge a ciudadanos indigentes satisface el interés general. Incluso determinados acontecimientos meteorológicos (como la lluvia, en la mayoría de los casos), favorecen la satisfacción del interés general. Por consiguiente, no sólo las Administraciones públicas satisfacen el interés general. Todo tipo de sujetos y entidades pueden hacerlo. Con ello pretendo resaltar la dificultad de construir un concepto de Administración pública basándose exclusivamente en el criterio del interés general, pues conforme al mismo resultan abarcadas por el concepto una serie de hechos e instituciones que, en mi opinión, no pueden calificarse de administraciones públicas. En este sentido conviene citar la STC 18/1984, de 7 de febrero, donde se afirma que «la configuración del Estado como social y de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una relación mutua Estado-sociedad que difumina la dicotomía Derecho Público-Derecho Privado».

Por otra parte, este hecho pone de manifiesto que el interés general puede ser satisfecho tanto mediante el ejercicio de un poder imperativo, como con sujeción al Derecho común. En lo que ahora nos interesa, ello significa que el Estado puede

lograr la satisfacción del interés general con instrumentos de Derecho Privado<sup>27</sup>, lo que hace innecesario articular especiales garantías en estos casos: el Estado se comporta en plano de igualdad con el resto de operadores jurídicos, a quienes les bastan las garantías comunes para oponerse a los actos lesivos de sus derechos e intereses legítimos. Quedarían a salvo, en todo caso, una serie de principios mínimos que presiden la actividad administrativa (como el de objetividad) que por su rango constitucional no decaen bajo ninguna circunstancia.

### 3. LA POTESTAD ADMINISTRATIVA

Un segundo concepto nuclear en el Derecho Administrativo es el de potestad administrativa. Nuestra primera necesidad consiste en deslindar esta figura de otras manifestaciones del poder jurídico, aislándola como institución e individualizando también con ello sus principales rasgos conceptuales. La operación que se emprende a continuación puede sintetizarse con la siguiente figura:



<sup>27</sup> En el mismo sentido, AMORTH, A.: *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938, pp. 33 y sigs.; JÈZE, G.: *Los principios generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1949, p. 4.

Como explica GIANNINI, M.S.: *Premisas...*, *op. cit.*, p. 35: «el mandato que se confiere a un miembro de la colectividad para que gestione algunos de los intereses de la misma puede ser (según el significado normativo) de Derecho Privado o de Derecho Público, lo que depende del modo en que esté regulado por las normas del ordenamiento (...). Esto significa que determinados hechos de la colectividad pueden ser gestionados con instrumentos que desde el punto de vista normativo son de Derecho Privado».

### 3.1. Las tres manifestaciones del poder jurídico: potestad, poder jurídico condicional y derecho adquirido

El término *potestad* es de frecuente empleo en la ciencia del Derecho, pero ninguna norma lo define o concreta esta noción. El más aceptado concepto de potestad se construye por contraposición al de derecho subjetivo, siendo ambas manifestaciones de una categoría genérica, denominada poder jurídico<sup>28</sup>. Santi ROMANO, principal precursor del concepto, no llegó a ofrecer una definición de potestad, pues deslindó esta figura mediante la descripción de sus notas conceptuales, confrontándolas con las propias del derecho subjetivo<sup>29</sup>. No obstante, debido a la connotación jurídico-procesal que este último concepto ha adquirido con posterioridad, considero más oportuno referirnos a él en adelante con la expresión, menos equívoca, de *derecho adquirido*<sup>30</sup>.

El primer elemento que requiere el autor para abordar esta tarea es la definición del núcleo común entre el poder jurídico y el derecho adquirido, que ROMANO califica como «poder en sentido amplio», y que por su naturaleza, conviene designar realmente como «poder *jurídico* en sentido amplio». Se trata del poder atribuido por el ordenamiento jurídico en relación con bienes o intereses protegidos por él<sup>31</sup>; esto es, supone el reconocimiento por el ordenamiento jurídico de una concreta capacidad. Ello tiene como presupuesto la existencia de un centro de imputación (sujeto jurídico), y la identificación por parte del ordenamiento de un hecho concreto que le interesa; al reconocerlo así el ordenamiento, convierte una mera posibilidad material

<sup>28</sup> Una visión diferente del tema puede verse en SUÑÉ LLINÁS, E.: *La potestad...*, *op. cit.*, pp. 18 y sigs. Este autor concibe la potestad como poder político, producto de la soberanía del Estado, que se juridifica y distribuye entre sus órganos mediante la Constitución. Siempre según este autor, el derecho subjetivo «se diferencia de la potestad porque no reviste las características de legitimidad y globalidad propias del poder político y porque siempre y necesariamente se ampara en una norma jurídica» (cfr. p. 70); según esta visión, potestad y derecho subjetivo no son componentes de una misma categoría global (poder jurídico), sino más bien dos categorías jurídicas netamente diferenciadas. En relación con el mismo tema, puede verse, del propio autor: «Sobre el concepto de potestad», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989, pp. 1343 y sigs.

<sup>29</sup> Según explica VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, UNED, Madrid, 1974, p. 159, Santi ROMANO perseguía superar la doctrina alemana iniciada por GERBER, que aplicó la teoría de los derechos subjetivos al Derecho Público.

<sup>30</sup> En efecto, en el Derecho procesal (incluso el contencioso-administrativo), suele hacerse referencia con este término a una situación jurídica amparada mediante una acción judicial reconocida a su titular, que le concede una situación procesal determinada. Tengamos presente, en consecuencia, que la construcción de este autor toma en consideración la preexistencia o no de una relación jurídica, en tanto que la dogmática actual tiende a aparejarle al término «derecho subjetivo» un valor reaccional. Sobre la evolución dogmática de esta última acepción del término, *vid.*, por todos, GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua...*, *op. cit.*, pp. 47 y sigs.

<sup>31</sup> *Vid.* ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Europa-América, Buenos Aires, 1964, p. 299.

en un hecho jurídico, con lo que juridifica el poder. Por ello interesa destacar que se trata de poderes *jurídicos* en sentido amplio, para distinguirlos de este modo de los poderes *ajurídicos* o *metajurídicos*.

Una vez delimitado el poder jurídico en sentido amplio, ROMANO detecta en su interior dos figuras jurídicas diferentes: la potestad (o «poder jurídico en sentido estricto»), y el derecho adquirido. «El primero se desenvolvería en una dirección o aspecto genérico, no tendría objetos singularmente determinados, no se resolvería en pretensiones hacia otros sujetos<sup>32</sup> y, por tanto, no sería correlativo a obligaciones, mientras que el derecho adquirido [subjetivo en el original] se desenvolvería siempre en una concreta y particular relación jurídica con una determinada cosa o frente a determinadas personas que, por el contrario, tendrían obligaciones correspondientes»<sup>33</sup>. De la descripción se desprende que no sólo existen potestades en el Derecho Público, sino asimismo en el privado, como ha tenido ocasión de señalar el Tribunal Constitucional<sup>34</sup>.

Por tanto, como primera nota conceptual de esta figura, tenemos que *la potestad no surge de una relación jurídica previa, sino que es directamente atribuida por el ordenamiento*. Las normas jurídicas habilitan con ella a su titular. La potestad puede venir reconocida en la Constitución o en la ley, y de manera expresa o implícita. De otro lado, su atribución directa por el ordenamiento jurídico determina lo que doctrinalmente se conoce como *carácter imprescriptible* de la potestad, por cuanto no se agota con su ejercicio ni con el mero transcurso del tiempo, aunque algunas potestades, tanto públicas como privadas, sólo puedan ejercerse durante un período

<sup>32</sup> Se refiere aquí al hecho de que el poder jurídico en sentido estricto puede ejercerse sobre *cualquier* sujeto que se le oponga, y por consiguiente, que esta figura no encuentra frente a ella a un sujeto *concreto* sobre el que actuar.

<sup>33</sup> Cfr. ROMANO, S., *op.loc.ult.cit.* En idéntico sentido se expresan GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 451 y sigs. Esta formulación ha calado al ámbito jurisprudencial, como puede comprobarse con la lectura de la STS 20/12/94, AA.635/95: «De ahí que se distinga entre potestades administrativas y derechos subjetivos de la Administración, que (como puntualiza la doctrina científica) son especies del genérico poder jurídico. Entre potestad y derecho subjetivo existe importante diferencia: los poderes los representa el ordenamiento jurídico (del que derivan) en términos tales que no recaen sobre objetos singularmente determinados ni para resolver pretensiones concretas; los poderes se refieren a un ámbito de actuación definido con generalidad: de ahí que el ejercicio de una potestad conforme al ordenamiento jurídico comporte el sometimiento de los sujetos respecto de los que se ejercita; los derechos subjetivos se refieren siempre a una situación jurídica concreta, y recaen sobre objeto determinado y frente a una persona física o jurídica que resulta sujeto obligado».

<sup>34</sup> Así, STC de 24 de julio de 1995, que califica como potestades los poderes de organización, directivo y punitivo de los empresarios sobre sus trabajadores; o la STC de 6 de noviembre de 1995, que emplea el mismo calificativo en relación con las funciones que los estatutos de una Hermandad atribuyen a su Presidente.

determinado<sup>35</sup>. El carácter imprescriptible opera tanto en sentido adquisitivo<sup>36</sup> como prescriptivo: la potestad sólo se adquiere y se pierde mediante disposiciones normativas.

Como segunda de sus notas conceptuales, puede afirmarse que *el objeto jurídico sobre el que recae la potestad es genérico (no puntual o de caso concreto)*, y puede venir representado tanto por personas como por bienes o derechos. En este sentido, y ofreciendo ejemplos de Derecho Público, un embargo por vía de apremio o la recuperación de oficio de los bienes de dominio público representan potestades que se ejercen sobre cosas, en tanto que la potestad disciplinaria o la compulsión sobre las personas pertenecen al tipo de potestades que se ejercen sobre las personas.

Sin embargo, *las características anteriormente señaladas no son aun suficientes para aislar e individualizar la noción de potestad respecto a otros poderes jurídicos*. Con arreglo a estos rasgos anteriormente descritos algunos autores han considerado, por ejemplo, que la aceptación de una herencia, la ocupación de una *res nullius*, o el ejercicio de una acción judicial, son potestades<sup>37</sup>. Lo mismo cabría decir de cualquier poder genérico y unilateral que reconozca el ordenamiento jurídico, como la constitución de una sociedad unipersonal, o la posibilidad de efectuar una donación. Tales manifestaciones del poder no son el tipo de poder jurídico que queremos y debemos individualizar si deseamos proseguir con éxito la acotación de la concreta manifestación de poder jurídico que deseamos individualizar, esto es, la potestad administrativa.

Por ello, es preciso añadir a las notas conceptuales ya apuntadas otras adicionales que, a mi juicio, permiten deslindar este concepto de otros que, aún resultándole próximos, son de distinta naturaleza. El primero de ellos es el *carácter funcional de la potestad*. En efecto, la potestad es un poder reconocido *para algo*, no un poder abstracto carente de toda finalidad concreta<sup>38</sup>. La denominación potestad-función

<sup>35</sup> En cuanto a las públicas, la STS 14/11/85, AA.98/86, considera que el control de la legalidad urbanística es una potestad administrativa, y que el transcurso del plazo previsto para ejercerla sin que se actúe la potestad desapodera a la Administración. En el mismo sentido, puede recordarse la prescripción de infracciones prevista por el ordenamiento jurídico en orden al ejercicio de la potestad administrativa sancionadora.

De otro lado, en el Derecho Privado también existen ejemplos de potestades limitadas en el tiempo, como es el caso de la patria potestad, que sólo se ejerce, normalmente, durante la minoría de edad del sujeto afectado por ella.

<sup>36</sup> Este matiz es destacado por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 880.

<sup>37</sup> *Vid.* GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, vol. 1, Tecnos, Madrid, 1989, p. 361; y GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R., *op. loc. ult. cit.*, y vol. 2 del *Curso...*, p. 32.

<sup>38</sup> Así lo sostienen CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1941, pp. 175; DE LA CUÉ-TARA MARTÍNEZ, J.M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986, pp. 43 sigs.; SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 880; y LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: «La relación jurídica», en *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, p. 476. Por su parte, VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apun-*

sería, pues, superflua, pues toda potestad tendría ese carácter. Cuando se ejerce la potestad, ha de hacerse siempre en cumplimiento de la finalidad para la que el ordenamiento jurídico la reconoce. En este sentido, la aceptación de una herencia no encaja en el marco del concepto de potestad por cuanto que la norma no restringe este poder jurídico al cumplimiento de una finalidad concreta: el particular acepta o no la herencia, y una vez aceptada, el ordenamiento no le impone destinar lo heredado a ningún fin en concreto. Lo mismo cabe decir de la ocupación de la *res nullius*, del hecho de otorgar testamento, de efectuar una donación en favor de un tercero o de ejercer una acción jurisdiccional. Todos ellos son *poderes condicionales*, no afectos por el ordenamiento al cumplimiento de un fin específico.

Por el contrario, las potestades son *poderes condicionales*, el ordenamiento los atribuye asignándoles un fin específico para el que necesariamente han de ejercerse. Así, la patria potestad o la tutela son poderes condicionales, al disponer el Código civil que su ejercicio debe perseguir el beneficio del hijo o del tutelado; existen en el Derecho Privado muchos otros ejemplos, como el mandato representativo de los órganos rectores de una asociación o una sociedad<sup>39</sup>. Del mismo modo, la potestad expropiatoria, la policía administrativa y cualquier otra potestad administrativa son poderes condicionales, porque con su reconocimiento y ejercicio se persigue la satisfacción del interés general y están necesariamente abocadas a ese fin; más adelante nos detendremos nuevamente sobre esta nota conceptual de las potestades administrativas.

---

*tes...*, *op. cit.*, p. 162, opina que *todas* las potestades atribuidas a la Administración son potestades-función (nosotros predicamos este carácter de toda potestad, no sólo de las administrativas).

Debe notarse que Santi ROMANO distingue dos clases distintas de potestad: la potestad-función y la que no lo es, afirmando que el primer tipo se manifiesta especialmente en el Derecho Público; *vid. Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 309.

Otros autores afirman que no todas las potestades son funcionales, pero observan el carácter funcional de gran número de ellas, a las que denominan «potestad-función»; así, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, *op. cit.*, p. 435; o el propio Santi ROMANO. Desde mi punto de vista, este carácter es predicable de toda potestad, y no de algunas de ellas; por tanto, aquéllos poderes jurídicos no funcionalizados no pueden, a mi juicio, calificarse de potestades. En contra (circunscribiendo la oposición a las potestades privadas), GARRIDO FALLA, F., *op. loc. ult. cit.*

<sup>39</sup> En el mismo sentido dispone el art. 1666 Cc. que la sociedad debe establecerse «en interés común de los socios», y en consecuencia, que éstos representan a la sociedad y la comprometen frente a terceros, por lo que responden ante ella de los daños y perjuicios que le irroguen (art. 1686 Cc.); el art. 1692 dispone que el administrador puede ejercer sus funciones sin embargo de sus compañeros, salvo que actúe de mala fe (apartándose del interés común de la sociedad). Por su parte, el art. 135 Cco. afirma que los socios de la sociedad colectiva no podrán aplicar los fondos de la Compañía ni usar de la firma social para negocios por cuenta propia. Asimismo, el art. 127 LSA dispone que los administradores desempeñarán su cargo con la diligencia de un ordenado empresario y de un representante leal (a los intereses de la sociedad, y no a los suyos propios). Todos ellos constituyen, a mi juicio, ejemplos de potestades (poderes funcionales) en el Derecho Privado.

Considero, por otra parte, que en el marco del concepto de potestad sólo caben aquéllas situaciones de poder reconocidas para alcanzar *una finalidad que trasciende del interés propio* del sujeto a quien se le atribuye<sup>40</sup>. Debido, precisamente, a esta circunstancia, *el ejercicio de la potestad* cuando se producen sus presupuestos de aplicación, *es un deber que corresponde a su titular*, que no es libre de actuar o inhibirse frente a una concreta situación, sino que se encuentra obligado a activar la potestad cuando esa situación se produce<sup>41</sup>. Así, el art. 154 CC. señala los *deberes* y facultades que corresponden a quienes ejercen la patria potestad; y, en relación con las potestades administrativas, es lugar común en nuestra doctrina resaltar que su ejercicio es obligado cuando se produce el correspondiente presupuesto de hecho.

En cambio, no resulta obligado el ejercicio del poder acondicional, que el particular es libre de ejercer o no en función de su propio interés personal. En este sentido, una herencia puede aceptarse o no, y el hallazgo de una *res nullius* deja a la voluntad de quien la encuentra decidir si se la apropia o la abandona de nuevo. Esta diferencia entre potestad y poder acondicional es coherente con la funcionalidad que le es consustancial a la primera, pues al reconocerla como poder que se ejerce en beneficio de un interés que trasciende del propio de su titular, si no existiese un correlativo deber de ejercicio, en muchos casos la potestad no llegaría a actuarse. El deber de ejercicio mencionado configura lo que la doctrina conoce como *carácter irrenunciable* de la potestad. También abordaremos en su lugar el análisis de esta característica en relación con las potestades administrativas.

Por las razones anteriormente expuestas, entiendo que existe una distinción fundamental de naturaleza entre los dos tipos de poderes que acaban describirse y, por consiguiente, que la bipartición del poder jurídico en derecho adquirido y potestad debe reordenarse en este último componente, que realmente comprende dos clases distintas de poderes jurídicos. De tal manera que, acogiendo la noción de poder jurídico en sentido amplio formulada por ROMANO, podríamos efectuar una *tripartición del poder jurídico en potestades (o poderes jurídicos condicionales, fiduciarios o funcionales), poderes jurídicos acondicionales, desvinculados o afuncionales, y derechos*

<sup>40</sup> Esta nota conceptual de la potestad sólo puede apreciarse por inducción, mediante el análisis de los supuestos comúnmente aceptados como comprendidos en el concepto de la potestad. No obstante, se puede discrepar con este planteamiento, declarando que la figura de la potestad no incluye necesariamente este matiz. En nuestro trabajo sostenemos la opinión expresada en el texto, que permite deslindar una concreta categoría jurídica y aislarla del resto, explicando las diferencias que su régimen jurídico incorpora frente a otras figuras diferentes.

<sup>41</sup> En este mismo sentido afirma LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: «La relación jurídica», *op. cit.*, p. 476: «Lo específico del concepto de potestad es esta conexión del *poder* con el *deber* de desempeñar una cierta *función* (el poder se atribuye para el cumplimiento de una función, es el instrumento de la misma, se *da* el poder porque *se tiene* el deber de desempeñar la función)» (las cursivas son del autor).

*adquiridos*<sup>42</sup>. Entiendo que, de este modo, las tres categorías resultan mejor individualizadas, adquiriendo mayor consistencia técnica, y poniendo más claramente de manifiesto la diferente naturaleza jurídica de cada una de ellas, lo cual permite describir correlativamente con mayor precisión el régimen jurídico específico al que se somete cada una de ellas.

En consecuencia, creo posible *definir la potestad como un poder abstracto y unilateral susceptible de provocar efectos jurídicos, que se reconoce expresamente por el ordenamiento para el cumplimiento de un fin que trasciende del propio de su titular, y cuyo ejercicio es obligado por parte de quien la ostenta*. Más tarde aún ofreceremos una definición de la potestad administrativa, que evidentemente, incorpora todos estos elementos, a los que se le añaden otros adicionales.

### 3.2. Las potestades públicas: concepto y delimitación con las potestades privadas

Las potestades pueden clasificarse conforme a diversos criterios. A los efectos que nos conciernen nos interesa retener en primer lugar el del carácter público o privado de la potestad, pues a diferencia de otros autores<sup>43</sup>, y como se desprende de lo expuesto en el epígrafe anterior, entiendo que no sólo existen potestades públicas, sino también privadas. Además, se debe notar que resultan abarcadas por el concepto de potestad pública las funciones atribuidas a los órganos constitucionales: así, la potestad legislativa (que corresponde principal pero no exclusivamente a las Cortes Generales), la función controladora del Tribunal de Cuentas, la jurisdicción del Tribunal Constitucional, los poderes de la Corona, del Defensor del Pueblo, etc., constituyen verdaderamente potestades públicas o, cuando menos, resultan abarcadas por el concepto de potestad que hemos configurado anteriormente, por cuanto que constituyen poderes unilaterales reconocidos directamente por el ordenamiento

<sup>42</sup> Se debe notar que esta distinción se encuentra implícita en los trabajos de los autores citados, por cuanto que separan claramente dos grupos de potestades: las potestades-función y las potestades no funcionales, y consideran todas ellas distintas de los derechos subjetivos; *vid.*, especialmente, ROMANO, S.: *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. 309.

Por su parte, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *Las potestades administrativas*, *op. cit.*, pp. 20 y sigs., distingue entre «potestad/poder» y «potestad/función», de manera semejante (pero no coincidente) a como nosotros hemos hecho. *Vid.* otras clasificaciones en SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, p. 877, y en la bibliografía citada por este autor.

<sup>43</sup> Se trata de quienes sostienen la equivalencia entre los términos «poder público» y «potestad», especialmente MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J.L.: *Introducción...*, *op. cit.*, p. 57. El autor equipara ambas categorías con base en el concepto de poder público acuñado por BOQUERA: la posibilidad o capacidad de crear con sólo su voluntad consecuencias jurídicas, y de imponérselas a otro u otros sujetos; *vid.* BOQUERA OLIVER, J.M.: *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986, p. 84; el mismo concepto es aceptado por LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones...», *op. cit.*, p. 956. Definido de este modo el poder público, englobaría en su concepto el ejercicio de la patria potestad, visión que no comparto.

jurídico para la satisfacción de un interés distinto del de sus titulares. Por ello, es conveniente precisar las diferencias que separan unas de otras, y en particular, de la potestad administrativa, sin perjuicio de profundizar más adelante en el concepto y en el régimen jurídico de esta última.

Comenzando por la distinción entre las potestades públicas y las privadas, el ejemplo paradigmático de estas últimas lo constituye la patria potestad: un poder indeterminado y genérico que un sujeto (padre o madre) ostenta sobre otros (hijas o hijos). Asimismo, pueden considerarse potestades la tutela, la curatela, y la guarda de menores e incapacitados (Título X del Libro I del Código civil), y también, el mandato representativo de los órganos directivos de asociaciones o empresas<sup>44</sup>. Este tipo de situaciones parecían erradicadas del Estado moderno, que propugna la equiparación entre todos los sujetos. Sin embargo, su pervivencia se ha entendido precisa. La explicación de este hecho aparece, entre otros textos positivos<sup>45</sup>, en el art. 154 del Código civil, que establece: «La patria potestad se ejercerá siempre en beneficio de los hijos, de acuerdo con su personalidad». No se atribuye este poder, por consiguiente, en beneficio de los padres, como un libre arbitrio de disposición que éstos ostenten sobre la persona de sus hijos. Ese poder se encuentra condicionado por su finalidad: se reconoce la sumisión de una persona a otra en beneficio del sometido, no del dominante.

Algo semejante sucede con las potestades públicas: se reconocen en atención a un concreto fin, no como un poder libre y desvinculado de todo condicionamiento. En mi opinión, *el hecho distintivo entre la potestad pública y la privada es que la pública se reconoce en beneficio del interés general, y la privada, en beneficio de un interés particular* (que puede ser de carácter colectivo). Esta nota característica de las potestades públicas no se encuentra expresamente formulada en ningún texto jurídico-positivo; es únicamente el análisis inductivo lo que nos permite proclamar este rasgo. Pero se encuentra profundamente interiorizado en el pensamiento jurídico, cuando menos desde ULPIANO, quien, con su célebre aforismo, *publicum ius est, quod ad statum rei romanae spectat; privatum, quod ad singulorum utilitatem pertinet*, diferenció el Derecho Público y el privado partiendo precisamente de esta noción<sup>46</sup>.

Por otra parte, la vertiente funcional de la potestad, como ya se dijo, lleva ínsito su *carácter irrenunciable*, pues quien la ostenta se encuentra obligado a ejercerla: y así

<sup>44</sup> Vid. las SSTC de 24 de mayo de 1995, y de 6 de noviembre de 1995, citadas; así como los preceptos del Código civil, del Código de Comercio y de la Ley de Sociedades Anónimas comentados anteriormente.

<sup>45</sup> Del mismo modo, el art. 216 Cc, refiriéndose a la tutela, curatela y guarda de menores e incapacitados, dispone: «Las funciones tutelares constituyen un deber, se ejercerán en beneficio del tutelado y estarán bajo la salvaguarda de la autoridad judicial».

<sup>46</sup> Sobre la distinción entre Derecho Público y privado mediante la noción de interés público *vid.* VELASCO CABALLERO, F.: *Derecho Público más Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014, pp. 31 y sigs.

como la potestad privada ha de ejercerse necesariamente para evitar que no llegue a satisfacerse el interés al que presta cobertura, así también la potestad administrativa debe ejercerse sin posibilidad de renuncia, pues este deber de ejercicio impide la frustración de su fin, o dicho en otros términos, es una garantía de refuerzo para la efectiva satisfacción del interés general. Más adelante volveremos sobre esta nota conceptual de la potestad administrativa

En cuanto a la delimitación conceptual de las potestades públicas, conviene comprobar que *todas ellas se encuentran sometidas a una serie de garantías constitucionales*, recogidas, principalmente, en el art. 9.3 CE: «el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de arbitrariedad». Pero también, en otros lugares de la Constitución, como en el art. 53.1: «Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos». Ello constituye, asimismo, una nota conceptual consustancial a esta categoría jurídica: *las potestades públicas se encuentran vinculadas por una serie de garantías constitucionales*, lo cual comporta una distinción cualitativa entre las potestades públicas y las privadas, que, evidentemente, encuentran condicionamientos normativos a su ejercicio, pero no de alcance constitucional.

Entre estas garantías nos interesa destacar en este momento el principio de legalidad: *disfrutan de las potestades públicas aquéllos concretos órganos que las tengan atribuidas conforme al ordenamiento jurídico*. Y por lo que se refiere a los órganos constitucionales, es la norma suprema quien articula la correspondiente atribución funcional.

### 3.3. Entrecruzamiento orgánico de las potestades públicas y análisis específico de algunas de ellas

#### 3.3.1. *Las potestades públicas originarias*

Existen tres tipos iniciales de potestades públicas: la potestad legislativa, la administrativa y la jurisdiccional. Tradicionalmente, cada una de ellas era ejercida por un órgano constitucional diferente, pues lo que se perseguía, como ya se adelantó, era conseguir un contrapeso institucional del poder. Los sistemas constitucionales reconocen así tres poderes públicos fundamentales: el ejecutivo, el legislativo y el judicial; cada uno de ellos ostentaría, en línea de principio, un tipo diferente de potestades públicas. Sin embargo, la evolución del sistema ha deparado que las potestades públicas no permanezcan nítidamente compartimentadas conforme a criterios orgánicos. Los nuevos mecanismos constitucionales de articulación del poder reposan sobre bases diferentes, y deparan un entrecruzamiento orgánico de las potestades públicas, que no resultan adscritas individualizadamente a un órgano constitucional concreto, sino que se distribuyen y compartimentan entre varios de

ellos<sup>47</sup>. Como consecuencia inevitable de lo antedicho, *la distinción entre potestades públicas no es orgánica, sino que se efectúa en razón de su respectiva naturaleza o finalidad*.

La potestad legislativa es una potestad normativa sólo vinculada a la Constitución<sup>48</sup>. La ley no se encuentra sujeta a control *judicial*, aunque sí al control jurisdiccional representado por el Tribunal Constitucional, lo que representa, precisamente, su subordinación a la Constitución y sólo a ella. Conforme al texto constitucional, la función legislativa corresponde propiamente a las Cortes Generales (art. 66.2 CE), pero también participa en ella el Gobierno, mediante la presentación de proyectos (art. 87 CE), la delegación legislativa (arts. 82 y sigs.; excluimos en este sentido la normación reglamentaria, que ostenta una naturaleza jurídica diferente), y la legislación de urgencia (art. 86 CE)<sup>49</sup>; estos dos últimos mecanismos desembocan en normas con fuerza de ley, y como tales son tratadas frecuentemente por la Constitución<sup>50</sup>.

La potestad jurisdiccional es la de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado, en aplicación del art. 24 CE<sup>51</sup>. Esta función constitucional se divide, en primer término,

<sup>47</sup> Como señalara DE OTTO, ya tempranamente percibió LABAND este hecho, afirmando que «legislación, ejecución y justicia no son denominaciones que se aplican a órganos del Estado, sino que designan operaciones del Estado»; cfr. DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988, p. 170. Según el malogrado constitucionalista español, «el principio de separación de poderes deja de ser una concepción abstractamente organiscista, sin más criterio que el del órgano del Estado, e incapaz, por tanto, de identificar autónomamente la función y las relaciones entre los diversos actos»; *ibidem*, p. 175. Como afirma en ese mismo lugar, la construcción es insostenible desde el punto de vista de la teoría del Derecho, pues no atiende a las distinciones formales que también existen entre los productos jurídicos emanados de cada órgano constitucional; por ejemplo, LABAND sostiene que ciertos actos del legislador, dictados bajo forma de ley, son materialmente administrativos. Aquí nos reservamos las apreciaciones de LABAND (y la dogmática alemana coetánea a este autor) en orden a destacar el entrecruzamiento orgánico de funciones constitucionales que se manifiesta en los sistemas contemporáneos. Más adelante resaltaremos las diferencias también formales que separan las actuaciones de diversa naturaleza que pueden producir cada uno de ellos, pues éste resulta ser el hecho distintivo que toma en consideración el ordenamiento para determinar el régimen jurídico al que se somete cada una de estas funciones, que pueden ser desempeñadas simultáneamente por órganos constitucionales diversos.

<sup>48</sup> *Vid.* DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, pp. 139 y sigs.; y PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1985, p. 17.

<sup>49</sup> PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes...*, *op. cit.*, pp. 19 y sigs.

<sup>50</sup> DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho constitucional...*, *op. cit.*, p. 105.

<sup>51</sup> «El derecho a la tutela judicial efectiva que reconoce y consagra el art. 24 CE se refiere a una *potestad* del Estado atribuida al poder judicial consistente en la prestación de la actividad jurisdiccional por los jueces y tribunales»; STS 23/11/95, AA.310/96 (la cursiva es nuestra).

Como señala GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996, p. 45: «Cuando el Estado juzga no es parte interesada en una relación jurídica. No es sujeto de Derecho que trata de realizar sus particulares intereses con arreglo a Derecho. Cuando

entre la jurisdicción ordinaria y la constitucional; y en efecto, el Tribunal Constitucional ostenta funciones jurisdiccionales, pues no en vano el art. 161 CE dispone que ostenta *jurisdicción* en todo el territorio nacional. La distinción entre esta jurisdicción y la ordinaria se refleja en diversos preceptos constitucionales. Así, el art. 123.1 CE dispone: «El Tribunal Supremo, con jurisdicción en toda España, es el órgano jurisdiccional superior en todos los órdenes, *salvo lo dispuesto en materia de garantías constitucionales*». El art. 163 CE se refiere a los órganos *judiciales* por contraposición al Tribunal Constitucional. La jurisdicción ordinaria configura lo que en adelante denominaremos poder o control *judicial*, entendido como aquella manifestación del poder jurisdiccional del Estado que se encuentra sometido a la Constitución y a la ley, y regulada en el Título VI de la norma suprema. En efecto, el art. 117.1 CE dispone «La justicia emana del pueblo, y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del *poder judicial*, independientes, inamovibles, y *sometidos únicamente al imperio de la ley*». Por el contrario, el art. 161 CE, en cumplimiento del principio de legalidad, atribuye al Tribunal Constitucional las potestades públicas jurisdiccionales que le corresponden, entre las cuales se cuenta la del control de constitucionalidad de las leyes, lo que significa que la posición de la jurisdicción constitucional es cualitativamente distinta de la jurisdicción judicial, al estar esta última sometida al imperio de la ley. Y, como se desprende del art. 164.1 CE, «las sentencias que declaren la inconstitucionalidad de una ley o de una norma con fuerza de ley, y todas las que no se limiten a la estimación subjetiva de un derecho, tienen plenos efectos frente a todos», de donde se colige que la jurisdicción judicial se encuentra subordinada a la jurisdicción constitucional en la esfera de atribuciones que corresponden a esta última en aplicación de las previsiones constitucionales. De todo ello deriva la diferencia entre una y otra jurisdicción, que sólo se trae a colación en la medida que informa con mayor precisión el deslinde que se presenta entre la potestad legislativa y la *judicial*, entendida, esta última, como manifestación de la potestad jurisdiccional del Estado, sometida al imperio de la ley.

### 3.3.2. *Otras potestades públicas distintas de la administrativa*

Como se ha dicho, sobre el diseño inicial del Estado moderno la evolución del sistema ha deparado la creación de nuevas instituciones, tendentes a depurar los mecanismos de control y contrapeso en el ejercicio del poder público. Se alumbran, de este modo, una serie de órganos constitucionales que también ejercen potestades públicas (en el sentido que conferimos a esa expresión en este trabajo): el Defensor

---

juzga satisface las pretensiones que una parte deduce contra otra, incide como tercero en una relación jurídica, decidiendo la pretensión formulada con arreglo al Ordenamiento. Por lo que no es posible hablar de función judicial sin la existencia de un órgano del Estado imparcial e independiente».

del Pueblo (alto comisionado de las Cortes para la defensa de los derechos constitucionales y para el control de las administraciones públicas), el Tribunal de Cuentas (control financiero de los poderes públicos); el Consejo de Estado (supremo órgano consultivo del Gobierno); o el Consejo Económico y Social (asesoramiento para la planificación económica. A todos ellos debe añadirse la Corona, pues aun siendo evidente su peculiaridad, también lo es que desempeña potestades públicas (*vid.* los arts. 62 y 63 de la Constitución española). Doctrinalmente, las atribuciones de estos órganos son calificadas como *funciones constitucionales*. Sin discrepar con ello, entiendo que se encuentran abarcadas por el concepto de potestad pública tal y como el mismo ha sido definido anteriormente<sup>52</sup>.

### 3.4. Definición y notas conceptuales de la potestad administrativa

#### 3.4.1. Definición de la potestad administrativa

Tras la acotación que hemos realizado hasta aquí podemos definir *la potestad administrativa como un poder jurídico unilateral, reconocido para la satisfacción del interés general, sometido a la ley, a control jurisdiccional (judicial y constitucional) y a garantías de alcance constitucional, cuyo ejercicio es obligado para su titular, quien la ostenta en virtud de una atribución articulada conforme al principio de legalidad*.

#### 3.4.2. Notas conceptuales: rasgos diferenciadores e identitarios

En el marco de la definición anterior hay tres elementos de carácter *diferenciador*, cuya suma o adición permite individualizar a la potestad administrativa respecto de otros poderes jurídicos: *i) Su vinculación a la satisfacción del interés general, ii) Su sujeción a la ley, y iii) Su sujeción a control jurisdiccional (judicial y constitucional)*. Estos rasgos diferencian la potestad administrativa de otra serie de potestades conferidas a los órganos constitucionales, y le otorgan consistencia técnica tanto frente al resto de potestades públicas, como de las potestades privadas. Pero existen, además, otros rasgos de carácter *identitario*, en cuanto que atributos o componentes necesarios de la potestad administrativa, que son por tanto elementos indefectibles de este poder jurídico, y han de analizarse indisolublemente asociados a su contexto, aunque no resulten estrictamente precisos para diferenciar la potestad administrativa de otros poderes jurídicos. A continuación se describen estas notas conceptuales, lo que contribuye simultáneamente a precisar el concepto de potestad administrativa y a deslindarlo de otros poderes jurídicos.

<sup>52</sup> En mi opinión, el art. 58 LOPJ no es ajeno a esta visión cuando, en relación con el art. 24 de la misma Ley, califica como *Poderes públicos* al Consejo General del Poder Judicial, al Tribunal Constitucional, al Tribunal de Cuentas, al Congreso y al Senado.

a) *Las potestades administrativas son un poder jurídico funcional, reconocido para la satisfacción del interés general*

La potestad administrativa es la potestad pública en la que con mayor facilidad se percibe su vinculación a la satisfacción del interés general, como señala un amplio sector doctrinal<sup>53</sup>.

Por ello, la doctrina del Tribunal Constitucional nos enseña que la ley puede articular especiales prerrogativas en beneficio de la Administración siempre que con ello se persiga la satisfacción de los intereses generales:

«Uno de los elementos que caracterizan a la Administración pública en nuestra Constitución: «que sirve con objetividad los intereses generales» (art. 103.1 CE). Esta noción, que también figura en otros preceptos constitucionales limitativos de derechos (así, en los arts. 33.3 y 128.1 y 2 CE), constituye una habilitación general para la intervención de las administraciones públicas en defensa de dichos intereses, incluso cuando éstos inciden sobre intereses particulares. De donde se sigue que la ley puede establecer la legitimidad de una actuación de las administraciones públicas distinta de la prevista en el régimen general de una materia (*exceptio salus publicae causa*) siempre que la misma sea necesaria para servir los intereses generales»; STC 340/1993, de 16 de noviembre<sup>54</sup>.

<sup>53</sup> Santi ROMANO también percibió que las potestades de la Administración son potestades-función; esto es, que se reconocen para un determinado fin, y que dicho fin es la satisfacción del interés general; cfr. *Fragmentos...*, *op. cit.*, p. Del mismo modo afirmó M. HAURIOU: «las prerrogativas de las administraciones públicas están rigurosamente sometidas al bien común»; cfr. HAURIOU, M.: *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, p. 100 (es traducción del prefacio a la séptima edición del *Précis*, Paris, 1911). *Vid.*, asimismo, SUÑÉ LLINÁS, E.: *La potestad...*, *op. cit.*, p. 21; MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: *Introducción...*, *op. cit.*, pp. 31 y 59; GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 361 y sigs.; VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes...*, *op. cit.*, p. 163.

Algunos autores preconizan igualmente que la potestad administrativa es un poder funcional, reconocido, concretamente, para la satisfacción del interés general; *vid.*, en este sentido, CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Potestad administrativa», *EJB*, Civitas, Madrid, 1994, p. 4954; ARIÑO ORTIZ, G.: *Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio*, Universidad Complutense, Madrid, 1973, p. 52.

Por su parte, GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, vol. I, *op. cit.*, pp. 435 y sigs., señalan que la potestad administrativa se reconoce y ejerce para la satisfacción del interés general.

<sup>54</sup> La invocación del interés público —explícito a veces, implícito otras, pero subyacente siempre—, es un argumento que abunda en la jurisprudencia contencioso-administrativa para justificar la imposición y ejercicio de potestades administrativas. A modo de ejemplo, la STS 3/7/1999, RJ 7641, razona de la siguiente manera: «el propio art. 38 de la Constitución condiciona el ejercicio de esa libertad a las exigencias de la economía general y de la planificación, de manera que la libertad de empresa, junto a su dimensión subjetiva, tiene otra objetiva e institucional, en cuanto elemento de un determinado sistema económico, y se ejerce dentro de un marco general configurado por reglas que ordenan la economía de mercado, entre ellas las que tutelan los derechos de los consumidores u ordenan un sector como el de los juegos de azar, en el que las potestades administrativas de intervención y control están sobradamente justificadas por los intereses que en el mismo subyacen. La libertad de empresa, seguíamos diciendo en aquellas nuestras Sentencias, no ampara entre sus contenidos un derecho incondicionado a la libre instalación de cualesquiera establecimientos comerciales en cualquier espacio y sin sometimiento alguno al cumplimiento de

Con base en esta doctrina el Tribunal Constitucional podría llegar a anular una potestad administrativa, legalmente reconocida, que resulte contraria a tal fin, o innecesaria para conseguirlo<sup>55</sup>. En mi opinión, esto ha sucedido con la adscripción forzosa a ciertas corporaciones de Derecho Público (las de carácter cameral), como tendremos ocasión de precisar un poco más adelante. Por su parte, el Tribunal Supremo ha considerado repetidamente que la potestad administrativa es una potestad-función, esto es, un poder vinculado, dirigido a la satisfacción del interés general<sup>56</sup>:

«Las potestades administrativas (...) son atribuidas por el ordenamiento jurídico a la Administración para que ésta pueda servir a los intereses generales, de los cuales no puede apartarse, so pena de incurrir en desviación de poder (art. 103 CE)»; STS 14/9/95, AA.261/96.

«La potestad de la Administración no es omnimoda, sino que está condicionada, en todo caso, por la norma general imperativa del cumplimiento de sus fines al servicio del bien común»; STS 11/6/86, AA.652.

«Las potestades atribuidas a las organizaciones colegiales no pueden desconectarse del interés público en función del cual se le otorgan; interés público consistente en la mejor ordenación del servicio que los profesionales prestan a la comunidad, justificativo del peculiar régimen jurídico administrativo aplicable»; STS 14/4/2000, RJ.4526,

Los pronunciamientos del mismo tenor habidos en el Supremo en relación con el conjunto de las potestades administrativas son extraordinariamente numerosos, y se esgrimen, principalmente, como medio de control frente al ejercicio de las potestades discrecionales<sup>57</sup>. De otro lado, la vinculación a la satisfacción

---

requisitos o condiciones, sino que, por el contrario, su ejercicio ha de ceñirse a las distintas normativas -estatales, autonómicas, locales- que disciplinan múltiples aspectos de relevancia económica. (...) con el control de la rentabilidad del proyecto de instalación de un nuevo Casino de Juego no se conculca el derecho a la libertad de empresa, porque (...) no supone más que una manifestación de la actividad administrativa de policía con el fin de proteger los intereses de los usuarios del Casino».

<sup>55</sup> En sentido análogo, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota sobre el interés general...», *op. cit.*, pp. 75 y sigs.

<sup>56</sup> Llegando a emplear expresamente el término «potestad vinculada»; así, en el enjuiciamiento de un acto del Consejo de Gobierno de la Diputación Regional de Cantabria que declaraba bien de interés cultural un solar sin valor artístico, al objeto de suplantar y limitar las competencias urbanísticas del Ayuntamiento de Santander, ha tenido ocasión de señalar que semejante actuación comporta una desviación de poder, debido a que se llevó a término «utilizando desviadamente una *potestad vinculada*, en cualquier caso, a la antedicha relevancia [valor cultural de un bien a efecto de catalogarlo como bien de interés cultural]» (STS 29/11/95, AA.280/96).

<sup>57</sup> Sobre la posibilidad de que la jurisdicción contencioso-administrativa controle la interpretación del interés general efectuada por la Administración, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Una nota...», *op. cit.*, pp. 79 y sigs.

La aplicación de esta doctrina al ejercicio de potestades discrecionales puede observarse en el siguiente pronunciamiento: «La inobservancia de las bases del concurso (...) supone distorsionar la normal finalidad de estas convocatorias para la selección del aspirante más idóneo, utilizando, como dice la Sentencia de esta Sala de 26 de julio de 1985, para efectuar el nombramiento de quien en principio no

de los intereses generales es expresamente señalada por la Constitución, además, frente al establecimiento y ejercicio de concretas potestades administrativas: así, la expropiación forzosa (art. 33.3), o la intervención de empresas (art. 128.2). Interesa añadir que la valoración del fin perseguido por la Administración, y su adecuación al previsto por la norma, no sólo es ponderada por la jurisprudencia para anular los actos administrativos viciados con desviación de poder, sino asimismo para revalidar aquellas actuaciones dirigidas precisamente a alcanzar el fin de interés general establecido por el legislador<sup>58</sup>.

De otro lado, y como sobradamente se sabe, la desviación de poder en que se incurre puede resultar de la aplicación de potestades regladas o discrecionales, y ser pública o privada, pues la potestad puede aplicarse desviadamente tanto para la satisfacción de un interés general diverso del previsto por la norma, como para la satisfacción de un interés particular de quien la ejerce o de un tercero<sup>59</sup>; en todos los casos citados, se incurre en un vicio de anulabilidad, cuyo alcance es constitucional:

«La desviación de poder, [se encuentra] constitucionalmente conectada con las facultades de control de los tribunales sobre el ejercicio de la potestad reglamentaria y de la legalidad de la actuación administrativa, y el sometimiento de ésta a los fines que la justifican (art. 106.1 CE) (...); aunque el terreno más apropiado para su prolífico desarrollo es el de la llamada actividad discrecional de la Administración, no existe obstáculo que impida, apriorísticamente, su aplicación a la potestad reglada (...); y esta disfunción es apreciable tanto si el órgano administrativo persigue con su actuación un fin privado, ajeno por completo a los intereses generales, como si la finalidad que pretende obtener, aunque de naturaleza pública, es distinta de la prevista en la norma habilitante, por estimable que sea aquélla»; STS 14/3/94, AA.642/95.

«La potestad de planeamiento no está para la satisfacción del interés público extraurbanístico y menos aún puede ponerse al servicio de intereses particulares, con sacrificio del interés común»; STSJ Cantabria 8/6/94, AA.177/95.

En otro orden de consideraciones, ya se resaltó anteriormente la trascendencia del concepto de interés general, y asimismo el hecho de que en cada caso es posible

---

reúne esta condición, una potestad discrecional de modo divergente a la consecución del fin de interés público que ha de perseguirse por la Administración, lo cual implica un vicio de desviación de poder»; STS 11/4/86, AA.447.

<sup>58</sup> Así, la STS 7/2/95, AA.482, afirma: «El art. 58.2 del Texto Refundido [de la Ley del Suelo] no establece un derecho del propietario a la obtención de una licencia provisional amparadora de usos no permitidos, sino una *potestad* de la Administración para autorizar excepcionalmente y con carácter provisional usos no permitidos, cuando la propia Administración aprecie que con ello no se va a impedir o dificultar la ejecución del planeamiento. Así entendido el precepto, debe considerarse conforme a Derecho la decisión de no considerarlo aplicable al caso que nos ocupa, por entender (...) que el tipo de actividad que se pretende (instalación de una cafetería) no reúne la nota de provisionalidad que caracteriza a este tipo singular de autorizaciones».

<sup>59</sup> Una excelente síntesis de la doctrina jurisprudencial sobre la desviación de poder en cuanto que instrumento de control de las potestades administrativas por apartamiento de su fin, puede verse en la STS 14/7/1998, RJ 6218.

delimitar qué concreto interés justifica la atribución de poder público. La determinación del interés general perseguido por la norma puede contenerse en ella con mayor o menor precisión, y encontrarse implícita o explícitamente reconocida, pero en todo caso, existe, siendo su persecución lo único que legitima su correcto ejercicio, cuya vinculación al fin predeterminado es susceptible de control jurisdiccional:

«Cualquier actividad administrativa, para que resulte conforme con el ordenamiento jurídico, no sólo tiene que ajustarse externamente a la normativa que la disciplina, sino que *tiene que dirigirse al logro de un fin de interés general* normalmente delimitado, *expresa o implícitamente* por el precepto o preceptos legales que atribuyen la potestad para actuar. Por ello, si un órgano de la Administración, en el ejercicio de la competencia, se aparta de ese fin, incurre en *desviación de poder (...)*. Esta desviación teleológica (...) es la idea que, en definitiva, *subyace en el art. 106.1 de la Constitución*, al atribuir a los tribunales el control de la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican»; STS 24/6/86, AA.801 (las cursivas son nuestras).

«Ello explica que la sentencia apelada acuda para interpretar el caso que resuelve no sólo a la norma suprema, sino también a la vigente Ley 22/1988, de 28 de julio, de Costas, para interpretar (...) cuál es la finalidad de la potestad administrativa de deslinde en materia de dominio público terrestre-marítimo»; STS 30/3/95, AA.888.

Se comprende así, definitivamente, el análisis del concepto de interés general efectuado en el segundo apartado de este Capítulo, y las consecuencias que del mismo se desprenden sobre la teoría general de las potestades administrativas.

#### b) *Subordinación a la ley*

La potestad administrativa se encuentra subordinada a la ley (art. 97 CE), luego es distinta de la potestad legislativa. Y se encuentra sujeta al control jurisdiccional (art. 106.1 CE), lo que asimismo la distingue de la potestad jurisdiccional, tanto en su dimensión judicial ordinaria como en cualquier otra. Puede decirse que, desde el plano formal, la Constitución estratifica las tres potestades principales que citábamos en un principio: la potestad legislativa, que sólo se encuentra subordinada a la Constitución (y al control correlativo que se encomienda al Tribunal Constitucional); la potestad *judicial* (jurisdicción no constitucional), que se encuentra sometida a la Constitución, a la ley, y a control jurisdiccional constitucional; y potestad administrativa (función ejecutiva) que se subordina a la Constitución, a la ley y a control jurisdiccional (judicial y constitucional).

De otro lado, la noción de potestad administrativa incorpora a su espectro la *potestad reglamentaria*, pues el poder normativo también en el caso de la potestad legislativa se atribuye como poder funcional, y la nota distintiva de la potestad reglamentaria es su sujeción a la ley y a control judicial (sin perjuicio de otras diferencias irrelevantes a los fines que pretendemos), sin incorporar ningún criterio que identifique necesariamente la potestad administrativa con un poder ejecutivo estrictamente circunscrito a dictar actos o realizar actividades materiales o presta-

cionales. Por consiguiente, *la potestad de dictar normas jurídicas sometidas a la ley y a control judicial es también una potestad administrativa*, función normativa que no sólo pueden desempeñar las normas dictadas con forma de ley, sino asimismo, las subordinadas a éstas. Es, precisamente, esta subordinación formal del reglamento a la ley, junto a la reserva constitucional de ley en ciertas materias, lo que legitima la existencia de la potestad reglamentaria en el sistema constitucional y, junto al control judicial de la potestad reglamentaria, permite distinguir ambos productos jurídicos: ley y reglamento<sup>60</sup>.

c) *Plena sujeción a control judicial. La tutela judicial efectiva*

La Administración no disfruta de potestad jurisdiccional, al menos en el modo en que aquí la hemos delimitado<sup>61</sup>. En efecto, los mecanismos de revisión de los actos administrativos se encuentran sujetos a control judicial, y por consiguiente, no pueden concebirse, a mi juicio, como manifestación de una función jurisdiccional atribuida a la Administración, sino más bien como una potestad administrativa específica.

Al propio tiempo, la Administración se encuentra *plenamente* sometida al control judicial, lo cual constituye una manifestación del derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (art. 24 CE), garantía básica del sistema constitucional, que permite al sujeto pasivo impugnar los actos de aplicación de potestades administrativas<sup>62</sup>. Resulta inconstitucional la exclusión de control jurisdiccional de un acto de las administraciones públicas, siendo sobradamente conocida la doctrina que fue

<sup>60</sup> Vid. DE OTTO Y PARDO, I.: *Derecho constitucional...*, op. cit., p. 176. El propio autor afirma, como complemento del rasgo apuntado (que constituye, como se ha dicho, el signo distintivo de la ley y el reglamento) que «El principio democrático parece así compatible con las respuestas más diversas a lo que puede considerarse la cuestión nuclear de todo el sistema de fuentes: la relación entre la ley y el reglamento o, más en general, entre la potestad normativa del Parlamento y la del Gobierno y la Constitución. En términos generales cabe decir que el principio democrático impone en esa relación unas exigencias básicas en favor de la ley: *la existencia de reservas de ley y la supremacía*, aunque en ocasiones limitada por la reserva en favor de otras normas; pero fuera de esos mínimos contenidos deja indefinida una amplia zona de relaciones»; *ibidem*, p. 140 (las cursivas son mías). Creo que con estas precisiones el tema queda definitivamente encuadrado en el contexto de nuestro estudio.

<sup>61</sup> Según RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, vol. 1, Bosch, Barcelona, 1992, p. 53: «Se presenta la jurisdicción como *una de las funciones del Estado, distinta de las demás, y específica por su contenido*. El planteamiento deriva de la célebre distinción de MONTESQUIEU relativa a los *poderes y funciones* del Estado. La jurisdicción es uno de estos poderes, al lado de la legislación y administración» (las cursivas son nuestras).

En análogo sentido, GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos al Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981, pp. 28 y sigs., analiza la «jurisdicción como poder», o como función constitucional distinta de las restantes.

<sup>62</sup> Una visión general del tema en GARRIDO FALLA, F.: «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», *RAP*, núm. 128, 1992, pp. 15 y sigs.

acumulando el Tribunal Constitucional en relación con diferentes apartados del art. 40 LJCA de 1956, para adecuar sus determinaciones a los postulados constitucionales<sup>63</sup>. El Tribunal Supremo resumió brillantemente la doctrina general aplicable a esta garantía en su Sentencia 25/4/95, AA.775, que afirma:

«Como tiene establecido la doctrina constitucional, el reconocimiento de la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho, que la Constitución eleva a núcleo central que preside el obrar administrativo (art. 103.1 CE) equivale a una *prohibición generalizada de áreas de inmunidad en esta parcela del ordenamiento jurídico*, conectándose de este modo la garantía de sumisión de la norma con la interdicción de arbitrariedad en el *obrar de los poderes públicos* (art. 9 CE) y la primacía de la Ley, como postulado básico de un Estado de Derecho (art. 1 CE); siendo corolario inevitable de este marco normativo en que la Administración encaja la actividad administrativa, la sujeción de los actos de ésta a los Tribunales de Justicia (art. 106.1 CE) (...) *de tal modo que aseguren, sin inmunidades de poder, una fiscalización plena del ejercicio de las atribuciones administrativas*».

De esta sentencia debe destacarse la referencia genérica que realiza en relación con todos los poderes públicos, que se ve correspondida finalmente con una alusión funcional a las «atribuciones administrativas» que se desempeñen.

El Tribunal Constitucional también ha señalado la conexión entre el principio de tutela judicial efectiva con los de legalidad y prohibición de arbitrariedad (que veremos después), en tanto que el control judicial es garante del respeto de dichos principios (STC 73/1983, de 30 de julio). Es indiferente a estos efectos el orden jurisdiccional que tenga atribuido el conocimiento del asunto, en aplicación de las correspondientes reglas de reparto. Lo significativo es que, con independencia de la naturaleza formalmente declarada del sujeto que ejerza la potestad administrativa (Administración pública o no), y asimismo con independencia del régimen jurídico al que formalmente se hayan sometido sus actos (Derecho Administrativo o Derecho Privado), el particular cuenta con medios de reacción jurisdiccional. Naturalmente, lo deseable desde una perspectiva coherente del reparto de jurisdicción es que el control del ejercicio de las potestades administrativas se residence en el orden jurisdiccional especializado en esa materia, que es indudablemente el contencioso-administrativo; pero en función del reparto jurisdiccional vigente, instaurado sobre

<sup>63</sup> Así, el apartado *d)*, que excluía la posibilidad de interponer recurso contencioso-administrativo contra determinadas resoluciones de la Administración militar, fue declarado inconstitucional por el ATC 60/1980, de 22 de octubre, y por el ATC 697/1986, de 17 de septiembre; y el apartado *f)*, que efectuaba la misma operación en relación con los actos expresamente excluidos de la vía contencioso-administrativa por alguna Ley específica, fue asimismo declarado inconstitucional por la STC 39/1983, de 17 de mayo, y por el ATC 75/1984, de 8 de febrero; en esta misma materia, la STC 80/1983, de 10 de octubre, declara inconstitucional la exclusión de control por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa de las resoluciones dictadas por el Tribunal de Defensa de la Competencia. El Tribunal Supremo ha aplicado esta doctrina en diversos pronunciamientos, como la STS 17/1/95, AA.234, conectando la conclusión no sólo con el art. 24 CE, sino asimismo con el 106.1 del mismo texto.

competencias de atribución a la jurisdicción contencioso-administrativa, la tutela judicial frente al ejercicio de potestades puede venir representada por ésta o por cualquier otra, como la civil ordinaria:

«Resulta, pues, que los intereses y derechos de los particulares tienen, a tenor de los actos impugnados, estos medios de defensa: la vía contencioso-administrativa, para revisar el hacer administrativo (el ejercicio de la potestad de deslinde), y la vía ante los órganos jurisdiccionales del orden civil, si, acaso, resultaren lesionados o perturbados los derechos de propiedad de los particulares. La vía contencioso-administrativa ha sido utilizada, y la sentencia (...) deja a salvo la posibilidad de acciones civiles...»; STS 30/3/95, AA.888<sup>64</sup>.

También puede ocurrir que existan jurisdicciones especiales; pero el principio que siempre queda resguardado es el de control judicial del ejercicio de potestades administrativas; así, la STC 129/1995, de 11 de septiembre, sostiene que:

«La Administración penitenciaria «no está exenta de un control judicial, habida cuenta de las garantías establecidas en el art. 9.3 CE y las fijadas en el art. 106.1 de la misma CE» (STC 73/1983, fundamento jurídico 6). Este control corresponde a los Juzgados de Vigilancia Penitenciaria (...) que son los que han de velar «por las situaciones que afectan a los derechos y libertades fundamentales de los presos y condenados, en los términos previstos en los arts. 25.2, 24 y 9.3 CE, al constituir un medio efectivo de control dentro del principio de legalidad y una garantía de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos» (STC 73/1983, fundamento jurídico 3). Se trata, pues, de un control que se lleva a cabo por órganos judiciales especializados».

De tal manera que, frente al ejercicio de las potestades administrativas, se articulan dos clases diferentes de garantías: unas, de orden material, y otras de orden formal, encontrándose entre estas últimas la tutela judicial efectiva:

«Aunque la autoridad gubernativa se encuentra limitada en el ejercicio de esta potestad [establecimiento de servicios mínimos en caso de huelga], ante todo, con la imposibilidad de que las garantías en cuestión vacíen el contenido del derecho de huelga o rebasen la idea de contenido esencial y después, *en el orden formal*, la posibilidad de entablar contra las decisiones la acción de tutela jurisdiccional de derechos y libertades públicas y el recurso de amparo»; STS 17/6/86, AA.659.

Existen actuaciones del poder ejecutivo que no están plenamente sometidas a control judicial, tan sólo en algunos elementos, como es el caso de los llamados actos políticos del Gobierno —art. 2 a) LJCA—. Pero esa exclusión trae causa de que no

<sup>64</sup> El asunto de fondo es un deslinde administrativo, esto es, una materia referente al dominio público. El reparto jurisdiccional en esta cuestión atribuye a la jurisdicción contencioso-administrativa las pretensiones de anulación relacionadas con el procedimiento de deslinde, reservando a la civil ordinaria el estudio de las cuestiones de fondo relacionadas con el título dominical controvertido. La doctrina académica lamenta desde antiguo esta artificiosa delimitación jurisdiccional; *vid.*, por todos, MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992, pp. 155 y sigs., y la bibliografía citada por el autor.

constituyen ejercicio de potestades administrativas, sino que son manifestación de otros poderes públicos diferentes, lo cual no hace sino confirmar que las potestades administrativas se someten plenamente al control judicial.

d) *Inconcreción constitucional. Multiformidad*

Así como otras potestades públicas reciben en el texto constitucional una delimitación concreta de su contenido, la potestad administrativa no ha sido objeto de una operación semejante, pues no se encuentra perfilada materialmente en la Constitución. Ello es indiciario de que el contenido de la potestad administrativa puede ser variable (como lo son las funciones que desempeña la Administración), y tal vez por ello el constituyente no precisó su alcance objetivo, limitándose a determinar su posición forma, y los límites que se articulan frente a su atribución y ejercicio<sup>65</sup>.

Ello no significa que la potestad administrativa no se despliegue en actuaciones materiales específicas, sino que la Constitución no ha precisado concretamente cuáles son esas actuaciones. Atendiendo al plano formal, y recordando la sumisión a la ley de la potestad administrativa, hemos de conectar la cuestión con el análisis del interés general anteriormente efectuado y la articulación del principio de legalidad: la ley juridifica el interés general que debe atenderse, y la Administración, en tanto que organización vicaria, actúa en ejecución de la ley para satisfacer dicho interés. *El contenido material de la potestad administrativa vendrá determinado por los cometidos que la ley pida ejecutar en satisfacción del interés general*, lo que explica su carácter variable, y su constante adaptación a las nuevas circunstancias.

e) *La potestad administrativa es un poder unilateral, lo que no implica necesariamente el ejercicio de autoridad. La autotutela ejecutiva como potestad administrativa específica*

Las potestades administrativas son poderes unilaterales, esto es, se ejercen por sus titulares y producen efectos sin necesidad de la concurrencia de voluntad con ningún otro sujeto; el ejercicio de la potestad se traduce en actos ejecutivos, esto es, que despliegan efectos inmediatamente —art. 57 LRJPAC; ahora, arts. 38 y 39 LPACAP—, noción que se sustenta precisamente en el rasgo de la unilateralidad que caracteriza a la potestad administrativa de la que son ejercicio o aplicación, desplegando efectos *per se* y sin necesidad de la voluntad de un tercero.

En efecto, como ha notado CARRO, la diversidad de efectos que la potestad puede provocar sobre el sujeto pasivo impide afirmar que el mismo se encuentre

<sup>65</sup> Análogamente, el constituyente no precisó el contenido material de la potestad legislativa, circunscribiéndose a señalar su posición formal en el ordenamiento, y ciertos límites inquebrantables (reserva de ley, derechos fundamentales, etc.).

siempre en una situación de sujeción ante el ejercicio de la potestad<sup>66</sup>, o dicho de otro modo, que el acto administrativo en el que se traduce la potestad sea de obligado cumplimiento, contrariamente a lo que convencionalmente se piensa<sup>67</sup>.

De esta manera, podemos identificar como potestades administrativas también aquellos poderes funcionales cuyo ejercicio produzca efectos favorables para los ciudadanos, como el otorgamiento de subvenciones<sup>68</sup> o la adjudicación de contratos administrativos<sup>69</sup>. Ello no desdice el carácter unilateral de la potestad, cuyo

<sup>66</sup> Vid. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Potestad administrativa», *op. cit.*, p. 4957. Según ROMANO, S.: *Fragments...*, *op. cit.*, p. 316: «tal sujeción no es un elemento que deba tomarse en consideración para la definición del poder [de la potestad], ya porque ella puede faltar también, ya porque, cuando existe, no es más que un presupuesto del poder». Vid., asimismo, VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes...*, *op. cit.*, p. 162.

<sup>67</sup> Vid., GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, vol. 1, *op. cit.*, p. 432; GIANNINI, M.S.: *Lezioni di diritto amministrativo*, vol. 1, Giuffrè, Milano, 1950, p. 266; y LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: «La relación jurídica», *op. cit.*, p. 476. Asimismo, deben considerarse opuestos a la opinión expresada en el texto los planteamientos de BOQUERA OLIVER, J.M.: *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pp. 83 y sigs.; y LAFUENTE BENACHES, M., *op. loc. ult. cit.*, quienes afirman como nota consustancial del «poder administrativo» el hecho de que pueda imponer consecuencias jurídicas a los destinatarios sin su consentimiento, así como la fuerza jurídica o eficacia con que se impone esta clase de poder a los particulares, distinguiéndolo de los demás poderes públicos.

Por su parte, DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *Las potestades administrativas*, *op. cit.*, p. 40, sostiene que la potestad se caracteriza porque *proyecta efectos sobre terceros* con independencia de la voluntad». Esta postura, que parece ser contraria a la que se sostiene en el texto, es matizada por el autor en las páginas siguientes, e interpretada en el sentido de que los destinatarios de la potestad «deben asumir el hecho de que su situación cambiará como consecuencia de las determinaciones del concreto poder al que están sujetos», de donde debemos entender que también cambia la situación jurídica del beneficiario de una subvención, incluso antes de haberla aceptado, pues el acto de otorgamiento amplía inevitablemente su esfera de derechos e intereses. Podemos convenir con esta interpretación, resaltando que en nada la distingue del hecho de que la potestad sea un poder unilateral que puede ejercerse sobre personas. Pero al propio tiempo debemos puntualizarla, en el sentido que se recoge en el siguiente párrafo del texto.

De otro lado, también la jurisprudencia constitucional maneja la noción de potestad administrativa con una asimilación a la prerrogativa o poder exorbitante; así, STC 175/2001, f.j. 2, se dice: «si bien no es este el momento de exponer una teoría general sobre las potestades administrativas, habrá que convenir en que nos estamos refiriendo a aquellos ámbitos de actuación administrativa donde las personas públicas ejercen poderes exorbitantes y donde los órganos judiciales —en la vía precedente al amparo— fiscalizan y, en su caso, limitan el ejercicio de dichos poderes de conformidad con el Ordenamiento jurídico»; en análogo sentido, *vid.* la STC 173/2002, f.j. 4, entre otras. La afirmación se hace para diferenciar los ámbitos en los que las Administraciones públicas ostentan un derecho fundamental a la tutela judicial efectiva (aquéllos en los que no ejercen potestades administrativas, entendidas como poderes exorbitantes); sin embargo, la escasa profundización que se hace en la categoría impide asignarle un carácter concluyente y extrapolable sin más a cualquier contexto en el que se emplee este concepto.

<sup>68</sup> En la misma línea, STS 25/2/2013, rec.351/2011, f.j.5.º, en el que describe la modificación de las condiciones de otorgamiento de una subvención como ejercicio de una potestad administrativa.

<sup>69</sup> Así, STS 19/7/2000, rec.4324/1994, f.j. 5.º: «La potestad de adjudicación de que se trata no es, por supuesto, ajena al Derecho. En su origen, en su procedimiento, efectos y elemento teleológico, es

válido ejercicio no requiere la anuencia del particular, y comporta, en la mayoría de los casos (pero no en todos), una variación de la esfera de derechos e intereses de terceros sujetos: así, el acto de otorgamiento de la subvención amplía la esfera de derechos e intereses del beneficiario, aunque éste finalmente no llegue a aceptarla; y lo propio sucede con la adjudicación del contrato, aunque finalmente el adjudicatario no llegue a suscribirlo. El matiz rechazado (sujeción obligatoria al ejercicio de la potestad), incide sobre la ejecución de su acto de aplicación, pero no sobre su validez, que puede alcanzarse perfectamente sin la anuencia del particular, en virtud de la unilateralidad de la potestad.

La innecesariedad del matiz coercitivo (ejercicio de *imperium*) se presenta igualmente en otras potestades administrativas cuyo ejercicio no da lugar a relaciones jurídicas inmediatas. Así, la potestad de autoorganización<sup>70</sup>, o la potestad de planificación, constituyen ejemplos evidentes de que el concepto de potestad administrativa no requiere necesariamente de un sujeto pasivo obligado a soportar su ejercicio. Este sujeto pasivo frente al ejercicio de la potestad existe en muchos casos, pero no es requisito necesario para la construcción del concepto técnico-jurídico de la potestad administrativa.

Hemos de notar aún que el ordenamiento jurídico confiere carácter imperativo al ejercicio de ciertas potestades. Pero ello no se desprende del concepto mismo de

---

plenamente jurídica, aunque en su ejercicio concreto, en la determinación de lo «más conveniente» para el servicio, los Tribunales sólo puedan acudir para el control que ejercen a la técnica del concepto jurídico indeterminado (a través de las zonas de certeza y halo de incertidumbre).

<sup>70</sup> Es muy expresiva de cuanto sostenemos en este trabajo la STS 12/7/1999, RJ 6756, en la que se describe el contenido de la potestad de organización y se proclama que su ejercicio se encuentra plenamente sometido a los principios del art. 103 CE así como al control judicial: «En síntesis puede entenderse que la potestad organizatoria alude al conjunto de poderes de una autoridad pública para la ordenación de los medios personales, materiales y reales que se le encomiendan con objeto de que sea posible el ejercicio de determinadas competencias y potestades públicas. Sin embargo el mismo carácter general de esta noción implica la necesidad de diferenciar supuestos, ya que debe distinguirse entre la potestad organizatoria ejercida mediante ley y por tanto por las Cortes Generales o los Organos Legislativos de las Comunidades Autónomas, y la que viene atribuida a las Administraciones Públicas. (...) nos interesa ahora de modo directo la potestad organizatoria ejercida por las propias Administraciones Públicas, bien por vía de reglamento ordenando el conjunto de medios que se asignan a un órgano administrativo, bien incluso mediante actos individuales. Este planteamiento general debe revertir al importante extremo de cómo se encuentra sometida la Administración al ordenamiento jurídico en el ejercicio de aquella potestad organizatoria debiendo destacarse que, contra lo que se afirma en ciertas aproximaciones al tema, los poderes para ordenar la organización no pueden constituir, so pretexto de que se trata de una potestad referida a un ámbito doméstico, un coto exento de la sumisión al derecho, lo que sería contrario a los arts. 9.1 y 103.1 de la vigente Constitución Española. En definitiva estamos ante el ejercicio de unos *poderes públicos, aunque sean de carácter peculiar, otorgados por el ordenamiento para conseguir fines públicos y justamente por ello la posibilidad de actuación en este campo de las autoridades de la Administración Pública constituye en el sentido más ajustado del tema una verdadera potestad*» (las cursivas son mías).

potestad, sino del régimen jurídico-positivo previsto para la aplicación de algunas (muchas) de ellas.

Debe advertirse, en cualquier caso, que el Derecho positivo alude en ocasiones a la potestad administrativa como equivalente a ejercicio de prerrogativa o autoridad, a pesar de que la aplicación material de tales preceptos aclare el alcance semántico que en ese concreto caso se confiere al término. Es el caso, por ejemplo, del art. 9.2 de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, que reserva a los funcionarios públicos «el ejercicio de las funciones que impliquen la participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas»: el sentido en el que la jurisprudencia interpreta la expresión es el de reservar a los funcionarios las concretas funciones públicas que supongan el ejercicio de «prerrogativas», de «autoridad» o de «*imperium*», nociones cualificadas respecto a la más genérica de «función pública» o «potestad administrativa», que revelan preeminencia o supremacía<sup>71</sup>.

<sup>71</sup> Véase, por ejemplo, la STS 28/10/2014, RJ 5262; en su f.j. 2.º declara que las funciones públicas que se encuentran reservadas a los funcionarios son «las que implican ejercicio de autoridad».

Más pedagógica en la enunciación de ejemplos es la STS 24/9/2004, RJ 1823, en la que dilucidaba la legalidad de la modificación de los Estatutos de una sociedad mercantil en mano pública (EGMASA), al entender los sindicatos recurrentes que las funciones que se le atribuían a la entidad usurpaban funciones reservadas a los funcionarios; para respaldar lo que sostenemos en el texto es oportuno transcribir algunos párrafos del f.j. 6.º de la sentencia: «Así, la protección de los espacios naturales, la defensa de márgenes y encauzamientos hidráulicos, puede suponer el ejercicio de facultades de auto-tutela, de recuperación y la imposición de sanciones, cuya tramitación corresponde a los funcionarios públicos y a los Agentes de Medio Ambiente en particular; las «actuaciones necesarias» para la clasificación y deslinde de las vías pecuarias pueden suponer la atribución de terrenos al dominio público con importante incidencia en la propiedad privada de los particulares, dada la presunción posesoria y demanial a favor de la Comunidad Autónoma (Ley 3/1995, de 23 de marzo, de Vías Pecuarias), la gestión y planificación de montes o espacios naturales no podrá afectar legítimos derechos de terceros, como tampoco EGMASA podrá aprobar planes o programas de caza en terrenos que no sean de su titularidad.

Depende, por tanto, de cómo se desempeñen estas actividades para que se incida o no en el ejercicio de potestades públicas: la protección y defensa del dominio público nunca podrá implicar el ejercicio de *potestad sancionadora*, ni la *imposición de cargas o prestaciones* personales o patrimoniales de carácter público, como tampoco, dentro de «las actuaciones necesarias», EGMASA podrá *aprobar los expedientes administrativos de clasificación y deslinde*, aunque pueda llevar a cabo ciertas actividades técnicas de investigación o ejecución material sobre el terreno, pero *sin que gocen de presunción alguna las actas* levantadas o informes evacuados, en ejercicio de esas funciones, por personal que no sea funcionario con la condición de autoridad o de agente de la misma.

Por el contrario, trabajos materiales para la ejecución de contratos administrativos de obras, en sus distintas clasificaciones; labores de regeneración y recuperación paisajística; realización de trabajos materiales forestales, de aprovechamientos agrícolas o ganaderos; la gestión y explotación de fincas propias; proyectos de acercamiento de la sociedad a los entornos naturales y en general actividades de tipo educativo o turístico; mantenimiento y conservación; u otros similares de naturaleza puramente industrial o mercantil, previstos estatutariamente, podrán ser normalmente desarrollados sin peligro alguno para la potestad pública, ni el derecho de terceros».

Así, la ejecutoriedad del acto administrativo tiene como presupuesto la unilateralidad de la potestad, que permite anudarle a su aplicación un despliegue inmediato de consecuencias jurídicas; pero no constituye una nota consustancial a la potestad administrativa. En este sentido, *la ejecución forzosa de los actos administrativos constituye en sí misma una potestad administrativa. Pero no se trata, en este caso, de un rasgo intrínseco de toda potestad administrativa, ni de una potestad reconocida por la Constitución, sino legalmente*, en virtud de la legislación del procedimiento Administrativo, como acertadamente ha declarado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 22/1984, de 17 de febrero, que la jurisprudencia del Supremo ha desarrollado en el siguiente sentido:

«Algunas potestades administrativas tienen su fundamento inmediato en la Constitución y son por ella reconocidas e incluso en algún aspecto, configuradas como se ha visto en el supuesto de la potestad sancionadora y ocurre también con la reglamentación en el art. 105. Otras en cambio son obra directa de la Ley y sólo por ella pueden ser habilitadas las administraciones públicas para el ejercicio de tales prerrogativas. En el caso de la potestad «ejecutoria», que permite la autoejecución de sus resoluciones por la propia Administración que las dictó, el Tribunal Constitucional ha declarado que «se encuentra en nuestro Derecho positivo vigente legalmente reconocida y no puede reconocerse que sea contraria a la Constitución», como desarrollo del principio de «eficacia, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho», que proclama el art. 103, párrafo 1.º (Sentencia del Tribunal Constitucional de 17 de febrero de 1984)» (STS 26/3/86, AA.456).

De donde se desprenden dos consecuencias: *primera*, que la *ejecutividad* del acto (autotutela en primera potencia) es un componente consustancial de la potestad administrativa en tanto que poder unilateral, al no requerirse mediación ni consentimiento de terceros en orden a que alcance validez y resulte susceptible de desplegar sus efectos; *segunda*, que, por el contrario, *la ejecutoriedad del acto (autotutela en segunda potencia) no es una característica de todas las potestades administrativas, sino que constituye en sí misma una potestad, de la que sólo podrá hacerse uso cuando la ley así lo disponga* (y la Sentencia aclara que disfrutaban de ella los actos dictados por las administraciones públicas abarcadas por el ámbito de aplicación de la Ley 30/1992).

En este punto se percibe la perturbación que comporta asimilar el concepto de potestad administrativa con términos tales como «prerrogativa» o «privilegio exorbitante», a pesar del arraigo que tiene esta posición. Puede ocurrir, efectivamente, que la potestad tenga la cualidad de privilegio o de facultad exorbitante (esto es, que se encuentre situada fuera de la órbita de la capacidad general de la persona), pero no necesariamente es así. La Administración puede disponer de la misma capacidad de que disfruta un particular, y en cambio, la razón de su reconocimiento la convierte en una potestad administrativa, por cuanto debe dirigir el despliegue de tal capacidad a la satisfacción del interés general. En este sentido, *el conjunto de atribuciones que el ordenamiento jurídico asigna a la Administración se configuran técnicamente como potestades administrativas*: el ordenamiento jurídico puede atribuir un mismo poder con carácter condicional o acondicional; si lo atribuye funcionalmente, destinán-

dolo a la satisfacción del interés general y no a la de concretos intereses privados, se tratará de una potestad administrativa. La interpretación del ordenamiento nos permite discernir cuándo el poder es vinculado y cuándo no lo es. De tal manera que, *en una misma relación jurídica de fondo (por ejemplo, un contrato mercantil) cada una de las partes que ostenta el poder puede ser titular verdaderamente de una distinta capacidad jurídica*: la Administración que contrata es titular de un poder jurídico vinculado; el particular que se relaciona con ella dispone de un poder desvinculado, que ejerce en su propio provecho personal. Siendo el poder el mismo en apariencia, su naturaleza jurídica es diversa. Por consiguiente, el concepto de potestad no debe asimilarse al contenido semántico de los términos privilegio o exorbitancia, aunque estos últimos se manifiesten frecuentemente entre el conjunto de potestades administrativas que existen en el ordenamiento jurídico.

f) *Su ejercicio constituye un deber para su titular*

El carácter irrenunciable de la potestad es un rasgo pacíficamente proclamado por la doctrina académica, teniendo como correlato el deber de ejercerla cuando se presentan los correspondientes supuestos de hecho. También la jurisprudencia contencioso-administrativa, en referencia concreta a las potestades administrativas, ha sostenido que su atribución comporta al propio tiempo un deber de ejercicio para su titular, deber que se anuda a la finalidad para la que se reconocen las potestades administrativas (la satisfacción del interés general):

«A este respecto lo que verdaderamente importa es que tratándose de un acto administrativo que reconocía derechos a los particulares el Ayuntamiento tenía el deber de usar de sus potestades al resolver»; STS 28/9/2001, RJ.9132<sup>72</sup>.

«El presente recurso nos enfrenta con un acto en el que la Administración Pública ha hecho ejercicio de la potestad de autotutela conservativa que el ordenamiento jurídico le confiere para proteger la situación de los bienes de dominio público, protección que tiene su expresión máxima en la potestad para recuperar por sí misma, sin necesidad de acudir a la tutela judicial, la posesión de tales bienes si tal posesión ha sido objeto de perturbación o despojo, potestad que ha sido calificada de interdicto administrativo («interdictum proprium»), y que *como tal potestad y no simple facultad, no es de índole discrecional sino de obligado ejercicio*»; STS 19/6/1998, RJ 5675.

«La potestad de suspensión de los efectos de las licencias (...) constituye una manifestación del *deber de la Administración* de velar por la legalidad urbanística, en cuanto que aquélla *viene obligada* a suspender las licencias concedidas vulnerando de forma ostensible y grave dicho ordenamiento»; STSJ Cantabria 24/2/95, AA.184/95.

<sup>72</sup> El carácter obligado de la potestad es especialmente destacado en el caso de las potestades regladas, como las licencias o autorizaciones; en este sentido se cuentan por decenas las sentencias del Tribunal Supremo relacionadas con la concesión de permisos de residencia a extranjeros: «no se está, en el caso que nos ocupa, ante una potestad discrecional, sino ante el deber de otorgar la dispensa de visado por concurrir razones excepcionales»; STS 21/5/94, AA.52/95.

Frecuentemente, la apreciación de que la aplicación de la potestad es un deber de quien la ostenta se valora por el Supremo al conocer de asuntos en los que se ha omitido el ejercicio de una concreta potestad, justificando o repudiando el incumplimiento de tal deber:

«El Ayuntamiento no está obligado a continuar la tramitación del expediente expropiatorio, pudiendo desistir en su potestad expropiatoria, *si han desaparecido los motivos de interés público* que lo fundaron, lo que no parece que ocurra en el presente caso» (STS 5/5/86, AA.612).

«El ejercicio de una potestad por la Administración no es admisible que deje de ejercerse por actos de las partes interesadas, aunque sean anteriores a ese ejercicio, cuando la finalidad de la misma [de la potestad] sea distinta a la actividad administrativa realizada a instancia del interesado, como es el caso del expediente de ruina contradictorio» (STS 10/12/85, AA. 184/86)<sup>73</sup>.

Esta omisión del deber de ejercicio de la potestad ha sido valorada ocasionalmente por el Tribunal Supremo como indiciaria de desviación de poder<sup>74</sup>.

En relación con todo ello conviene notar que el obligado ejercicio de la potestad no siempre será exigible por medios reactivos ante la inactividad de la Administración<sup>75</sup>. Difícilmente podrá constreñirse a la Administración judicialmente para que ejercite una potestad en ciertos casos. Así, el inicio de un expediente expropiatorio, o la aprobación de un reglamento<sup>76</sup>. Por ello, la jurisprudencia, ante un supuesto de inejercicio de la potestad sancionadora, ha tenido ocasión de afirmar:

«La potestad disciplinaria corresponde a la Administración y su revisión a los tribunales, que en modo alguno pueden sustituir a aquélla en este ejercicio (...). Nos encontramos ante una faceta de actos administrativos exentos materialmente de fiscalización jurisdiccional»; STSJ Valencia, 19/9/94, AA.13/95. Nótese que el concepto de «acto administrativo» se emplea en sentido impropio, pues el Tribunal está haciendo referencia, verdaderamente, a una omisión de actuación.

<sup>73</sup> Asimismo, la STS 24/1/96, AA.128, señala que constituye un deber de la Administración el ejercicio de la potestad de comprobación de las irregularidades imputadas por terceros al concesionario de un puerto deportivo, ante la consistencia de las pruebas periciales presentadas.

<sup>74</sup> Así, STS 14/3/94, AA.642/95, que a su vez, cita las SSTs de 5/10/83 y 3/2/84.

<sup>75</sup> Aunque se ha progresado mucho en la materia, esta falta de remedios judiciales contra diferentes manifestaciones de la inactividad administrativa sigue siendo un aspecto requerido de mejoras. Sobre la cuestión, *vid.* especialmente las aportaciones de GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011; y AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.

<sup>76</sup> Como certamente detectó VILLAR PALASÍ, J.L., *op.loc.ult.cit.* En el mismo sentido, la STS 24/4/95, AA.757, afirma que: «la puesta en marcha de la actividad reglamentaria es consecuencia de una potestad absolutamente discrecional del Gobierno, sólo controlable judicialmente una vez que se ejercita, pero que, en cuanto a la elección del momento de su ejercicio, no puede ser impuesta por esta jurisdicción». Sobre la pasividad en el ejercicio de la potestad reglamentaria, *vid.* CALVO CHARRO, M.: «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, núm. 137, 1995, pp. 239 y sigs.

A pesar de la ausencia de medios reactivos frente a este tipo de actuaciones, los tribunales consideran que el ejercicio de la potestad sancionadora constituye un deber de la Administración,

«...cuya omisa ejecución implicaba una patente dejación, por parte del Ayuntamiento, de las potestades que al respecto ostentaba, y que entrañando el *doble carácter de potestad y deber*, no sólo le autorizaban, sino *que le obligaban a ponerlas en ejercicio* (...). También se hallaba obligado a ejercitar las potestades que, en el ámbito de la disciplina urbanística, le incumbían acometiendo (...) las actuaciones conducentes a comprobar la persistencia de la irregularidad y a depurar las responsabilidades de ello derivadas», razonamiento que le permite estimar el recurso a pesar de que se había restablecido la legalidad urbanística mediante una actuación municipal posterior a su interposición, porque de esta manera resulta posible sancionar al que se excedió en los usos previamente concedidos; STSJ Rioja 20/5/95, AA.300.

Pero el legislador ha procurado corregir en ocasiones estas disfunciones. Por ejemplo, mediante la aparición y ulterior potenciación del silencio administrativo, que cuenta como trasfondo con un *deber de resolver* que no decae hasta el último momento, y constituye un intento del ordenamiento jurídico por evitar el perjuicio que puede provocar a un particular la falta de ejercicio de las potestades administrativas. En análogo sentido cabe interpretar el recurso contra la inactividad previsto en el art. 29 LJCA. La imposibilidad de reaccionar en otros casos contra la inactividad de la Administración no representa, a mi juicio, un debilitamiento del deber de ejercicio de la potestad, que en cualquier caso, existe; el hecho parece deberse más a las conocidas limitaciones de la tutela jurisdiccional contencioso-administrativa, que a una perturbación en el concepto de la potestad administrativa.

De otro lado, estas limitaciones son, en cierto sentido, comunes a todas las potestades (públicas y privadas), y no específicas de la potestad administrativa: ¿cómo puede obligarse a un padre para que eduque moralmente a su hijo? ¿Cómo puede constreñirse al legislador para que apruebe una norma en desarrollo de un derecho fundamental? ¿Cómo puede obligarse al administrador de una empresa o asociación para que efectúe una determinada operación en interés de la sociedad? ¿Cómo puede exigirse al Ministerio Fiscal que actúe contra un delito? Parece que la naturaleza del deber que comporta la potestad se enclava en una esfera principal (no por ello metajurídica) que nos enseña lo correcto y lo incorrecto, esto es, el valor superior de la Justicia y el bien común; y parece también que el único mecanismo que encuentra el Derecho para reaccionar en todos estos casos es la remoción del titular de la potestad, y su sustitución por otro, algo que resulta posible, por diversos mecanismos, en todos los ejemplos citados (privación de la patria potestad, remoción del órgano de administración de la empresa o asociación, variación del sentido del voto en las elecciones generales, suspensión o inhabilitación del fiscal), pero tal vez no siempre (y he aquí el gran problema) en la Administración.

g) *Su atribución se articula mediante el principio de legalidad*

La atribución de las potestades administrativas se articula mediante el juego del principio de legalidad. Los rasgos más destacables de este principio, proclamado en los arts. 9.3 y 103.1 CE, son condensados por la STS 20/12/94, AA.635/95, del siguiente modo:

«No existe potestad administrativa sin habilitación por el ordenamiento jurídico. Por lo tanto, toda acción administrativa, para que sea válida, ha de contener la debida habilitación. Se pueden señalar potestades administrativas específicas cuya cobertura está en la Ley (...). Pero hay que reparar que la exigencia que se contiene en los arts. 9.3 y 103.1 CE de ajuste estricto a la Ley, en ocasiones debe ser matizada, bien porque el legislador dejara de regular minuciosamente determinadas materias, bien porque la propia Ley permita que la Administración, por vía reglamentaria, complete la acción del legislativo, siempre que ello no sea una innovación respecto de la Ley (...): de ahí que se distinga entre la norma básica de las cuestiones fundamentales que siempre corresponden a la Ley, y los reglamentos como normas complementarias».

Los poderes públicos sólo pueden hacer aquello que la ley les permite expresamente, lo que se conoce como «principio de vinculación positiva» (*positive Bindung*) o vertiente positiva del principio de legalidad. Si bien, se han postulado criterios que conllevan una cierta relajación del principio: la autoatribución de potestades, las potestades inherentes o implícitas y las cláusulas generales de apoderamiento<sup>77</sup>; la flexibilización del principio de vinculación positiva cuando se trata de actuaciones favorables o ampliatorias de los derechos de los ciudadanos<sup>78</sup>, así como la doctrina de la «vinculación estratégica» de la Administración a la Ley<sup>79</sup>.

<sup>77</sup> La propia Sentencia transcrita en el texto lo refleja. A mayor abundamiento, *vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 457 y sigs.

<sup>78</sup> Con arreglo a esta posición, en las actuaciones desfavorables o restrictivas de derechos (imposición de sanciones, exigencia de requisitos a los ciudadanos para el desempeño de una actividad), el respeto del principio de legalidad es de rigurosa exigencia, de tal manera que la Administración sólo puede actuar cuando existe una ley previa habilitante; pero en las actuaciones favorables o ampliatorias de derechos la Administración no requiere una ley habilitante previa. Se trata de actividades de carácter prestacional: sanidad, obras públicas, concesión de subvenciones... Ello no obstante, existen importantes puntualizaciones: por ejemplo, todos los gastos públicos han de ser autorizados por el parlamento mediante la Ley de Presupuestos; *Vid.* SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 201 y sigs.

<sup>79</sup> Desde esta perspectiva, la consecución del Estado social y democrático de Derecho supone una dimensión diferente en la posición y el papel de la Administración pública, en razón de su legitimación democrática indirecta y su condición de prestadora de servicios, así como de idoneidad para la decisión y acción en entornos sociales complejos y variables, todo lo cual determina que la acción administrativa se encuentre en realidad vinculada estratégicamente a las directrices establecidas por el legislador, más que férreamente constreñida por un principio de legalidad entendido estrictamente como vinculación positiva; *vid.* PAREJO ALFONSO, L.: *Crisis y renovación...*, *op. cit.*, pp. 125 y sigs.

El ejercicio de una potestad por quien no tiene justo título (competencia) para ello, constituye una vía de hecho, como afirma la STC 22/1984, de 17 de febrero<sup>80</sup>, y permite por tanto anular su acto de aplicación. De hecho, la inexistencia de potestad previa representa un motivo de nulidad de pleno derecho de los actos administrativos<sup>81</sup>. El art. 62.1.b) LPAC precisa que la nulidad radical sólo es predicable cuando la incompetencia es material<sup>82</sup> o territorial<sup>83</sup>; la jerárquica, en cambio, es simplemente anulable, vicio que, por su alcance constitucional, afectaría a cualquier acto de aplicación de una potestad administrativa aunque no se hubiese recogido como tal vicio en una norma con rango legal.

El Tribunal Constitucional ha tenido ocasión de precisar la distinción existente entre el principio de juridicidad y el de legalidad estricta: el primero vincularía en sentido genérico a la Administración, que sólo podría actuar en aplicación de las atribuciones que le reconoce el ordenamiento jurídico en su integridad; el principio de legalidad, más severo, impone que ciertas actuaciones administrativas traigan causa de una norma habilitante con rango de Ley, exigencia ésta que es predicable en ciertos casos, como refuerzo de la primera; así sucede, especialmente, en el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración, sometida a un principio de legalidad estricto<sup>84</sup>. Todo ello se debe, sencillamente, a la concepción del sistema como un Estado de Derecho:

<sup>80</sup> «Por vías de hechos hay que entender los actos de los funcionarios y de los agentes de la Administración, faltos de cobertura legal y de cobertura concreta en un título jurídico».

<sup>81</sup> Así, la STS 28/4/1999, RJ 3965, «los actos administrativos que efectúan la declaración de penosos y/o tóxicos de determinados puestos de trabajo son nulos de pleno derecho por carecer la Administración de potestades para efectuar tal declaración».

<sup>82</sup> Un ejemplo de incompetencia material lo constituye la STS 27/2/95, AA.585, que anula un acto por el que el Gerente de una Universidad acordaba los servicios mínimos exigibles un día de huelga; según el Tribunal, la competencia no correspondía al Gerente, sino al Rector de la Universidad y a la Administración autonómica. Otro ejemplo de incompetencia material viene representado por la STS 18/2/95, AA.559, en la que se resuelve la «nulidad de las actuaciones, pues en el procedimiento se ha vulnerado el principio esencial de distribución de competencias en el ejercicio de la potestad sancionadora para la defensa del consumidor entre la Administración estatal y autonómica».

<sup>83</sup> Como ejemplo de incompetencia territorial aplicada por la jurisprudencia para anular un acto administrativo cabe citar la STS 22/10/85, AA.127/85, que anula una expropiación forzosa acordada por un Ayuntamiento sobre un inmueble radicado fuera de su término municipal. Merecen recogerse aquí también pronunciamientos que se sustentan en la confirmación del ejercicio de potestades administrativas en un determinado territorio por parte de un concreto municipio (y no otro) como criterio para asignar dicho territorio pertenece a un concreto término municipal; así, STS 20/9/2006, RJ 7442, y STSJ Cantabria 30/5/95, AA.192: en ambos casos se dirime un deslinde de términos municipales entre localidades diferentes, llegando a la conclusión de que el territorio controvertido debe corresponder al municipio que efectivamente ha venido ejerciendo potestades administrativas sobre el mismo.

<sup>84</sup> Existen multitud de ejemplos de anulación de disposiciones normativas que incumplen el principio de legalidad estricto impuesto sobre el ejercicio de la potestad sancionadora. Sirvan de ejemplo, entre otras, las SSTC 109/94, de 11 de abril, 219/1991, de 25 de noviembre; o la 77/1983, de 3 de

«El art. 25.1 CE, que no es sino una manifestación, potenciada en su intensidad, para el ámbito del *ius puniendi* del Estado y de la potestad sancionadora de las administraciones públicas, del principio de juridicidad que rige la actividad de éstas, «sometidas plenamente a la Ley y al Derecho» (art. 106 CE), más allá de la pura legalidad (art. 9 CE), diferencia trascendente que responde a la concepción del sistema como Estado de Derecho»; STC 117/1995.

#### h) *Su ejercicio está sujeto a garantías de procedimiento*

En tanto que poder público legitimado, la potestad administrativa exhibe un contrapunto de garantías que, en mi opinión, *forma parte del concepto mismo de potestad*<sup>85</sup>; este hecho (el debido equilibrio que ha de existir entre poder o privilegio y garantías correlativas frente a su ejercicio) constituye, verdaderamente, el principal presupuesto para aceptar la perduración del poder público. No se concibe la potestad administrativa sin su correlato garantista. Toda potestad administrativa, por la derogación del principio igualitario que comporta, se ve sujeta a rigurosos requisitos de ejercicio, y el ordenamiento jurídico rodea de especiales garantías a los sujetos que eventualmente se encuentren sometidos a ella.

Por consiguiente, no resulta posible conferir una potestad administrativa de manera que, al hacerlo, se postergue o derogue el correspondiente contrapunto de garantías jurídicas exigibles con ocasión de su ejercicio.

El ejercicio de las potestades administrativas está sujeto a garantías de procedimiento, que han sido establecidas tanto a nivel constitucional como con rango legal. En función de la intensidad de la potestad, también serán más o menos exigentes las garantías establecidas frente a su ejercicio. Resulta imposible (e innecesario) referir aquí todas y cada una de tales garantías, pero sí es pertinente mencionar las más relevantes.

Así, la garantía primaria es la de procedimiento: las potestades administrativas han de ejercerse siguiendo el procedimiento legalmente establecido. En este sentido, la Constitución (art. 105.c) garantiza la existencia de una ley de procedimiento administrativo, y declara, además, que dicha ley regulará el trámite de audiencia.

---

octubre, en la que puede leerse: «Los límites que la potestad sancionadora de la Administración encuentra en el art. 25.1 de la Constitución son: a) la legalidad, que determina la necesaria cobertura de la potestad sancionadora en una norma de rango legal...».

<sup>85</sup> M. HAURIOU ya apuntaba que, frente a la proclamación de las prerrogativas de la Administración, los administrados disfrutan de importantes garantías; *vid. Obra escogida, op. cit.*, p. 100.

En general, la totalidad de la doctrina jurídica resalta el necesario correlato entre potestad y garantía, que se encuentra en la base misma del Derecho Público; *vid.*, especialmente, GARRIDO FALLA, F.: «Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales», *RAP*, núm. 7, 1952, pp. 35 y sigs.; y MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, J.L.: *Introducción...*, *op. cit.*, p. 32.

*Vid.*, por otra parte, la Introducción de este trabajo, en donde se pone de manifiesto que ya en período revolucionario existía una correlación intrínseca entre potestad y garantía.

El Tribunal Constitucional considera que, en el procedimiento administrativo sancionador, la omisión del trámite de audiencia vulnera el art. 24 CE, generando una indefensión tutelable por vía de amparo; y en el resto de procedimientos que provoquen efectos desfavorables, podría valorarse su inconstitucionalidad en función del art. 105 *c*) CE, aunque en este supuesto no se vulneraría un derecho fundamental y, por consiguiente, el particular no podría recurrir en amparo<sup>86</sup>. En conexión con esta garantía se encuentra la participación en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas generales (art. 105.*a* CE), coherente con el carácter de potestad administrativa que ostenta la potestad reglamentaria.

La *motivación* del acuerdo de aplicación también es una garantía frente al ejercicio de potestades administrativas, cuando el acto de aplicación limite el ejercicio de un derecho constitucional, expresión que no sólo abarca los derechos fundamentales, sino todos los recogidos en el Título I de la Constitución.

Según la STC 26/1981, de 17 de julio, cuando una resolución administrativa limite el ejercicio de un derecho constitucional, «el acto es tan grave que necesita encontrar una especial causalización y el hecho o el conjunto de hechos que lo justifican deben explicarse con el fin de que los destinatarios conozcan las razones por las cuales su derecho se sacrificó y los intereses a los que se sacrificó»<sup>87</sup>.

El requisito de la motivación es inexcusable, asimismo, cuando se trata de ejercer potestades discrecionales, por cuanto la falta de motivación es indiciaria de arbitrariedad. En este caso, la exigencia del trámite engarza con una serie de principios constitucionales; por ello, aun cuando el alcance del vicio sea de mera anulabilidad, debe destacarse su vinculación con el sistema del Estado de Derecho que acoge la Constitución.

«El art. 9.3 garantiza la «interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos» y, por tanto, la de la Administración, que aún en el ejercicio de una indiscutible potestad discrecional, ha de someter su actuación a los fines que la justifican y servir objetivamente a los intereses generales (arts. 103.1 y 106.1 de la misma Constitución) y, por tanto, las resoluciones de 28/1/80 y 5/2/81, que (como hemos dicho) ni siquiera intentan dar una sola razón que pueda justificar la decisión

<sup>86</sup> Sobre todo ello, *vid.* mi trabajo «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, núm. 85, 1995, pp. 99 y sigs.

<sup>87</sup> En la STC de 6 de junio de 1995 puede leerse: «invocación genérica de una potestad administrativa que no basta por sí sola para motivar un acto o medida cuando se trata de actos administrativos que limiten derechos subjetivos o intereses legítimos (art. 54 de la vigente Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común); y que, en el caso, al estar involucrado el derecho a la libertad sindical garantizado en el art. 28.1 CE, requiere que la Administración exprese los motivos de su decisión de cambio de destino; lo cual permitiría, además, el adecuado control por los órganos jurisdiccionales de la legitimidad del ejercicio de aquella potestad administrativa desde la perspectiva del derecho fundamental en presencia».

que adoptan, serían, en todo caso, contrarias a Derecho por arbitrarias, y deberían ser anuladas y dejadas sin efecto»; STS 4/7/86, AA.745<sup>88</sup>.

De otro lado, los arts. 9.3 y 25 CE proclaman el principio de irretroactividad de las disposiciones administrativas desfavorables o restrictivas de Derecho. El respeto de tales garantías resulta exigible mediante el correspondiente control jurisdiccional:

«Es obvio que esta Ley [26/1984, de 19 de julio, de Defensa de los Consumidores] no podía prestar cobertura legal al RD 1945/1983 para la imposición de sanciones por infracciones cometidas con anterioridad a la vigencia de la Ley, dada la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras (art. 9.3 de la Constitución)»; STC 15/2/94, AA.668/94.

La jurisdicción contencioso-administrativa conjuga este principio con la posibilidad de variar el régimen jurídico-administrativo de los diferentes sectores económicos, que deberán adaptarse a las nuevas circunstancias, sin que ello permita revocar de oficio mediante disposiciones normativas las autorizaciones de que disfruten los administrados, exigiéndose en todo caso una ulterior actividad de policía administrativa dirigida a contrastar el respeto de la nueva regulación. Los actos singulares resultantes de esta actividad controladora no serían retroactivos; en cambio, la revocación general de las licencias, sí:

«El principio de irretroactividad de las normas indica que estas se dictan hacia el futuro. Este principio es aplicable a la Ordenanza que nos ocupa. Ahora bien, sin vulneración de este principio, la norma cuestionada no olvida que toda industria o actividad debe reunir, en cada momento, las condiciones establecidas en la legislación vigente (...). Pero esto (la efectividad de lo normativamente exigido), requiere el respeto de los derechos adquiridos (...). Por ello, resulta correcto que el Tribunal de instancia haya declarado ilegal el segundo párrafo de la Disposición Transitoria segunda de la Ordenanza: tal declaración no impide, en su caso, una actividad administrativa posterior en garantía del interés público»; STS 15/6/92, AA.220/93.

i) *Su ejercicio puede corresponder tanto a sujetos públicos como privados*

Tal y como se desprende de la delimitación conceptual que hemos realizado de la potestad administrativa, no forma parte necesaria de su naturaleza jurídica que esta manifestación de poder se atribuya necesariamente a la Administración pública: su ejercicio puede corresponder a otras entidades del sector público, así como a sujetos estrictamente privados. Hemos tenido ocasión de apuntar algo a este respecto un poco más atrás, y desarrollaremos la cuestión en el Capítulo II (principalmente, en los apartados 2.4 y 4.2), sin que convenga detenerse en ella ahora por razones de claridad expositiva.

<sup>88</sup> *Vid.*, asimismo, entre otras, las SSTS 13/12/95, AA.96; 10/11/94, AA.292/95; 7/12/94, AA.405; la STSJ Madrid 23/2/95, AA.142; y la STSJ País Vasco 26/6/95, AA.236.

Únicamente apuntaré un par de ideas que se abordan en esos otros lugares. Por un lado, hemos notado ya que se reservan a la Administración pública en sentido estricto las potestades administrativas que supongan el ejercicio de autoridad o *imperium*, que deben ser ejercidas por empleados públicos que ostenten la condición de funcionarios; pudiendo asumirse por entidades privadas las potestades administrativas que no ostenten ese rasgo. Por otro lado, veremos más adelante que el propio ordenamiento jurídico admite el ejercicio de potestades administrativas por entidades del sector público con forma de personificación de Derecho Privado, y también comprobaremos que es común en la doctrina valorar el fenómeno de la externalización de funciones públicas como una transferencia de potestades administrativas al sector privado que debe verse correspondida con la sujeción de su ejercicio al Derecho Administrativo.



---

## CAPÍTULO II

# LOS CONCEPTOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO Y DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Tal y como se explica en la Introducción, en este Capítulo se reflexiona sobre los conceptos contemporáneos de Administración pública y Derecho Administrativo, partiendo del acervo existente y dándolo por conocido<sup>1</sup>.

### 1. PRELIMINAR: LA AUSENCIA DE UN CONCEPTO UNITARIO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO ADMINISTRATIVO EN EL DERECHO POSITIVO. EL FENÓMENO DE LA HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Como cuestión preliminar, es necesario recordar que nuestro Derecho positivo no establece un concepto unitario de Administración pública. Las normas

<sup>1</sup> La reflexión sobre los conceptos en examen constituye una de las aportaciones más formidables de la doctrina jurídico-administrativa desde sus orígenes. Es sencillamente imposible dar aquí cuenta cabal de este fabuloso acervo. Para conocer sus trazos esenciales, y las principales referencias bibliográficas en la materia puede acudir a ALLI ARANGUREN, J.C.: *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006, quien sintetiza el conjunto de teorías que se han mantenido hasta esa fecha. Una obra que puede complementarse con la obra de SCHMIDT-ASSMANN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003, dada la gran influencia de esta teoría sobre el pensamiento jurídico-administrativo contemporáneo; así como con algunas aportaciones posteriores o complementarias, como es el caso de REBOLLO PUIG, M.: «El Derecho Administrativo como derecho único de la administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2003; PAREJO ALFONSO, L.: *Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España*, INAP-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 193, 2014; y CASSESE, S.: *Derecho Administrativo: historia y futuro*, INAP, Madrid, 2014. También es pertinente señalar la obra colectiva PÉREZ MORENO, A. (coord.): *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. II, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Madrid, 1994, por la cantidad de aportaciones dedicadas al análisis de esta cuestión desde diferentes puntos de vista, y la profusión de referencias bibliográficas que en las mismas se contienen.

jurídico-administrativa, especialmente cuando son de carácter transversal y se dictan en desarrollo de la competencia estatal básica sobre régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE), o de legislación procesal (art. 149.1.6.<sup>a</sup> CE, por lo que se refiere a la jurisdicción contencioso-administrativa), dedican siempre las primeras disposiciones a determinar su ámbito de aplicación, estableciendo reglas específicas respecto a lo que se entiende por Administración pública a efectos de tal Ley. No se apartan de esta tónica las recién aprobadas leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) y 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP). Parece que en este punto nuestras normas reflejan la resignada afirmación de FORSTHOFF, para quien «la Administración se deja describir, pero no definir»<sup>2</sup>.

Esto obliga a indagar el concepto de Administración pública más allá de lo que establezca el Derecho positivo, aunque evidentemente no se pueda desconocer su impronta. Pero, a la hora de interpretar las normas jurídicas que evocan el concepto de Administración, es preciso acudir no sólo al Derecho interno, sino también al Derecho de la Unión Europea, en la medida que sus postulados son igualmente operativos en nuestro ordenamiento jurídico y resultan además decisivos para determinar el contorno aplicativo de las normas internas, como sucede notablemente en materia de contratación pública.

Por otra parte, no puede dejar de señalarse que el hecho de que la identificación de lo que sea la Administración pública se haya entregado al legislador en nuestro Ordenamiento jurídico, llegando a delimitarse el ámbito subjetivo de manera diversa por parte de diferentes normas que son todas aplicación de la competencia estatal para determinar el régimen jurídico básico o común de la Administración, ha propiciado el fenómeno conocido como la *huida* del Derecho Administrativo.

En efecto, como hemos comprobado en el Capítulo anterior, durante toda su evolución histórica desde las revoluciones constitucionalistas del siglo XVIII la Administración ha venido sometiéndose a un Derecho específico y singular, que presenta los rasgos característicos del sistema continental europeo: un Derecho de prerrogativas y garantías, de poderes exorbitantes cuyo ejercicio se encuentra trabado por una serie de requisitos que pretenden preservar la objetividad en el uso del poder. Estos requisitos son, especialmente, de carácter procedimental: la Administración debe actuar conforme a ciertos trámites burocráticos, complicados,

<sup>2</sup> Sostiene el autor: «Desde antiguo se encuentra la ciencia del Derecho Administrativo ante el problema de una definición de su objeto, la Administración. La razón de esto no se debe a una formación deficiente de la ciencia; desde luego, no se trata de un error superable de la teoría. Más bien radica en la misma índole peculiar de la Administración que se deja describir, pero no definir»; cfr. FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958, p. 11.

enjundiosos, que ralentizan la actividad administrativa, pero pretenden evitar el avasallamiento de los derechos individuales o el empleo arbitrario del poder público. Las normas jurídico-administrativas dedican gran parte de su articulado a establecer estos procedimientos conforme a los que debe actuar la Administración.

El hecho de que tales procedimientos sean largos y complejos resulta contrario a la necesidad de que la Administración actúe eficazmente para la satisfacción del interés general (art. 103 CE). La Administración es lenta, y la sociedad reclama una rápida respuesta a sus necesidades. En el agotador detallismo del Derecho Administrativo reside su propia perdición, pues al regular los procedimientos con tanta minuciosidad, se convierte en un lastre y un estorbo para la gestión administrativa. Se instala así en la conciencia colectiva una ecuación conforme a la cual el Derecho Privado equivale a eficacia y agilidad, y el Derecho Público a burocracia y lentitud.

Para sortear ese rigor formal se forjó un artificio tan asombroso como inaceptable, del que dimos cuenta en la Introducción: los poderes públicos crean nuevos entes y organismos a los que se les atribuye personalidad jurídica privada, afirmando formalmente que no son Administraciones públicas, y evitando por tanto que se les aplique el Derecho Administrativo. Como ya adelanté entonces, es un fenómeno del que tempranamente advirtió el profesor CLAVERO, calificándolo como *huida del Derecho Administrativo*<sup>3</sup>.

— Por lo que se refiere a su *organización*, estos sujetos se constituyen en unos casos bajo la forma de sociedades mercantiles, reguladas por la Ley de Sociedades Anónimas, disponiendo de sus mismos órganos de gestión, a pesar de que el capital es público (así, Correos y Telégrafos SA, RTVE, etc.). En otros casos, se trata de instituciones que reciben un régimen jurídico distinto y peculiar, siendo regidos por órganos especiales (por ejemplo,

<sup>3</sup> Vid. CLAVERO ARÉVALO, M.: «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular de las Administraciones Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962, trabajo con el que se acuñó esa exitosa expresión. Son innumerables las aportaciones doctrinales posteriores que abundan en la misma línea; vid. especialmente SALA ARQUER, J. M.: «Huida al Derecho Privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992, pp. 399 y ss.; BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 233 y sigs.; DEL SAZ, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en VV.AA.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Civitas, Madrid, 1992, pp. 172 y sigs.; de la misma autora, «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, 1994, pp. 57 y sigs.; LAGUNA DE PAZ, J. C.: «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 136, 1995, pp. 201 y ss.; DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995; MARTÍN-RETORTILLO, S., «Reflexiones sobre la «huida» del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 140, 1996, pp. 25 y ss.; y MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑIZ: «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)», *RAP*, núm. 144, 1997, pp. 45 y sigs.

el ente público Aeropuertos del Estado y Navegación Aérea, o la Agencia Estatal de la Administración Tributaria). Pero en todo caso, son creados como personas jurídicas distintas de la Administración que los genera.

- Pero en lo que se refiere a su *actividad*, lo que se pretende en todos los casos es evitar más o menos ampliamente la aplicación del Derecho Administrativo a estas nuevas instituciones, sometiéndolas formalmente al Derecho Privado en grandes parcelas de su actuación y excluyendo la aplicación del Derecho Administrativo. Ello comporta un aligeramiento de los trámites y una administración más eficaz, pero al mismo tiempo, supone un debilitamiento de las garantías de objetividad que comportan los procedimientos administrativos.

A modo de ejemplo, para la celebración de los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992 se crearon una serie de sociedades anónimas públicas que recibieron los fondos con los que construir las infraestructuras necesarias para la celebración del acontecimiento. Estas sociedades contrataron con empresas constructoras privadas un importe global aproximado de 1.200 millones de euros. Debido a que no contrató directamente la Administración del Estado, sino las empresas mercantiles de capital público creadas a tal efecto, estas contrataciones no se efectuaron conforme a la entonces vigente Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, sino con sujeción a la legislación privada, en la que se puede contratar con cualquier sujeto y a cualquier precio. Otro tipo de entidades pretenden objetivos similares, tanto en la Administración del Estado (por ejemplo, el llamado Administrador de Infraestructuras Ferroviarias-Adif), como en las Comunidades Autónomas, muchas de las cuales han creado entes de gestión de infraestructuras (Andalucía, Castilla-La Mancha, Castilla y León, Cataluña, País Vasco...) de forma que un gran porcentaje del gasto público se canaliza a través de tales entidades. Es manifiesto el peligro de arbitrariedad que todo ello comporta en relación con el empleo de fondos públicos.

El fenómeno privatizador se extendió como una plaga, dando lugar a una verdadera constelación de instituciones. En la medida que la Administración adopta formas jurídicas de Derecho Privado, el modelo que se está implantando parece aproximarse al sistema anglosajón del *rule of law*. Sin embargo, en nuestro ordenamiento esta operación presenta claras deficiencias, porque el sistema anglosajón ha articulado mecanismos específicos con los que garantizar la objetividad de la actuación de la Administración, en tanto que en nuestro Derecho no existen tales mecanismos: el Derecho garantizador es el Derecho Administrativo, no el Derecho Privado. Por ello, un importante reto que tiene planteado el Derecho Administrativo en este momento es conseguir reconstruir las garantías y controles ante estas nuevas instituciones administrativas, que el legislador declara formalmente sometidas al Derecho Privado, y actúan en consecuencia al margen del Derecho garantizador de la objetividad y de los derechos individuales.

Algunas iniciativas legislativas han pretendido poner freno a esta situación, o cuando menos limitar los abusos. Un importante pronunciamiento judicial en esta materia es la STS 24/11/2009, RJ 1821/2010, que declara nulo un Decreto que modificaba los Estatutos de la empresa pública EGMASA y le transfería funciones públicas de carácter administrativo, porque ello constituye «un riesgo potencial de fuga del Derecho Administrativo»<sup>4</sup>.

Estos abusos pueden frenarse reflexionando sobre las nociones de Derecho Administrativo y de Administración pública que incorpore la actividad de tales entidades. Esta intención es la que anima las siguientes páginas, que por otra parte encuentran singular apoyo en la nueva legislación básica sobre régimen jurídico del sector público y procedimiento administrativo común que acaba de dictarse.

## 2. REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

### 2.1. La Administración como interfaz del poder político con la ciudadanía (organización creada para actuar en el giro o tráfico jurídico y económico)

La Administración pública puede ser definida como la organización creada por el poder público para actuar directamente en el giro o tráfico jurídico y económico. En eso consiste su función constitucional específica, que la distingue y singulariza de cualquier otro sujeto o poder público, puesto que ninguna otra organización del poder público ha sido creada con esa finalidad específica.

#### 2.1.1. *Alcance del concepto*

El constitucionalismo moderno atribuye funciones distintas a los diferentes órganos y poderes constitucionales. Inicialmente (en la época en que hemos fijado el origen del Derecho Administrativo), se trataba de tres poderes básicos o primarios: legislativo, ejecutivo y judicial; posteriormente se han ido incorporando otros poderes públicos diferentes (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, etc.), que contribuyen a reforzar la misión primaria de la división señalada por CARRÉ DE MALBERG: que tales poderes actúen como frenos y contrapesos recíprocos. No es el momento de profundizar en la función específica que corresponde a otros órganos o poderes constitucionales distintos, sino de identificar e individualizar respecto al resto la concreta función que corresponde a la Administración. Y esa función es la de ser el *brazo funcional u operativo del sector público*, esto es, actuar directamente en el giro o tráfico jurídico y económico, entablar relaciones con los restantes sujetos, dictando actos administrativos, suscribiendo contratos, realizando actividades

<sup>4</sup> Si bien, el motivo de la anulación del Decreto fue la omisión del trámite de audiencia en su procedimiento de elaboración, no siendo preciso conferir carácter invalidante a ese riesgo de fuga.

materiales o prestacionales (construir carreteras, prestar asistencia sanitaria, etc.), y, en definitiva, articular y canalizar toda aquélla acción pública que exija y suponga una tarea *ejecutiva*, en el sentido convencional del término<sup>5</sup>. La Administración pública es la organización creada por el poder público con la misión principal de actuar en el giro o tráfico jurídico y económico, entablando relaciones jurídicas con los ciudadanos.

En efecto, en el concierto de los poderes públicos la Administración desempeña una concreta finalidad: la de ser el *brazo ejecutivo* del sector público, el interfaz que conecta el poder público con la ciudadanía<sup>6</sup>. Como se comprobó en el Capítulo I, las revoluciones constitucionalistas muestran la evidencia de erigir unos poderes públicos que velen por el interés general, y se articula un reparto de funciones entre todos ellos. El poder legislativo concretiza el interés general que debe ser atendido. Para lograrlo existen diferentes medios. La Administración pública es el sujeto mediante el cual se actualiza y hace posible la realización del interés general cuando su satisfacción debe articularse mediante una actuación que requiera actuar en el giro o tráfico jurídico y económico, esto es, cuando sea necesario entablar relaciones con la sociedad y el mercado.

Por esa razón, la actividad administrativa es versátil y mutable: por su propia transversalidad o instrumentalidad, toda vez que no se traduce o consiste en una determinada técnica o un específico medio de actuación, sino que se pone por entero al servicio de un fin, cuya satisfacción puede llevarse a cabo con diferentes técnicas o instrumentos según las circunstancias contextuales. En orden a realizar su misión institucional, la Administración dispondrá de los medios con que le apodere el ordenamiento jurídico, en virtud del principio de legalidad. Eso explica la incesante mutación de las técnicas y medios de intervención administrativa. Pues a medida que avanzan la sociedad y la técnica, y a medida también que se transforma la economía, surgen nuevas necesidades o realidades requeridas de regulación, se ingenian nuevas técnicas de intervención, y se abandonan otras que quedan trasnochadas y resultan ineptas para el nuevo concierto.

Este concepto es próximo al que han expresado otros autores con anterioridad, especialmente los que postulan teorías de carácter subjetivo (u organizativo) para

<sup>5</sup> Esta visión de la Administración no es en absoluto novedosa: ya la sostuvo el conde Pierre-Louis ROEDERER en un discurso ante el *Corps législatif* en 1789, calificando a la Administración como «el instrumento de relaciones recíprocas entre la voluntad pública y los intereses particulares»; *vid.* LEGENDRE, P.: *L'Administration du XVIII siècle à nos jours*, PUF, Paris, 1969, p.268.

<sup>6</sup> En la misma línea, sostiene MARTÍN REBOLLO, que «según la Constitución, la Administración es el brazo ejecutor de los fines del Estado»; *cfr.* MARTÍN REBOLLO, L.: «Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico», en VV.AA.: *La Constitución y su incidencia en el Derecho Público interno del Estado*, Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1989, p. 45.

identificar a la Administración, como es el caso de GIANNINI<sup>7</sup>, aunque no coincide plenamente con ellos. Se trata de una definición puramente descriptiva, y como tal, se diría que también exigua, trivial, incapaz de expresar el alcance genuino de esa función, el alcance o engarce constitucional de la posición de la Administración y de los principios que son inherentes a su actividad. Pero, como se verá enseguida, la definición propuesta en absoluto niega o rechaza la inmanencia de tales principios y garantías constitucionales que rodean el quehacer de la Administración, pues tanto unos como otros contribuyen a identificar a la Administración como poder público, y a someterla al régimen propio de un Estado de Derecho.

Se trata, pues, de una definición neutra, que no trivializa la dimensión institucional que ostenta la Administración en cuanto que poder público, aunque tampoco la realza, pues su función no es otorgar mayor o menor empaque a la institución, sino identificarla de manera incontrovertible. En ese sentido, el concepto expuesto resulta inequívoco en el desempeño de la función que le corresponde: pues lo que resulta relevante a efectos de una definición no es el mayor o menor fuste de sus postulados dogmáticos, sino su capacidad para identificar certeramente el objeto definido, diferenciándolo de cualquier otra noción o, en este caso, sujeto jurídico. En suma, no es precisa mayor sofisticación para identificar incontrovertiblemente a la Administración pública como sujeto, pues la definición propuesta permite diferenciar a la Administración, tanto de otros sujetos públicos, como de los sujetos privados, tal y como se analiza a continuación.

### 2.1.2. *Deslinde entre la Administración y los restantes poderes y sujetos públicos*

La Administración se diferencia del resto de poderes públicos en que ningún otro tiene encomendada la función específica de actuar directamente en el giro o tráfico jurídico y económico. Todos ellos han sido concebidos y creados para otros fines, actuando, en su mayoría, como contrapesos de poder: el Poder Legislativo, el Judicial, la Corona, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas... son órganos constitucionales que asumen otras funciones específicas y distintas para las que, en línea de principio, no se exige intervenir en el tráfico jurídico y entablar relaciones jurídicas con la ciudadanía.

Todos esos órganos constitucionales tienen una mínima estructura de medios personales y materiales, para cuya gestión se requiere indudablemente una mínima intervención en el mercado, articulada mediante relaciones jurídicas (contratos, actos de gestión del personal, etc.); pero esa parcela de la actividad del órgano constitucional tiene un carácter meramente instrumental o accesorio, no constituye su función propia o característica, sino que viene asociada a ella inevitablemente por razones de

<sup>7</sup> Vid. GIANNINI, M.S.: *Lezioni di Diritto Amministrativo*, Giuffrè, Milano, 1959-1960.

índole puramente práctica. En cambio, para la Administración pública esa función le es propia y consustancial, es lo que le confiere sentido a su existencia, y no ostenta un carácter meramente accesorio o derivado de la necesidad de disponer de medios para el desempeño de otra función distinta a la que preste soporte instrumental.

Por su parte, junto a su misión primordial, la Administración pública también asume otras funciones —como la potestad reglamentaria—, que se le atribuyen coherentemente con su posición en el entramado institucional y no contradicen en modo alguno lo antedicho. Por lo demás, dicha función constituye asimismo una potestad administrativa, en el sentido apuntado en el Capítulo anterior, y por consiguiente su atribución y ejercicio se regula de acuerdo con el Derecho Administrativo, como sucede con todas las potestades administrativas, tal y como se expone más adelante.

## 2.2. La personalidad jurídica como atributo necesario de la Administración pública

La personalidad jurídica es un atributo necesario de la Administración pública. Es inconcebible la Administración sin personalidad: siendo la premisa mayor del silogismo que la personalidad jurídica es una *fictio iuris*, cuyo único sentido es identificar e individualizar un centro de imputación de relaciones jurídicas; y la premisa menor el hecho de que la Administración es un sujeto que se crea precisamente con el fin institucional de actuar en el giro o tráfico jurídico o económico; la consecuencia o conclusión que de ello se sigue es que la personalidad jurídica constituye un atributo necesario de la Administración, un instrumento que ésta requiere inexorablemente para poder llevar a cabo su función constitucional específica<sup>8</sup>.

<sup>8</sup> Estas afirmaciones no son absolutamente pacíficas. La profundidad y amplitud de matices presentes en este debate quedaron ricamente reflejados en PÉREZ MORENO, A. (coord.): *Administración instrumental*, *op. cit.*, vol. 2, 1994, donde pueden consultarse las aportaciones de GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público», pp. 825 y sigs.; BOQUERA OLIVER, J.M.: «La sistematización del Derecho Administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado», pp. 839 y sigs.; CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR: «La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura», pp. 849 y sigs.; ESTEVE PARDO, J.: «La personalidad jurídica en el Derecho Público y la dialéctica Estado-Sociedad. Perspectiva histórica», pp. 871 y sigs.; GALLEGO ANABITARTE, A.: «Órganos constitucionales, órganos estatales y Derecho Administrativo», pp. 881; GONZÁLEZ SALINAS, J.: «Personalidad y definición del Derecho Administrativo», pp. 909 y sigs.; LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones de Administración pública y de personalidad jurídica en el Derecho Administrativo», pp. 955 y sigs.; MEILÁN GIL, J.L.: «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica», pp. 971 y sigs.; y MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: «La huida de Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones», pp. 989 y sigs. Por la riqueza de matices de su aproximación y su vasta referencia bibliográfica de Derecho comparado, es también oportuna la consulta de SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos...*, *op. cit.*, pp. 828 y sigs.

Esa personalidad jurídica es predicable de cada Administración pública existente, que goza de personalidad jurídica propia, y única, para todos sus órganos; así lo refleja nítidamente el art. 3.4 LRJPAC, cuando dispone: «Cada una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única». Y existen argumentos aparentemente triviales, pero poderosamente expresivos, que así lo confirman en la práctica: por ejemplo, el hecho de que cada organismo o entidad del sector público, ya se constituya con arreglo al Derecho Público o al Privado, dispone de un Número de *Identificación* Fiscal propio, que incorpora después cotidianamente a su giro o tráfico jurídico, ya sea al abrir una cuenta corriente, al expedir una factura, o incluso al suscribir escrituras notariales; pues ese código, en efecto, le *identifica* ante el resto de sujetos intervinientes en el tráfico jurídico, revelando su individualidad como centro de imputación de relaciones jurídicas, que es esencialmente la finalidad característica de la personalidad como institución jurídica<sup>9</sup>.

Por consiguiente, la personalidad jurídica no es una etiqueta, un apósito o condición añadida a la Administración pública, sino que es un rasgo intrínsecamente inseparable de la condición de Administración pública, una exigencia operativa que ostenta carácter constitutivo e indisoluble de la propia existencia de la Administración.

Pero esta constatación no rebaja la cualidad sustantiva que ostenta la Administración en cuanto que poder público, ni le hace desmerecer de la alta función que tiene encomendada: antes bien, el carácter vicario de la Administración, el hecho de que existe vicarialmente, funcionalmente, para satisfacer el interés general, es un hábito que se inculca en la entraña misma del ser de la Administración y le penetra

---

Por otra parte, así como el debate sobre esta cuestión en el seno del Derecho Público ha sido muy intenso, no cabe decir lo mismo del Derecho Privado, cuyos estudios sobre la personalidad jurídico-pública suelen tomar como punto de referencia el art. 35 Cc., en el que se reconoce personalidad jurídica a las «corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley». La aproximación generalizada a esta cuestión reside en identificar el término «corporaciones» con las Administraciones públicas en general (no solo con las entidades de carácter corporativo, en su acepción estricta); *vid.* DE SALAS MURILLO, S.: Comentario al art. 35, en *Comentarios al Código civil*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 295 y sigs.; CAFFARENA LAPORTA, J.: «Comentario a los arts. 35 a 39», en *Comentarios del Código civil*, Ministerio de Justicia, Tomo I, 1991, CAPILLA RONCERO, F.: *La persona jurídica: funciones y disfunciones*, Tecnos, Madrid, 1984.

<sup>9</sup> La expedición del NIF a las personas jurídicas se regula actualmente en el RD 1065/2007. Existe una clave identificativa de cada tipo de forma jurídica adoptada por la persona jurídica en cuestión. Las Administraciones públicas tienen las claves «P» (Corporaciones locales) y «Q» (organismos públicos). Por esta vía se asignan Números de Identificación Fiscal a organismos autónomos, agencias, entidades públicas empresariales, universidades, etc. Cada una de ellas dispone de un código, lo cual también es un hecho demostrativo de que cada Administración disfruta de personalidad jurídica propia, y este número o código fiscal ayuda a identificarle de manera incontrovertible cuando actúan en el giro o tráfico jurídico y económico.

para conferirle rasgos específicos y determinantes. De tal manera que la función no se comprende sin la persona, ni la persona sin la función, entablándose así entre ambas una relación recíprocamente constitutiva en la que ambos elementos se precisan reflexivamente para existir. Y así, función y persona, inextricablemente unidas, se encuentran a su vez imbuidas y vinculadas a los principios constitucionales que condicionan la actuación del poder público en general y de la Administración pública en particular.

### 2.3. Administración pública en sentido amplio o lato (sector público institucional o administrativo) y Administración pública en sentido estricto

#### 2.3.1. Teoría general

Como puede comprobarse, según nuestra posición el rasgo que identifica a la Administración respecto a los sujetos privados deriva de su génesis: la Administración es creada por el poder público. Tal y como se verá más adelante, ese acto creador puede revestirse de una gran variedad de formas, adoptando tanto personificaciones instrumentales «de Derecho Público», como personificaciones «de Derecho Privado». El problema reside en este punto en diferenciar a la Administración de los sujetos privados cuando asume formas de personificación jurídico-privada en las que se dé entrada al capital privado.

El problema no es exclusivo de nuestro Derecho. Resulta expresivo lo acontecido en el Derecho de la Unión Europea, ante la necesidad de forjar un concepto unitario de Administración pública susceptible de acoger la variedad inherente a tradiciones jurídicas muy diversas. En ese sentido, es relevante la jurisprudencia del TJUE en materia de contratación pública, que fue conformando el concepto actualmente acogido en las Directivas de contratación, prescindiendo de etiquetas formales y sustentándose en criterios objetivos y funcionales<sup>10</sup>; con arreglo al art. 1.9 de la Directiva 2004/18/CE, es considerado «organismo de Derecho Público» cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y

<sup>10</sup> Sobre la cuestión, *vid.* especialmente la recapitulación de doctrina académica y jurisprudencial que recoge CALONGE VELÁZQUEZ, A.: «El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010, pp.11 ss. En relación con las nuevas directivas de contratos (y un complemento bibliográfico), *vid.* GIMENO FELIU, J.M.: «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, núm. 159, 2013, pp.48 ss.

- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho Público.

### 2.3.2. *Acogida de esta construcción en las nuevas leyes de régimen jurídico del sector público y de procedimiento administrativo común*

Las nuevas Leyes de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) y del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (LPACAP) coinciden plenamente con la hipótesis planteada. Para verificarlo, conviene transcribir en primer lugar el art. 2 LRJSP:

Artículo 2. *Ámbito Subjetivo*.—1. La presente Ley se aplica al sector público que comprende:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.
- d) El sector público institucional.

2. El sector público institucional se integra por:

a) Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.

b) Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.

c) Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la presente Ley.

3. Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público previstos en la letra a) del apartado 2.

La primera y significativa aportación de la Ley es introducir un término más amplio que el de Administración pública, adoptando el de sector público, que incluye el universo de sujetos que hasta hoy se calificaban como Administración en sentido estricto, pero añadiéndole otra serie de entidades que también orbitan en la galaxia de organizaciones públicas. Hemos de reparar en el hecho de que se trata en todo caso de entidades incluidas en la noción de Administración pública expuesta más arriba (esto es, que han sido creadas para intervenir en el tráfico jurídico), sin englobar a otras manifestaciones del sector público, como los órganos constitucionales (y su correlativa organización administrativa), que no han sido creados con esa misión institucional: Cortes Generales, Defensor del Pueblo, Administración de la

Administración de Justicia, etc.; más adelante volveremos sobre el régimen jurídico que se aplica a la dimensión jurídico-administrativa de estos órganos constitucionales (y sus correlativos autonómicos).

El art. 2.3 LRJSP reserva el calificativo de Administración pública a una serie de sujetos. Debemos entender que tales organizaciones son Administraciones públicas en sentido estricto, cuyo rasgo principal es regirse por un Derecho estatutario propio, el Derecho Administrativo, que es su Derecho común o normal, tal y como se desarrollará un poco más abajo. Pero existe toda otra serie de organizaciones, las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas, que según el art. 2.2 b) LRJSP «quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas», precepto que guarda conexión con el art. 2.2 b) LPACAP, con el que muestra una completa asimilación material. Estas otras entidades obedecen al criterio propuesto más atrás para identificar a la Administración pública en cuanto que noción dogmática, esto es, derivada tanto de los principios que sustentan nuestro Ordenamiento jurídico, como del resultado que se infiere del Derecho positivo y, en definitiva, el conjunto de elementos que se emplean científicamente para conformar los conceptos e identificar a las instituciones jurídicas.

Podemos derivar de todo ello la inmanencia de dos categorías o nociones presentes en nuestro sistema jurídico:

- *La Administración pública en sentido estricto*, que se encuentra integrada por la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como cualesquiera organismos públicos y entidades de Derecho Público vinculados o dependientes de ellas; y
- *La Administración pública en sentido amplio o lato*, compuesta por las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas.

## 2.4. El régimen jurídico resultante

### 2.4.1. *La Administración pública en sentido estricto se rige por un Derecho estatutario propio. Ha sido creada esencialmente para ejercer potestades administrativas. Personalidad de Derecho Público y de Derecho Privado*

Desde el punto de vista de su régimen jurídico, el principal rasgo de la Administración pública en sentido estricto es que se rige por un Derecho estatutario propio<sup>11</sup>.

<sup>11</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, año X, 1960, pp. 317 y sigs.

Un Derecho que ha sido especialmente concebido para este tipo de entidades, con el que se pretende articular un marco normativo coherente con las funciones que se le encomiendan.

En este sentido, *las Administraciones públicas en sentido estricto han sido creadas para asumir masivamente el ejercicio de potestades administrativas, y por esa razón el ordenamiento jurídico concibe un marco normativo específicamente gestado para regular a las organizaciones que ostentan ese rasgo, y que, por tanto, se han de someter al Derecho Administrativo como régimen común y normal de actuación.* De suerte que se produce una correlación sustantiva-material (y no solo subjetivo-formal), entre el marco normativo (el Derecho Administrativo) y la función (el ejercicio de potestades administrativas). El hecho de que las Administraciones públicas ejerzan primordialmente potestades administrativas explica (y exige) su masiva sujeción a un Derecho específico, distinto del que rige la actuación de otros sujetos: ése es el Derecho estatutario de las Administraciones públicas. Por ello mismo, el Derecho Administrativo es el *Derecho normal* de las Administraciones públicas<sup>12</sup>, en cuanto que es el Derecho al que se someten normalmente las Administraciones públicas, aunque en algunas parcelas de su actividad también se rigen por el Derecho Privado.

Ese Derecho estatutario, propio y normal, es lo que permitiría trazar el deslinde entre la personalidad jurídica de Derecho Público y de Derecho Privado, según el criterio subyacente en el Derecho positivo. El art. 2.2 a) LRJSP, y el mismo precepto de la LPACAP (que encuentran su antecedente inmediato en el art. 2.2 LRJPAC), disponen que los organismos públicos y las entidades de Derecho Público son Administraciones públicas (en sentido estricto) y se someten plenamente al Derecho Administrativo. El criterio legal determinante de la personalidad jurídico-pública sería entonces el de la forma (según la taxonomía de GARRIDO FALLA)<sup>13</sup>: las formas de personificación de Derecho Público serían las que han sido previstas para su adopción específica por los poderes públicos, y por consiguiente, los ciudadanos

<sup>12</sup> Vid. CLAVERO ARÉVALO, M.F.: «Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952, pp. 544 y sigs.

<sup>13</sup> Quien identifica cinco criterios principales para identificar a un ente como público o privado: 1) *Criterio del fin*: el carácter público o privado de las personas jurídicas viene determinado por la naturaleza pública o privada de los fines que se persiguen en su actividad; 2) *Criterio de las prerrogativas*: el ente público se caracteriza por ostentar poderes de autoridad, expresión típica del *imperium* del Estado; 3) *Criterio de la creación o injerencia estatal*: son entes públicos los creados por el Estado u otro ente territorial, o bien, sobre los que éstos despliegan potestades de intervención o vigilancia; 4) *Criterio de la forma*: un ente es privado cuando adopta en su constitución una forma de personificación típica del Derecho Privado, y público, cuando su forma de personificación no cuenta con paralelo o equivalente en el Derecho Privado (p.ej., organismo autónomo, agencia pública); 5) *Criterio del encuadramiento*: un ente es público cuando se encuentra inserto o encuadrado en el complejo estructural de otro ente público, que ejerce sobre aquél poderes de tutela o de naturaleza jerárquica; *vid.* GARRIDO FALLA, F.: *Tratado...*, vol. 2, 1, pp. 329 y sigs.

no pueden constituir las *motu proprio*. Por el contrario, las personas jurídicas de Derecho Privado (civil o mercantil), pueden crearse por los particulares, y de hecho han sido principalmente concebidas y reguladas con ese propósito, articulando sus respectivos Derechos estatutarios propios. Ello no obstante, las Administraciones públicas también pueden constituir tales personas, cuando el ordenamiento jurídico se lo permita en el marco del principio de legalidad (que se desarrolla más tarde).

Ahora bien, debido a las particularidades que entraña el hecho de que la actuación del poder público se canalice a través de personas jurídicas que tienen un estatuto jurídico-privado (sociedades mercantiles, fundaciones), *i)* Ello no les exime de respetar los principios constitucionales básicos que vinculan a la Administración pública (ahora en sentido amplio o lato), tal y como se verifica seguidamente; lo cual *ii)* Determina que el Derecho Público regule ciertas adaptaciones del estatuto jurídico de tales personas de Derecho Privado, que tienen que ver tanto con los requisitos y procedimiento de creación de tales entidades por parte del sector público, como con su específico régimen de organización y funcionamiento, a fin de hacerlo compatible con dichos principios constitucionales que presiden el quehacer de la Administración pública. A continuación se profundiza en este aspecto.

#### 2.4.2. ***La Administración en sentido lato (sector público institucional) se rige por el Derecho Administrativo cuando ejerce potestades administrativas, y se somete además —y en todo caso— a los principios constitucionales que presiden el quehacer de la Administración***

Sea cual fuere la forma de personificación que adopte la Administración (en cuanto que entidad creada para articular las relaciones del poder público con la ciudadanía), ese ente u organismo ha de respetar los principios jurídicos constitucionales que presiden el quehacer de la Administración. El núcleo esencial de tales principios radica en el art. 103.1 CE, que como es sabido, dispone: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho». Quiere decirse que, cualquier entidad creada por el poder público para intervenir en el tráfico jurídico, debe respetar y atender tales principios, cualquiera que sea su forma de personificación. Se trata de un reducto mínimo e indisponible de garantías que dimanen de la propia economía constitucional, y resultan por tanto exigibles a todo el sector público administrativo<sup>14</sup>.

Además, tales entidades se someten al Derecho Administrativo cuando ejerzan potestades administrativas, pues tal y como vimos en el Capítulo anterior —§ 3.4.2—,

<sup>14</sup> Tal y como en su día ya sostuvo DEL SAZ, S.: «Desarrollo y crisis...», *op. cit.*, pp. 172 y sigs.

la atribución y el ejercicio de las potestades administrativas se encuentran rodeados de garantías específicas, esto es, se regulan por un Derecho específico, que es precisamente el Derecho Administrativo, tal y como se recordará de nuevo más adelante —§ 4.1.2 de este Capítulo—.

El nuevo art. 2.2 *b*) LRJSP, responde armónicamente a esta hipótesis, al establecer que «Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas (...) quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el art. 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas». Los principios de referencia, según el art. 3.1 LRJSP, son precisamente los consignados en el art. 103.1 CE, que constituyen, como hemos sostenido anteriormente, principios constitucionales que vinculan a todas las formas de personificación de la Administración —o Administración en sentido lato—, principios a los que el art. 3.2 LRJSP añade otros, de proclamación legal; se podría plantear la ampliación o minoración de estos últimos, en cuanto que se trata de un desarrollo acometido por el Estado en ejercicio de su competencia en la materia —art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE—; pero, desde luego, no se puede rechazar la plena sujeción del conjunto de entidades del sector público administrativo a los principios proclamados en el art. 103.1 CE, no porque hayan sido transcritos en el art. 3.1 LRJSP, sino porque así deriva necesariamente del orden constitucional.

En cualquier caso, el art. 3.1 LRJSP representa un avance indudable frente a la situación preexistente, cuando la invocación de tales principios carecía de respaldo normativo expreso: ahora, la exigibilidad de tales principios se sustenta, además, en el Derecho positivo. Pero, para ser plenamente coherente, esta nueva previsión legal requeriría un complemento normativo adicional: la ampliación expresa del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de encomendarle la actuación de las entidades del sector público institucional con personalidad jurídico-privada, al sólo objeto de verificar que sus actuaciones respetan los principios constitucionales aludidos.

## **2.5. Acomodación del continente al contenido: libre elección de la forma de personificación, con pleno respeto a la naturaleza de la forma elegida**

En orden a configurar la personalidad jurídica de la Administración se han dispuesto diferentes soluciones organizativas. La legislación ha previsto un amplio elenco de entidades bajo cuya forma jurídica puede desempeñar sus funciones la Administración pública. La adaptabilidad de la forma de personificación tiene que ver con el principio constitucional de eficacia, consagrado con igual rango y coordenadas —art. 103.1 CE— que el resto de principios jurídico-administrativos constitucionalizados.

En efecto, esa diversidad en las formas de personificación trae causa de la extraordinaria variedad de actividades que asume la Administración, que puede

tanto ejercer la potestad sancionadora como conceder subvenciones; realizar inspecciones y prestar servicios públicos —sanidad, transporte, agua, residuos, instalaciones deportivas...—; cobrar impuestos, o demoler edificios, y construir viviendas de protección oficial... En definitiva, hay un sinfín de tareas que el legislador, en la articulación del principio de legalidad, confía a la Administración, en cuanto que *brazo ejecutivo* que actúe en el giro o tráfico jurídico y económico. Unas amplían los derechos de los ciudadanos, y otras los restringen. Cada una exige medios diferentes para su realización práctica. Y ello, en fin, exige articular particularidades organizativas específicas para el adecuado desempeño de la función respectiva. Por eso se pueden constituir tanto personas «de Derecho Público», especialmente previstas para el ejercicio de potestades administrativas; como personas «de Derecho Privado», bajo las que puede presentarse la Administración con alguna adaptación organizativa.

*Pero el poder público no es enteramente libre de decidir la forma de personificación que elige cuando constituye una nueva entidad. En este aspecto emergen limitaciones de carácter ontológico, que tienen que ver con la naturaliza jurídica de la Administración y su correlativa forma de personificación jurídica. Si el nuevo organismo asume como misión nuclear el ejercicio de potestades administrativas, necesariamente debe adoptar una forma de personificación de las que calificamos como «de Derecho Público», pues en otro caso subvertiría la naturaleza de la entidad. De esta afirmación derivan dos consecuencias:*

1. Cuando se constituyan por parte de los poderes públicos nuevas entidades dirigidas a ejercer potestades administrativas, éstas deben tener necesariamente una de las formas de personificación que el propio ordenamiento jurídico admite para el ejercicio de tales potestades, esto es, debe asumir una personalidad «de Derecho Público», que se caracteriza por su sujeción al Derecho Administrativo como Derecho estatutario, como régimen común y normal del conjunto de su actividad
2. Si se constituye una entidad con forma de personificación jurídico-privada, pero se le atribuye el ejercicio de potestades administrativas, correlativamente se la debe entender sujeta al Derecho Administrativo en el ejercicio de tales potestades<sup>15</sup>, pues lo normal será que las entidades de Derecho Privado no asuman potestades administrativas<sup>16</sup>.

<sup>15</sup> Sobre esta cuestión volveremos más tarde: § 4.1.2 a) de este Capítulo.

<sup>16</sup> En ocasiones, el propio Derecho positivo expresa esa limitación: así, el art. 46.1 a) de la Ley 50/2002, de Fundaciones, establece que las fundaciones del sector público —entidades con personalidad jurídica privada— no podrán ejercer potestades administrativas.

### 3. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES QUE DETERMINAN EL ESTATUTO JURÍDICO BÁSICO DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración pública se encuentra vinculada por una serie de principios constitucionales que conforman su estatuto jurídico básico, tal y como hemos anticipado anteriormente. Entre ellos se sitúan primordialmente los que figuran en el propio texto constitucional, y particularmente en el art. 103.1 CE, que dispone: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho».

En este momento queremos destacar concretamente tres: la vinculación al interés general, el principio de objetividad y el principio de legalidad, porque encuadran el quehacer de la Administración pública y la definen institucionalmente<sup>17</sup>; los restantes principios, que no tienen menos importancia desde el punto de vista de su peso o valor constitucional, representan sin embargo menos interés específico a los efectos que pretenden destacarse en este trabajo. Esa identificación de los principios claves o nucleares de la Administración pública subyace también en el Derecho positivo, como expresivamente se observa en la Exposición de Motivos de la LPACAP, al señalar que: «La Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, *expresa y plenamente sometida a la Ley y al Derecho*, como expresión democrática de la voluntad popular, y consagra su carácter instrumental, al ponerla al *servicio objetivo* de los *intereses generales* bajo la dirección del Gobierno».

#### 3.1. La satisfacción del interés general: la Administración pública como organización vicaria

La Constitución española dispone: «La Administración pública sirve con objetividad los intereses generales»<sup>18</sup>. Como dijo VILLAR PALASÍ, la Administración es una organización vicaria, que se encuentra abocada a satisfacer en todo momento el interés general<sup>19</sup>. Es, por tanto, un sujeto creado con el fin institucional de satisfacer el interés general.

<sup>17</sup> Concepción subyacente también en otros autores; así, SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2014, p.76: «La Administración pública como institución al servicio objetivo de los intereses generales».

<sup>18</sup> Por ello mismo la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992 afirma: «La Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho, acorde con la expresión democrática de la voluntad popular. La Constitución consagra el carácter instrumental de la Administración, puesta al servicio de los intereses ciudadanos y la responsabilidad política del Gobierno correspondiente, en cuanto que es responsable de dirigirla».

<sup>19</sup> Vid. VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, UNED, Madrid, 1974.

Ello significa que, como ya se ha visto, aunque el interés general puede ser satisfecho por cualquiera, las Administraciones públicas *sólo* pueden satisfacer el interés general. Las Administraciones públicas se encuentran *siempre* condicionadas por este postulado: existen y han sido creadas *para* satisfacer el interés general<sup>20</sup>. Su entera actividad debe orientarse a este fin, y en este sentido, no ostentan un interés individual propio que pueda entrar en conflicto con los intereses individuales de los particulares, sino que ha de actuar en todo caso en persecución de un interés que le es trascendente, el interés general<sup>21</sup>. Como resumidamente se ha dicho, «el interés público es presupuesto y límite de la acción administrativa»<sup>22</sup>.

El hecho de que las Administraciones públicas hayan sido creadas para esta finalidad las reviste de peculiaridades. Exige, sobre todo, dotarlas de especiales prerrogativas, que les permitan imponer su criterio y actividad a los sujetos individuales que contraríen el interés general. Pero además, en los sistemas continentales, se ha entendido preciso erigir un régimen jurídico específico por el que regular su funcionamiento, lo que, *primero*, refuerza sus prerrogativas; *segundo*, preserva su objetividad; y *tercero*, permite la mejor salvaguardia de los derechos individuales. Se comprende, de este modo, la *inevitable correlación que existe entre el otorgamiento del poder público a una determinada organización (la Administración), y la cláusula de objetividad que inmediatamente se le impone en el ejercicio del poder*.

Por lo demás, el modo de identificar el interés general que debe ser atendido por la Administración y las consecuencias de su incumplimiento, son cuestiones que fueron expuestas en el Capítulo I. El complemento de ese análisis es el art. 3.3 LRJSP —cuyo antecedente inmediato es el art. 3.3 LRJPAC—, que dispone:

<sup>20</sup> Esta afirmación es un lugar común en la doctrina, como se expone en BALLBÉ PRUNÉS, M.: *Derecho Administrativo*, Enciclopedia Jurídica Seix, vol. 1, Barcelona, 1985, p. 71. Una recapitulación más reciente de la cuestión puede verse en BERZOSA LÓPEZ, D.: «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», en *Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011, pp. 43 y sigs. Véanse, además, los trabajos sobre el interés general citados más atrás, en el Capítulo I, § 2.

<sup>21</sup> No comparto en este punto las opiniones de quienes estiman que la Administración puede ostentar intereses individuales en confrontación con los particulares; *vid.*, entre otros, BALLBÉ PRUNÉS, M.: *op. cit.*, p. 59, nota 14; y DE LA SERNA BILBAO, N.: *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995, p. 144, donde puede leerse: «Cuando los poderes públicos en una rama íntegra de su actividad, adoptan la forma de un empresario privado, persiguiendo sus propios intereses, es decir, cuando los poderes públicos se convierten en propietarios, comerciantes, industriales, como si fuera un particular —como admite el art. 128.2 CE— es correcto que se sometan al Derecho Privado. Obviamente, en el desarrollo de esa actividad los poderes públicos actúan como un particular que dirige sus negocios». En mi opinión, la forma jurídica que adopte la Administración no le permite desviarse de su función de persecución del interés general, pues incluso con sujeción al Derecho Privado debe perseguir ese mismo interés, aunque pueda llegar a consistir, en este caso, en una mera finalidad generadora de rendimientos con los que contribuir a los ingresos públicos.

<sup>22</sup> Cfr. LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones...», *op. cit.*, p. 960.

«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*». La Administración actuará vicarialmente, servicialmente, objetivamente, para atender los concretos fines fijados en cada caso por la correspondiente directriz política. La Administración hace realidad el interés general señalado por el legislador llevando a cabo actuaciones concretas: dictando actos de ejecución, firmando contratos, etc. En este sentido, se distingue entre una perspectiva amplia del interés general, incardinada en los principios y valores del Estado social, y una dimensión concreta, expresada a través de las diferentes normas y actos en que se proyecta la actividad administrativa<sup>23</sup>. En este sentido, se postula un Derecho Administrativo más humano y social mediante la formulación del interés general como concepto motivado y concreto<sup>24</sup>.

### 3.2. La objetividad

#### 3.2.1. Alcance del principio

La Administración sirve con *objetividad* los intereses generales —art. 103 CE—. La objetividad es un estándar ético, que exige contrastar el ser con el deber ser, la concreta actuación realizada por la Administración con su modelo ideal de comportamiento<sup>25</sup>. Exige que la ponderación de intereses realizada por la Administración se limite a aplicar la voluntad de la norma.

Objetividad no equivale a *imparcialidad*: la Administración debe ser beligerante para atender el interés general, y esforzarse por articular aquella solución que mejor lo satisfaga, sin actuar en la aplicación del Derecho con un mero automatismo<sup>26</sup>.

<sup>23</sup> Véase RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Interés general, Derecho Administrativo, y el Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.

<sup>24</sup> RIVERO YSERN, E.; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Con miras al interés general*, INAP, Madrid, 2014.

<sup>25</sup> Véase MORELL OCAÑA, L.: «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución», *REDA*, Núm. 111, 2001. Para el estudio de esta cuestión conviene consultar el núm. 289 (2011) de la revista *Documentación Administrativa*, un volumen monográfico dedicado al principio de objetividad.

<sup>26</sup> GARCÍA COSTA, F.M.: «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Documentación Administrativa*, núm. 289, p. 21, resume así la cuestión: «La neutralidad es la prohibición del carácter político de la Administración, que opera imponiendo al funcionario el deber de colaboración con cualquier Gobierno, con independencia de la opción política de éste. La objetividad es el modo característico de la interpretación y aplicación de la Ley por parte de la Administración, que opera imponiendo al funcionario el deber de realizar dicha labor hermenéutica y aplicativa adecuándose a la voluntad normativa y prescindiendo de cualquier tipo de fin o interés sub-

Por otra parte, la objetividad exige que la actuación de la Administración no se encuentre condicionada por el color político del Gobierno, limitándose a postular la solución más justa de conformidad con las normas actuantes, lo que ha sido calificado como *eficacia indiferente*<sup>27</sup>.

La objetividad es un concepto opuesto a la subjetividad (HEIMENDAHL), o dicho de otro modo, a la *arbitrariedad*. Por ello, el art. 103 CE guarda una estrecha conexión con el 9.3 CE, que establece la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos: son las dos caras de una misma moneda, pues cuando no hay objetividad se incurre en arbitrariedad. Objetividad equivale entonces a conducta honesta, y proscribire las actuaciones caprichosas o carentes de justificación ética.

La objetividad de la Administración está en función de la conducta de los empleados públicos, pues las apreciaciones de éstos se convierten en apreciaciones de la Administración. Por consiguiente, existe una correlación necesaria entre objetividad de la Administración e imparcialidad de los funcionarios.

Al exigir una valoración subjetiva de la realidad, el concepto de objetividad adolece de una cierta indeterminación. Ello dificulta su control, especialmente en los casos en que la Administración cuenta con un margen de apreciación, como sucede con el ejercicio de las potestades discrecionales. Para preservar la objetividad en el ejercicio del poder los sistemas jurídicos contemporáneos han encontrado dos soluciones principales: el formalismo o burocratización de la actividad administrativa, que se articula como control *ex ante*, preventivo o de garantía de calidad de la decisión adoptada<sup>28</sup>; y la sujeción a control judicial, que actúa *ex post*, corrigiendo los abusos que, eventualmente, se hubieran cometido<sup>29</sup>.

---

jetivo. La imparcialidad de la Administración, en tanto en cuanto ésta ha de velar por la satisfacción de los intereses generales, no existe propiamente como tal, identificándose con la objetividad y protegiendo la buena apariencia de la Administración»

<sup>27</sup> GARRIDO FALLA, F.: «Comentarios al art. 23.2», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.

<sup>28</sup> Como se ha señalado, «lo que preserva de la arbitrariedad es la observancia de las formas»; cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *La lengua...*, *op. cit.*, p. 185 (en nota), quien parafrasea a Benjamin CONSTANT. El Tribunal Supremo entiende indiciario de arbitrariedad el hecho de que la Administración ejercite sus potestades al margen del procedimiento legalmente establecido: «La imputación de responsabilidades de conducta a funcionarios, aún cuando éstos sean de empleo, para hacer cesar su relación, sin el previo expediente, quiebra los principios plasmados en el art. 24.2 y en el art. 105.c) del texto constitucional, y hace que la Administración *no use objetivamente sus potestades*, en concordancia con la finalidad perseguida»; STS 12/5/86, AA.523.

<sup>29</sup> Así, la STSJ Cantabria 24/2/95, AA.183 recuerda que: «el art. 106.1 de la Constitución, [que] remite a los tribunales de justicia el control del sometimiento de la *actividad administrativa* a los fines que la justifican, remisión que no puede sino enmarcarse en el contexto constitucional entero de las Administraciones públicas y, de manera muy especial, por un lado, *en su posición al servicio objetivo de los intereses generales*, y por otro, en su sumisión al ordenamiento jurídico»; con base en estos presupuestos, el Tribunal valora que la decisión administrativa impugnada «se ha revelado *carente de todo fundamento y justificación objetiva, sin que podamos apreciar que responda a los fines de interés general*».

### 3.2.2. *Aplicación del principio de objetividad (prohibición de la arbitrariedad) a todo el sector público*

El principio de objetividad es una garantía mínima que se aplica a todo el sector público, con independencia de su forma de personificación, e incluso en el caso de que sea jurídico-privada. En efecto, el art. 9.3 CE, en tanto que proscribía la arbitrariedad de los poderes públicos, ha sido aplicado por el Tribunal Constitucional a las empresas mercantiles vinculadas o dependientes de las administraciones públicas (STC 161/1991, de 18 de julio y ATC 233/1983), al menos en la medida que lo exige el principio de igualdad (art. 14 CE). Con esta Sentencia se vinculan las SSTC 35/1983 y 14/1986. La actividad de Derecho Privado (especialmente, la contratación) desarrollada por cualquier personificación instrumental de las administraciones públicas, ha de respetar los principios constitucionales de igualdad y prohibición de la arbitrariedad<sup>30</sup>.

Ciertamente, el principio de objetividad no ha sido aplicado con rotundidad por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional a las personificaciones instrumentales de las administraciones públicas. En relación con esto, se ha contestado la posibilidad de interpretar extensivamente los escasos pronunciamientos que han recaído en la cuestión<sup>31</sup>. Pero cabe preguntarse si el Tribunal Constitucional ha tenido realmente oportunidad de expresarse sobre este tema con mayor profundidad, y sobre todo, si verdaderamente dispone de competencia para hacerlo.

El Defensor del Pueblo ha dado indicios de no permanecer ajeno al problema, poniendo de relieve las irregularidades a que da pie el fenómeno de la privatización, y declarándose competente para conocerlas y valorarlas, resaltando, además, las dificultades que encuentra la jurisdicción contencioso-administrativa para poder hacerlo<sup>32</sup>.

<sup>30</sup> Vid. GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, vol. 1, *op. cit.*, pp. 387 y sigs.; BORRAJO INIESTA, I: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, 1993, pp. 240 y sigs. La exigencia del respeto a estos principios por parte de las sociedades estatales fue expresamente recordada, asimismo, por el Consejo de Estado en su Dictamen al Anteproyecto de Ley de Contratos de las Administraciones públicas.

<sup>31</sup> En este sentido, *vid.* SALA ARQUER, J.M.: «Huida al Derecho Privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992, p. 410. Cabe destacar, no obstante, que el autor no maneja la STC 161/90, restringiendo su análisis a las SSTC 35/83 y 14/86. Su opinión parece ser compartida por DEL SAZ CORDERO, S.: «La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, 1994, p. 75.

<sup>32</sup> Así, en el *Informe del Defensor del Pueblo correspondiente a 1994*, tomo I, vol. II, Cortes Generales, Madrid, 1995, pp. 1337 y sigs., puede leerse: «La tercera cuestión a proponer, que se conecta directamente con la anterior, es la relativa al ámbito propio en que el Defensor del Pueblo puede actuar, cuestión de especial trascendencia en un momento como el presente en el que se está produciendo un *fenómeno constante de huida del Derecho Público a través de formas privadas de personificación* para la prestación de servicios públicos, o, más en general, para la realización de actividades propias del sector público. (...) Si el habitual recurso a la creación de administraciones independientes o sociedades y empresas sometidas a

### 3.3. El pleno sometimiento a la ley y Derecho

#### 3.3.1. *El principio de legalidad*

Conforme al art. 9.3 CE, «La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la responsabilidad y la interdicción de arbitrariedad de los poderes públicos». Esta disposición es un compendio de postulados esenciales para un Estado de Derecho. En particular, proclama el principio de legalidad, que también aparece enunciado en el art. 9.1 CE, al disponer que «Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico». Asimismo, el art. 103.1 CE recuerda que la Administración actúa «con sometimiento pleno a la ley y al Derecho», que constituye la piedra angular del Derecho Administrativo<sup>33</sup>. Se reconoce así que los poderes públicos también están sujetos a las normas, y por tanto, que no pueden conducirse de cualquier manera, sino que habrán de actuar conforme a lo dispuesto en la Constitución, en las leyes y en los reglamentos. Supone el reconocimiento del gobierno de las leyes, no de los hombres. Esto es lo que se conoce como principio de legalidad. Debe notarse, en cualquier caso, que los ciudadanos y los poderes públicos no sólo se encuentran sometidos a la ley en sentido estricto, sino a todo el ordenamiento jurídico —incluidos los reglamentos y los principios generales del Derecho—, por lo que realmente se trata de un *principio de juridicidad*, esto es, que abarca a la totalidad del sistema normativo<sup>34</sup>.

#### 3.3.2. *La Administración como titular de potestades administrativas y de otros poderes jurídicos*

En orden al desempeño de su función constitucional, la Administración es apoderada por el ordenamiento con potestades administrativas. La potestad administrativa es el mecanismo técnico con el que se expresa el principio de legalidad<sup>35</sup>. Las habilitaciones, los apoderamientos, que el ordenamiento confiere a la Admi-

---

*régimen jurídico-privado u organismos autónomos de diversa índole plantea complejos problemas de control de la actividad de estos entes y de garantía del interés público, difícilmente solventables todavía hoy por la jurisdicción contencioso-administrativa, puede verse una luz al final del túnel considerando que la institución del Defensor del Pueblo no se ve limitada por el régimen jurídico con que la Administración o sus agentes actúen» (las cursivas son nuestras).*

<sup>33</sup> Aunque la expresión literal se toma de SÁNCHEZ MORÓN, M.: *Derecho Administrativo*, *op. cit.*, p. 88, puede entenderse implícita en el sentir unánime de la doctrina. Véanse especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 442 y sigs.

<sup>34</sup> Véase también cuanto expusimos en relación con el principio de legalidad en su conexión con el concepto de potestad administrativa, en el Capítulo I, § 3.4.2 g).

<sup>35</sup> *Vid.* GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso...*, *op. cit.*, pp. 451 y sigs.

nistración en aplicación del principio de legalidad, son potestades administrativas. En efecto, «Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento, tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de una y otros» — art. 2.4 LOFAGE—.

Entre esas potestades se encuentra la reglamentaria, que responde asimismo, como ya se comprobó, a la noción de potestad administrativa. Pues, aunque la función principal de la Administración sea la de intervenir en el tráfico jurídico, también se le asignan otras funciones diferentes, como es el caso de la reglamentaria, que ostenta carácter normativo y es, por lo demás, una potestad administrativa como ya quedó dicho en su lugar.

Incluso, en ocasiones, la Administración se encuentra investida de otros poderes que no son propiamente potestades administrativas. Por ejemplo, la libre iniciativa pública económica, expresamente reconocida por la Constitución (art. 128.2 CE), y que le permite crear y tomar participación en sociedades mercantiles. O también el ejercicio de la patria potestad (potestad privada, ejercida en beneficio del sujeto pasivo), cuando el ordenamiento la contempla como institución de acogida de los menores y discapacitados en tanto que se asigne a otro sujeto el ejercicio de tal potestad.

#### 4. REFLEXIONES SOBRE EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LOS TRES ÁMBITOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Podemos definir el Derecho Administrativo como la rama del ordenamiento jurídico que regula y estudia el estatuto jurídico de las Administraciones públicas, y la atribución, el ejercicio y el control judicial de las potestades administrativas. Es un concepto puramente descriptivo, que acumula criterios de carácter subjetivo y funcional. A continuación desglosamos su contenido, en lo que podemos describir como los tres ámbitos del Derecho Administrativo.

##### 4.1. El estatuto jurídico de las Administraciones públicas

El Derecho Administrativo regula y estudia el estatuto jurídico propio de las Administraciones públicas. Corresponde a esta rama del Derecho la regulación y el estudio de la *organización administrativa*, lo que comprende tanto identificar el ámbito propio o específico de las entidades cuya actividad se somete a sus postulados, como las modulaciones o adaptaciones que reciba el Derecho Privado como consecuencia de que la Administración asuma una forma de personificación jurídico-privada. En ese sentido, el Derecho Administrativo es, ciertamente, el Derecho estatutario de las Administraciones públicas.

Este ámbito del Derecho Administrativo aborda la dimensión ontológica de la Administración pública. Atañe a su naturaleza jurídica, nos dice cuál es su *ser*

y desentraña los principios constitucionales que presiden su *quehacer*. Identifica a la Administración como sujeto y la encuadra en el entramado organizativo de los Estados constitucionales, confiriéndole una posición definida y encomendándole su labor característica: actuar en el giro o tráfico jurídico y económico para satisfacer con objetividad los intereses generales, con plena sujeción a Derecho y al control judicial.

#### 4.2. La atribución y ejercicio de las potestades administrativas

El Derecho Administrativo regula y estudia la atribución y ejercicio de las potestades administrativas, con independencia de cuál sea la forma de personificación del sujeto que las desempeñe: ya se trate de un sujeto del sector público o del sector privado, en la medida que ostente poderes encuadrados en la categoría de potestad administrativa, tanto su atribución, como su ejercicio, se encuentran regulados por el Derecho Administrativo. En el análisis subsiguiente, al desarrollar esta hipótesis se diferencia entre que la atribución de potestades administrativas a sujetos del sector público y al sector privado.

##### 4.2.1. *La sujeción al Derecho Administrativo del ejercicio de las potestades administrativas por parte de cualquier entidad del sector público, ya sea de Derecho Público o Privado*

El ejercicio de potestades administrativas por parte de cualquier sujeto encuadrado en el sector público se encuentra sometido al Derecho Administrativo, con independencia de que la entidad tenga una personalidad de Derecho Público o Privado. Hasta hace muy poco tiempo, esta afirmación carecía de apoyo legal expreso, si bien era mantenida por algunos autores, que extraían esta consecuencia del art. 2.2 LRJPAC, que disponía: «Las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración Pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación». El sentido principal del precepto es someter al Derecho Administrativo las actuaciones que supongan ejercicio de potestades administrativas<sup>36</sup>, lo que llevó a algunos autores a considerar que también resultaba de aplicación a personificaciones de Derecho Privado<sup>37</sup>.

<sup>36</sup> En el mismo sentido se manifestó el Consejo de Estado en relación con el proyecto de Ley, lo que deparó la modificación de su art. 2 en orden a ampliar la sujeción a la Ley de las entidades de Derecho Público, eliminando la frase final «en la medida que su ley de creación no disponga otra cosa»; *vid.* FERNANDO PABLO, M.M.: *La Ley común de procedimiento administrativo*, Colex, Madrid, 1993, p. 126.

<sup>37</sup> Es el caso de MONTROYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996, pp. 485 y sigs., quien estima que el precepto abarca igualmente a las sociedades

Pero en la actualidad, este régimen jurídico resulta expresamente del Derecho positivo. Así resulta del art. 2.2 LRJSP, repetidamente citado; y en particular, de la letra *b*) de dicho precepto, que como ya es sabido establece: «Las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas (...) quedarán sujetas a lo dispuesto en la presente Ley (...), en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas». Coherentemente con esa formulación, el art. 2.2 *b*) LPACAP dispone que: «Las entidades de Derecho Privado vinculadas o dependientes de las Administraciones públicas (...) quedarán sujetas a las normas de esta Ley que específicamente se refieran a las mismas, y *en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas*».

No se puede desconocer el gran paso adelante que representan estos preceptos en orden a revertir el fenómeno de la *huida* del Derecho Administrativo. Ahora bien, para que la correlación entre el régimen jurídico sustantivo y el orden jurisdiccional competente para revisar su aplicación sea completa, debería ampliarse *expressis verbis* el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, a fin de que ésta asuma el control del ejercicio de las potestades administrativas por parte de sujetos privados; algo que sucede, ocasionalmente, cuando existe un recurso o medio de revisión o reclamación en vía administrativa respecto de la actuación de los particulares en ejercicio de potestades o funciones públicas, pero que frecuentemente se omite en las operaciones de externalización de funciones.

Por otra parte, el Derecho Administrativo es un *Derecho general que regula la actividad relacional de todos los poderes públicos*, no sólo de la Administración. Hemos visto que el poder público crea una organización social, la Administración, vocacionalmente dirigida a canalizar todas las relaciones que se entablen con los ciudadanos —expropiaciones, contratos, reconocimiento de derechos...—. El resto de poderes públicos tienen asumidas funciones constitucionales diferentes: potestad legislativa, potestad jurisdiccional, etc. Ello no obstante, los órganos constitucionales —Cortes Generales, Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas, así como los órganos equivalentes en la organización autonómica—, que no son Administraciones Públicas como ya es sabido, necesitan de una organización auxiliar o instrumental, de un mínimo soporte organizativo que constituya una mera función accesoria a su función constitucional específica. Por ejemplo, las Cortes Generales necesitan personal, y mobiliario, y material consumible de oficina,

---

mercantiles en mano pública, en la medida que ejerzan potestades administrativas, considerando que la interpretación contraria entregaría a la discrecionalidad de la Administración el sujetar o no a la ley el ejercicio de las potestades administrativas, mediante su atribución a sociedades mercantiles. La misma conclusión aparece implícita en la postura de GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Ámbito (subjeto y objetivo) de aplicación», en *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 127 y sigs.

y para todo ello celebran contratos y entablan relaciones con terceros. A todas esas funciones auxiliares de los órganos constitucionales —y de los órganos análogos de las comunidades autónomas— se les aplica el Derecho Administrativo, con carácter instrumental y por un criterio de economía normativa (ESCRIBANO<sup>38</sup>).

En cualquier caso, la aplicación instrumental y *economicista* del Derecho Administrativo en ese ámbito se sustenta asimismo en una razón material o de fondo: cuando los órganos constitucionales intervienen en el tráfico jurídico, se sirven de una *Administración propia*, que constituye por consiguiente el brazo operativo que ese poder público articula para entablar relaciones jurídicas y correlativamente cabe decir que el soporte organizativo instrumental que sustenta la actividad específica de los órganos constitucionales responde al carácter de Administración pública en sentido amplio o lato: una Administración independiente de las demás, y con todas las salvaguardias que se desee para preservar esa independencia o autonomía; pero Administración, al fin y al cabo. Además, y coherentemente, el régimen jurídico al que se somete el ejercicio de ese poder revela que, materialmente, es de naturaleza diferente al poder que ostentan en condición de su función constitucional o estatutaria específica: se trata, en efecto, de una potestad administrativa, en cuanto que reúne las notas conceptuales que anteriormente hemos definido para esa manifestación del poder público<sup>39</sup>. De donde se sigue que la actuación que lleva a cabo ese soporte instrumental del órgano constitucional ha de acomodarse a los principios constitucionales que presiden el quehacer de las Administraciones públicas —art. 103.1 CE—, muchos de los cuales se comparten de manera genérica y en cualquier caso con todos los poderes públicos al encontrarse igualmente proclamados en el art. 9 CE.

A la vista de tales coordenadas, es llano que la actividad administrativa de los órganos constitucionales se sujetaría en cualquier caso a tales principios, y derivadamente, al Derecho Administrativo. El hecho de que se aplique el Derecho Administrativo general obedece, como apuntaba ESCRIBANO, a razones de economía normativa, pero en todo caso se someterían a un régimen jurídico-administrativo —general o especial— en esa faceta de su actividad, por cuanto que supone mani-

<sup>38</sup> Vid. ESCRIBANO COLLADO, P.: «Crisis de los conceptos de Administración Pública y de Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 37, 1983.

<sup>39</sup> La jurisprudencia contencioso-administrativa avala esta tesis; por ejemplo, la STS 8/6/1999, RJ 6822, f.j. 5.º, califica el proceso de selección de un empleado público por parte del Tribunal de Cuentas constituye el ejercicio de una potestad administrativa, aplicándole sus medios de control característicos: «no cabe llegar a la conclusión que, en la cuestión examinada, se adviertan defectos formales sustanciales o se haya producido quebrantamiento de las normas esenciales de procedimiento o de las normas sustantivas de aplicación que hayan originado indefensión, arbitrariedad o desviación de poder en la cuestión planteada, sin que se haya justificado por la parte actora que la Comisión evaluadora efectuase una valoración que hubiese utilizado sus potestades administrativas para fines distintos de los previstos en el ordenamiento jurídico, generando una desviación de poder».

festación de un poder público diferente a su función constitucional específica (la que tengan asignada en cada caso). En esa medida, y dado que el ejercicio de las potestades administrativas es materia propia del Derecho Administrativo, también la actividad materialmente administrativa de los órganos constitucionales se encuentra regida por esta rama del Derecho. Como resultado, el Derecho Administrativo se erige en un Derecho común y general de todos los poderes públicos *en su actividad relacional* con los ciudadanos.

#### 4.2.2. *La asimetría Derecho Administrativo-Administración pública: la extensión del Derecho Administrativo*

Menos pacífica es esa aplicación del Derecho Administrativo al ejercicio de potestades administrativas por los particulares (ciudadanos y empresas privadas). Sin embargo, la reivindicación de que así suceda cobra cada vez más fuerza en nuestra doctrina: además de las aportaciones citadas cuando hemos expuesto el fenómeno de la huida (especialmente incisivas en la fuga del Derecho de la contratación pública), es pertinente recordar los fuertes reproches doctrinales que se vienen expresando contra el fenómeno de la externalización de funciones públicas, esto es, la transferencia al sector privado de potestades administrativas, no sólo en materia de acreditación, normalización y homologación industrial, sino también, en general, respecto a cualesquiera actividades administrativas: por ejemplo, la baremación de expedientes de subvenciones, la tramitación de los expedientes sancionadores (hasta la propuesta de resolución), etc. En todos estos casos, la doctrina es unánime en oponerse a esta transferencia de funciones al sector privado, exigiendo que, en todo caso, se aplique el Derecho Administrativo como garantía de los ciudadanos sea cual sea el sujeto ejerciente de la actividad<sup>40</sup>. En la misma línea, un reciente trabajo de ESTEVE reclama la necesidad de extender el Derecho Público al ejercicio de funciones públicas por los particulares, tal y como está ocurriendo en otros ordenamientos jurídicos<sup>41</sup>. En respaldo de estas posiciones, cabe recordar que existe un fenómeno tradicional en nuestro acervo jurídico en el que se admite sin discusión

<sup>40</sup> Vid. especialmente CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003; FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002; NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Público y privado en el control operativo de actividades de servicios: un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración», en ZAMBONINO PULITO, M. (coord.): *Nacimiento y desarrollo de la Administración moderna. La libertad de comercio: pasado y presente. Los grandes maestros del Derecho Administrativo contemporáneo. Actas del V Congreso de la AEPDA, IAAP*, Sevilla, 2011, pp.361 ss.; CARRILLO DONAIRE, J.A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000; e IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

<sup>41</sup> Vid. ESTEVE PARDO, J.: «La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria», *RAP*, núm. 189, 2012, pp. 11 ss.

que el ejercicio de potestades administrativas por sujetos particulares se encuentre sometido al Derecho Administrativo, como sucede con las corporaciones de Derecho público (art. 2 LRJPAC).

Un rasgo muy significativo de las definiciones de Derecho Administrativo y Administración pública aquí expuestas es su carácter asimétrico, rompiéndose la asimilación de ambas nociones en más y en menos:

- ☒ *En más*, por cuanto que el objeto del Derecho Administrativo no se identifica exclusivamente con la Administración, no se asimila al quehacer de la Administración pública como sujeto, sino que se expande también al ejercicio de las potestades administrativas, sea cual sea el sujeto que las desempeñe, y por consiguiente, también si se ejercen por los particulares o por los órganos constitucionales y estatutarios.
- ☒ *En menos*, desde el momento en que no toda la actividad de la Administración se reconoce regulada por el Derecho Administrativo, sino tan sólo la que suponga el ejercicio de potestades administrativas.

#### 4.3. El control judicial de las potestades administrativas

Forma parte del objeto de regulación y estudio propio del Derecho Administrativo lo concerniente al control judicial de las potestades administrativas. Lo cual incluye dentro de esta rama del Derecho lo relativo a la jurisdicción contencioso-administrativa y al proceso contencioso-administrativo. No incorpora, por el contrario, la revisión judicial de las decisiones que toma la Administración con sujeción a otras ramas o disciplinas jurídicas (que responden al reparto jurisdiccional correspondiente), sino las actuaciones de la Administración que supongan el ejercicio de potestades administrativas.

Este ámbito corresponde al Derecho Administrativo por tres razones. En primer lugar como expresión de su *ethos*, esto es, porque así lo evidencia la tradición jurídica, que invariablemente ha asignado a esta rama del Derecho el estudio de las particularidades que rodean el control judicial de la Administración pública. Esa tradición jurídica no es un hecho trivial o carente de justificación, sino el resultado o consecuencia necesaria de las otras dos razones. La segunda de ellas es de carácter genético: el parto del Derecho Administrativo se produce, precisamente, al socaire de la jurisdicción contencioso-administrativa, siendo innecesario recordar el papel desempeñado en este alumbramiento por el Consejo de Estado francés, e incluso las primeras teorías acerca el concepto de Derecho Administrativo que lo asimilaban precisamente con el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa. Y la tercera razón es porque la génesis y la tradición responden a su vez a fundamentaciones sustantivas o de fondo, es decir, a la propia naturaleza de las cosas, dándose, por tanto, perfecta coherencia e identidad entre *guénesis*, *ethos* y *ontos*: el hecho de que el contencioso-administrativo es un orden jurisdiccional particularísimo,

cuyas especialidades traen causa de la propia naturaleza de su control, que no es un control cualquiera, sino precisamente el control de un poder público (del ejercicio de las potestades administrativas)<sup>42</sup>, requerido de unas reglas y principios propios cuya proximidad es mayor con el Derecho sustantivo que se aplica (el Derecho Administrativo) que con el Derecho procesal general que, con carácter supletorio, sirve para completar la conformación del proceso. Se produce, así, una correlación entre régimen jurídico y ámbito de control jurisdiccional, que es tan sólo una de las formas posibles de organizar el control jurisdiccional de la Administración pública, pero que es también inequívocamente la fórmula por la que ha optado nuestro ordenamiento jurídico.

<sup>42</sup> Esta asignación a la jurisdicción contencioso-administrativa de los asuntos en que se ejerzan potestades administrativas también se observa en la jurisprudencia; por ejemplo, en la STS 5/6/2003, RJ 5779, se dice: «es indudable que la revisión del ejercicio de estas potestades [las potestades administrativas] corresponde a la jurisdicción contenciosa y no a la jurisdicción civil, y en consecuencia debe desecharse o no acogerse el segundo motivo de casación que se invoca» (que era un pretendido abuso de jurisdicción).



---

## SEGUNDA PARTE

# DESAFÍOS EN LA DIMENSIÓN ADMINISTRATIVA DEL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

«España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho, que propugna como valores superiores de su ordenamiento jurídico la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político».

Artículo 1 de la Constitución española

«La dignidad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son fundamento del orden político y de la paz social»

Artículo 10 de la Constitución española

No podemos acostumbrarnos a vivir en un Estado social y democrático de Derecho como si se tratase de un hecho trivial, pues constituye una especie de milagro, un acontecimiento formidable y por lo demás muy reciente, que ha costado largos siglos alcanzar. Hemos de reafirmarnos explícita y continuamente en los postulados fundamentales de nuestra convivencia, no sólo para ser conscientes del tesoro que poseemos, sino también para evitar su despojo. Por ello, es también preciso releer con esa misma asiduidad y convicción los preceptos en los que básicamente se sustenta el orden constitucional, sin que la rutina en su cita o manejo nos haga perder de vista lo que representan para nosotros. Y digo releer en dos sentidos o acepciones: en la más obvia y elemental de volver al texto para recordarlo, para revivirlo, para hacerlo nuestro; y en la no menos importante de conferirle nuevas lecturas o significados, de explorar sus dimensiones, de añadirle consecuencias que permitan mantener sus postulados esenciales a medida que cambian los contextos sociales, económicos y políticos en los que deben ser objeto de aplicación.

Los tiempos actuales se caracterizan, como se apuntó en la Introducción, por la intensidad y vertiginosidad de los cambios, por la continua *disrupción* en que se ha

convertido la vida en sociedad. Existen diferentes causas que lo explican: factores sociológicos, económicos, tecnológicos, antropológicos... Una de las causas más evidentes, por su crudeza (no porque resulte prevalente a las demás) es la crisis económica, que ha devenido en una serie de cambios radicales a los que no ha sido ajeno el Derecho, y menos aún el Derecho Administrativo.

En ese sentido, no parece exagerado afirmar que, en la actual coyuntura, asistimos a una crisis de los tres elementos esenciales de la forma de Estado constitucional, bajo la que hemos ordenado la convivencia en los ordenamientos civilizados: el Estado social y democrático de Derecho. En las páginas que siguen se exponen algunas de las evidencias del fenómeno (es imposible abarcarlas todas), y se aportan algunas reflexiones partiendo de la premisa de que se avecinan cambios radicales en la forma de entender estos postulados constitucionales.

---

CAPÍTULO III

**REFORMULACIÓN DEL ESTADO SOCIAL  
ANTE LA REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS SOCIALES<sup>1</sup>**

**1. LOS DERECHOS SOCIALES COMO COMPONENTE BÁSICO DE LAS PRESTACIONES ADMINISTRATIVAS CONTEMPORÁNEAS**

La crisis económica ha sido uno de los más relevantes factores inductores de los cambios recientes. Nuestro propósito hoy no es abarcar todos los temas que la crisis ha suscitado, pues ya se dispone de una profusa bibliografía sobre la materia, especialmente en relación con los aspectos económicos del fenómeno<sup>2</sup>. Nos centramos, por el contrario, en un elemento concreto que se ha evidenciado con ocasión del fenómeno: la tensión que los recortes repercute sobre el nivel de prestación de los derechos sociales, y el claro, clarísimo rechazo social a la regresividad de los principios rectores de la política social y económica. Estas circunstancias invitan a indagar los límites que puedan existir sobre la regresividad de los derechos sociales:

<sup>1</sup> De este asunto me he ocupado igualmente en el Capítulo titulado «Los servicios sociales en el Estatuto de Autonomía para Andalucía», incluido en FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (coords.): *El Derecho de los servicios sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012, pp. 25 ss., al que remito para completar el aparato bibliográfico. En esta obra se aportan nuevas propuestas que acrecen en ese sentido el trabajo anterior.

<sup>2</sup> Como fuentes de referencia pueden citarse los trabajos de EMBID IRUJO, A.: «El Derecho Público de la crisis económica», y NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades: ¿reactivación económica o pretexto desregulador?», ambos en BLASCO ESTEVE, A. (coord.): *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2011, pp. 17 ss. y 121 ss. respectivamente; también de EMBID IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012; PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Editorial Reus-Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2013.

no sólo en cuanto que puedan desplegarse inmediatamente, con arreglo al marco constitucional de referencia, sino también en una dimensión prospectiva, en la medida que la conciencia social haya variado su percepción sobre la configuración constitucional de tales derechos y se pueda vaticinar una reordenación de las tipologías de los derechos constitucionales.

### 1.1. La dignidad de la persona como opción axiológica constitucional básica

La finalidad inequívoca de los derechos y servicios sociales es atender las necesidades de las personas para que puedan vivir dignamente. Como sostuvo GONZÁLEZ NAVARRO<sup>3</sup> y después han secundado otros autores<sup>4</sup>, entroncan por tanto con la dignidad de la persona y el principio de igualdad, vinculándose íntimamente con los valores constitucionales fundamentales: la igualdad, en cuanto que valor superior del ordenamiento jurídico (art.1 CE), y la dignidad de la persona como fundamento del orden político y de la paz social (art.10 CE). En indisociable conexión con tales valores y principios, el art.9.2 de la Constitución española proclama: «Corresponde a los poderes públicos promover las condiciones para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos en que se integra sean reales y efectivas; remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud y facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social». Al colocar a la persona y su dignidad en esta posición, nuestro constituyente, como sostiene PAREJO, realiza una opción axiológica básica que representa la clave de todo el sistema constitucio-

<sup>3</sup> Véase el prólogo que escribe Francisco GONZÁLEZ NAVARRO a la obra BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992, pp. 19 y sigs.

<sup>4</sup> Así, entre otros muchos, VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002, pp. 65 y sigs.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 22 y sigs.; ALARCÓN CARACUEL, M.: «Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía», en PRADOS DE REYES, F.J. (coord.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008, pp. 20 y sigs.; CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.: *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007, p. 97; GARCÍA SCHWARZ, R.: *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011, p. 11; GONZÁLEZ SEARA, L.: «Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar», en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, y GONZÁLEZ SEARA (coords): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002, pp. 37 y sigs..957; DE PALMA DEL TESO, A.: «La asistencia social», en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VII: *Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009, p. 341; y TORNOS MAS, J.: «Crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho Administrativo», ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, p. 42; publicada en J.L. PIÑAR MAÑAS (coord.): *Crisis económica y crisis del Estado del Bienestar*, Dykinson, Madrid, 2014.

nal y la erigen en su valor-síntesis<sup>5</sup>. Como sostiene HABERMAS, «las experiencias de exclusión, miseria y discriminación enseñan que los derechos fundamentales clásicos adquieren un valor igual —Rawls— para todos los ciudadanos únicamente cuando se complementan con derechos sociales y culturales»<sup>6</sup>.

Probablemente, la idea-fuerza que anida en el pensamiento europeo desde sus más incipientes orígenes, y que caracteriza singularmente a nuestra cultura o civilización de manera cualitativa, es la concepción de la dignidad del ser humano, estrechamente unida al principio de igualdad material, que lo erige en sujeto de derechos y portador por naturaleza de una dignidad irrenunciable, que se realiza plenamente mediante su integración en la sociedad. Sin tiempo aquí para profundizar en estas ideas, no es difícil apreciar sus primeros balbuceos en el estoicismo griego<sup>7</sup>, desde donde se inocular en el pensamiento cristiano<sup>8</sup> para eclosionar definitivamente en la Escuela de Salamanca (y significadamente en Francisco de Vitoria)<sup>9</sup>, al sostenerse entonces por primera vez y de manera inequívoca que todos los seres humanos comparten la misma naturaleza y por tanto también los mismos derechos: entre ellos, la libertad y la igualdad. Desde ese momento, no deja de ser una constante, que se plasma con especial evidencia en la florecencia intelectual que rodea a la Revolución Francesa.

No en vano, MUÑOZ MACHADO ha puesto enérgicamente el acento en la diferencia que separa el movimiento revolucionario francés (y por extensión, el continental europeo), del norteamericano, orientándose el primero a preservar la igualdad material de los individuos de manera equilibrada o armónica con la consecución de la libertad frente al poder absoluto precedente, en tanto que el segundo se centró en la libertad como valor supremo y excluyente de otros en el más alto pedestal de la jerarquía axiológica, afincando sobre el mismo un nuevo orden social<sup>10</sup>.

<sup>5</sup> Véase PAREJO ALFONSO, L.: «Constitución y valores del ordenamiento», en S. MARTÍN-RETTILLO BAQUER, S.: *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo 1, Civitas, Madrid, 1991, pp. 111 y sigs.

<sup>6</sup> Cfr. Jürgen HABERMAS: *La constitución de Europa*, Trotta, Valencia, 2012, p. 20.

<sup>7</sup> Véase principalmente Gregorio PECES-BARBA MARTÍNEZ: «Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada», en DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M. y GIMÉNEZ-REYNA, E. (dirs.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Fundación ONCE-La Ley, Madrid, 1991, p. 17.

<sup>8</sup> Me refiero a la cuestión de la inmanencia de la ley natural, ya presente en Aristóteles (también después en Cicerón), que recibe San Pablo en la *Epístola a los romanos* para incorporarla desde entonces a toda la tradición cristiana, pasando por Agustín de Hipona (*La Ciudad de Dios*), Isidoro de Sevilla (*Etimologías*) y sobre todo, Tomás de Aquino (*Summa Theologica*), quien alumbra la idea del *ius gentium*.

<sup>9</sup> En la *Relectio De Indis*, 1532; ideas ampliamente desarrolladas después por Francisco Suárez en el *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612).

<sup>10</sup> Véase el excelente prólogo de Santiago MUÑOZ MACHADO al libro de VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social...*, *op. cit.*, especialmente pp. 12 a 16.

En efecto, se ha insistido repetidamente en la idea de que la protección social es uno de los productos más característicos, si no el que más, de nuestra sociedad europea occidental: una afirmación en la que convienen los más cualificados especialistas en la materia<sup>11</sup>, los propios poderes públicos<sup>12</sup> e incluso la clase política<sup>13</sup>. Conviene tener muy presente este rasgo, en la medida que constituye un elemento central del pensamiento europeo que no se ha incorporado al sistema jurídico a partir de construcciones dogmáticas, esto es, como un producto meramente intelectual que se inserta en el orden normativo a consecuencia de sesudos debates intelectuales, sino como expresión auténtica y natural de un sentimiento íntimo de la conciencia comunitaria, de una cultura antropológica propiamente europea que anida en lo más íntimo de cada conciencia individual pero tiene al mismo tiempo un alcance colectivo, revelando una dimensión o naturaleza ontológica. En cierto sentido, se puede definir la evolución de la civilización europea como una conquista progresiva de los derechos sociales, que anida en su programa genético-antropológico y que ha alcanzado su máxima expresión en el umbral del siglo XXI. De tal manera que Europa se identifica a sí misma, y es vista en el mundo, como una *civilización social*, cuyos Estados despliegan una red asistencial (una serie de servicios sociales) que son expresión de un deber público íntimamente vinculado a la dignidad humana y a la igualdad material de todas las personas.

<sup>11</sup> Así, además de las ya citadas aportaciones de Vaquer y Muñoz Machado, puede verse el prólogo de este último a la obra dirigida por él mismo, GARCÍA DELGADO y GONZÁLEZ SEARA: *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002. Véase también HABERMAS, J.: *La constitución de Europa*, op. loc. cit.; ALEMÁN BRACHO, C.; ALONSO SECO, J.M.; y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011, p. 27.

<sup>12</sup> En muchos documentos comunitarios se insiste en la idea de que la prestación de servicios sociales es un rasgo característico de las sociedades europeas; véanse, como se refleja especialmente en la Comunicación de la Comisión de 20 de noviembre de 2007, COM (2007) 725 final, titulada *Servicios de interés general*, incluidos los sociales: un nuevo compromiso europeo; pero también, en otros documentos anteriores, como la Comunicación de 20 de septiembre de 2000, COM (2000) 580 final, *Los servicios de interés general en Europa*; en el Informe al Consejo Europeo de Laeken de 17 de octubre de 2001, COMM (2001) 598 final, *Los servicios de interés general*; en el Libro Verde de la Comisión de 21 de mayo de 2003, COM (2003) 270 final, sobre *Los Servicios de interés general*; en la Comunicación de la Comisión de 20 de abril de 2004, COM (2004) 304 final, *Modernizar la protección social para el desarrollo de una asistencia sanitaria y una asistencia de larga duración de calidad, accesibles y duraderas: apoyo a las estrategias nacionales a través del método abierto de coordinación*; y en la Comunicación a la Comisión de 26 de abril de 2006, COM (2006) 177 final, *Aplicación del programa comunitario de Lisboa. Servicios sociales de interés general en la UE*.

<sup>13</sup> Véase la aportación del Ministro de la Presidencia, Ramón Jáuregui Atondo, en la obra LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Protección social y Comunidades Autónomas*, Universidad de Cantabria-Ediciones Cinca, Madrid, 2012, p. 19.

## 1.2. Encuadre de los principios rectores en el marco de la forma de Estado

La cláusula del Estado social, integrada en la forma de Estado que proclama el art.1 de la Constitución española, se traduce en consecuencias muy variadas<sup>14</sup>. La que concretamente suscita ahora nuestro interés es la proclamación de los principios rectores de la política social y económica que tiene lugar en el Capítulo III del Título I CE, esto es, en los arts. 39 a 52 CE, en los que se reconocen los denominados *derechos sociales* o de tercera generación<sup>15</sup>. En los albores del siglo XXI asistimos a un desguace progresivo de estas conquistas y avances sociales, que pretende sustentarse en su mero valor de principios rectores. Debido a la escasez de ingresos y a los compromisos de contención del déficit, todas las Administraciones públicas están aplicando importantes recortes a sus políticas sociales.

En efecto, debido a su configuración constitucional, los derechos sociales quedan remitidos a su reconocimiento específico mediante leyes que los desarrollen, tal y como se desprende del art.53.3 CE, que sólo admite la alegación de tales derechos ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollen (en el mismo sentido, SSTC 19/1982 FJ 6; y 45/1989 FJ 4, entre otras), sin que resulten accionables por sí mismos, esto es, por su mera proclamación constitucional (STC 36/1991 FJ 5). En cualquier caso, las leyes que los desarrollen pueden ser tanto estatales como autonómicas (STC 64/1982 FJ 2).

Esta arquitectura constitucional de los derechos sociales les imprime una indudable debilidad, sobre todo de cara a su invocación ante la jurisprudencia, ya sea como límite de la actuación de los poderes públicos, ya como requerimiento de intervención ante una omisión. En efecto, los derechos sociales «no generan

<sup>14</sup> Sobre el concepto de Estado social y sus consecuencias en el orden constitucional véanse especialmente GARCÍA PELAYO, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1972; GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992; PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983; CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993; y Díez MORENO, F.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.

<sup>15</sup> Las aportaciones sobre la configuración, estructura y naturaleza de los derechos sociales son abundantísimas; véanse, por todos TEROL BECERRA, M. (dir.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009; VV.AA.: *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004; GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010; ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002; CASCAJO CASTRO, J.L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988; GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 1991; PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007; COSSÍO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989; ARANGO, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005; RODRÍGUEZ OLVERA, O.: *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998 y GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.

ni prerrogativas a favor de los particulares ni obligaciones directas para el Estado. Los derechos económicos y sociales no podrían ser exigidos ante los tribunales, en consecuencia, antes de su concreción en las leyes que los regulan»<sup>16</sup>. El legislador goza de una gran capacidad moduladora, pudiendo modificar las prestaciones y hacerlas evolucionar continuamente en función de las circunstancias del momento (así, STC 65/1987). Y en cuanto a una eventual invalidez normativa por omisión, la STC 45/1985 alude a los principios rectores sosteniendo que es «improbable que una norma legal cualquiera pueda ser considerada inconstitucional por omisión, esto es, por no atender, aisladamente considerada, el mandato a los poderes públicos y en especial al legislador, en el que cada uno de esos principios por lo general se concreta».

En este punto conviene plantearse la licitud de tales recortes, y sobre todo, cuáles son sus límites, para conocer de qué manera deben comportarse los poderes públicos frente a la elección de las partidas que soportarán los recortes. Como expresivamente sostiene GAVARA DE CARA para sintetizar esta posición, «Se puede afirmar que los criterios de aplicación de los derechos sociales se sitúan bajo reserva de lo políticamente posible, es decir, los derechos sociales se deben proteger en la medida en que se produzca una adecuación del estándar social a la situación económica y a la capacidad de prestación económica de un Estado (...): Los derechos sociales dependen de la coyuntura económica, de forma que no se puede obligar a los órganos estatales a cumplir prestaciones imposibles»<sup>17</sup>. Esto determinaría la reversibilidad de los derechos alcanzados (o su correlato de prestaciones), que podrían perfectamente desmantelarse cuando las circunstancias económicas lo exijan<sup>18</sup>.

En diferentes sentencias, el Tribunal Constitucional ha reconocido la posibilidad de que el legislador lleve a cabo recortes en las prestaciones previamente reconocidas. Como señala PAREJO, «De las sentencias del Tribunal Constitucional 81/1982 de 21 de diciembre, 65/1987 de 21 de mayo y 65/1990 de 5 de abril, resultan las siguientes afirmaciones: 1. La reconsideración de conquistas sociales por el

<sup>16</sup> Cfr. MUÑOZ MACHADO, S.: «La eficacia de los derechos», en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011, p. 334.

<sup>17</sup> Cfr. GAVARA DE CARA, C.: *La dimensión objetiva...*, *op. cit.*, p. 58.

<sup>18</sup> Además de GAVARA, *op. loc. ult. cit.*, véase en la misma posición PAREJO ALFONSO, L.: *Estado social...*, *op. cit.*, pp. 90 y sigs., quien da cuenta de la polémica suscitada en Alemania por Konrad HESSE, quien sostuvo a partir de 1978 la «irreversibilidad» de los derechos sociales (Nichtumkehrbarkeitstheorie), así como el carácter minoritario de su posición. Véanse, asimismo, PAREJO ALFONSO, L.: «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la «crisis» de las prestaciones y los servicios públicos», *RAP*, núm. 153, 2000, pp. 217 y sigs.; RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración...*, *op. cit.*, pp. 48 y sigs.; y CARRILLO, M.: «La eficacia de los derechos sociales», *Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999, p. 71.

legislador ordinario es posible dentro del marco de la Constitución; 2. La supresión de conquistas sociales establecidas no puede hacerse legítimamente sin razón suficiente para ello; y 3. Al legislador de desarrollo de la Constitución corresponde la determinación y apreciación —en su contexto y en conexión con las circunstancias y disponibilidades económicas— de las situaciones que, previstas en la Constitución, demandan una acción prestacional del Estado, estableciéndolas y modificándolas, en particular en cuanto hace a su nivel y condiciones»<sup>19</sup>.

También pueden recordarse otros pronunciamientos. Por ejemplo, la STC 134/1987, en alusión a los arts.41 y 50 CE y al reconocimiento de pensiones, el Tribunal sostiene que «de ninguno de estos preceptos puede deducirse que la Constitución obligue a que se mantengan todas y cada una de las pensiones iniciales en su cuantía prevista, ni que todas y cada una de las ya causadas experimenten un incremento anual (...). El concepto de *pensión adecuada* no puede considerarse aisladamente, atendiendo a cada pensión singular, sino que debe tener en cuenta el sistema de pensiones en su conjunto». En la misma línea, SSTC 97/1990 y 100/1990.

El único límite constitucional que identifican estas aproximaciones es el de exigir a los poderes públicos que fundamenten el retroceso de los derechos y prestaciones en una razón suficiente que lo justifique. No existiría una libertad incondicionada de los poderes públicos para dismantelar las prestaciones sociales previamente reconocidas, sino que resultaría necesario ofrecer un motivo suficiente que justifique su supresión. Ahora bien, no se plantea ninguna técnica específica de control para verificar la veracidad o idoneidad de la justificación ofrecida. Se trata, por consiguiente, de un límite extremadamente vago y de escasa eficiencia práctica, pues no se presentan los instrumentos con los que garantizar su aplicación. En definitiva, la doctrina clásica en materia de prestaciones y derechos sociales (conectada a la economía de la cláusula del Estado social), reconoce y tolera la reversibilidad de los niveles prestacionales que se hayan alcanzado, y no establece límites efectivos a las decisiones adoptadas por los poderes públicos al suprimir derechos o servicios, o rebajar sus niveles de prestación.

### 1.3. La mutación encubierta de la forma de Estado

El actual contexto económico no supone ya una amenaza, sino un verdadero dismantelamiento de muchos de los servicios sociales que se venían prestando. La reducción de prestaciones puede adoptar cuatro manifestaciones diferentes<sup>20</sup>: a) La supresión o ablación total de un derecho o de una prestación; b) La supresión de una prestación para determinados colectivos; c) La reducción de la calidad del

<sup>19</sup> Cfr. PAREJO ALFONSO, J.: «El Estado social...», *op. cit.*, p. 226.

<sup>20</sup> Véase TORNOS MAS, J.: «La crisis...», *op. cit.*, p. 21.

servicio que se presta; y d) La denegación singularizada a un individuo del acceso a una prestación que sigue teóricamente en vigor. El problema reside en la envergadura que están adquiriendo las decisiones que unos llaman reformas, y otros llaman recortes, en la medida que revelan un desplazamiento de dimensiones gigantescas en las prioridades de las políticas sociales. Aisladamente consideradas, estas decisiones pueden ofrecer alguna consistencia argumental, al presentarse como aspectos o prestaciones puntuales que resulta preciso suprimir. Pero analizadas en su conjunto, revelan una dimensión extraordinaria que suscita reparos.

El riesgo que aparece bien visible en el horizonte es la mutación de la forma constitucional del Estado, que tiende actualmente a estrechar el espacio de la cláusula del Estado social, la cual aparece claramente *capitidisminuida* en la economía política contemporánea, conduciendo a un desequilibrio entre los elementos que componen la forma de Estado. Este fenómeno se está presentando, además, con una progresión que muestra cada vez más claramente evidencias de irreversibilidad: se viene a proclamar repetidamente (y cada vez aparece más asentado en el discurso oficial), la imposibilidad material de mantener el nivel de prestaciones y servicios sociales del que se ha disfrutado en el último medio siglo, como si hubieran sido una especie de espejismo o de exceso que sobrepasa nuestras verdaderas posibilidades, lo que justificaría la necesidad de reajustar el sector público suprimiendo, uno tras otro, diferentes derechos o servicios sociales, dejándolos caer como si fueran un lastre o un peso muerto. El peligro cierto que anida en tal discurso es la condena al destierro del Estado social, la terminación de un ciclo histórico y el inicio de una nueva era en la que se produciría una mutación radical de la forma de Estado. Todo este proceso se está produciendo sin poner en discusión la necesidad de una reforma constitucional, esto es, la revisión de la forma de Estado tal y como la tenemos concebida hasta hoy.

Esto significaría, paradójicamente, que los principales responsables de la crisis son precisamente quienes salen más beneficiados de ella, puesto que obtienen un triunfo incontestable de sus posiciones ideológicas<sup>21</sup>. El argumento subyacente es que hemos vivido por encima de nuestras posibilidades y no podemos mantener las prestaciones sociales porque no existen recursos suficientes para destinarlos a tal propósito. Sin embargo, las cuentas públicas fueron perfectamente sostenibles y condujeron a un progresivo incremento de las prestaciones durante todo el siglo XX, salvo episodios puntuales y coyunturales ocasionados por crisis cíclicas de crecimiento. Todo cambia en el siglo XXI, cuando la crisis deriva de especulacio-

<sup>21</sup> Como contundentemente se ha dicho de los mercados financieros, «han utilizado sin empacho al Estado para solventar sus dificultades y, después de culpar del problema a los reguladores, han impuesto nuevamente sus condiciones a través de los mercados en un alarde de poder del ámbito de la economía sobre la política»; cfr. SEVILLA, J.V.: *El declive de la socialdemocracia*, RBA, Barcelona, 2011, p. 335.

nes financieras, de un modelo económico sustentado en el crédito como palanca interminable del crecimiento, y con el desarrollo de una ingeniería financiera insuficientemente fiscalizada por los organismos de supervisión y control<sup>22</sup>. El nivel de endeudamiento alcanzado como consecuencia de la proliferación de estos instrumentos es tan grave que entrega las decisiones económicas a organizaciones externas al Estado (a los mercados financieros que siguen disponiendo de liquidez), y condiciona brutalmente cualquier política económica<sup>23</sup>. Este motivo es lo que ha degenerado en un fallo generalizado del sistema, esto es, en una crisis sistémica y no en una mera crisis cíclica de crecimiento<sup>24</sup>. Aunque no se pueda negar la influencia de otros factores, es fundamentalmente ese cambio en la estructura económica el que es detonante de una serie encadenada de insolvencias hasta conducir al colapso del sistema, especialmente agudo en Europa.

Según el desenlace definitivo que se produzca en todo este asunto, puede tener lugar una verdadera metamorfosis del orden constitucional europeo, transformándose en una cosa que nunca ha sido y que no sabemos exactamente lo que es. En este punto Europa debe volver la mirada hacia su propio devenir histórico, hacia la posición que ocupa en el mundo y, en definitiva, hacia los rasgos más íntimos y profundos de su idiosincrasia. Es preciso recordar cuanto se decía más arriba, en relación con la identidad europea, en la que la consecución efectiva de la igualdad material es una constante a lo largo de la Historia, con fundamento en la dignidad irrenunciable de la persona humana. Renunciar a los derechos sociales, y sobre todo, postergarlos y supeditarlos a las necesidades del mercado, implica una verdadera traición a los fundamentos constitucionales europeos, pues no sólo supone dismantelar unas conquistas que han sido progresivas durante siglos, sino que también constituye una postergación de la esencia misma del pensamiento europeo, el rasgo que inequívocamente identifica a nuestra cultura y a nuestra civilización en el concierto mundial. Supone, en definitiva, abrazar el modo norteamericano de afrontar las relaciones económicas y sociales, colocando a la libertad en un primer y

<sup>22</sup> Véanse al respecto EMBID IRUJO, A.: *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012, pp. 20 y sigs.; así como las aportaciones contenidas en REBOLLO PUIG, M. (coord.): *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso hispano-luso de profesores de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012; y las ponencias presentadas al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Crisis económica...*, *op. cit.*

<sup>23</sup> En palabras de Tornos, «En su lucha por el poder, los mercados financieros han impuesto su ley a unos Estados endeudados y en recesión»; cfr. TORNOS MAS, J.: «Crisis...», *op. cit.*, p. 17.

<sup>24</sup> Esta idea, su desarrollo y sus fuentes de respaldo se exponen en JORDANO FRAGA, J.: «El Derecho Administrativo de la crisis», ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, pp. 2 y sigs.; publicada en PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Crisis económica...*, *op. cit.*

elevado escalón, exclusivo y excluyente de los otros dos valores constitucionales (la igualdad y la fraternidad), que estarían supeditados a la inequívoca preeminencia del primero, en tanto que el pensamiento europeo venía situando los tres al mismo ras, como una tríada indisoluble que debe mostrar en todo momento recíprocos equilibrios y contrapesos.

Por lo demás, resulta paradójico que los poderes del mercado, que no son los únicos causantes de la crisis económica, pero sí sus principales responsables, sean también quienes terminen viendo triunfar precisamente sus principios, su forma de organizar las estructuras sociales y hasta su modelo constitucional. El gran fracaso derivado de la crisis económica sería aceptar que los servicios sociales no pueden mantenerse porque son prestaciones insostenibles: lo que resulta insostenible es el despilfarro de los fondos públicos por parte de elementos de la clase política que traicionan su deber de servicio y conciben el poder como medio para su propio y exclusivo beneficio personal, y que además son incapaces de poner freno a los excesos derivados de la ingeniería financiera. Existen claros ejemplos de sostenibilidad del Estado del bienestar en muchos países europeos, incluso a pesar de la crisis.

Para concluir, y por lo que respecta al ciudadano de a pie, no se niega aquí la necesidad de mejorar los índices de productividad, de combatir el absentismo y el fraude, de rebajar las expectativas de bienestar, de llamar a la responsabilidad en el ahorro y en el consumo... en definitiva, es perfectamente visible la responsabilidad que la propia y humilde ciudadanía también ha tenido en la detonación de esta crisis, y la necesidad de que ahora soporte sacrificios. Pero esta percepción no admite en modo alguno que sean únicamente los ciudadanos quienes asuman todo el peso de la recuperación económica, y sobre todo que lo padezcan como consecuencia estructural mediante el definitivo desmantelamiento de las prestaciones y servicios sociales (y otras consecuencias como la precariedad en el empleo, la rebaja de las retribuciones, el incremento de la jornada laboral, etc.), mientras que los restantes (y principales) responsables de la crisis disfrutaban con los frutos de sus excesos, y las entidades que dirigieron (tanto públicas como privadas) tienen que ser rescatadas a costa del sacrificio de la ciudadanía.

En la actual coyuntura, las necesidades de equilibrar el déficit y de pagar la deuda pública no significan necesariamente la abolición del Estado social: esa manipulación argumental, sin embargo, viene calando como lluvia fina y conformando una suerte de nueva conciencia colectiva, permisiva con el desmantelamiento de todos los avances sociales del siglo XX. Si los acontecimientos siguen por los derroteros que ahora llevan, bastará con leer a Mark TWAIN para saber cómo será el mundo que se avecina. Y sin embargo, con una adecuada gestión de los fondos públicos, es perfectamente sostenible un sistema de protección social que atienda las necesidades básicas de los ciudadanos y contribuya a la realización efectiva de la igualdad, porque así se vino consolidando a lo largo de la segunda mitad del siglo XX, en unos términos absolutamente equilibrados y sostenibles. Esta es, probable-

mente, la aportación más trascendental que ha hecho la civilización europea a la cultura universal. Abandonar ahora estos principios supone reconocer definitivamente que ya no somos relevantes en el concierto internacional y nos plegamos a otra forma de entender el mundo, distinta de la que es inequívocamente fruto de nuestras convicciones más íntimas (como atestigua la Historia), simplemente porque hemos entregado a los mercados el poder de dirigir los Estados y les consentimos imponer un modelo de arquitectura social supeditado a sus propios intereses.

## 2. LA RACIONALIZACIÓN DEL ESTADO SOCIAL: ARGUMENTOS E INSTRUMENTOS PARA GESTIONAR EL NIVEL DE PRESTACIÓN DE LOS DERECHOS SOCIALES

Ante la progresiva desaparición de estas «conquistas» sociales, son muchas las voces que se afanan en identificar instrumentos que permitan poner límites y condicionamientos a las políticas de recorte. Son esfuerzos extremadamente difíciles de articular, por cuanto que, como se pudo comprobar en el epígrafe precedente, no resulta fácil ofrecer herramientas con las que pueda desplegarse un control efectivo de las actuaciones de los poderes públicos, especialmente cuando adquieren carácter legislativo. Pero no son esfuerzos completamente estériles. Cabe idear fórmulas para afrontar la situación: no tanto negando a los poderes públicos el ejercicio legítimo de sus potestades, decidiendo la implantación de las políticas que tengan por convenientes; sino introduciendo en la tales decisiones los elementos jurídicos consustanciales a un Estado de Derecho, en el que discrecionalidad no equivale a arbitrariedad y resulta constitucionalmente exigible el respeto de una mínima batería de determinaciones y exigencias mediante las que se justifican las decisiones adoptadas y se modulan las facultades de elección con criterios objetivos.

Por ejemplo, el Tribunal Constitucional portugués ha logrado desarrollar instrumentos con los que resulta posible controlar las decisiones legislativas regresivas de los derechos sociales: las reputa inválidas cuando afectan al núcleo esencial de la existencia mínima conectada al principio de dignidad humana, anulando, revocando, o aniquilando dicho núcleo esencial; y también, cuando la reducción del contenido del derecho social infrinja el principio de igualdad o el principio de confianza; o cuando se altere el contenido de un derecho social cuyos contornos hayan enraizado o sedimentado en la sociedad<sup>25</sup>. A continuación se exploran las posibilidades de estos y de otros instrumentos de atemperación aplicables a decisiones que recorten los derechos y las prestaciones sociales.

<sup>25</sup> Véase QUEIROZ, C.: *O princípio da não reversibilidade dos directos fundamentais sociais*, Coimbra editora, Coimbra, 2006, pp. 73 y sigs.; citado por J.C. GAVARA DE CARA: *La dimensión...*, *op. cit.*, p. 64.

Es más, cabe perfectamente defender que, en los albores del siglo XXI, la conciencia social rechaza que los derechos sociales sean ilimitadamente regresivos. El Estado social ha calado tan hondo en las convicciones ciudadanas que lo que cabe plantearse es una modificación de los postulados constitucionales en un sentido inverso al que parecen pretender las grandes fuerzas del mercado, reformando la economía constitucional característica de tales derechos.

En efecto, debemos ante todo notar que los derechos sociales se generalizan en las constituciones europeas tras la Segunda Gran Guerra, y por tanto, en un contexto de penuria económica. En ese escenario, es perfectamente razonable que su reconocimiento constitucional se produzca en términos de progresividad: a medida que vayan mejorándose las condiciones económicas y se consolide la recuperación tras el conflicto bélico, se irían haciendo paulatinamente realidad esos derechos. Pero en la actualidad el escenario es radicalmente otro. La crisis es estrictamente económica, y será más o menos grave, pero constituye un episodio cíclico.

En esa coyuntura, lo que resulta necesario es racionalizar de qué modo deben gestionar los poderes públicos los recortes derivados de las crisis económicas. Cuáles son los destinos prioritarios a los que deben aplicarse los fondos públicos. Con qué jerarquía se ordenan los gastos públicos. Y en lo que concretamente se refiere a los derechos sociales, cuáles son las prestaciones básicas que de ninguna manera puede dejar de ofrecerse, frente a otras más prescindibles sobre las que puedan operarse los recortes. En definitiva, se necesitan actualmente herramientas para racionalizar la regresividad de los derechos sociales. Y además, se intuye también la necesidad de modificar su arquitectura constitucional, en la medida que algunos de tales derechos (la sanidad, la Seguridad Social, la vivienda) no puedan quedar entregados a la libre discrecionalidad de las mayorías políticas, siéndoles reconocido un núcleo o contenido esencial directamente derivado de su proclamación constitucional. Es decir, la disrupción en esta materia conduce a un cambio radical en la economía constitucional, reconociendo a todos o a algunos de los derechos sociales un contenido esencial indisponible por el legislador. Veamos, a continuación, los argumentos que avalan esta tesis, así como las propuestas que promueven su definitiva consolidación.

## 2.1. La madurez del Estado social

Como vimos anteriormente, la cláusula del Estado social se concibe inicialmente como un mandato constitucional de optimización, como una directriz que conduce hacia la consecución de un objetivo de manera progresiva. El origen de esta construcción radica en la Constitución mexicana de 1917 y en la alemana de Weimar de 1919. Su generalización a los órdenes constitucionales europeos tiene lugar fundamentalmente tras la segunda Gran Guerra, y su máximo florecimiento se manifestó a finales del siglo XX. Toda esta evolución histórica no puede interpretarse como una sucesión plana de hechos sin consecuencias en el plano jurídico,

pues las normas deben ser interpretadas de acuerdo con la realidad social del tiempo en que han de ser aplicadas (art.3.1 Cc), y parece obvio que la realidad social contemporánea no es la que existía en 1917, aunque tampoco sea la que se daba en la última década del siglo XX.

En este sentido puede afirmarse que la conciencia social ha evolucionado a lo largo de la última centuria, y percibe hoy las prestaciones sociales como un componente indisociable de la actividad de los poderes públicos. *Tiene que existir la asistencia social*. Resultaría inconcebible que se procediese a su desmantelamiento. En la actualidad, la oferta de prestaciones sociales que atienden a necesidades primarias constituye un *servicio público básico*. La cláusula del Estado social no puede ser interpretada en este punto de la evolución histórica en los mismos y exactos términos que cuando se concibió inicialmente su incorporación a los textos constitucionales. Por más que se reconozca la reversibilidad *de los niveles de prestación*, lo que resulta inadmisibile es la reversibilidad *del Estado social* en cuanto que opción constituyente básica, que actualmente se ha impreso de forma indeleble en el ADN constitucional y forma parte irrevocable de su *ethos*. Podrán mutar los aspectos de orden práctico que permiten articular el Estado social: por ejemplo, la intervención directa de los poderes públicos en las estructuras económicas para ofrecer los servicios directamente, mediante organismos públicos, pues de lo que se trata es de atender el fondo material de la cláusula del Estado social, y la prestación en cuestión podrá articularse con entrada del sector privado. Pero, por una parte, la prestación debe existir, esto es, *no puede no existir*, porque ello sería atentar contra la propia morfología constitucional, despreciando la opción axiológica básica realizada por el poder constituyente y reafirmada por el poder constituido; y por otra parte, su fundamento reside en el *derecho* de la ciudadanía a recibirla, como instrumento para la consecución del principio de igualdad material, y no en la pura beneficencia o filantropía de quienes deseen dedicar una parte de sus recursos a la asistencia social.

Esta evolución irrevocable del orden constitucional no supone ningún artificio orientado a manipular la interpretación jurídica con el único propósito de sostener un elemento específico de la forma de Estado: antes bien, esta misma consolidación de elementos evolutivos de la forma de Estado encuentra paralelo en al menos otra de las cláusulas que lo componen, la del Estado democrático, que no supuso originalmente la implantación de un sistema de sufragio universal, libre, directo y secreto tal cual lo conocemos hoy, sino que se construyó asimismo de manera progresiva. Actualmente nadie restringiría el colegio electoral por razón del nivel de estudios o de renta, y menos aún por razón de sexo, y sin embargo este tipo de restricciones eran perfectamente constitucionales en el origen del Estado democrático, sucumbiendo progresivamente ante el avance incontestable de la conciencia social. Actualmente, nadie se plantearía retirar el voto a las mujeres, por ejemplo, y esto constituye una evolución consolidada del Estado democrático.

En esa misma línea, entiendo que en la actualidad no resulta posible revertir ciertos derechos o prestaciones sociales, por cuanto que la conciencia social los valora como un mínimo básico del Estado social, como el suelo de los derechos y prestaciones que deben amparar a los ciudadanos que incurran en alguna de las necesidades a que hicimos referencia al inicio de este Capítulo. La jurisprudencia de otros tribunales constitucionales ha admitido esta irrevocabilidad del Estado social. Por ejemplo, la decisión del Tribunal Constitucional alemán de 9 de febrero de 2010 sobre el alcance del derecho a una prestación por desempleo, entendió que del art. 1 de la Ley Fundamental de Bonn deriva «el derecho a un mínimo existencial que facilite al beneficiario (y a sus hijos) una adecuada participación en la vida social, cultural y política»<sup>26</sup>. Y la sentencia del mismo Tribunal de 14 de diciembre de 2012 declaró que la remuneración que se había establecido para un cuerpo de funcionarios incumplía el principio constitucional de manutención y no era suficiente para asegurarle un nivel de vida adecuado a su rango, a sus responsabilidades y a su importancia para la sociedad<sup>27</sup>.

## 2.2. La dignidad humana como límite absoluto a los recortes

El principal problema en todo este asunto reside, probablemente, en identificar cuáles son esos derechos y prestaciones básicos, dónde se situaría ese suelo o temperatura basal que llevaría a plantear la vulneración de la cláusula del Estado social, cuál es la barrera a partir de la cual se produce una infracción de alcance constitucional. Pero la dificultad de trazar esa línea y de articular controles que permitan garantizar el orden constitucional no puede suponer una claudicación en el empeño mismo de conseguirlo, y por tanto, debemos afanarnos en alumbrar esas técnicas o instrumentos que permitan salvaguardar la forma de Estado en su plenitud.

Sobre todo, porque varias voces y fuentes confluyen ya en identificar el mínimo irreductible de protección en el Estado social: las prestaciones que preservan la propia dignidad humana, entendida por HABERMAS como una fuente moral de la que todos los derechos fundamentales obtienen su sustancia, y alimenta la lucha por evitar la rebaja de su contenido<sup>28</sup>. Entre nosotros, GARCÍA SCHWARZ ha sostenido que existen prestaciones inherentes a los derechos sociales que tienen un contenido mínimo imprescindible, sin el cual el ser humano no puede desarrollar una vida digna; este contenido mínimo viene exigido materialmente por el mandato constitucional de respeto a la dignidad humana como fundamento del sistema de valores

<sup>26</sup> Citado por TORNOS MAS, J.: «La crisis del Estado social...», *op. cit.*, p. 40.

<sup>27</sup> Extraigo el dato de PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013, pp. 54 ss.

<sup>28</sup> Véase HABERMAS, J.: *La Constitución de Europa*, *op. cit.*, p. 13.

de la Constitución, de tal manera que «la materialidad de la dignidad humana se asienta sobre el denominado mínimo asistencial, el núcleo duro de los derechos sociales»<sup>29</sup>. En la misma línea sostiene TORNOS: «El necesario límite infranqueable de los derechos sociales de prestación debe identificarse con la dignidad humana, cuyo respeto constituye el fundamento del orden político y la paz social (art.10.1 de la Constitución)»<sup>30</sup>.

También en coordenadas similares ha destacado PONCE SOLÉ<sup>31</sup> la íntima conexión de estos derechos con la dignidad personal, la cohesión y sostenibilidad social que en ningún caso puede olvidarse, incluso hoy con la nueva situación derivada de la reforma constitucional del art. 135, como fuente más incisiva de limitaciones y medidas regresivas. Por encima de estos límites cabe apelar al concepto de sostenibilidad social, manejado por la Unión Europea e incluso por alguna legislación sectorial y que fundamenta «un núcleo mínimo inviolable de derechos sociales». Precisamente, en función de este núcleo mínimo, el autor propone la noción de *resiliencia* de los derechos sociales apelando al concepto manejado por la psicología como capacidad de las personas para afrontar situaciones límite y sobreponerse a las mismas, resistiendo su impacto y en definitiva evitando su destrucción. Con este gráfico concepto de *resiliencia*, se cuestiona el autor si es posible en nuestro ordenamiento jurídico ofrecer «un blindaje» a ciertos aspectos de los derechos sociales constitucionales. Para nuestro ordenamiento jurídico la determinación de un núcleo resistente del derecho social debe apelar necesariamente a la garantía institucional, en la inteligencia de que no tiene sentido negar *a priori* este contenido esencial a los derechos sociales, cuando un derecho social básico como el de la educación dispone de tal garantía al amparo del art 53.1 CE. Asimismo, el legislador no puede considerarse omnímodo, sino vinculado a principios superiores y, en especial, a los límites internacionales de la Carta Social Europea y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDEC). Para la articulación de esa vinculación, el autor propone seis medidas de mejora del ordenamiento jurídico y de impulso de la buena gestión pública: fijación del contenido mínimo y esencial de los derechos socioeconómicos; determinación de la sostenibilidad social del art. 135CE y de la Ley Orgánica 2/2012 como límite al principio de estabilidad presupuestaria; promoción de la inclusión de la cláusula de progresividad y de reversibilidad limitada (PIDESC); impulso de la *Better o Smart regulation*; promoción de Carta de Servicios en los servicios públicos y de interés general (límites mínimos de derechos sociales vs. límites máximos gasto público y Evaluación del Impacto Social (EIS).

<sup>29</sup> Cfr. GARCÍA SCHWARZ, R.: *Derechos sociales...*, *op. cit.*, p. 11.

<sup>30</sup> Cfr. TORNOS MAS, J.: «La crisis del Estado social...», *op. cit.*, p. 42.

<sup>31</sup> *Vid.* PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad...*, *op. cit.*

No puedo sino compartir estos planteamientos, que ya quedaron apuntados anteriormente, cuando expuse el genio de los servicios sociales como catalizadores de la dignidad y la igualdad material de las personas.

Por otra parte, también se citó más arriba la jurisprudencia del Tribunal Constitucional portugués, que reputa inválidas las decisiones legislativas regresivas de los derechos sociales cuando afectan al núcleo esencial de la existencia mínima conectada al principio de dignidad humana, anulando, revocando, o aniquilando dicho núcleo esencial, así como las del Tribunal Constitucional alemán que apuntan en la misma dirección. En esa línea, la sentencia de la Corte Constitucional italiana de 16 de julio de 1999, núm. 309, entiende igualmente que, a pesar de que el derecho a la salud se encuentre condicionado presupuestariamente, ello no permite que se reduzca «el núcleo irreducible del derecho a la salud protegido por la Constitución como ámbito inviolable de la dignidad humana».

Podría decirse que el planteamiento sigue padeciendo de una cierta inconcreción, una indefinición de las fronteras que trazan el límite entre lo que se puede y no se puede recortar. Para acotar un poco más el escenario y promover con ello una mayor objetividad en las decisiones, conviene entonces recordar qué son las necesidades personales básicas. Las define, por ejemplo, el art.3.1 de la Ley 12/2007, de servicios sociales de Cataluña: «Las necesidades personales básicas son las propias de la subsistencia y la calidad de vida de cada persona». Cuando una determinada prestación constituya propiamente un medio de subsistencia, su supresión resultaría contraria al orden constitucional. Puede objetarse que la valoración de lo que sea la subsistencia dependerá de cada caso singular, por lo que hablamos aquí de prestaciones o servicios individualizados y no colectivos. Esto tan sólo se traduce en la necesidad de un mayor afinamiento en la determinación de las personas sobre las cuales juega el límite, pero no puede suponer en modo alguno la desaparición del límite mismo.

Para mayor claridad pondré dos ejemplos que me parecen sintomáticos. El primero de ellos es la llamada *renta de subsistencia*, que constituye un proyecto de incorporación prevista a los presupuestos de las Comunidad Autónoma: su finalidad es que al menos tengan *algo* quienes lamentablemente no tienen *nada*, al ser desempleados de larga duración sin otra fuente de ingresos; podrá discutirse la cuantía de la prestación, pero desde luego, parece que los poderes públicos deben tender una red asistencial mínima para quienes carecen de toda fuente de ingresos y bordean la indigencia. El otro ejemplo viene representado por las prestaciones a *personas dependientes*: especialmente, cuando se trata de grandes dependientes, y por tanto, no pueden desarrollar por sí mismos actividades vitales básicas<sup>32</sup>: este colectivo

<sup>32</sup> Con arreglo al art.2.3 de la Ley 39/2006, de 14 de diciembre, de promoción de la autonomía personal y atención a las personas en situación de dependencia, son actividades básicas de la vida diaria:

*necesita* asistencia social para sobrevivir dignamente, podremos discutir la cuantía de la prestación o la calidad del servicio, pero no suprimirlo *de radice*, pues hacerlo contravendría el principio constitucional de protección de la dignidad de la persona.

### 2.3. La necesidad de justificación de la medida revocadora

Un requisito básico de cualquier medida que suponga una privación de los derechos y de las prestaciones sociales se debe encontrar suficientemente justificada. El Tribunal Constitucional ha compartido y reiterado esta necesidad en varios pronunciamientos: así, la STC 81/1982 FJ 3 declara que: «no se puede privar al trabajador sin razón suficiente para ello de las conquistas sociales conseguidas»; en la misma línea, STC 37/1994, FJ 3. La necesidad de justificación comprende dos exigencias complementarias: una, de orden material, consiste en la existencia misma de la razón que se alegue para desmontar una prestación o abrogar un derecho; otra, en el plano puramente formal, es la necesidad de hacer explícita esa justificación, a fin de que pueda controlarse el ejercicio de la potestad conferida mediante la comprobación de la veracidad del argumento. Se trata de un medio de control sobradamente conocido, de pacífico reconocimiento, y de evidente concurrencia en el contexto actual, puesto que resulta relativamente sencillo invocar las limitaciones al déficit público derivadas de la Constitución tras su reciente reforma, asociadas al descenso de los ingresos presupuestarios y al incremento de los gastos financieros, para obtener una ecuación que manifiesta expresiva y contundentemente la necesidad de recortar gastos, y por consiguiente, derechos sociales y sus prestaciones asociadas. En este punto se hace evidente que esa no es la discusión, sino más bien, controlar que las medidas de reducción del gasto público se proyectan sobre los recortes sociales *sólo en la medida estrictamente necesaria*. Para ello es necesario acudir a otras técnicas adicionales de control.

### 2.4. El principio de proporcionalidad

En algunas aportaciones recientes se viene invocando el principio de proporcionalidad como límite al recorte de derechos y prestaciones sociales; seguramente, el mayor esfuerzo desplegado para proponer la aplicación de este principio como instrumento de control en la regresión del Estado social ha sido recientemente ofrecido por TORNOS<sup>33</sup>.

---

«las tareas más elementales de la persona, que le permiten desenvolverse con un mínimo de autonomía e independencia, tales como: el cuidado personal, las actividades domésticas básicas, la movilidad esencial, reconocer personas y objetos, orientarse, entender y ejecutar órdenes o tareas sencillas».

<sup>33</sup> Véase TORNOS MAS, J.: «Crisis del Estado del bienestar...», *op. cit.*, pp. 37 y sigs. El autor reproduce la articulación práctica que se ha hecho de la aplicación de este principio en un Voto particular emitido por el prof. Elisejo Aja en relación con el Dictamen del Consejo de Garantías Estatutarias de Cataluña 6/2012, mediante el que se pone de manifiesto que la retirada de asistencia sanitaria a los extranjeros no supera el test de proporcionalidad, y por tanto, resultaría inválida.

En efecto, la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SSTC 66/1995, 207/1996 y concordantes) aplica este principio a la restricción de derechos fundamentales, sometiéndola a un juicio de proporcionalidad que debe superar tres condiciones: un *juicio de idoneidad*, mediante el que se analiza si la medida es susceptible de lograr el objetivo propuesto (de tal manera que las medidas adoptadas deben venir respaldadas por datos objetivos que demuestren su idoneidad); un *juicio de necesidad*, que analiza si no existe otra medida más moderada para la consecución del mismo propósito con igual eficacia; y un *juicio de proporcionalidad en sentido estricto*: mediante el que se valora si la medida es ponderada o equilibrada, derivándose de ellas más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto. Las medidas que recorten derechos sociales serían inválidas si no superasen este cribado.

## 2.5. La prohibición de defecto de protección; su articulación mediante juicios de ponderación de principios

Sin embargo, según expone, GAVARA DE CARA, el principio de proporcionalidad no es aplicable al control de medidas legislativas de configuración legal de los derechos sociales: el autor sostiene que los derechos de configuración legal son susceptibles de un control de prohibición de defecto de protección, esto es, un enjuiciamiento de la suficiencia de las medidas adoptadas para materializar el derecho social que garanticen al menos un suelo mínimo, pero no de un control de proporcionalidad, por tratarse este último de una técnica que se proyecta sobre medidas de carácter restrictivo o limitativo, no sobre supuestos de conformación normativa de los derechos fundamentales<sup>34</sup>.

Siguiendo a este autor<sup>35</sup>, los criterios para determinar la prohibición de defecto de protección son frecuentemente los contrarios a los utilizados en el principio de proporcionalidad, ya que es necesaria su aplicación bajo la objetivización de los bienes jurídicos contrapuestos para determinar si se ha articulado una protección efectiva, suficiente y racional, a cuyo fin se articulan tres controles:

- El *principio de efectividad*, que trata de determinar el estándar de protección efectiva de un derecho con la finalidad de determinar cuándo es necesaria la adopción de una medida de protección, o los mecanismos que se deben añadir por su ausencia absoluta o parcial a la medida normativa de protección ya adoptada para alcanzar la necesaria efectividad de la protección del derecho.

<sup>34</sup> Vid. GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión...*, *op. cit.*, pp. 51 y sigs., con profusa bibliografía (alemana) de respaldo.

<sup>35</sup> *Op. ult. cit.*, pp. 54 y sigs.

- El *principio de indispensabilidad de la protección*, que sirve para medir la suficiencia de la protección desarrollada por el legislador, no tanto desde la perspectiva del *mínimo* de protección necesario para el derecho, sino desde la determinación de la protección *suficiente e indispensable* del derecho.
- El *principio de racionalidad*, que implica el análisis de la medida de protección y dotación de efectividad adoptada, en contraposición con la finalidad perseguida: en este caso, la protección efectiva del concreto derecho implicado. La irracionalidad vendría dada por la ausencia de protección y dotación de eficacia ante una situación concreta de infracción, o de peligro de perjuicio para los derechos tras la ponderación de los distintos intereses contrapuestos en conflicto. Es el control que más se asemeja al principio de proporcionalidad en sentido estricto.

Se evidencia con ello la implicación que tiene el juicio de ponderación como técnica de articulación de las decisiones relativas a la reversión de las prestaciones sociales y al control ulterior de tales decisiones. La ponderación tiene lugar cuando entran en colisión diferentes principios jurídicos, en la noción de los mismos que fue expuesta *supra*, y en la que se incluyen los derechos sociales. Permite orientar la interpretación jurídica cuando entran en colisión dos o más principios constitucionales, para determinar cuál de ellos debe prevalecer o debe ser satisfecho en mayor medida que el otro<sup>36</sup>.

La prohibición de defecto de protección se presenta como el instrumento más poderoso de control de las decisiones relativas a la reversión de las prestaciones sociales. Tiene un juego indudable, si bien se fundamenta en decisiones caracterizadas por un intenso componente subjetivo. Esto no las priva de un mínimo marco de objetividad, dentro del cual pueden moverse con plena legitimidad. Cuestión distinta es la convicción que pueda tener el juzgador para llevar adelante su análisis, suplantando decisiones políticas que le pueden suponer críticas (a mi juicio, infundadas) de injerencia en las potestades que corresponden a otro poder del Estado o desbordamiento de las que son propias del poder judicial en la arquitectura constitucional.

Como decía, este tipo de reproches no pueden impedir la evidencia de neutralidad, objetividad y respeto del principio de separación de poderes en determinados casos. Por ejemplo, unos presupuestos generales del Estado o de la Comunidad Autónoma que incluyan importantes recortes sociales pero no recortes al menos equivalentes en gastos suntuarios y de protocolo, en el mantenimiento de la cohorte

<sup>36</sup> A pesar del evidente interés que presenta esta cuestión, no podemos exponerla aquí en detalle. Para conocer los pormenores del juicio de ponderación debe acudir a ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA MORÓN, S. (coords.): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009, en especial a la aportación de L. ARROYO JIMÉNEZ, en las pp. 19 y sigs. de esa obra, (también disponible en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2009). Asimismo, debe verse RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

de asesores de los altos cargos, o en una Administración paralela deficitaria que recibe fondos de subsistencia simplemente para mantener una cosecha suficientemente nutrida de sillones, serían unos presupuestos en los que no se ha efectuado por el poder político una adecuada ponderación de los principios en conflicto y ha postergado precisamente los que merecen mayor protección. Tampoco podría entenderse el mantenimiento de una televisión pública municipal y la supresión paralela de servicios de apoyo a la dependencia: ninguna norma constitucional o estatutaria afirma que deba existir una televisión municipal pública, y sin embargo esos mismos y fundamentales textos proclaman el mandato de optimización en la asistencia social a grupos de población que la necesitan como imperativo vital. Olvidar la necesidad de formular estos juicios de ponderación, y defender la efectividad de su control judicial, supondrían una traición inadmisibles a los fundamentos de nuestro orden constitucional.

## 2.6. El principio de confianza legítima

También se ha sostenido la pertinencia de invocar el principio de confianza legítima para consolidar la irreversibilidad de algunas prestaciones sociales<sup>37</sup>. Este principio protege a los ciudadanos que actúan en la confianza de que su actividad es lícita al haber sido consentida por la Administración de manera persistente en el tiempo: si la Administración ha realizado actuaciones que claramente apuntan a su toma de posición en un determinado sentido, y los particulares realizan actividades acomodadas a esa situación, la Administración no puede luego actuar en sentido contrario, privándoles o negándoles sus derechos<sup>38</sup>. Se exigen una serie de requisitos para que juegue el principio de confianza legítima: 1) La existencia de una conducta administrativa previa; 2) Que la actuación realizada por el interesado al guiarse por su confianza legítima no sea reversible; 3) Que no exista una ilegalidad imputable al interesado; 4) Si existe una ilegalidad de la Administración, que el interesado la desconozca; 5) Que no exista un interés público digno de mayor protección que la confianza legítima del interesado.

Este principio podría entrar en escena en supuestos de supresión de una prestación que el interesado venga disfrutando en precario, esto es, sin la condición de derecho subjetivo (cuya ablación exigiría compensación). Sin embargo, debe tenerse presente que este principio ha ofrecido hasta ahora escasos ejemplos de aplicación, y la jurisprudencia no se muestra por lo general proclive a su consideración.

<sup>37</sup> Así, GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión...*, op. cit., p. 64.

<sup>38</sup> Sobre el principio de confianza legítima, véase especialmente GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002; MARTÍNEZ MOYA, J.A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero, Murcia, 2012; y CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.

---

## CAPÍTULO IV

### DESAFÍOS DEL ESTADO DEMOCRÁTICO DE DERECHO

#### 1. LA PROGRESIVA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DEMOCRÁTICO

##### 1.1. El fin del poder: la distorsión de las mayorías y la dominación del gobierno democrático por agentes externos a la representatividad electoral

Uno de los pilares tradicionales del Derecho Administrativo ha sido el postulado de la representación democrática indirecta que supone la Administración, en la medida que el Gobierno, que se sitúa en su cúspide en calidad de máximo órgano del conglomerado administrativo, goza de esa legitimidad democrática al ser designado por la asamblea parlamentaria correspondiente del respectivo nivel territorial (Congreso de los Diputados, Parlamentos autonómicos y Plenos municipales). Sin embargo, la realidad cotidiana del quehacer administrativo muestra cómo las actuaciones de estos órganos de Gobierno se encuentran ampliamente condicionadas, si no directamente secuestradas, por tres elementos externos que influyen marcadamente en la toma de decisiones y que perturban, cuando no subvierten, el juego del principio democrático.

Pero este cerco y descaecimiento del poder no es un fenómeno propio y exclusivo del ámbito público: se está produciendo en todas las dimensiones o magnitudes tradicionales de autoridad o supremacía, y supone cambios radicales (disruptivos) en todas las estructuras clásicas de dominación y gobierno. La situación ha sido brillantemente descrita por Moisés NAÍM como «El fin del poder»<sup>1</sup>; pues asistimos, efectivamente, a un entorno en el que el poder tradicional se debilita progresivamente y emergen otras fórmulas de ejercicio de la influencia. No se trata, pues, de

<sup>1</sup> NAÍM, M.: *El fin del poder*, Debate, Barcelona, 2013.

un fenómeno circunscrito a los gobiernos<sup>2</sup>, sino característico de la sociedad contemporánea, en la que una multiplicidad de factores han transformado las estructuras del poder y suponen no sólo que su titularidad sea mucho más efímera, sino también que su ejercicio exija una implicación continua y multiforme, generadora de un elevado desgaste a quienes lo detentan.

A continuación nos centramos en una serie de factores que evidencian esa degradación del poder en lo relativo al Gobierno y la Administración, debilitamiento que resulta especialmente preocupante en la medida que el poder gubernamental goza de legitimidad democrática, y las fuerzas que lo constriñen no necesariamente, lo cual debe ser un motivo de seria preocupación, por cuanto que las decisiones no serían ya adoptadas por los representantes de la soberanía popular en ejercicio legítimo de su mandato representativo, sino por verdaderos usurpadores del poder, que sabiendo anticiparse a los cambios, utilizarían las herramientas adecuadas (que, como hemos de ver enseguida, son muy diferentes), articulando los medios necesarios para influir en los centros de decisión<sup>3</sup>.

## 1.2. La sociedad del riesgo y las imposiciones de la técnica. Sus derivaciones sobre el sesgo de la investigación científica

Se trata, en primer lugar, de la regulación en amplios sectores de ordenación que requieren el manejo de profundos conocimientos técnicos de los que la Administración carece<sup>4</sup>. Surge entonces la necesidad de apoyarse en la opinión científica, con la dificultad que entraña saber si las soluciones que se proponen son las idóneas desde el punto de vista técnico (ante la disparidad de posiciones que puede existir); y emergiendo igualmente la duda de saber hasta qué punto tales opiniones científicas se encuentran orientadas en realidad por intereses económicos subyacentes (por ejemplo, laboratorios privados de investigación que pretendan implantar sus logros) en los más variados campos: productos farmacéuticos, aparatos y dispositivos electrónicos, etc.

<sup>2</sup> La obra tiene como subtítulo el siguiente texto, tan anormalmente extenso como expresivo: «Empresas que se hunden, militares derrotados, papas que renuncian y gobiernos impotentes: cómo el poder ya no es lo que era».

<sup>3</sup> Un tema cercano al expuesto es la influencia de los *lobbies* en el procedimiento de elaboración de normas, una problemática recientemente tratada por PONCE I SOLÉ, J.: *Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.

<sup>4</sup> Una vez más es decisiva la aportación de ESTEVE PARDO, J.: *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009. En una dimensión más amplia de la estrictamente técnico-jurídica debe verse COLOMER, J.M.: *El gobierno mundial de los expertos*, Anagrama, 2015.

Un segundo problema relacionado con el anterior es el denominado principio de precaución<sup>5</sup>, que constituye una manifestación específica del principio de proporcionalidad, y en cuya virtud, cuando no existan evidencias científicas de que una determinada actividad pueda ser potencialmente lesiva, no se puede impedir su realización a los ciudadanos. Esta regla general sólo permuta en la inversa (prohibición *ex ante*) para los casos tasados que se establezcan, en ámbitos (como los alimentos transgénicos, o los nuevos fármacos) donde las actividades a realizar tengan una potencialidad lesiva mayor y se exija la previa realización de estudios técnicos que avalen su inocuidad. El principio de precaución impidió, por ejemplo, que se prohibiese la instalación de antenas de telefonía por parte de algunos municipios ante el riesgo potencial de que fueran lesivas para la salud, al no haber evidencias científicas que lo probaran.

El mismo escenario se presenta en el contexto europeo: art. 114 TFUE en relación con los arts. 191 a 193. Resultan ejemplificativos los casos de adquisición de vacunas por gripe aviar, o de incineración y soterramiento de las reses afectadas por la encefalopatía espongiiforme (vacas locas)<sup>6</sup>.

Y una consecuencia derivada de este orden de cosas es el sesgo que se puede inducir en la investigación científica. Actualmente, los planes de investigación convocados por las Administraciones públicas priman como criterio para incentivar los proyectos que éstos vengan avalados por empresas privadas que incluso aporten cofinanciación. Pero, como es obvio, las empresas privadas no impulsan *motu proprio* la investigación en aquéllos aspectos que puedan deparar resultados perjudiciales para sus intereses. Además del ejemplo de las antenas y terminales de telefonía móvil, puede mencionarse el de la fractura hidráulica o *fracking*: no existen estudios científicos que confirmen o contradigan la potencial afección que el empleo de la técnica pueda tener sobre los acuíferos o sobre la geodinámica de la zona.

La economía del principio de precaución es probablemente inevitable en un Estado de Derecho, presidido por el principio de legalidad. Pero no todas estas consecuencias son admisibles, y sobre todo, los poderes públicos no pueden permanecer impasibles ante la potencialidad lesiva de las innovaciones tecnológicas e industriales. Las líneas de investigación incentivadas por los poderes públicos deben

<sup>5</sup> Además de la obra de ESTEVE anteriormente citada, véase CIERCO SEIRA, C.: «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP*, núm. 163, 2004.

<sup>6</sup> A modo de ejemplo, SJUE de 21 de marzo de 2000, asunto C-6/99, Asociación Greenpeace France y otros: el Conseil d'État planteó dos cuestiones en relación con la Directiva 90/220/CCE del Consejo, de 23 de abril de 1990, sobre la liberación internacional de OMGs al medio ambiente. En el fundamento 45, el Tribunal entiende que el Estado dispone de margen para no otorgar las autorizaciones de liberación de los organismos si se disponen de nuevos elementos de información y hay posibilidad de riesgo para la salud humana y el medio ambiente.

incluir necesariamente aquéllas innovaciones de la técnica que se vislumbren como potencialmente lesivas aun cuando no existan operadores privados dispuestos a contribuir con fondos económicos a la investigación.

### 1.3. Los mercados

Un segundo factor distorsionante del juego de las mayorías es la posición de «los mercados». Esa entelequia que ha venido presidiendo las vidas de los ciudadanos occidentales desde que estallara la *crisis de la deuda*: la prima de riesgo, las calificaciones que las consultoras internacionales conceden a la deuda soberana, los movimientos financieros de capitales realizados por los fondos de inversión... tantos conceptos extraños que se han incorporado a la rutina del ciudadano de a pie y que revelan hasta qué punto las decisiones de los Gobiernos están condicionadas por el capital<sup>7</sup>. Ya en 2004 nos advertía HINKELAMMERT<sup>8</sup>:

«La estrategia de globalización, de esta manera, hace surgir un poder que está por encima de toda autoridad política. Cuanto más se totalizan los mercados, tanto menos resulta posible una política frente a los mercados. Aparecen poderes del mercado que quitan a la política su autonomía. Esos poderes del mercado operan en nombre de la técnica. Toda política económica ahora es aparentemente la aplicación de una técnica, que se presenta como la única forma de racionalidad. Frente a ella, la política parece ser un ámbito de irracionalidad. Pero estos poderes del mercado dominan la esfera del capital y, por tanto, los medios de comunicación. No admiten ninguna política frente al mercado, sino que imponen el poder del mercado en nombre de la técnica, la eficiencia y la competitividad, que se erigen en las instancias de juicio sobre todos los valores humanos».

A lo largo del siglo XX el *Boletín Oficial del Estado* era un testimonio evidente del poder de Gobierno, del ejercicio de su autoridad, investida de legitimidad democrática. El siglo XXI nos trae la evidencia de que el *BOE* puede ser también el espejo de un dictado: el que imparten «los mercados» a los gobiernos, suplantando por completo el juego democrático.

Esta realidad afecta sustancialmente a la Administración pública, y restringe en particular su ámbito de elección en el ejercicio de las potestades discrecionales, que se ven fuertemente condicionadas por las imposiciones de «los mercados».

### 1.4. Las redes sociales y las falsas mayorías

Otro aspecto que perturba el normal desarrollo del juego democrático es la influencia sobre la opinión pública ejercida a través de las redes sociales, que inme-

<sup>7</sup> Las obras sobre el análisis de la crisis económica citadas al inicio de este Apartado 4 reflejan este orden de cosas.

<sup>8</sup> Cfr. HINKELAMMERT, F.J.: «El socavamiento de los derechos humanos en la globalización actual: La crisis de poder de las burocracias privadas», en *Filosofía de la convivencia*, Editorial MAD, Sevilla, 2004, especialmente pp. 99 ss.

diatamente se hacen eco de los problemas de la actualidad y pretenden erigirse en un indicador válido del sentir social, influyendo de forma determinante en la toma de decisiones del poder público, y por ende, de la Administración. Así, cualquier aspecto requerido de una acción de gobierno es objeto de comentario en las redes sociales, conformando una opinión que se considera representativa de la mayoría social, y haciendo prácticamente imposible que la Administración se aparte de ese sentir, so pena de ser acusada de ignorar la voluntad popular.

Sin embargo, la distorsión que supone aceptar acríticamente las posiciones que se formulan mediante fórmulas de voto electrónico han sido cuidadosamente destacadas desde hace tiempo. Por ejemplo, COTINO advierte que<sup>9</sup>:

«hay que alertar del peligro de la supra o sobre representación de sectores más allá de su importancia real. No debe descuidarse el particular perfil de los usuarios de las nuevas tecnologías, así como la probablemente especial idiosincrasia del participante a través de las nuevas tecnologías, puesto que es más que posible que en modo alguno reproduzca transversalmente el perfil del cuerpo social. En este punto, no está demás recordar el fenómeno de los *frikis* de internet o *geeks*, usuales participantes de la web 2.0. Como se ha dicho, puede considerarse que hay unos de diez millones de participantes y generadores de contenidos en España, por ello, me permito alertar de que en la evolución de las fórmulas de democracia y participación electrónicos no se ha de caer en el error de dotar de sobre representación o particular legitimación a los participantes por medio de las TICs. Además, no ha de perderse de vista que en todo proceso participativo, el perfil más activo de los participantes suele corresponder con las posiciones más polarizadas y dotar a su participación de especial significación puede suponer infravalorar las posiciones mayoritarias y más moderadas».

De hecho, la influencia en la red (y de la red) es una nueva fuente de poder que recorta correlativamente la autoridad del Gobierno. Hay personas que *crean tendencia*. Sus twitts o mensajes en Facebook pueden arrastrar la opinión de cientos de miles de individuos. Saben ejercer ese poder y ello es tremendamente positivo, pero también potencialmente perjudicial. Por ejemplo, muchos de los bloggers y creadores de tendencias perciben elevadas sumas de dinero por la inserción de publicidad —explícita o implícita— en sus páginas, perfiles y comentarios. Es también posible que perciban cantidades económicas por iniciar una nueva tendencia o crear opinión. Los procesos masivos de mensajes reenviados (retwitts) que crean

<sup>9</sup> Cfr. COTINO HUESO, L.: «Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas», en BARRAT I ESTEVE, J. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (coords.): *Derecho de Sufragio y Participación ciudadana a través de las Nuevas Tecnologías*, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario Universidad Complutense, Cizur Menor (Navarra), 2011, pp. 217 y sigs. El autor, que viene sosteniendo esta posición desde 2003 en diferentes trabajos, cita en apoyo de su tesis, además de los Informes periódicos de la Fundación Telefónica sobre el uso de la red, el trabajo de PREVITE, J.; HEARN, G. y DANN, S.: «Profiling Internet Users' Participation in Social Change Agendas: An Application of Q-Methodology», Faculty of Business, Queensland University of Technology, disponible en <http://arxiv.org/abs/cs/0109058> (última visita: 29 de febrero de 2015).

tendencia (*trending topics*) condicionan indudablemente la acción del Gobierno<sup>10</sup>. Pero carecen, sin embargo, de legitimidad democrática, no sólo porque quienes los promueven no han sido elegidos en sufragios universales, libres, directos y secretos, sino también porque quienes les siguen no son necesariamente grupos representativos de las mayorías reales.

En efecto, tal y como advierte la doctrina más autorizada, no existen instrumentos fiables para elaborar predicciones o interpretaciones derivadas de las opiniones vertidas en las redes sociales<sup>11</sup>, y cuando se han analizado los resultados electorales, no se corresponden con las predicciones que cabría deducir de lo expresado en ellas<sup>12</sup>. Lo cual no significa que se deba rechazar a las tecnologías de la información en general y a las redes sociales en particular como instrumentos de opinión y de participación ciudadana: no se trata, necesariamente, de una mayoría silenciosa, pero sí es obvio que existe un *silencio mayoritario* —el porcentaje de ciudadanos que no intervienen en los debates rebasa ampliamente al que lo hace—, y de lo que se trata es de saber interpretar ese silencio, o dicho a la inversa, de articular instrumentos de medida que permitan averiguar hasta qué punto la opinión expresada en las redes sociales es reflejo fiel de la mayoría social. La situación pone de manifiesto la necesidad de racionalizar esas fuentes de información y articularlas de manera que sean verdaderamente representativas. En el apartado siguiente se abunda en esta idea.

### 1.5. La reivindicación de la democracia: apertura al principio de participación

Ante todos estos envites, ante tantas amenazas y limitaciones que constriñen la acción del Gobierno y subvierten el orden constitucional, es preciso reivindicar de nuevo la democracia como forma de organización política.

<sup>10</sup> Al respecto, puede verse FERNÁNDEZ TORRES, M.J. y PANIAGUA ROJANO, F.J.: «El poder de las redes sociales en la política y en los movimientos sociales», en COTARELO GARCÍA, R. y CRESPO MARTÍNEZ, I. (coords.): *La comunicación política y las nuevas tecnologías*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012, pp. 130 y sigs.

<sup>11</sup> Vid. SCHOEN, H. y otros: (2013) «The power of prediction with social media», *Internet Research*, Vol. 23, núm. 5, 2013, pp. 528 y sigs.; tal y como advierten los autores: «Better understanding the predictive power and limitations of social media is therefore of utmost importance, in order to be successful and avoid false expectations, misinformation or unintended consequences. Today, current methods and techniques are far from being well understood, and it is mostly unclear to what extent or under what conditions the different methods for prediction can be applied to social media».

<sup>12</sup> Como elocuente ejemplo, vid. GAYO AVELLO, D.; METAXAS, P.T. y MUSTAFARAJ, E.: «Limits of Electoral Predictions Using Twitter», Actas de la Fifth International AAAI Conference on Weblogs and Social Media, accessible en <http://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM11/paper/view/2862> (última visita: 28 de febrero de 2015). Los autores demuestran que el resultado de las elecciones al Congreso de los Estados Unidos de 2010 no se correspondieron con lo que cabía predecir del análisis de los datos de Twitter.

En el contexto del derecho a participar en los asuntos públicos, será sin duda necesario reflexionar sobre nuevos cauces de participación, tanto electrónica como asamblearia, y asimismo convendrá tener presentes los avances de la ciencia y las tendencias de los mercados para orientar las decisiones de la Administración pública. Pero todo ello debe hacerse con la debida cautela, con instrumentos adecuados de medida (para ponderar el verdadero valor representativo que puedan tener esos cauces de participación), que eviten la distorsión de las mayorías o priven a los legítimos representantes de la ciudadanía de su capacidad para adoptar las decisiones ajustadas a sus respectivos programas de gobierno<sup>13</sup>.

Otro tanto sucede con las fórmulas de participación de carácter asambleario, cuyo protagonismo se ha acentuado recientemente. En la medida que se incorpore formalmente a los ciudadanos en la toma de decisiones mediante fórmulas de participación orgánica, se debe ser especialmente cauteloso para evitar la potenciación de un corporativismo de nuevo cuño, como ya advirtiera SÁNCHEZ MORÓN en plena Transición<sup>14</sup>. Lo sucedido con los llamados presupuestos participativos<sup>15</sup> ha sido un plástico exponente de ello: las decisiones acerca del destino de los fondos destinados a estas partidas eran monopolizadas por concretos grupos de ciudadanos, que disponían de más tiempo para organizarse y acudir a estas «asambleas», logrando aprobar sus propias iniciativas frente a las que plantearon otros ciudadanos carentes de ese poder de organización, pero cuyas propuestas podían ser más provechosas.

En cualquier caso, me parece claro que uno de los aspectos en los que nuestra sociedad va a cambiar inminente y radicalmente es en la articulación de fórmulas de participación democrática constante y directa: ya sea con mecanismos articulados

<sup>13</sup> Este factor se encuadra en las corrientes que postulan un impulso del gobierno abierto —*open Government*— mediante el empleo de las tecnologías de la comunicación y la información, y que previenen de la necesidad de atender y corregir las distorsiones y efectos indebidos que puedan derivarse de estas vías de participación mediante una adecuada regulación normativa y una suficiente depuración de los instrumentos de medida; *vid.* las atinadas consideraciones de COTINO HUESO, L.: «Derecho y «Gobierno abierto». La regulación de la transparencia y la participación y su ejercicio a través del uso de las nuevas tecnologías y las redes sociales por las Administraciones públicas. Propuestas concretas», en BERMEJO LATRE, J.L. y CASTEL GAYÁN, S. (eds.): *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, monografía XIV de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IAAP, Zaragoza, 2013, pp. 51 y sigs. Con un enfoque más amplio de la problemática, que integra la perspectiva de diferentes ciencias sociales, puede verse RAMOS VIELBA, I. y CAMPOS DOMÍNGUEZ, E. (eds.): *Democracia en 3D: Democracia digital deliberativa*, Edhasa, Barcelona, 2012.

<sup>14</sup> *Vid.* SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.

<sup>15</sup> Sobre esta técnica de participación ciudadana *vid.* especialmente MOLINA MOLINA, J.: *Los presupuestos participativos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011. El autor describe la manera de articular esta técnica de participación, y destaca las virtudes que vendrían asociadas a su implantación. En una dimensión más amplia puede verse, del mismo autor, *Ciudadano y gasto público. Por una gobernanza transparente y participativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.

por la Administración para recibir las opiniones de los ciudadanos, ya sea en el seno de las formaciones políticas como cauce de formación de voluntad en las posiciones que se sostendrán después con ocasión de la acción política. El movimiento 15M supuso un paso trascendental en esa dirección. Actualmente su expresión más visible es la nueva formación política *Podemos*, con su estructura asamblearia en círculos o anillos que articulan cauces inmediatos de participación de la ciudadanía. Lejos de suscitar recelos, esa manera de organizar la toma de decisiones debería ser saludada con optimismo, pues refleja un interés de la ciudadanía por expresar sus opiniones e involucrarse en las decisiones de los asuntos que les afectan. Supone una implicación más intensa de la sociedad civil en los procesos decisorios, que precisamente se está viendo correspondida con la entrada en vigor de las normas sobre transparencia, lo cual determina una combinación ciertamente favorable de circunstancias. Las tecnologías de la información y la comunicación pueden potenciar más aún esos cauces de participación directa y profundizar en el fenómeno.

Ahora bien, recordemos las advertencias consignadas más arriba acerca de la distorsión de las mayorías que el empleo de estos «muestreos de opinión» puede suponer. No debe procederse a la implantación de estas fórmulas participativas, presenciales o no, sin una adecuada ponderación de sus resultados. Como ya hemos visto, las posiciones que resulten mayoritarias, tomadas en su literalidad, estarán generalmente distorsionadas respecto de las opiniones mayoritarias reales. Pero esta limitación debería superarse mediante los adecuados análisis demoscópicos, que articulen herramientas con las que depurar las desviaciones y permitan obtener diagnósticos certeros.

## 2. LA PROGRESIVA DECONSTRUCCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO

### 2.1. La motorización normativa

#### 2.1.1. *El desordenamiento jurídico*

Un rasgo tradicionalmente asociado al Derecho Administrativo es el de su fugacidad, tal y como se expuso en el epígrafe introductorio de esta obra, y que Carl SCHMITT describió con la feliz expresión de «motorización» normativa, en un momento en que no alcanzaba ni la centésima parte de su nivel actual. El problema al que ahora se hace referencia no evoca nuevamente esa realidad (aunque se encuentra inevitablemente asociado y agigantado por ella), sino que adquiere dimensiones más preocupantes. Se trata de la asistematicidad de la producción normativa, de la ausencia de patrones claros acerca de los procedimientos en cuya virtud se procede a dictar nuevas normas o a modificar las preexistentes, instaurándose una práctica generalizada de hacinamiento, en el que cada ley se convierte sencillamente en un contenedor susceptible de acoger los más variados (e insospechados) contenidos. Si el término «ordenamiento jurídico» fue acuñado por Santi

ROMANO para evocar la idea de un orden o sistemática racional de las normas<sup>16</sup>, no resulta exagerado calificar la situación actual como «desordenamiento jurídico» (BAÑO LEÓN)<sup>17</sup>, lo que PENDÁS ha calificado como «La Ley contra el Derecho»<sup>18</sup>. A esto debe añadirse la costumbre de dictar normas carentes de verdadero contenido jurídico, tal y como previno tempranamente MONTORO<sup>19</sup>, que pretenden finalidades puramente políticas que deberían canalizarse a través de otros cauces de actuación<sup>20</sup>.

Estos y otros problemas<sup>21</sup> revelan una situación frontalmente contraria al principio de seguridad jurídica<sup>22</sup>. No sólo los ciudadanos carecen de la pericia necesaria para identificar las normas vigentes en cada momento en un sector determinado de ordenación: la tarea resulta asimismo inviable en la actualidad para los operadores jurídicos más avezados, que pueden verse sorprendidos al descubrir modificaciones sustanciales en una determinada materia articuladas mediante leyes cuya rúbrica poco o nada tiene que ver con semejante contenido. Esta patología ya no es exclusiva de las leyes de acompañamiento de los presupuestos, sino que se extiende verdaderamente a cualquier producto normativo que emerja de las asambleas parlamentarias.

En este momento son necesarias dos medidas complementarias:

- Por una parte, es preciso dictar reglas que disciplinen la producción normativa, sistematizando y racionalizando los procedimientos de aprobación de las normas. Debe respetarse en todo caso una ecuación lineal entre la rúbrica de una norma (especialmente con rango de ley) y su contenido material, de manera que los operadores jurídicos puedan seguir y predecir

<sup>16</sup> En Santi ROMANO: *L'Ordinamento giuridico*, Florencia, 1918.

<sup>17</sup> Véase su prólogo a la monografía de DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPC, Madrid, 2006, p. 20.

<sup>18</sup> Véase PENDÁS GARCÍA, B.: «La Ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 54, 2013-2014, pp. 57; el autor considera que, a fuerza de multiplicar el número de normas, hemos acabado viviendo en una «ciudad sin Ley».

<sup>19</sup> «Cada vez con más frecuencia, se dictan normas carentes de contenido normativo o de reglas direccionales de regulación, a la vez que se presencia un aumento de normas de contenido difuso, confuso, indicativo y, en ocasiones, divulgativo y casi panfletario»; cfr. MONTORO CHINER, M.J.: «Técnica legislativa y evaluación de las normas», *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001, p. 156. *Vid.* también, de la misma autora, *Evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.

<sup>20</sup> Aunque son innumerable los ejemplos, sirvan de muestra la Ley 2/2011, de economía sostenible; o la Ley 5/2011, del olivar de Andalucía.

<sup>21</sup> Una recapitulación reciente de estos problemas en PRIETO GONZÁLEZ, L.F.: «Sobre el Estado del Derecho. A propósito de algunas grietas en nuestro edificio normativo», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 30, 2013, pp. 31 ss., quien nos recuerda (p. 45), que «el Fuero Juzgo (ya en el siglo XIII) decía que «el fazedor de las leyes debe hablar poco, e bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas llano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin ninguna gravedumbre...» (Lib. I, Tit. I, VI)».

<sup>22</sup> Sobre este particular, véase especialmente GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 2006.

las modificaciones en curso o recién aprobadas, sin necesidad de hacer un seguimiento no ya minucioso, sino absolutamente puntillista del texto de las disposiciones que se dicten (inclusive su larga profusión de disposiciones adicionales y finales, particularmente equívocas y diversas).

- Por otra parte, es preciso que la Administración pública preste servicios de documentación jurídica en los que se ofrezca de manera sistemática y actualizada las versiones consolidadas de todas las normas aplicables en todos y cada uno de los sectores de ordenación, como garantía del principio de seguridad jurídica. El *Boletín Oficial del Estado* ha comenzado a asumir tareas de este porte. Sería de agradecer que prosiguiese profundizando en esa línea de actuación.

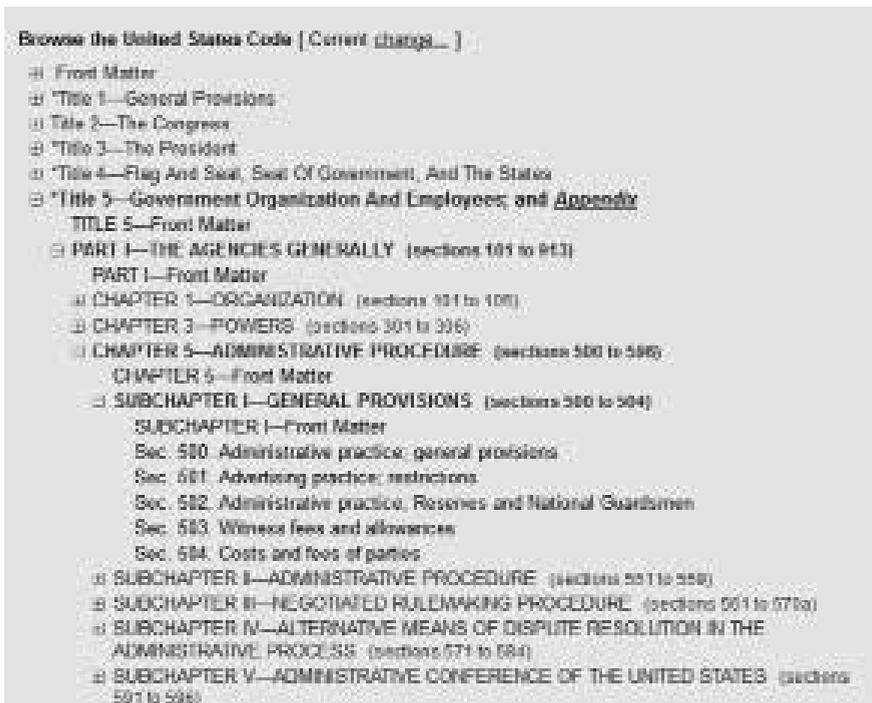
### 2.1.2. *¿Una codificación a la americana?*

Un modelo de referencia en lo que a sistemática del ordenamiento jurídico y accesibilidad de las normas es el Derecho norteamericano, aglutinado alrededor del *United States Code* (USC). Creado en 1926, integra toda la producción legislativa norteamericana consolidada en un sistema integral, concebido como una especie de fichero intercambiable. Su confección se encomienda al Congreso de los Estados Unidos (2 USC 285b), que se ocupa de recopilar, sistematizar e integrar los textos consolidados de las disposiciones que se van dictando. Actualmente las publica en un servidor de acceso gratuito<sup>23</sup>, articulado mediante hipervínculos que van desplegando los diferentes contenidos de cada Título; además, en el enlace principal a cada Título se puede descargar una página que incluye todo el listado de normas que se han ido integrando en el USC a lo largo de los años; y en el caso de que haya sido precisa una intervención más radical, alterando sustancialmente la numeración de las secciones y subsecciones, se ofrecen tablas comparativas para que puedan identificarse fácilmente los artículos equivalentes de las versiones anteriores.

Su primer nivel de organización es el Título, de forma que cada materia objeto de regulación por el ordenamiento se agrupa en ese título. Existen 54 Títulos; por ejemplo, Seguridad Interior (Título 6), Agricultura (Título 7), Derecho concursal (Título 11), Banca (Título 12), Comercio (Título 15), Delitos y procedimiento criminal (Título 18), etc. Las subdivisiones internas que pueden llegar a tener los títulos, según sus propias necesidades sistemáticas, son: Título - Subtítulo - Capítulo - Parte - Subparte - Capítulo - Subcapítulo - Sección - Subsección, siendo las secciones y subsecciones equivalentes a los artículos en nuestro modelo de producción normativa.

<sup>23</sup> Accesible en la URL <http://uscode.house.gov/browse/?edition=prelim> (última visita: 27 de febrero de 2015).

Por ejemplo, en lo que se refiere al Derecho Administrativo general, se regula en el Título 5, rubricado «Organización del Gobierno y empleo público». Su Parte I es «Régimen general de las Agencias. El Capítulo 5 de ese Título es el «Procedimiento administrativo», que comprende las secciones 500 a 596. Como se comprenderá, uno de los textos que componen ese Título es la inicial Administrative Procedure Act de 1946, que actualmente se recoge sustancialmente en el Subcapítulo II, Secciones 551 ss. Para hacerse una idea de esta formidable estructura normativa puede ser útil la siguiente imagen, correspondiente a la pantalla de búsqueda del USC, una vez desplegados algunos de los contenidos del Título 5.



Es evidente la utilidad de esta herramienta, que constituye un servicio público de acceso gratuito. No sólo ofrece facilita enormemente la búsqueda de la legislación vigente a todos los operadores, sino que además supone un considerable esfuerzo de sistematización normativa que permite concebir el ordenamiento jurídico como una unidad, y lleva también al legislador a reflexionar acerca del adecuado encaje sistemático de las nuevas disposiciones.

Pero actualmente, incluso esta original herramienta sería insuficiente para nosotros. Porque siendo formidable la producción legislativa, la de rango reglamentario es sencillamente inabarcable. Y es en ese minucioso detallismo donde más requeridos estamos de orientación, debido a la fugacidad de las normas y a sus continuas revisiones. De tal manera que, una herramienta como el USC debería implantarse

entre nosotros a cada nivel territorial (Estado, CCAA y EELL), pero incorporando, además, los enlaces correspondientes a las disposiciones reglamentarias de desarrollo, para evitar que, cuando un sujeto desee conocer el régimen jurídico de una actividad que pretende llevar a cabo, no incurra en incumplimientos involuntarios debido a fugas inopinadas de información.

## 2.2. La necesaria renovación de la legislación del procedimiento administrativo

Una serie de factores evidencian la obsolescencia de los postulados sobre los que se asienta el Derecho Administrativo común contemporáneo. Los tratamos a continuación.

### 2.2.1. *El Estado garante: mutación en la posición de la administración*

En la actual tesitura la Administración recibe mandatos contradictorios: por una parte se desea que su interferencia sea mínima, pero al mismo tiempo se le responsabiliza de cualquier fallo del sistema y se le atribuye una capacidad salvadora ilimitada. Por ejemplo, la necesidad de obtener una autorización para iniciar una actividad —apertura de una empresa, comercialización de un producto alimentario— se considera enojosa y contraria a la agilidad que merecen el empresario y el comercio; pero al mismo tiempo, si la empresa provoca perjuicios ambientales o el producto comercializado produce un daño a los consumidores, automáticamente se imputa a la Administración la responsabilidad de no haberlo evitado. En paralelo, se reclaman al Estado nuevas prestaciones sociales: apoyo a la dependencia, mejora del sistema sanitario, salvamento de empresas en crisis...

El dilema es constante: nadie quiere someterse a controles, se postula nuevamente la libertad de los mercados y del individuo, y se anhela una minoración de la presión fiscal; pero, en paralelo, se exige a la Administración que actúe como una especie de superintendente evitando todo mal, y que aparezca como un asegurador universal que asista a la ciudadanía en caso de colapso. Tales contradicciones hacen emerger una nueva identificación del poder público, pasando a erigirse en *Estado garante*<sup>24</sup>. De tal manera que la dogmática clásica del Derecho Administrativo, asentada sobre la potestad, el acto unilateral y el monopolio, desplaza sustancialmente su centro de gravedad como consecuencia de una reinterpretación del papel que corresponde al poder público en general y a la Administración en particular,

<sup>24</sup> Véase principalmente ESTEVE PARDO, J.: «La regulación de la economía desde el Estado garante», en VV.AA.: *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales. Actas del Congreso de la AEPDA*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007, pp. 79 ss.; antes ya lo apuntaba el mismo autor en *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002. Fue precursora en esta línea de pensamiento MALARET GARCÍA, E.: «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos», *RAP*, núm. 145, 1998, pp. 49 ss.

incorporando en su lugar las técnicas y potestades de ordenación de la economía generadas en el ordenamiento norteamericano, conocidas como *regulación*<sup>25</sup>.

En el momento actual, las coordinadas sociopolíticas están fraguando un desplazamiento en el orden de primacía de los principios que presiden el quehacer de la Administración, coherentemente con la propia evolución que ha experimentado el Derecho Administrativo y la posición de la Administración pública en los dos últimos siglos. En un primer momento —siglo XIX—, con ocasión del Estado de Derecho liberal, la principal preocupación consistía en asegurar una esfera de libertad de los individuos inmune a la acción del Estado: el aparato público se comprime al mínimo indispensable para garantizar la seguridad y la libertad, en tanto que el mercado se encuentra presidido por el libre cambio. Posteriormente —mediados del siglo XX—, al emerger el Estado del bienestar se atribuyen a la Administración actividades prestacionales, dando lugar a una elefantiasis de la organización pública y a una generalizada aceptación del servicio público y el monopolio. Más tarde —último cuarto del siglo XX—, la evidencia de que al Estado le resulta imposible mantener tales niveles de prestación, y la ineficacia a que conducen los sistemas monopolísticos, obliga a contraer las estructuras públicas transfiriendo empresas y entidades al sector privado, implantando nuevas técnicas gerenciales del sector público, y atribuyendo a la Administración el papel nuclear de regulador y garante de los mercados y de la libre competencia.

De tal manera que, una Administración que tendía a asumir y ejercer directamente cualquier función o actividad que comprometiese los intereses públicos, que prestaba los servicios públicos en régimen de monopolio, ejerciente de un Derecho que se sustentaba en potestades tremendamente incisivas de intervención, que supeditaba masivamente la actividad privada a actos administrativos previos habilitantes (autorizaciones o licencias, concesiones), que regulaba minuciosamente las actividades imponiendo un sinfín de cargas... actualmente se encuentra empeñada en contraerse para resultar menos asfixiante, promueve el inicio de actividades mediante simples comunicaciones previas de los particulares, privatiza los servicios públicos ideando otras fórmulas que garanticen su continuidad y regularidad, renuncia a controlar por sí misma las actividades transfiriendo esas funciones al sector privado (auditorías, inspecciones técnicas, acreditaciones), al que incluso cede un amplio espacio de capacidad normativa (autorregulación), y pretende hacer todo eso sin omitir ni relajar la protección de los intereses públicos subyacentes,

<sup>25</sup> Para el estudio de la regulación es inexcusable la consulta de la pionera obra de MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009; y su continuación en una amplia sucesión de estudios por sectores, coordinados por diferentes autores, enmarcados bajo el sello genérico de *Derecho de la regulación económica*, que cuenta ya con 10 tomos, algunos de ellos con dos volúmenes.

sino engendrando nuevas técnicas y modos de actuación menos invasivos, pero igualmente eficaces, con los que conciliar de mejor manera todos los intereses en presencia.

En ese contexto resulta preciso encuadrar al Derecho Administrativo hoy. En la Era de la Información y del Estado garante, se reclama a la Administración la capacidad de satisfacer las demandas sociales con el mismo grado o nivel de prestación, pero al mismo tiempo se reivindica un sistema de Administraciones públicas *más eficiente*, que satisfaga plenamente las razones que justifican su propia existencia (la plena realización del interés general), del modo menos invasivo posible, ampliando correlativamente, y tanto como quepa, el espacio de la libertad ciudadana.

En ese escenario, el procedimiento administrativo ocupa una posición absolutamente central en el Derecho Administrativo<sup>26</sup>. Las circunstancias contextuales muestran la necesidad de modificar profundamente su legislación, en los aspectos que comentamos seguidamente.

### 2.2.2. *El necesario desarrollo del régimen jurídico de las nuevas técnicas de intervención administrativa*

El Estado garante ha dado lugar a una profunda modificación de las técnicas de intervención administrativa. Hasta tal punto, que la aplicación práctica del Derecho Administrativo ha desplazado en la actualidad su eje normativo, extrayéndolo de la legislación de procedimiento administrativo e incardinándolo en otros ámbitos de ordenación.

Así, el principal título habilitante del que se servía el Derecho Administrativo, la autorización o licencia, se encuentra en vías de extinción. Está siendo masivamente reemplazado por otras técnicas regulatorias menos invasivas: la comunicación previa y la declaración responsable. Sin embargo, y a pesar de que ya existe una profusa literatura científica sobre estas materias, objeto de excelentes, profundos

<sup>26</sup> Aunque la magnitud de la bibliografía existente sobre la materia da buena cuenta de la centralidad del procedimiento administrativo, esa apreciación es particularmente enfatizada por SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Principios de Derecho Administrativo general*, vol. 2, Iustel, Madrid, 2009, p. 27, quien pone de relieve la revalorización del procedimiento administrativo, pp. 27 ss.; y BARNÉS VÁZQUEZ, J., quien llega a calificar al procedimiento como la columna vertebral del Derecho Administrativo: *vid.* «El procedimiento administrativo en transformación», en la obra coordinada por él mismo, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008, pp. 15 ss. Había apuntado previamente el mismo pensamiento en «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», aportación recogida en una obra que coordinó el propio autor con el título *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006, pp. 265 ss. Por otra parte, sus posiciones son en cierto sentido una profundización en las ideas de SCHMIDT-ASSMAN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons-INAP, Madrid, 2003, pp. 360 ss.

y abundantes análisis doctrinales<sup>27</sup>, plantean una gran cantidad de problemas que están lejos de solventarse aún. Los principales problemas que suscita el régimen de transformación de las autorizaciones en comunicaciones previas y declaraciones responsables son, por una parte, de orden dogmático, y por otra, de carácter organizativo. En cuanto a lo primero, es generalizado el reproche en la doctrina a la escasa fortuna del legislador cuando configuró estas categorías, difuminando sus contornos y bloqueando toda pretensión de precisión dogmática. No sólo se trata de su individualización técnica (qué diferencia a una comunicación previa de una declaración responsable; y, en el fondo, *qué es cada una de ellas*), sino también de las consecuencias derivadas de su aplicación. Por ejemplo, sigue siendo un gran enigma la posición de los terceros titulares de derechos e intereses legítimos ante el ejercicio de facultades derivadas de declaraciones responsables y comunicaciones previas<sup>28</sup>: ¿de qué manera pueden evitar la adquisición del derecho a ejercer la actividad por parte de quien presenta tales títulos habilitantes, si no existe un procedimiento previo en el que hacer valer sus pretensiones? Sobre todo teniendo presente que, una vez iniciada la actividad, no existe verdaderamente un acto autorizatorio susceptible de impugnarse, y quedan al débil albur de la presentación de denuncias.

Por lo que respecta a las cuestiones de carácter organizativo, el problema es que el control de la Administración mediante las autorizaciones tiene lugar mediante empleados *sedentarios*, que reciben el expediente y proponen la resolución que

<sup>27</sup> Que resulta inviable incluso referenciar aquí en su totalidad; pueden destacarse CUBERO MARCOS, J.I.: *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013; LÓPEZ MENUDO, F.: «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010, pp. 111 ss.; FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 42, 2011, pp. 85 ss.; MORA RUIZ, M.: «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local», *REDA*, núm. 155, 2012, pp. 237 ss.; TOSCANO GIL, F.: «Las medidas de reducción de cargas administrativas derivadas de la Directiva de servicios», en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 287 ss.; RODRÍGUEZ FONT, M.: «Técnicas de control en la transposición de la Directiva de servicios: comunicación previa y declaración responsable», en ARIAS MARTÍNEZ, M.A.; ALMEIDA CERREDA, M. y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dirs): *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012, pp. 81 ss.; NÚÑEZ LOZANO, M.C.: *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001; PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (coords.): *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Aranzadi-Thomson-Reuters. 2014.

<sup>28</sup> Para profundizar en este problema, *vid.* BAÑO LEÓN, J.M.: «Declaración responsable y derechos de terceros», *REDA*, núm. 167, 2014, pp. 23 y sigs.; REBOLLO PUIG, M.: «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en SORIANO GARCÍA, J.E. (dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, vol. 2.

corresponda tras completar la tramitación del procedimiento, en tanto que las declaraciones responsables y las comunicaciones previas requieren un ejército de empleados *patrulleros*, que ostenten además la condición de funcionarios en razón del ejercicio de autoridad, a fin de desplegar las actuaciones de comprobación. Se pone así en valor la función inspectora<sup>29</sup>, de tal manera que la simplificación del procedimiento administrativo exige correlativamente una considerable reordenación de la organización, dificultando el cumplimiento de los intereses públicos comprometidos en el ejercicio de la actividad.

También es representativo del Estado garante el paso de la regulación directa por parte de los poderes públicos a una autorregulación en la que se establece toda una estructura de entidades de normalización, acreditación y homologación, en un contexto que se engloba bajo la noción genérica de autorregulación y que en nuestro Derecho descansa esencialmente sobre las determinaciones de la Ley 21/1992, de Industria<sup>30</sup>. Los problemas pendientes de resolver son de dos tipos, pero en ambos casos tienen que ver con la preservación de las garantías que son propias e inherentes del Derecho Administrativo, y que se han resquebrajado como consecuencia del nuevo orden de relaciones. Así, debe establecerse, por una parte, la sujeción al Derecho Público de estas relaciones entre sujetos privados, dado que suponen el ejercicio de funciones públicas; y debe regularse, asimismo, el modo en que los sujetos terceros pueden hacer sus derechos e intereses en la medida que se puedan ver lesionados.

En definitiva, cada vez es menor el número de procedimientos administrativos que se tramitan y la Ley 30/1992 corre el riesgo de convertirse en un espectro, un fósil que arrastra normas caducas, completamente enajenadas de la realidad sustantiva a la que deben aplicarse. Para que el Derecho Administrativo recobre su papel de garantía, el ejercicio de las realidades a que acabamos de aludir debe encontrarse suficientemente regulado por la legislación del procedimiento administrativo común, acogiendo el régimen básico de todos estos títulos habilitantes, sus efectos

<sup>29</sup> Poniendo en valor las aportaciones doctrinales que han analizado con mayor profundidad; así, FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2000; REBOLLO PUIG, M.: «La actividad inspectora», en Díez SÁNCHEZ, J.J.: *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2013, pp. 55 ss.; GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006; y RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.

<sup>30</sup> Véase CANALS AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003; DARNACULETA GARDELLA, M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005; CARRILLO DONAIRE, J.A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000; e IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.

jurídicos, y la posición ante sus titulares de los terceros cuyos derechos e intereses legítimos pudieran verse resentidos.

### 2.2.3. *Simplificación de los procedimientos. El procedimiento administrativo adecuado*

El nuevo orden de relaciones que depara el Estado garante también exige una revisión de la legislación sectorial del procedimiento administrativo, a fin de proceder a su rediseño funcional, para aplicar de manera sistemática las técnicas de simplificación administrativa<sup>31</sup>.

Pero la simplificación de procedimientos no puede suponer una supresión anárquica y acrítica de los trámites, las cargas y los contenidos de los procedimientos administrativos. Debido a que el procedimiento administrativo desempeña funciones diversas, todas ellas deben integrarse armónicamente para lograr sus fines subyacentes. El juego combinado de todos estos elementos muestra un desplazamiento desde la formulación del procedimiento administrativo debido<sup>32</sup>, con el que se enfatiza primordialmente la calidad de la decisión, hacia otra posición en la que ese parámetro sigue vigente pero se modula mediante el principio de simplificación del procedimiento y conduce a una nueva dimensión, en la que ambos paradigmas deben conciliarse armónicamente, dando lugar al *procedimiento administrativo adecuado*<sup>33</sup>: el que equilibra las exigencias formales de la tramitación respecto a las finalidades sustantivas implicadas en el procedimiento, cumpliendo de la mejor manera posible el *global* de sus funciones<sup>34</sup>.

El art. 1.2 LPACAP supone el último exponente de la evolución normativa que venimos observando en los últimos años hacia la consecución de este objetivo<sup>35</sup>, al establecer que: «Solo mediante ley, cuando resulte eficaz, proporcionado y necesario para la consecución de los fines propios del procedimiento, y de manera motivada, podrán incluirse trámites adicionales o distintos a los contemplados en esta Ley»; el art.129

<sup>31</sup> Véanse, principalmente, GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento...*, op. cit.; así como VV.AA.: *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-AEPDA, Santiago de Compostela, 2014; y las referencias bibliográficas que estas obras contienen.

<sup>32</sup> Vid. especialmente PONCE SOLÉ, J.: *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.

<sup>33</sup> Un mayor desarrollo de esta cuestión en Gamero Casado, E.: «Hacia la simplificación del procedimiento administrativo: el procedimiento administrativo adecuado», en *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la AEPDA*, Xunta de Galicia, Santiago de Compostela, 2014, pp. 75 ss.

<sup>34</sup> Un exponente de esta ecuación en la normativa más reciente es la previsión de una «tramitación simplificada del procedimiento administrativo común» en el art.96 LPACAP.

<sup>35</sup> Y que he expuesto con detalle en las obras anteriormente citadas.

LPACAP, bajo la rúbrica «Principios de buena regulación», abunda en esta misma línea, estableciendo una serie de directrices que condicionan la inclusión en el procedimiento de trámites superfluos o de cargas administrativas desproporcionadas.

Esta posición no supone desconocer todos los avances que ha experimentado el Derecho Administrativo como consecuencia de las tendencias que promueven la «buena administración». Significa, más bien, un nuevo estadio en esa evolución, mediante el que se reconoce, como sostenía VOLTAIRE, que «Le mieux est l'ennemi du bien»: esto es, que lo perfecto es enemigo de lo bueno. Se trata, por consiguiente, de una nueva dimensión por evolución y no por abandono, en la que ahora se llama serenamente la atención sobre la inconveniencia de sublimar la forma y la exigencia documental, la incorporación de trámites sin fin, la acumulación de información redundante o superflua... No se pretende dismantelar la buena administración y guardarla en un cajón, sino hacerla avanzar hacia un punto posterior en la evolución del pensamiento jurídico-administrativo en el que se toman asimismo en consideración otros ingredientes que influyen de manera decisiva en la conformación del procedimiento y en el papel constitucional que corresponde a la Administración, convirtiendo desde luego la *buena* administración en la *mejor* administración.

Realmente, la aspiración del procedimiento administrativo adecuado no es ninguna novedad; su persistencia en el tiempo se acredita con las palabras de un gran conocedor del procedimiento administrativo como es el profesor GONZÁLEZ NAVARRO: «Hallar el justo equilibrio entre eficacia y garantía es el problema que trata de resolver este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho Administrativo»<sup>36</sup>. Idéntica intención se encontraba explícita en la Exposición de Motivos de la venerada Ley de Procedimiento Administrativo de 1958<sup>37</sup>: «La necesaria presencia del Estado en todas las esferas de la vida social exige un procedimiento rápido, ágil y flexible, que permita dar satisfacción a las necesidades públicas, sin olvidar las garantías debidas al administrado». Es lo que BETANCOR califica como *regulación necesaria*<sup>38</sup>. En su misma línea ha recordado LÓPEZ GONZÁLEZ que «la mejor

<sup>36</sup> La cita se comprende mejor cuando se completa con una reflexión previa del propio autor: «Cosa distinta es que alguien pretenda subordinarlo todo a la forma, en cuyo caso lo que debía operar como garantía se convierte en rémora, en lastre inútil que impide actuar con agilidad. Pero es que lo mismo ocurre cuando, a la inversa, se sacrifica todo ante el altar de la garantía, bloqueando e imposibilitando la actuación de los poderes públicos. Hallar el justo equilibrio entre eficacia y garantía es el problema que trata de resolver este sector del ordenamiento jurídico que es el Derecho Administrativo»; cfr. GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Comentario al artículo 3», en *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 5.ª ed., 2012, p. 214.

<sup>37</sup> Como resalta GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000, p. 75.

<sup>38</sup> Que es la que reúne las siguientes cualidades: «i) Soluciona o gestiona un problema de interés y relevancia social según un *screening* abierto y transparente, o sea, democrático; ii) Es la mejor solución en

regulación es la estrictamente necesaria para poder satisfacer los intereses públicos implicados»<sup>39</sup>. Como sostienen WIENER<sup>40</sup> y BALMASEDA y MELGUIZO<sup>41</sup>, el verdadero objetivo debe ser producir *mejor* regulación, no *más o menos* regulación. En términos más amplios, esta posición se corresponde con el aforismo atribuido a Albert Einstein: «Hay que simplificar las cosas tanto como sea posible, pero no más».

#### 2.2.4. *La transición a la administración electrónica*

Entre los más lúcidos análisis sociológicos de finales del siglo XX se ha apreciado el inicio de un nuevo período histórico, la *Era de la Información*<sup>42</sup>, cuyo rasgo característico, el uso generalizado de las tecnologías de la información y la comunicación, debe impregnar asimismo el quehacer administrativo<sup>43</sup>.

La administración electrónica supone, en primer lugar, la necesidad de adaptar las categorías o nociones clásicas del Derecho Administrativo, pues no se trata sólo de la aplicación de la técnica a la gestión administrativa, sino que surgen infinidad de problemas de orden jurídico que exigen solución: la invalidez de los

---

comparación con la no-regulación y así lo ha justificado racionalmente el legislador competente como la opción más razonable (basada en razones suficientes y adecuadas) y racional (coherencia lógica entre las razones y las medidas regulatorias); iii) Su contenido restrictivo es proporcional a los fines perseguidos, por lo que sus beneficios superan los perjuicios, costes o restricciones que impone; pero iv) Con la mínima restricción a los derechos y libertades de las personas; y, por último, v) Se exterioriza de una manera clara y comprensible para los ciudadanos, lo que contribuye a crear un entorno regulatorio seguro desde el punto de vista jurídico»; cfr. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Mejorar la regulación: una guía de razones y de medios*, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009, p. 92.

<sup>39</sup> Cfr. LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos y de cargas administrativas», en la obra que yo mismo he coordinado, *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, p. 142.

<sup>40</sup> Vid. WIENER, J.B.: «Better Regulation in Europe», *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series*, núm. 130, 2006, p. 1 (versión electrónica accesible en <http://ssrn.com/abstract=937927>, última visita 9/11/2014). Advertencias similares son puestas de manifiesto por SCHMIDT-ASSMAN, E.: *La teoría general...*, *op. cit.*, p. 366.

<sup>41</sup> Vid. BALMASEDA DEL CAMPO, M. y MELGUIZO ESTESO, A.: «Mejor regulación: ni más, ni menos», en *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2006, pp. 27 ss.

<sup>42</sup> La obra precursora de esta opinión, hoy en día unívoca, es CASTELLS, M.: *La Era de la Información. La sociedad red*, Alianza editorial, Madrid, 1997 (1.ª edición).

<sup>43</sup> Véanse GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010; VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y administración electrónica*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013; PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011; MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009; y PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.

actos administrativos en soporte electrónico, el derecho de acceso electrónico y su ejercicio, la imposición obligatoria del medio electrónico (cada vez más generalizada y generadora de infinidad de problemas), la regulación de la interoperabilidad y sus conflictos competenciales asociados... La legislación y la literatura jurídica existente han abordado ya muchos de los problemas que entraña la administración electrónica, pero otros quedan por resolver. Las nuevas LRJSP y LPACAP confirman la cotidianeidad con la que se incorporan las tecnologías de la información y la comunicación a las relaciones administrativas contemporáneas (tanto *ad intra* como *ad extra*), de muy diversas maneras: en primer lugar, integrando la legislación común sobre administración electrónica en la normativa general<sup>44</sup>; en segundo lugar, declarando el medio electrónico como el ordinario en las relaciones interadministrativas; y en tercer lugar, ampliando considerablemente el universo de sujetos obligados a relacionarse con la Administración por medios electrónicos<sup>45</sup>.

De otro lado, desde la vertiente prestacional, la administración electrónica representa una importante oportunidad para la prestación de nuevos servicios a la ciudadanía. En primer lugar, es imperioso garantizar que todas las Administraciones públicas presten cuatro *servicios básicos de administración electrónica*: la sede electrónica, el registro electrónico, las notificaciones electrónicas y la pasarela de pagos electrónicos; su peculiaridad reside en que son servicios transversales, aplicables a cualesquiera relaciones jurídicas, que por tanto pueden dar soporte a toda clase de procedimientos y actividades. Su implantación genera efectos exponenciales y facilita extraordinariamente las relaciones de la ciudadanía. Pero, una vez garantizadas estas prestaciones básicas, el uso masivo de las tecnologías de la información y la comunicación permite implantar soluciones antes insospechadas que resuelven infinidad de problemas a la ciudadanía. Son ejemplos elocuentes la receta electrónica, la obtención de servicios o de actos administrativos (como certificados) en línea, o las diferentes y variadas iniciativas englobadas en proyectos de ciudades inteligentes (*smart cities*).

### 2.3. La frustración de expectativas y el imperio de la *inseguridad jurídica*

Otra nota que se está convirtiendo en un rasgo consustancial al Derecho Administrativo contemporáneo es la modificación de las reglas del juego a mitad

<sup>44</sup> Acabando con la segregación de que hasta ahora había sido objeto la legislación de administración electrónica, lo que culmina una evolución natural que yo mismo vaticiné en su día; *vid.* el trabajo «Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la ley de administración electrónica; su posición en el sistema de fuentes», en GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica*, 1.ª ed., Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007.

<sup>45</sup> Lo cual plantea toda una serie de consideraciones y reparos que no resulta posible exponer aquí con el detalle que el tema merece.

del partido, frustrando las expectativas de quienes iniciaron una actividad con unas ciertas expectativas que no llegan a materializarse, o incluso representan estrepitosos fracasos, como consecuencia de los cambios sobrevenidos precipitadamente en el correspondiente sector de ordenación.

El más contundente ejemplo de ello es lo acontecido con las primas a las energías renovables (principalmente, a las plantas fotovoltaicas), que se han reducido sustancialmente mediante el Real Decreto 413/2014, de 6 de junio, por el que se regula la producción con energías renovables (eólica, fotovoltaica y termosolar), cogeneración y residuos<sup>46</sup>. Pero existen otros muchos campos en los que se han producido situaciones similares, como la supresión de créditos subsidiados a estudiantes de postgrado, o la reducción de retribuciones de los empleados públicos.

En nuestro Derecho parece asentado el criterio de que la única irretroactividad proscrita por la Constitución se circunscribe a la potestad sancionadora, como han demostrado LÓPEZ MENUDO y MARTÍN REBOLLO<sup>47</sup>. Lo cual no quita el desasosiego que representa para la ciudadanía esta inopinada alteración de las reglas del juego. Pero el asunto no se limita a un problema de sobresalto social: son también los inversores externos quienes se ven profundamente afectados en sus expectativas, como acreditan los arbitrajes internacionales interpuestos precisamente en materia de energías renovables.

La situación, por otra parte, conecta con otro de los rasgos del Estado garante: la carencia por parte del Gobierno de los conocimientos técnicos precisos para regular un determinado sector de ordenación (aspecto que será comentado más adelante). Quedan entonces dos alternativas: o bien entregarse a los dictados de la ciencia y del mercado, confiando en que estén en lo cierto; o bien someterse a un continuo proceso de ensayo-error, hasta que acabe por determinarse el régimen jurídico adecuado en una determinada materia. Ni el principio de seguridad jurídica,

<sup>46</sup> Orden IET/1045/2014, de 16 de junio, por la que se aprueban los parámetros retributivos de las instalaciones tipo aplicables a determinadas instalaciones. Sobre los efectos de la nueva Ley del Sector Eléctrico respecto de la producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables se pueden tener en cuenta: MORA RUIZ, M.: «La ordenación jurídico-administrativa como pieza clave en la lucha contra el cambio climático ¿un sector en crisis?», en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 17 febrero 2014; ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.): *La regulación de las energías renovables en el cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014, y ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.): *Estudios hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, Dykinson, Madrid, 2015.

<sup>47</sup> Vid. especialmente LÓPEZ MENUDO, F.: *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982; y la excelente selección y comentario de la jurisprudencia constitucional en materia de irretroactividad que recoge MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes administrativas*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014, p. 140.

ni la confianza de los operadores socio-económicos, resultan bien parados con estas opciones.

#### 2.4. **La Justicia contencioso-administrativa y su falta de medios. La necesaria reconsideración de la tutela cautelar y del régimen de las costas. El impulso efectivo de los medios extrajudiciales de resolución de conflictos**

La jurisdicción contencioso-administrativa es exponente de un gran anacronismo. La rígida estructura del proceso y su prolongada duración determinan que, cuando recaen sentencias definitivas, muchos años después de acontecer los hechos objeto de litigio, es ya demasiado tarde para que impere verdaderamente la justicia. La ciudadanía tiene que soportar todo ese tiempo de litigio para que se les reconozca la razón.

La situación resulta especialmente grave por la combinación de dos razones:

- El esquema procesal de otorgamiento de las medidas cautelares, que sigue siendo extremadamente cicatero, a pesar del privilegio de la ejecución de oficio del que se beneficia la Administración.
- Las tasas judiciales. Su exacción en el ámbito contencioso-administrativo desprecia el hecho de que este orden jurisdiccional representa un medio de control de la Administración que trasciende del mero interés de los ciudadanos, y que se resiente cuando se implantan medidas disuasorias de carácter puramente económico, tal y como certeramente ha advertido CIERCO<sup>48</sup>. Por lo demás, en palabras de Carlos CARNICER<sup>49</sup>, presidente del Consejo General de Colegios de Abogados, la implantación de las tasas judiciales en el ámbito contencioso-administrativo, asociada al privilegio de la ejecutoriedad de los actos administrativos, determina que en este orden jurisdiccional directamente se haya anulado el derecho a la tutela judicial que proclama el art.24 CE.

Como remedio para esta situación es imprescindible adoptar tres medidas:

1. Mejorar los medios jurisdiccionales para acortar los plazos de resolución de los procesos;
2. Suprimir las tasas judiciales; y
3. Potenciar la tutela cautelar.

Por lo demás, desde el Ministerio de Justicia y desde sus homólogos autonómicos se vienen impulsando los cauces extraprocerales de resolución de conflictos. La desviación de litigios desde la jurisdicción estatal hacia esos otros medios es naturalmente beneficiosa para el interés público no sólo porque los asuntos se resuelven

<sup>48</sup> CIERCO SEIRA, C.: *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014.

<sup>49</sup> En declaraciones a la Cadena SER recogidas por Europa Press el 8 de octubre de 2014.

antes, sino también porque se traducen en un ahorro de costes para la Administración de Justicia. Ahora bien, cuando se plantea a esos mismos responsables el impulso de dichos medios de resolución de conflictos en los litigios en que es parte la propia Administración pública, la música ya suena de otra manera, porque una cosa es predicar, y otra bien distinta dar trigo. La Administración se resiste (*rectius*, se niega), a renunciar a sus privilegios (la vía administrativa, la ejecución de oficio con restricciones en la tutela cautelar...) y a su fuero jurisdiccional, en una actitud desleal con los fines constitucionales que tiene encomendados, o cuando menos, con un deficiente entendimiento del sentido de su misión, pues la protección de los intereses generales no mejora cuando se dilatan los procesos, sino cuando se obra con verdadera Justicia. Por ello, legalmente debería estar previsto esta fórmula de resolución extrajudicial de conflictos para materias especialmente indicadas a tal fin: cuantificación de indemnizaciones en supuestos de responsabilidad por daños, liquidaciones de contratos administrativos, justiprecios expropiatorios, etc.

## 2.5. La pérdida del valor vinculante de las normas: legalidad vs. legitimidad

Más reciente en el tiempo, pero no menos importante, es la sensación, cada vez más arraigada en la conciencia social y sobre todo en algunos de sus principales actores políticos, de la progresiva pérdida del valor vinculante de las normas. Son cada vez más numerosos los responsables políticos que se sienten legitimados para actuar al margen de la legalidad como consecuencia de un mandato plebiscitario que supuestamente les permite apartarse de las normas con total impunidad. Como cúspides de estas manifestaciones tenemos los ejemplos recientes de la consulta sobre la independencia en Cataluña y de las prospecciones petrolíferas en aguas canarias.

La dicotomía entre legalidad y legitimidad sustentó una de las más conocidas aportaciones de Carl SCHMITT<sup>50</sup>, desfigurando sus postulados originarios tal y como habían sido planteados por Max WEBER en reacción a la teoría pura del Derecho de Hans KELSEN<sup>51</sup>. Conviene tener presente los abusos a los que condujo, originando una corriente de pensamiento conocida como *politicismo jurídico*, que nutrió de sustento conceptual al totalitarismo nazi, *legitimando* sus abusos. Pero la fórmula encubre realmente un sofisma, y la falacia de la aparente dicotomía entre legalidad y legitimidad se desenmascara limpiamente con palabras de Álvaro d'ORS<sup>52</sup>:

<sup>50</sup> Vid. Carl SCHMITT: *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (6.ª ed.; 1.ª ed. 1932).

<sup>51</sup> Sobre la cuestión puede verse el lúcido análisis de Álvaro d'ORS: *Ensayos de Teoría Política*, EUNSA, Pamplona, 1979, pp. 135 ss. La escuela sociológica pretendía combatir la excesiva rigidez iuspositivista de Kelsen.

<sup>52</sup> Cfr. *Ensayos...*, *op. cit.*, p. 136 (las cursivas son nuestras).

«Cuando aparece la legitimidad en la discusión política general, suele ser en apoyo de una pretensión revolucionaria de cambiar la ley actual, que se censura como ilegítima, por otra nueva. Se usa entonces el término legítimo para designar simplemente lo que uno cree que es justo aunque no haya sido plasmado en la ley, por ejemplo, cuando se habla de «legítimas aspiraciones». Pero el problema es éste: planteada la legitimidad como simple recurso dialéctico con el fin de cambiar las leyes, la legitimidad misma no corresponde ya a una ley o norma de cualquier clase, sino a la pura voluntad ideológica de los que no aceptan la ley actual. (...) el éxito fáctico de los impugnadores de la ley abolida viene a valer así como prueba de la legitimidad antilegal. En todo caso, debemos observar que (...) *como legitimidad viene de ley, si no hay ley a la que referirla, tampoco hay legitimidad*. En otras palabras, es contradictorio invocar como fundamento de legitimidad una ley que todavía no es ley, sino puro proyecto ideológico».

Pero la crisis del principio de legalidad no sólo se refleja en la vertiente de vinculación de los poderes públicos (*Positive Bindung*), sino también en su dimensión aplicable a los ciudadanos (*Negative Bindung*), quienes, en su virtud, no pueden hacer aquello que esté expresamente prohibido. A pesar de que el imperio de este principio campea indefectiblemente por todo el constitucionalismo contemporáneo, entre nosotros existe un fuerte arraigo en la conciencia colectiva de que se puede hacer lo prohibido... mientras que no le descubran a uno; y lo que es peor, que, incluso siendo detectada la infracción, existen altas probabilidades de salir indemne. Paradójicamente, la debilidad que ha demostrado el Derecho Administrativo en su aplicación, debido a una actitud permisiva de la Administración, es uno de los principales responsables de esa situación. La constatación se hace especialmente evidente y dolorosa en materia urbanística. Durante décadas han proliferado las actuaciones urbanísticas al margen de la legalidad, amparadas en la permisividad de las autoridades competentes para atajarlas, que no sólo han claudicado masivamente en el empeño de detener las construcciones ilegales y demoler las concluidas, sino que incluso han buscado fórmulas para la regularización de las viviendas. Sólo en Andalucía, se pretende precisamente en estos momentos regularizar más de 25.000 viviendas ilegales. ¿Qué ejemplo supondrá esa actuación para la ciudadanía? ¿Qué mensaje se está haciendo llegar? Si las ilegalidades no sólo se consienten, sino que además acaban siendo santificadas por actuaciones del poder público que las «regularizan», en el subconsciente colectivo se arraigará más aún la idea de que no es preciso cumplir las normas, porque finalmente se acabarán imponiendo los hechos y, con ellos, la impunidad.

Ante esta situación es preciso reivindicar enérgicamente el valor del Derecho y del principio de legalidad, constitucionalmente proclamado (art.9.3 CE). Apartarse de ese postulado constituye un atentado a los pilares básicos de la convivencia y subvierte el orden constitucional. No resulta posible abocar a una situación semejante sin reflexionar previa y cuidadosamente sobre la dimensión de ese cambio. El respeto a la ley es un principio básico de la convivencia en democracia, y los poderes públicos deben actuar para asegurar su cumplimiento. Se trata de un deber inexcusable, asociado intrínsecamente al concepto de potestad administrativa, tal y como pudimos comprobar en el Capítulo I de este trabajo.

### 3. LA RUPTURA DEL CONTRATO SOCIAL

#### 3.1. La lacra de la corrupción, la inutilidad de los controles y el hartazgo de las masas. El principio de *desconfianza legítima*

La sociedad se viene sorprendiendo en los últimos años, pero especialmente en los últimos meses, por la crisis de la corrupción. Es tal la cantidad de asuntos que cada día inundan las páginas de los periódicos que, aunque representen un porcentaje insignificante de la clase política, ha cundido la sensación de que es un mal endémico, profundamente arraigado en la urdimbre social. La situación es tan grave que se aprecia una franca *ruptura del contrato social*: los ciudadanos ya no se sienten representados por los partidos políticos, la desafección entre la calle y los despachos es palmaria, y se van consolidando en el panorama político nuevas fuerzas que carecen de pasado y cosechan los frutos del hartazgo social.

Parece haberse asentado un nuevo principio, fuertemente arraigado ya en el subconsciente colectivo: el *principio de desconfianza legítima*, en cuya virtud todo ciudadano experimenta una aparentemente justificada suspicacia respecto a sus representantes y cargos políticos, de quienes supone que aprovecharán cualquier posibilidad que tengan de abusar o prevalerse de sus cargos y enriquecerse a costa del erario público: no en vano una Ministra de Cultura ha llegado a afirmar que el dinero público no es de nadie<sup>53</sup>.

Es paradójico, por otra parte, que estos episodios de corrupción tienen necesariamente dos patas, pues para que un político se corrompa hacen falta también ciudadanos que lo hagan, sin que podamos centrar nuestra censura únicamente en la *casta* política, como si pudiera incurrir en estas conductas autónomamente.

Pero la mayor evidencia que han demostrado estos episodios ha sido la inutilidad de los controles tradicionalmente articulados sobre la gestión administrativa, que se han revelado ineficaces tanto para detectar e impedir los abusos de manera temporánea y efectiva, como para articular soluciones y reformas que impidan incurrir en esos mismos vicios en lo sucesivo<sup>54</sup>.

Ha tenido que llegar el Derecho penal, la *ultima ratio*, para que la lucha contra la corrupción comience a cosechar frutos verdaderamente efectivos, y a forjar la impresión (hasta ahora inexistente) de que quien la hace la paga. Mientras que la

<sup>53</sup> «Estamos manejando dinero público, y el dinero público no es de nadie»; cfr. la entrevista a Carmen Calvo Poyato en el diario ABC de 29 de mayo de 2004.

<sup>54</sup> Para un diagnóstico más profundo y detallado de la situación es oportuno acudir a PALOMAR OLMEDA, A.; y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dir.): *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015. Se trata de un volumen de 1.500 páginas que analiza en profundidad los diferentes instrumentos de control de la actividad administrativa y pone claramente de manifiesto las ineficiencias del sistema.

desviación de poder es una categoría que apenas sirve para explicarse en las Facultades de Derecho, pero que poca acogida tiene en los repertorios de jurisprudencia, los asuntos relativos a delitos contra la Administración pública campean a sus anchas por todo el escenario judicial. La *ultima ratio* se ha convertido finalmente en la *unica ratio*.

Hemos de reflexionar profundamente sobre todo esto, porque representa un grave fracaso para el Derecho Administrativo, el Derecho financiero y la Ciencia de la Administración. El sofisticado aparato de controles desplegado sobre los poderes públicos en general y sobre las Administraciones públicas en particular ha sido insuficiente para evitar todos esos casos, y por consiguiente, es uno de los aspectos más requeridos de revisión en la actualidad. En efecto, si alguna enseñanza puede extraer nuestra disciplina de la crisis de la corrupción es que ha puesto crudamente de manifiesto el colapso de las estructuras de control. A pesar de su sofisticación, esto es, de la cantidad de órganos que se han creado para fiscalizar la actividad de la Administración (intervención general, cuerpos de inspectores, tribunales de cuentas, consejos consultivos, defensores del pueblo...), todo este fabuloso aparato de control se ha revelado ineficiente para evitar los abusos en las actuaciones de la Administración, incluso dándose la paradoja de que algunos de ellos incurrían en los mismos defectos que tienen encomendado impedir a los demás (véanse los recientes ejemplos de nepotismo en el Tribunal de Cuentas).

Pero además, no debe descartarse una reflexión general sobre el encuadre orgánico de los cuerpos de inspección y control. Tal y como demuestran los hechos recientes, la Intervención General, o los responsables del control y justificación de las subvenciones, no deben estar encuadrados orgánicamente en la misma Administración pública actuante, pues en unos casos sus advertencias parecen no ser oídas (caso de los EREs), en otros sufren presiones para que modifiquen el sentido de sus actuaciones (caso de la Agencia *Invercaria*) y por último, están sometidos a un temor cierto de sufrir represalias (caso de los *cursos de formación*). Tampoco parecen ser suficientes iniciativas de creación de nuevos organismos de control, como las oficinas antifraude<sup>55</sup>.

<sup>55</sup> Destaca el ejemplo de la Oficina Europea Anti-fraude (OLAF), aunque también tenemos exponentes de Derecho interno, como la Oficina Antifraude de Cataluña. Son, en ambos casos, instituciones independientes, pero que responden a modelos distintos. La primera fue creada en 1999, depende de la Comisión Europea, y su fundación encuentra apoyo actualmente en el art.325 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea; su principal instrumento normativo es en la actualidad el Reglamento (UE, Euratom), núm. 883/2013, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de septiembre de 2013, relativo a las investigaciones efectuadas por la Oficina Europea de Lucha contra el Fraude (OLAF). La segunda depende del Parlamento de Cataluña, y se encuentra regulada por la Ley 14/2008, de 5 de noviembre, de la Oficina Antifraude de Cataluña.

En particular, en relación con las subvenciones, parece desafortunado que el órgano que procede al control de su justificación sea el mismo que otorgó la subvención. Pues si al concederla incurrió en algún tipo de abuso o arbitrariedad, la justificación su control posterior no supondrá en modo alguno un medio efectivo para evitar corruptelas, pasando por alto los eventuales incumplimientos del beneficiario en el destino de la subvención al fin por el que se le otorgó.

### 3.2. Soluciones y propuestas

#### 3.2.1. *Reconfiguración del sistema de controles. El imperio de la transparencia*

La reforma pendiente es la que logre efectividad en los controles previos de la actividad administrativa, para evitar que tales órganos se conviertan en meros cronistas de los abusos e ilegalidades que cometen las Administraciones, sin repercusión alguna sobre los responsables y sobre su conducta sucesiva. En relación con los contratos, la doctrina más autorizada (GIMENO FELIU) acaba de proponer un decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos<sup>56</sup>.

El tercer elemento a destacar en este punto es la emergencia de una nueva herramienta de control: la que puede desplegar la sociedad civil mediante instrumentos de transparencia del poder público<sup>57</sup>. De manera que, tal y como se había hecho con anterioridad en el Derecho comparado, también en España se están dictando leyes de transparencia que pretenden dar publicidad a toda una batería de datos sensibles (adjudicatarios de contratos, beneficiarios de subvenciones, expedientes administrativos en materias delicadas), ante la convicción de que esa información, puesta a disposición de la sociedad en general y de los medios de comunicación en particular, constituye un importante mecanismo de fiscalización

<sup>56</sup> Vid. GIMENO FELIU, J.M.: «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos», 22/11/2014, accesible en la web del Observatorio de la Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/relmenu.3/cbk.a03dd2533969b161aae8a4e681c92da1> (último acceso 8/12/2014).

<sup>57</sup> Materia sobre la que se cuenta ya con una profusa bibliografía; vid. especialmente FERNANDEZ RAMOS, S. y PEREZ MONGUIO, J.M. (coords.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2014; VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014; GUICHOT REINA, E. (Coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014; RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M.: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014; GUICHOT REINA, E.: *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011; del mismo autor, *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011; DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. y TARÍN QUIRÓS, C.: *Transparencia y Buen Gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014.

de la objetividad del poder público, sobre la que será necesario seguir abundando para mejorar en lo posible su rendimiento.

El mejor modo de seguir profundizando en las consecuencias derivadas de la transparencia del sector público es mejorar la iniciación del procedimiento administrativo por denuncia, esto es, en ejercicio de la acción popular. La configuración actual del denunciante la coloca en una posición extraordinariamente frágil. Es preciso reforzar su legitimación en el procedimiento administrativo, concediéndole la condición de parte y reconociéndole el derecho a recurrir la resolución que recaiga en el procedimiento. La combinación de este factor con la atribución del ejercicio de la potestad sancionadora a la entidad que referimos seguidamente puede ser el complemento idóneo a las políticas de transparencia que se vienen desplegando en la actualidad.

### 3.2.2. *Una Autoridad Independiente de Control y Sanción Administrativa*

A mi juicio, es pertinente plantearse una reconfiguración de todo el entramado de control de las Administraciones públicas, reordenando una serie de instancias y conformándolas de acuerdo con un nuevo esquema constitucional. Es preciso, al menos, reflexionar sobre la creación de una suerte de Autoridad Administrativa Independiente de Control y Sanción, que responda a las siguientes características:

#### a) *Refundición de organismos*

Esta instancia de control y sanción no debe suponer una adición más al entramado organizativo, sino conllevar la supresión de instituciones que han revelado poca o nula utilidad, fusionándolas con otras más eficientes, pero requeridas de un nuevo encuadre institucional. Entiendo que debería estar conformada por lo que actualmente son las Intervenciones Generales de las diferentes administraciones públicas, los Tribunales y Cámaras de Cuentas, y otros efectivos, órganos y unidades administrativas de control que se han ido creando en los ámbitos sectoriales que apuntamos seguidamente.

#### b) *Materias o funciones a asumir: fiscalización, control y sanción*

La función de esta Autoridad Independiente sería la de erigirse en instancia de fiscalización, control y sanción, asumiendo una serie de potestades administrativas o de instrumentos de supervisión, control y sanción que actualmente se encuentran diseminados en órganos e instituciones diferentes, y que merecen agruparse y gestionarse por una entidad que no dependa orgánica ni funcionalmente de ninguna Administración pública. Se trataría de una función o potestad administrativa de control independiente, cuyos actos quedarían sujetos a revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa. Como materias que eventualmente puede llegar a asumir esa Autoridad Independiente estarían las siguientes:

- La Intervención General de la correspondiente Administración, fiscalizando los gastos antes de que se produzcan; al menos, los que superen ciertos umbrales, establecidos en función del tamaño y del presupuesto de la Administración pública en cuestión. Ante un bloqueo del gasto, la Administración afectada podrá interponer un recurso contencioso-administrativo, y el juez, en su caso, adoptará las medidas cautelares que estime pertinentes.
- El control en la justificación de las subvenciones, extrayendo esa tarea de los centros directivos que las otorgan, para evitar la colusión con los beneficiarios.
- El control de la ejecución de los contratos administrativos, por idénticas razones a las expresadas en el punto anterior.
- La resolución de recursos en vía administrativa, y en particular, de los recursos en materia de contratación. Se ha comprobado con datos estadísticos la extraordinaria utilidad de los tribunales administrativos contractuales. Las enseñanzas del modelo deben ser útiles para extenderlo a otros campos.
- La tramitación de los expedientes sancionadores, con la responsabilidad de su inicio e instrucción, hasta la elevación de la propuesta de resolución al órgano ejecutivo, tal y como sucede con algunas entidades reguladoras (por ejemplo, CNMC en materia de hidrocarburos); o incluso, llegando a resolver el procedimiento.

c) *Configuración como Administración independiente*

Este organismo se debe configurar como una institución independiente, distinta y separada de las Administraciones públicas a las que controle, no sólo en sentido orgánico, sino también funcional. Una especie de controlador administrativo independiente, sometido a la legislación del procedimiento administrativo común y cuyas decisiones queden sujetas a control judicial. Aunque no soy amigo de los injertos simplistas y bienintencionados, en este caso el modelo de las agencias norteamericanas sí puede ser un referente: dotadas de una verdadera autonomía funcional respecto del Gobierno, y provistas de empleados públicos independientes.

Para garantizar la independencia de esta Autoridad se requieren tres condiciones básicas:

1. Que el nombramiento de su máximo órgano directivo ofrezca garantías de independencia. En particular, el máximo titular del organismo debe ser una persona con probada experiencia profesional en la materia, y sin antecedentes de filiación política. Lo idóneo sería su designación por una mayoría cualificada del órgano parlamentario correspondiente, que represente no sólo la mayoría absoluta de los miembros, sino además la necesidad de que vote a favor al menos una fuerza política distinta a la o las que estén ejerciendo en ese momento las responsabilidades del Gobierno.

2. Que su personal disfrute asimismo de un estatuto de independencia respecto de la Administración objeto de control. No debe existir movilidad funcional entre los integrantes de esta Autoridad y la Administración controlada. Por el contrario, sí cabe facilitar la movilidad entre las Autoridades de control de las diferentes Administraciones públicas.
3. Que se encuentre dotada de los recursos humanos y materiales necesarios para el ejercicio de su función. No sería descabellado reservarle un porcentaje de los presupuestos generales de la Administración a la que controlen.

---

## BIBLIOGRAFÍA

- ABRAMOVICH, V. y COURTIS, C.: *Los derechos sociales como derechos exigibles*, Trotta, Madrid, 2002.
- AGUADO I CUDOLÀ, V.: *Silencio administrativo e inactividad: límites y técnicas alternativas*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ALARCÓN CARACUEL, M.: «Políticas de protección social en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía», en PRADOS DE REYES, F.J. (coord.): *Políticas laborales y de protección social y marco competencial en el nuevo Estatuto de Autonomía de Andalucía*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2008.
- ALEMÁN BRACHO, C.; ALONSO SECO, J.M.; y GARCÍA SERRANO, M.: *Servicios sociales públicos*, Tecnos, Madrid, 2011.
- ALENZA GARCÍA, J.F. (Dir.): *La regulación de las energías renovables en el cambio climático*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra) 2014.
- ALLI ARANGUREN, J.C.: *La construcción del concepto de Derecho Administrativo español*, Thomson-Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2006.
- AMORTH, A.: *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di diritto privato*, Padova, 1938
- ARANA GARCÍA, E.: «La nueva Ley del sector eléctrico: entre el riesgo regulatorio y la seguridad jurídica en el apoyo de las energías renovables», en GONZÁLEZ RÍOS, I. (Dir.): *Estudios hispano-lusos de los servicios en red (energía, telecomunicaciones y transportes) y su incidencia en los espacios naturales protegidos*, Dykinson, Madrid, 2015.
- ARANGO, R.: *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Legis, Bogotá, 2005.
- ARIÑO ORTIZ, G.: *Programa de Derecho Administrativo y guía para su estudio*, Universidad Complutense, Madrid, 1973.
- ARROYO JIMÉNEZ, L.: «Ponderación, proporcionalidad y Derecho Administrativo», *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, núm. 2, 2009.
- BALMASEDA DEL CAMPO, M. y MELGUIZO ESTESO, A.: «Mejor regulación: ni más, ni menos», en *Marco regulatorio y unidad de mercado. Libro marrón*, Círculo de Empresarios, Madrid, 2006.
- BALLBÉ PRUNÉS, M.: «Derecho Administrativo», *Enciclopedia Jurídica Seix*, vol.1, Barcelona, 1985.
- BAÑO LEÓN, J.M.: «Declaración responsable y derechos de terceros», *REDA*, núm. 167, 2014
- «Prólogo» a la monografía de DOMÉNECH PASCUAL, G.: *Derechos fundamentales y riesgos tecnológicos*, CEPCC, Madrid, 2006.
- BARNÉS VÁZQUEZ, J.: «El procedimiento administrativo en transformación», en la obra coordinada por él mismo, *La transformación del procedimiento administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2008.
- «Sobre el procedimiento administrativo: evolución y perspectivas», en una obra coordinada por él mismo *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2006.

- BERMEJO LATRE, J.L. y CASTEL GAYÁN, S. (eds.): *Transparencia, participación ciudadana y administración pública en el siglo XXI*, monografía XIV de la *Revista Aragonesa de Administración Pública*, IAAP, Zaragoza, 2013.
- BERZOSA LÓPEZ, D.: «El principio de servicio objetivo a los intereses generales en la Constitución y su traducción legislativa», en *Documentación Administrativa*, núm. 289, 2011.
- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Mejorar la regulación: una guía de razones y de medios*, Marcial Pons-Fundación Rafael del Pino, Madrid, 2009.
- BOQUERA OLIVER, J.M.: «La sistematización del Derecho Administrativo desde la personalidad jurídica de la Administración del Estado», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1986.
- BORRAJO INIESTA, I.: «El intento de huir del Derecho Administrativo», *REDA*, núm. 78, 1993.
- BURDEAU, F.: *Histoire du droit administratif (de la Révolution au début des années 1970)*, PUF, Paris, 1995.
- CALONGE VELÁZQUEZ, A.: «El concepto de Administración pública en la Unión Europea: Administración pública nacional y Administración pública comunitaria», *Revista de Derecho de la Unión Europea*, núm. 19, 2010.
- CALVO CHARRO, M.: «Naturaleza jurídica del ejercicio de la potestad reglamentaria y consecuencias de la pasividad administrativa», *RAP*, núm. 137, 1995.
- CALVO ORTEGA, R. y GARCÍA CALVENTE, Y.: *Situaciones de dependencia: regulación actual y nuevas perspectivas*, Thomson-Civitas, Madrid, 2007.
- CÁMARA VILLAR, G. y CANO BUESO, J. (coords.): *Estudios sobre el Estado social*, Tecnos-Parlamento de Andalucía, Madrid, 1993.
- CANALS I AMETLLER, D.: *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad: control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003.
- CARNELUTTI: *Teoría general del Derecho*, Madrid, 1941.
- CARRILLO DONAIRE, J.A.: *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- CARRILLO, M.: «La eficacia de los derechos sociales», *Jueces para la Democracia*, núm. 36, 1999.
- CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, J.L.: «Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 193, 2014.
- «La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- Potestad administrativa», *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1994.
- CASCAJO CASTRO, J.L.: *La tutela constitucional de los derechos sociales*, CEC, Madrid, 1988.
- CASSESE, S.: *Derecho Administrativo: Historia y futuro*, INAP-Global Law Press, Madrid-Sevilla, 2014.
- CASTELLS, M.: *La Era de la Información. La sociedad red*, Alianza editorial, Madrid, 1997.
- CASTILLO BLANCO, F.: *La protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 1998.
- CIERCO SEIRA, C.: *Tasas judiciales y justicia administrativa*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- «El principio de precaución: reflexiones sobre su contenido y alcance en los derechos comunitario y español», *RAP*, núm. 163, 2004.
- CLAVERO ARÉVALO, M.F.: «Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1952.
- «Personalidad jurídica. Derecho general y Derecho singular de las Administraciones Autónomas», *Documentación Administrativa*, núm. 58, 1962.
- COLOMER, J.M.: *El gobierno mundial de los expertos*, Anagrama, 2015.
- COSSÍO DÍAZ, J.R.: *Estado social y derechos de prestación*, CEC, Madrid, 1989.
- COTINO HUESO, L.: «Tratamiento jurídico y normativo de la democracia, participación y transparencia electrónicas: presente y perspectivas», en BARRAT I ESTEVE, J. y FERNÁNDEZ RIVEIRA, R.M. (coords.): *Derecho de Sufragio y Participación ciudadana a través de las Nuevas Tecnologías*, Civitas-Instituto de Derecho Parlamentario Universidad Complutense, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- CUBERO MARCOS, J.I.: *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento admi-*

- nistrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2013.
- CHAPUS, R.: *Droit du contentieux administratif*, Montchrestien, Paris, 1995.
- CHEVALIER, J.: *Le principe de séparation de la juridiction administrative et de l'administration active*, tesis doctoral, Paris, 1968.
- DE SALAS MURILLO, S.: Comentario al artículo 35, en *Comentarios al Código civil*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- D'ORS, A.: *Ensayos de Teoría Política*, EUNSA, Pamplona, 1979.
- DARNACULLETA GARDELLA, M.: *Autorregulación y Derecho Público: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005.
- DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, J.M.: *Las potestades administrativas*, Tecnos, Madrid, 1986.
- DE LA MORENA DE LA MORENA, L.: Derecho Administrativo e interés público: correlaciones básicas», *RAP*, núm. 100-102, 1983.
- DE LA NUEZ SÁNCHEZ-CASCADO, E. y TARÍN QUIRÓS, C.: *Transparencia y Buen Gobierno: Comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, La Ley, Madrid, 2014.
- DE LA SERNA BILBAO, N.: *La privatización en España*, Aranzadi, Pamplona, 1995.
- DE OTTO PARDO, I.: *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, Ariel, Barcelona, 1988.
- DE PALMA DEL TESO, A.: «La asistencia social», en CANO CAMPOS, T. (coord.): *Lecciones y materiales para el estudio del Derecho Administrativo*, Tomo VII: *Servicios públicos*, Iustel, Madrid, 2009.
- DE VITORIA, F.: *Relectio De Indis*, 1532
- DEL SAZ CORDERO, S.: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en VV.AA.: *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres Estudios*, Civitas, Madrid, 1992.
- La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, núm. 133, 1994.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y Administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- DÍEZ MORENO, F.: *El Estado social*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 2004.
- EMBIID IRUJO, A.: «El Derecho Público de la crisis económica», en BLASCO ESTEVE, A. (coord.): *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2011.
- *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012.
- ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol.I/1, Madrid, Tecnos, 1995.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: «¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?», *REDA*, núm. 37, 1983.
- ESTEVE PARDO, J.: «La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria», *RAP*, núm. 189, 2012.
- «La personalidad jurídica en el Derecho Público y la dialéctica Estado-Sociedad. Perspectiva histórica», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- «La regulación de la economía desde el Estado garante», en VV.AA.: *La Autonomía municipal, administración y regulación económica, títulos académicos y profesionales*. Actas del Congreso de la AEPDA, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2007
- Autorregulación. Génesis y efectos, Aranzadi, Pamplona, 2002.
- *El desconcierto del Leviatán. Política y derecho ante las incertidumbres de la ciencia*, Marcial Pons, Madrid, 2009
- FERNÁNDEZ RAMOS, S. y PÉREZ MONGUIÓ, J.M. (coords.): *El Derecho de los servicios sociales en Andalucía*, Instituto Andaluz de Administración Pública, Sevilla, 2012.,
- *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Aranzadi-Thomson, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- FERNÁNDEZ RAMOS, S.: *La actividad administrativa de inspección*, Comares, Granada, 2002.
- FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración», *Revista Catalana de Dret Public*, núm. 42, 2011.

- FERNÁNDEZ TORRES, J.R.: *Historia legal de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa (1845-1998)*, Iustel, Madrid, 2007.
- FERNÁNDEZ TORRES, M.J. y PANIAGUA ROJANO, F.J.: «El poder de las redes sociales en la política y en los movimientos sociales», en COTARELO GARCÍA, R. y CRESPO MARTÍNEZ, I. (coords.): *La comunicación política y las nuevas tecnologías*, Los Libros de la Catarata, Madrid, 2012, pp. 130 y sigs.
- FERNANDO PABLO, M.M.: *La Ley común de procedimiento administrativo*, Colex, Madrid, 1993, pág.126.
- FORSTHOFF, E.: *Tratado de Derecho Administrativo*, IEP, Madrid, 1958.
- GALLEGO ANABITARTE, A.: «Órganos constitucionales, órganos estatales y Derecho Administrativo», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- *Administración y jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971.
- GALLEGO ANABITARTE, A. y DE MARCOS FERNÁNDEZ, A.: *Derecho Administrativo I. Materiales*, Madrid, 1993.
- GAMERO CASADO, E. y VALERO TORRIJOS, J. (coords.): *La Ley de administración electrónica. Comentario sistemático a la Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos*, 3.ª ed., Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor, Navarra, 2010.
- GAMERO CASADO, E.: (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- «Omisión del trámite de audiencia y derecho a la tutela judicial efectiva», *REDA*, núm. 85, 1995.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, A.: *Prestaciones sociales, función administrativa y derechos de los ciudadanos*, McGraw Hill, Madrid, 1996.
- GARCÍA COSTA, F.M.: «Delimitación conceptual del principio de objetividad: objetividad, neutralidad e imparcialidad», *Documentación Administrativa*, núm. 289.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E. y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T.R.: *Curso de Derecho Administrativo*, vol.1, Civitas, Madrid, 2008 (14.ª ed.).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Revolución francesa y Administración contemporánea*, Civitas, Madrid, 1994 (1.ª edición en 1972).
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: «Verso un concetto di Diritto Amministrativo come Diritto statutario», *Rivista trimestrale di Diritto pubblico*, año X, 1960.
- «Una nota sobre el interés general como concepto jurídico indeterminado», *REDA*, núm. 89, 1996.
- «El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- ☒ *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Civitas, Madrid, 2006.
- *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público europeo tras la Revolución francesa*, Alianza Universidad, Madrid, 1995.
- GARCÍA LUENGO, J.: *El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2002.
- GARCÍA Pelayo, M.: *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid, 1972.
- GARCÍA SCHWARZ, R.: *Derechos sociales: imprescriptibilidad y garantías*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011
- GARCÍA URETA, A.: *La potestad inspectora de la Administración pública*, Marcial Pons, Madrid, 2006.
- GARCÍA-TREVIJANO FOS, J.A.: *Tratado de Derecho Administrativo*, EDERSA, Madrid, 1974.
- GARRIDO FALLA, F.: «Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales», *RAP*, núm. 7, 1952.
- «Democracia y Estado de Derecho: sometimiento efectivo de todos los poderes a la Ley», *RAP*, núm. 128, 1992.
- «Comentarios al artículo 23.2», en *Comentarios a la Constitución*, Civitas, Madrid, 1985.
- *Tratado de Derecho Administrativo*, Tecnos, Madrid, 1989.
- GARRORENA MORALES, A.: *El Estado español como Estado social y democrático de Derecho*, Tecnos, Madrid, 1992.
- GAVARA DE CARA, J.C.: *La dimensión objetiva de los derechos sociales*, J.M. Bosch, Barcelona, 2010.
- GAYO AVELLO, D.; METAXAS, P.T. y MUSTAFARAJ, E.: «Limits of Electoral Predictions Using Twitter», *Actas de la Fifth International AAAI Conference on Weblogs and Social Media*,

- accessible en <http://www.aaai.org/ocs/index.php/ICWSM/ICWSM11/paper/view/2862> (última visita: 28 de febrero de 2015).
- GIANNINI, M.S.: *Lezioni di diritto amministrativo*, vol.1, Giuffrè, Milano, 1950.
- *Premisas sociológicas e históricas del Derecho Administrativo*, Madrid, INAP, 1980.
- GIMENO FELIU, J.M.: «Decálogo de reglas para prevenir la corrupción en los contratos públicos», 22/11/2014, accesible en la web del Observatorio de la Contratación Pública, <http://www.obcp.es/index.php/mod.opiniones/mem.detalle/id.180/re/menu.3/cbk.a03dd2533969b161aae8a4e681c92da1> (último acceso 8/12/2014).
- «Las nuevas directivas —cuarta generación— en materia de contratación pública. Hacia una estrategia eficiente en compra pública», *REDA*, núm. 159, 2013.
- GIMENO SENDRA, J.V.: *Fundamentos al Derecho procesal*, Civitas, Madrid, 1981.
- GÓMEZ PUENTE, M.: *La inactividad de la Administración*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- GONZÁLEZ MORENO, B.: *El Estado social. Naturaleza jurídica y estructura de los derechos sociales*, Civitas, Madrid, 1991.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: «Ámbito (subjetivo y objetivo) de aplicación», en GONZÁLEZ PÉREZ, J. y GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Régimen jurídico de las administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Civitas, Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Derecho Administrativo español*, vol. 1, EUNSA, Pamplona, 1987.
- «Prólogo» a la obra BELTRÁN AGUIRRE, J.L.: *El régimen jurídico de la acción social pública*, IVAP, Oñati, 1992.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Manual de procedimiento administrativo*, Civitas, Madrid, 2000.
- *Responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas*, Civitas, Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ SALINAS, J.: «Personalidad y definición del Derecho Administrativo», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- GONZÁLEZ SEARA, L.: «Antecedentes y fundamentos teóricos y doctrinales del Estado de Bienestar», en MUÑOZ MACHADO, S.; GARCÍA DELGADO, y GONZÁLEZ SEARA (coords): *Las estructuras del bienestar*, Civitas, Madrid, 2002.
- GUICHOT REINA, E. (Coord.): *Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Tecnos, Madrid, 2014.
- GUICHOT REINA, E.: *Transparencia y acceso a la información en el derecho europeo*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2011.
- *Transparencia y acceso a la información pública en España: análisis y propuestas legislativas*, Fundación Alternativas, Madrid, 2011
- HABERMAS, J.: *La constitución de Europa*, Trotta, Valencia, 2012.
- HAURIUO, M.: *Obra escogida*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976.
- *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, Paris, 6.ª ed., 1907.
- HINKELAMMERT, F.J.: «El socavamiento de los derechos humanos en la globalización actual: La crisis de poder de las burocracias privadas», en *Filosofía de la convivencia*, Editorial MAD, Sevilla, 2004.
- IZQUIERDO CARRASCO, M.: *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- JÈZE, G.: *Los principios generales del Derecho Administrativo*, Depalma, Buenos Aires, 1949
- JORDANO FRAGA, J.: «El Derecho Administrativo de la crisis», en PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Editorial Reus-Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2013.
- LAFUENTE BENACHES, M.: «Las nociones de Administración pública y de personalidad jurídica en el Derecho Administrativo», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol.2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: «La renuncia de la Administración Pública al Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 136, 1995.
- LEGENDRE, P.: *L'Administration du XVIII siècle à nos jours*, PUF, Paris, 1969.
- LOCKE, J.: *Two Treatises of Government*, Hollis ed., Londres, 1764 (facsimile del original de 1689)
- LÓPEZ CUMBRE, L. (coord.): *Protección social y Comunidades Autónomas*, Universidad de Cantabria-Ediciones Cinca, Madrid, 2012.
- LÓPEZ GONZÁLEZ, J.I.: «El principio de proporcionalidad y la simplificación de procedimientos»

- tos y de cargas administrativas», en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- LÓPEZ LÓPEZ, A.M.: La relación jurídica», en *Derecho civil. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1995.
- LÓPEZ MENUDO, F.: «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Española de la Función Consultiva*, núm. 14, 2010.
- *El principio de irretroactividad en las normas jurídico-administrativas*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1982;
- LOZANO CUTANDA, B.: «Fundamento constitucional y reserva competencial de la jurisdicción administrativa en Francia: la decisión del Consejo Constitucional de 23 de enero de 1987», en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Civitas, Madrid, 1992.
- MALARET GARCÍA, E.: «Servicios públicos, funciones públicas, garantías de los derechos de los ciudadanos», *RAP*, núm. 145, 1998.
- MARTÍN REBOLLO, L.: «Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico», en VV.AA.: *La Constitución y su incidencia en el Derecho Público interno del Estado*, Asamblea Regional de Cantabria, Santander, 1989.
- *Leyes administrativas*, Aranzadi-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- MARTÍNEZ GUTIÉRREZ, R.: *Administración pública electrónica*, Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2009.
- MARTÍNEZ LÓPEZ MUÑOZ: «¿Sociedades públicas para construir y contratar obras públicas? (A propósito de algunas innovaciones de la Ley de acompañamiento de los Presupuestos del Estado para 1997)», *RAP*, núm. 144, 1997.
- *Introducción al Derecho Administrativo*, Madrid, Tecnos, 1988.
- MARTÍNEZ MOYA, J.A.: *El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración. Su origen y tratamiento jurisprudencial*, Diego Marín Librero, Murcia, 2012.
- MARTÍN-RETORTILLO, S.: «Reflexiones sobre la huida» del Derecho Administrativo», *RAP*, núm. 140, 1996.
- MEILÁN GIL, J.L.: «La funcionalidad de los entes instrumentales como categoría jurídica», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- MOLINA MOLINA, J.: *Ciudadano y gasto público. Por una gobernanza transparente y participativa*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- *Los presupuestos participativos*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2011
- MONTORO CHINER, M.J.: «Técnica legislativa y evaluación de las normas», *Anuario Jurídico de la Rioja*, núm. 6-7, 2000-2001.
- *Evaluación de las normas: racionalidad y eficiencia*, Atelier, Barcelona, 2001.
- MONTOYA MARTÍN, E.: *Las empresas públicas sometidas al Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 1996.
- MORA RUIZ, M.: «Comunicación previa, declaración responsable y control posterior de la actividad en el ámbito local», *REDA*, núm. 155, 2012.
- «La ordenación jurídico-administrativa como pieza clave en la lucha contra el cambio climático ¿un sector en crisis?, en *Actualidad Jurídica Ambiental*, 17 febrero 2014.
- MORELL OCAÑA, L.: «La objetividad de la Administración Pública y otros componentes de la ética de la institución», *REDA*, núm. 111, 2001
- MORILLO-VELARDE PÉREZ, J.I.: «La huida de Derecho Administrativo, la personalidad jurídica de las Administraciones públicas y el principio de eficacia. Reflexiones», en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, vol. 2, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- *Dominio público*, Trivium, Madrid, 1992.
- MUÑOZ MACHADO, S. y ESTEVE PARDO, J. (dirs.): *Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009.
- MUÑOZ MACHADO, S.: *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, vol.1: *La formación de las instituciones públicas y su sometimiento al Derecho*, Iustel, Madrid, 2006.
- «La eficacia de los derechos», en LÓPEZ MENUDO, F. (coord.): *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Iustel, Madrid, 2011.
- «Prólogo» al libro de VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social (Un estudio sobre la*

- actualidad del Estado social de Derecho*), Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- NAÍM, M.: *El fin del poder*, Debate, Barcelona, 2013.
- NIETO GARCÍA, A.: «La Administración sirve con objetividad los intereses generales», en *Estudios sobre la Constitución española. Libro homenaje a Eduardo García de Enterría*, vol.III, Civitas, Madrid, 1991.
- «La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo», *RAP*, núm. 76, 1975.
- NOGUEIRA LÓPEZ, A.: «Crisis económica y cambios estructurales en el régimen de ejercicio de actividades: ¿reactivación económica o pretexto desregulador?», ambos en BLASCO ESTEVE, A. (coord.): *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo. Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid 2011.
- «Público y privado en el control operativo de actividades de servicios: un nuevo campo para las entidades colaboradoras de la Administración», en VV.AA.: *Nacimiento y desarrollo de la Administración moderna. La libertad de comercio: pasado y presente. Los grandes maestros del Derecho Administrativo contemporáneo. Actas del V Congreso de la AEPDA, IAAP*, Sevilla, 2011.
- NÚÑEZ LOZANO, M.C.: *Las actividades comunicadas a la Administración: la potestad administrativa de veto sujeta a plazo*, Marcial Pons, Madrid, 2001.
- ORTEGA ÁLVAREZ, L. y DE LA SIERRA MORÓN, S. (coords.): *Ponderación y Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2009.
- ORTIZ DÍAZ, J.: «El bien común y la Administración pública», en *Estudios dedicados al profesor García Oviedo con motivo de su jubilación*, vol.I, Publicaciones de la Universidad de Sevilla, Sevilla, 1954.
- PALOMAR OLMEDA, A.: *La actividad administrativa efectuada por medios electrónicos*, Aranzadi-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2007.
- PALOMAR OLMEDA, A.; y GARCÉS SANAGUSTÍN, M. (Dirs.): *La gestión de los fondos públicos: control y responsabilidades. Los derechos de los ciudadanos, las garantías y las vías de actuación para su efectividad*, Thomson-Reuters-Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- PALOMAR OLMEDA, A. y TEROL GÓMEZ, R. (coords.): *El nuevo marco de ejercicio de las actividades económicas*, Aranzadi-Thomson-Reuters. 2014.
- PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto del Derecho Administrativo*, Editorial Jurídica Venezolana, Caracas, 1984.
- *Estado social y Administración pública*, Civitas, Madrid, 1983.
- *Transformación y ¿reforma? Del Derecho Administrativo en España*, INAP-Editorial Derecho Global, Sevilla, 2012.
- «Constitución y valores del ordenamiento», en S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, S.: *Estudios sobre la Constitución española: homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, tomo 1, Civitas, Madrid, 1991.
- «El Estado social administrativo: algunas reflexiones sobre la crisis» de las prestaciones y los servicios públicos», *RAP*, núm. 153, 2000
- PECES-BARBA MARTÍNEZ, G.: «Humanismo y solidaridad social como valores de una sociedad avanzada», en DE LORENZO GARCÍA, R.; CABRA DE LUNA, M. y GIMÉNEZ-REYNA, E. (dirs.): *Las entidades no lucrativas de carácter social y humanitario*, Fundación ONCE-La Ley, Madrid, 1991.
- PEISER, G.: *Contentieux administratif*, Dalloz, Paris, 1988.
- PENDÁS GARCÍA, B.: «La Ley contra el Derecho. Reflexiones sobre la calidad de las normas», *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, Tomo 54, 2013-2014.
- PÉREZ MORENO, A. (coord.): *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Instituto García Oviedo-Editorial Civitas, Sevilla-Madrid, 1994.
- PÉREZ ROYO, J.: *Las fuentes del Derecho*, Tecnos, Madrid, 1985.
- PHYTILIS, J.: *Justice administrative et justice déléguée au XVIII<sup>e</sup> siècle*, PUF, Paris, 1977.
- PIÑAR MAÑAS, J.L. (coord.): *Administración electrónica y ciudadanos*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2011.
- *Crisis económica y crisis del Estado de bienestar. El papel del Derecho Administrativo*, Editorial Reus-Universidad San Pablo CEU, Madrid, 2013.
- PISARELLO, G.: *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Trotta, Madrid, 2007.

- PONCE SOLÉ, J.: *El derecho y la (ir) reversibilidad limitada de los derechos sociales de los ciudadanos. Las líneas rojas constitucionales a los Recortes y la sostenibilidad social*, INAP, Madrid, 2013.
- *Negociación de normas y lobbies. Por una mejor regulación que favorezca la transparencia, evite la corrupción y reduzca la litigiosidad*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2015.
- *Deber de buena administración y derecho al procedimiento administrativo debido*, Lex Nova, Valladolid, 2001.
- PREVITE, J.; HEARN, G. y DANN, S.: «Profiling Internet Users' Participation in Social Change Agendas: An Application of Q-Methodology», Faculty of Business, Queensland University of Technology, disponible en <http://arxiv.org/abs/cs/0109058> (última vista: 28 de febrero de 2015).
- PRIETO GONZÁLEZ, L.F.: «Sobre el Estado del Derecho. A propósito de algunas grietas en nuestro edificio normativo», *Anales de la Facultad de Derecho de la Universidad de La Laguna*, núm. 30, 2013.
- QUEIROZ, C.: *O princípio da não reversibilidade dos directos fundamentais sociais*, Coimbra editora, Coimbra, 2006.
- RAMBAUD, P.: «La justicia administrativa en Francia (I): introducción, organización, medidas cautelares», en *La justicia administrativa en el Derecho comparado*, Civitas, Madrid, 1993.
- RAMOS MÉNDEZ, F.: *Derecho procesal civil*, vol.1, Bosch, Barcelona, 1992.
- RAMOS VIELBA, I. y CAMPOS DOMÍNGUEZ, E. (eds.): *Democracia en 3D: Democracia digital deliberativa*, Edhasa, Barcelona, 2012.
- REBOLLO PUIG, M. (coord.): *La regulación económica. En especial, la regulación bancaria. Actas del IX Congreso hispano-luso de profesores de Derecho Administrativo*, Universidad de Córdoba-Iustel, Madrid, 2012.
- REBOLLO PUIG, M.: «El repliegue de las autorizaciones y la articulación de alternativas. En especial, la tutela de los terceros perjudicados por actividades privadas ilegales», en SORIANO GARCÍA, J.E. (dir.): *Por el derecho y la libertad. Libro homenaje al Profesor Juan Alfonso Santamaría Pastor*, Iustel, Madrid, 2014, vol. 2.
- «El Derecho Administrativo como derecho único de la administración», *Revista General de Derecho Administrativo*, núm. 2, 2003.
- «La actividad inspectora», en Díez SÁNCHEZ, J.J.: *La función inspectora. Actas del VIII Congreso de la AEPDA*, INAP, Madrid, 2013.
- RIVERO ORTEGA, R.: *El Estado vigilante. Consideraciones jurídicas sobre la función inspectora de la Administración*, Tecnos, Madrid, 2000.
- RIVERO YSERN, E. y RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Con miras al interés general*, Derecho Público Global-INAP-Bubok Publishing, 2014.
- RIVERO, J. y WALINE, J.: *Droit administratif*, Dalloz, Paris, 1994.
- RIVERO, J.: *Cours de droit administratif comparé*, Cours DES, Paris, 1955-56.
- RODRÍGUEZ DE SANTIAGO, J.M.: *La administración del Estado social*, Marcial Pons, Madrid, 2007.
- *La ponderación de bienes e intereses en el Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid, 2000.
- RODRÍGUEZ FONT, M.: «Técnicas de control en la transposición de la Directiva de servicios: comunicación previa y declaración responsable», en ARIAS MARTÍNEZ, M.A; ALMEIDA CERREDA, M. y NOGUEIRA LÓPEZ, A. (dirs): *La termita Bolkenstein. Mercado único vs. derechos ciudadanos*, Civitas-Thomson-Reuters, Cizur Menor (Navarra), 2012.
- RODRÍGUEZ OLVERA, O.: *Teoría de los derechos sociales en la Constitución abierta*, Comares, Granada, 1998.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J. y SENDÍN GARCÍA, M.: *Transparencia, acceso a la información y buen gobierno: comentarios a la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno*, Comares, Granada, 2014.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *Interés general, Derecho Administrativo, y el Estado del Bienestar*, Iustel, Madrid, 2012.
- ROLAND, H. y BOYER, L.: *Les institutions judiciaires*, L'Hermès, Lyon, 1983.
- ROMANO, S.: *Fragmentos de un diccionario jurídico*, Europa-América, Buenos Aires, 1964.
- *L'Ordinamento giuridico*, Florencia, 1918.
- ROUSSEAU, J.J.: *Du Contrat social; ou, principes du droit politique*, ed. Marc Micher Rey, Amsterdam, 1762.
- SAINZ MORENO, F.: Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico», *REDA*, núm. 8, 1976.
- SALA ARQUER, J. M.: «Huida al Derecho Privado y huida del Derecho», *REDA*, núm. 75, 1992.

- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración pública*, CEC, Madrid, 1980.
- *Derecho Administrativo. Parte general*, Tecnos, Madrid, 2014.
- SANTAMARÍA PASTOR, J.A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo*, Pamplona, EUNSA, 1988.
- *Principios de Derecho Administrativo general*, Iustel, Madrid, 2009.
- *Sobre la génesis del Derecho Administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Instituto García Oviedo, Sevilla, 1973.
- SCHMIDT-ASSMANN, E.: *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, INAP-Marcial Pons, Madrid, 2003.
- SCHMIDT, C.: *Legalität und Legitimität*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998 (6.ª ed.; 1.ª ed. 1932).
- SCHOEN, H. y otros: (2013) «The power of prediction with social media», *Internet Research*, Vol. 23, núm. 5, 2013
- SEVILLA, J.V.: *El declive de la socialdemocracia*, RBA, Barcelona, 2011.
- SUÁREZ, F.: *Tractatus de legibus ac Deo legislatore*, 1612.
- SUÑÉ LLINÁS, E.: *La potestad, con especial referencia al Derecho Administrativo*, Madrid, Editorial de la Universidad Complutense, 1988.
- «Sobre el concepto de potestad», en *Libro homenaje al profesor José Luis Villar Palasí*, Civitas, Madrid, 1989.
- TEROL BECERRA, M. (dir.): *Los derechos sociales en el siglo XXI*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2009.
- TOCQUEVILLE, A.: *Œuvres complètes*, Gallimard, Paris, 1964.
- TORNOS MAS, J.: «Crisis del Estado del bienestar. El papel del Derecho Administrativo», ponencia presentada al XIX Congreso Ítalo-español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en Madrid, 18-20/10/2012, p. 42; publicada en J.L. PIÑAR MAÑAS (coord.): *Crisis económica y crisis del Estado del Bienestar*, Dykinson, Madrid, 2014.
- TOSCANO GIL, F.: «Las medidas de reducción de cargas administrativas derivadas de la Directiva de servicios», en GAMERO CASADO, E. (coord.): *Simplificación del procedimiento administrativo y mejora de la regulación*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014.
- VALERO TORRIJOS, J. y FERNÁNDEZ SALMERÓN, M. (coords.): *Régimen jurídico de la transparencia: acceso, uso y reutilización de la información del sector público*, Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2014.
- VALERO TORRIJOS, J.: *Derecho, innovación y administración electrónica*, Editorial Derecho Global, Sevilla, 2013.
- VAQUER CABALLERÍA, M.: *La acción social (Un estudio sobre la actualidad del Estado social de Derecho)*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2002.
- VELASCO CABALLERO, F.: *Derecho Público más Derecho Privado*, Marcial Pons, Madrid, 2014.
- VILLAR PALASÍ, J.L.: *Apuntes de Derecho Administrativo. Parte General*, UNED, Madrid, 1974
- VV.AA.: *La simplificación de los procedimientos administrativos. Actas del IX Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, Escola Galega de Administración Pública-AEPDA, Santiago de Compostela, 2014.
- VV.AA.: *Lecciones de derechos sociales*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2004.Ñ
- WEIL, P.: *Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 1994.
- WIENER, J.B.: «Better Regulation in Europe», *Duke Law School Legal Studies Research Paper Series*, núm. 130, 2006.



---

---

**OTRAS PUBLICACIONES  
DE LA REAL ACADEMIA SEVILLANA  
DE LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA**

**ANALES**

ANALES I (1994-1996) Editorial Comares (1998).  
ANALES II (1996-1998) Editorial Comares (2003).  
ANALES III (1998/2003) Editorial Comares (2005).  
ANALES IV (2004-2009) Editorial Comares (2010).

**PREMIO ÁNGEL OLAVARRÍA TÉLLEZ DE «ESTUDIOS JURÍDICOS»**

*Patrocinado por la Real Maestranza de Caballería de Sevilla*

*El juez ordinario como instancia de garantía ante los vacíos legales en materia de límites a los derechos fundamentales.*

Autora: MARÍA DEL CAMINO VIDAL FUEYO.

Ganadora de la Primera Edición del Premio Ángel Olavarría Téllez de «Estudios Jurídicos».

*Premio patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla.*

Editorial Comares (2010).

*El levantamiento del velo en el proceso civil.*

Autor: LORENZO ÁLVAREZ DE TOLEDO QUINTANA.

Ganador de la Segunda Edición del Premio Ángel Olavarría Téllez de «Estudios Jurídicos».

*Premio patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla.*

Editorial Comares (2011).

*Naturaleza jurídica de la concesión de hecho consentida por la Administración. El suministro de agua potable al margen de una concesión formal.*

Autor: FELIO JOSÉ BAUZÁ MARTORELL.

Ganador de la Tercera Edición del Premio Ángel Olavarría Téllez de «Estudios Jurídicos».

*Premio patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla.*

Editorial Comares (2012).

*Derecho Inmobiliario Registral Suizo. (Según la Nueva Ordenanza del Registro de la Propiedad de 23 de septiembre de 2011, en Vigor desde el 1 de enero de 2012).*

Autor: ÍÑIGO MATEO Y VILLA

Ganador de la Cuarta Edición del Premio Ángel Olavarría Téllez de «Estudios Jurídicos».

*Premio patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla.*

Editorial Comares (2013).

LA JUSTICIA MILITAR EN TIEMPOS DE LA GUERRA CIVIL: CONSEJOS DE GUERRA EN EL PROTECTORADO DE MARRUECOS.

Autor: JOAQUÍN GIL HONDUVILLA.

Ganador de la Quinta Edición del Premio Ángel Olavarría Téllez de «Estudios Jurídicos».

*Premio patrocinado por la Fundación Real Maestranza de Caballería de Sevilla.*

Editorial Comares (2014).

### PUBLICACIONES TEMÁTICAS

*In Memoriam. Excmo. Sr. D. Juan Antonio Carrillo Salcedo.*

Autor: VARIOS. (ANTONIO E. PÉREZ LUÑO, PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS, ENRIQUETA VILA VILAR, ELISA PÉREZ VERA, JAVIER LASARTE ÁLVAREZ).

Editorial Comares (2013).

*Jornadas sobre Legalidad y Funciones Notarial y Registral.*

Autor: VARIOS. (MANUEL ANTONIO SEDA HERMOSÍN. JUAN JOSÉ JURADO JURADO. VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO. JUAN JOSÉ PRETEL SERRANO. PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS. ENRIQUE RAMOS CHAPARRO).

Editorial Comares (2010).

*Reflexiones sobre Sevilla como Conjunto Histórico y sobre el pensamiento URBANO DE JOSÉ MARÍA IZQUIERDO.*

Autor: ENRIQUE BARRERO GONZÁLEZ.

Impresión: Dip Creativos, S. L. (2008).

*Régimen fiscal de los rendimientos de trabajo vinculados a las acciones.*

Autor: JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Editado por Centro de Estudios Financieros (2007).

*Financiación Autonómica. Dos estudios.*

Autor: JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Editorial Comares (2004).

*La Caza en las Comunidades Autónomas: Derecho Comparado.*

Autor: FRANCISCO CUENCA ANAYA.

Ediciones Al-Andalus (1998).

### DISCURSOS DE INGRESO DE ACADÉMICOS

*La Vieja Cláusula «Sin Perjuicio de Tercero» y la Administración del Porvenir.*

Autor: FRANCISCO LÓPEZ MENUDO.

Editorial Comares (2013).

*Constitución y Derecho de Familia.*

Autor: ANTONIO OJEDA ESCOBAR.  
Editorial Comares (2012).

*Evolución Histórica y Estudio de la Autonomía de la Voluntad como Fundamento de la Institución Arbitral.  
Capacidad y Legitimación de las Partes.*

Autora: MARÍA DEL CARMEN MOYA SANABRIA.  
Editorial Comares (2011).

*Crónica Apasionada de una Justicia Herida.*

Autor: ANTONIO MORENO ANDRADE.  
Editorial AE. Impreso por Digital Impresión (2011).

*Naturaleza de la Afeción Registral a los Costes de Urbanización.*

Autor: EDUARDO FERNÁNDEZ GALBIS.  
Editorial Comares (2007).

*Nuevas Ramas del Derecho: Derecho Urbanístico y Derecho Ambiental.*

Autor: ALFONSO PÉREZ MORENO.  
Impresión: J. de Haro Artes Gráficas (2007).

*La Obra Jurídica del Magistrado Ángel Martín del Burgo.*

Autor: ENRIQUE BARRERO GONZÁLEZ.  
Dip Cretaivos, S. L. (2006).

*El Deterioro Progresivo de las Garantías Jurídicas del Expropiado.*

Autor: ANTONIO PÉREZ MARÍN.  
Editorial Comares (2005).

*La Corte Penal Internacional. Su configuración Jurídica, Principios Inspiradores y Riesgos que Amenazan a la Institución.*

Autor: JOSÉ ROJAS CARO.  
Editorial Comares (2004).

*La Monarquía de España y las «Leyes Fundamentales» del Reino de Nápoles (1600-1700).*

Autor: JOSÉ MARÍA GARCÍA MARÍN.  
Editorial Comares (2002).

*El Derecho Urbanístico y la Seguridad del Tráfico Jurídico Inmobiliario.*

Autor: SEVERIANO MONTERO GONZÁLEZ.  
Editorial Comares (2000).

*La Cuestión Religiosa en la Constitución Española.*

Autor: ALBERTO BERNÁRDEZ CANTÓN.  
Impresión: Pinelo Talleres Gráficos (2000).

*El Derecho de Propiedad. Una Relectio.*

Autor: ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ.  
Imprenta A. Pinelo (1999).

*Common Law y Derecho Civil. El Derecho de los Profesores y el Derecho de los Abogados.*

Autor: MANUEL DE COSSÍO MARTÍNEZ.

Editorial Comares (1999).

*Estado de Derecho y Justicia Penal. El Derecho Fundamental al Proceso Justo.*

Autor: ALFREDO FLORES PÉREZ.

Editorial Comares (1999).

*La Imposible Defensa del Honor en la Publicación Mediática de los Procesos Penales.*

Autor: RAFAEL LEÑA FERNÁNDEZ.

Imprenta A. Pinelo (1997)

*El Contencioso Administrativo en España. Un reto de futuro. Algunos Aspectos de Posible Reforma.*

Autor: SANTIAGO MARTÍNEZ-VARES GARCÍA.

Imprenta A. Pinelo (1996).

*Ideas Jurídicas de Don Joaquín F. Pacheco (1808-1865).*

Autor: JOSÉ ACEDO CASTILLA.

Imprenta A. Pinelo (1996).

*La Desnaturalización del Reaseguro Tradicional.*

Autor: LUIS DE ANGULO RODRÍGUEZ.

Imprenta A. Pinelo (1996)

*El Derecho en Ortega y Gasset.*

Autor: FRANCISCO CUENCA ANAYA.

Imprenta A. Pinelo (1994).

*Algunas Reflexiones sobre el Derecho a la Tutela Jurisdiccional y a un Proceso Civil sin Dilaciones Indevidas.*

Autor: BERNARDO JOSÉ BOTELLO GÓMEZ

Imprenta A. Pinelo (1994).

*Justicia, Cambio Social y Constitución.*

Autor: JOAQUÍN SALVADOR RUIZ PÉREZ.

Imprenta A. Pinelo (1994).

*Cara y Cruz del Poder Judicial.*

Autor: FRANCISCO DE PAULA PIÑERO CARRIÓN.

Imprenta A. Pinelo (1993).

*El Sistema Tributario Actual y la Situación Financiera del Sector Público.*

Autor: JAVIER LASARTE ÁLVAREZ.

Imprenta A. Pinelo (1993).

*Nacionalidad e Internacionalidad del Derecho Mercantil.*

Autor: MANUEL OLIVENCIA RUIZ.

Imprenta A. Pinelo (1993).

*El Desbordamiento de las Fuentes del Derecho.*

Autor: ANTONIO ENRIQUE PÉREZ LUÑO  
Imprenta A. Pinelo (1993).

*Breves Consideraciones sobre la Sociología Jurídica y el Abogado «Operator» con Análisis Apasionado del Presente y Futuro de la Abogacía Clásica o Generalista.*

Autor: JUAN MOYA GARCÍA.  
Imprenta Rojo, S. L. (1992).

*Sobre los Planes de Estudio de la Carrera de Derecho.*

Autor: PEDRO LUIS SERRERA CONTRERAS.  
Impreso por Diputación Provincial de Sevilla (1992).

*En la Definición de Hijo Natural. De las Leyes de Toro de 1505 al Código civil de 1889.*

Autor: JOSÉ MARTÍNEZ GIJÓN.  
Gráficas San Jacinto, S. A. (1992).

*La Seguridad Jurídica y el Estado de Derecho en España.*

Autor: VICTORIO MAGARIÑOS BLANCO.  
Impreso por Diputación Provincial de Sevilla (1992).

*Los Garajes: Una Pequeña y Gran Propiedad.*

Autor: IGNACIO CASADO DE CEPEDA.  
Imprenta A. Pinelo (1992).



