

TEMA 1. DERECHO ADMINISTRATIVO: CONCEPTO Y EVOLUCIÓN

1. QUE ES EL DERECHO ADMINISTRATIVO

2. ESENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

3.1. Historicidad del Derecho Administrativo.

3.2. Los precedentes

3.3. El Estado de Derecho Liberal y la aparición de Derecho Administrativo.

3.3.1. Principios y realidades

3.3.2. El modelo francés de Derecho Administrativo y su difusión por Europa

3.3.3. La variante inglesa

3.3.4. Formación y desarrollo del Derecho Administrativo en España

3.4. Transformaciones del Derecho Administrativo en el S. XX

3.4.1. El Estado Administrativo

3.4.2. Descentralización y diversificación de estructuras

3.4.3. Democracia y Estado de Derecho

3.4.4. Administración y sociedad

3.4.5. La justicia administrativa

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

4.1. Aplicación del Derecho administrativo a determinadas actividades de órganos constitucionales que no forman parte de la Administración pública.

4.2. Aplicación del Derecho administrativo y del Derecho privado a la organización y a la actividad administrativa.

1. QUE ES EL DERECHO ADMINISTRATIVO

DERECHO ADMINISTRATIVO: Conjunto de normas jurídicas muy numerosas que tienen por referencia común a la Administración Pública. Esas normas regulan la organización administrativa, la actividad de la Admón., sus relaciones con otros sujetos de derecho (privados y públicos) y los controles jurídicos a que aquélla está sometida. Se funda en principios propios y característicos y en un conjunto de conceptos, técnicas y reglas de integración que lo diferencia de otras ramas del Derecho.

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: Organización muy extensa y compleja, dotada por la ley de personalidad jurídica que constituye un sujeto de derecho que interviene en relaciones jurídicas de distinta naturaleza y contenido. Actualmente son más de ochos mil en nuestro país y es una organización pública que forma parte de los poderes públicos y constituye el más voluminoso: consume e invierte más recursos públicos, tiene a su servicio a la mayor parte de los empleados públicos y se relaciona más frecuentemente con los ciudadanos.

Forma parte del Poder Ejecutivo, y a diferencia del Poder Legislativo y Judicial, es un poder activo por excelencia ya que no se limita a dictar normas jurídicas, sino que también aprueba normas generales (reglamentos) y puede resolver conflictos o controversias aplicando el Derecho o mediante el arbitraje, ya que cuenta con una potestad sancionadora muy extensa, sin perjuicio de la que ejercen los Jueces y Tribunales penales y con subordinación a la Justicia en todo caso.

Provee cotidianamente a las necesidades generales: supervisando, controlando, autorizando y ordenando actividades privadas, prestando servicios a los ciudadanos o contratando y gestionando infraestructuras públicas. Todo ello, en ejecución de planes y programas que, con frecuencia, la propia Administración elabora y que son aprobados por sus órganos superiores, y cuidando de la obtención de los recursos necesarios, de la gestión interna de su numeroso personal, distinguiéndose así bien de otros poderes públicos desde el punto de vista funcional.

No obstante, no siempre los poderes públicos cumplen sus fines y realizan sus funciones sirviéndose de organizaciones administrativas dotadas de personalidad jurídica pública y reguladas por normas de Derecho administrativo. Algunas funciones y los recursos públicos necesarios para prestarlas a entidades con forma jurídica privada, sociedades o fundaciones, o formas privadas de organización para realizar actividades no mercantiles o industriales, sino tradicionalmente administrativas (ej.: cooperación internacional) y sufragadas íntegramente o en su mayor parte con fondos públicos. Además, utilizan a veces el Derecho Privado en sus relaciones jurídicas ya que contratan parte de su personal con sujeción al Derecho laboral en vez de funcionarios en régimen de Derecho Administrativo o contratos con terceros regidos por las leyes civiles o mercantiles.

Pero en las últimas décadas se observa una tendencia más acusada a valores del Derecho privado, como régimen jurídico de muchas actividades administrativas junto a la utilización de formas privadas de personificación que permiten hablar de HUÍDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

2. ESENCIA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

La esencia del Derecho administrativo radica en la defensa de los derechos de los ciudadanos en sus relaciones con la Administración, y ésta a su vez la racionalización del ejercicio del poder público en beneficio de la colectividad.

La Administración, a diferencia de los particulares, no tiene fines propios, sino que es una institución cuya única razón de ser y cuya fuente de legitimidad es actuar para satisfacer los intereses generales o públicos.

El interés general, de acuerdo con los valores y principios de la Constitución, se define por los Parlamentos o Asambleas Legislativas a través de las leyes, y por los Gobiernos al ejecutarlas y desarrollarlas.

Para la gestión de los intereses generales, las leyes atribuyen a la Administración Pública un conjunto de prerrogativas, y en virtud de ellas puede adoptar decisiones unilaterales con fuerza jurídica vinculante (de obligado cumplimiento).

Las normas de Derecho administrativo confieren poderes a la Administración que la sitúan en posición de supremacía sobre los particulares. En este tipo de relaciones los ciudadanos no se encuentran respecto de la Administración en la situación de igualdad jurídica que es propia del Derecho privado, pues el interés general

no puede quedar sometido a los intereses privados. **Estamos en el ámbito del Derecho público que constituye la esencia del Derecho administrativo.**

La posición de supremacía tiene su contrapartida, pues el Derecho administrativo impone límites y condiciones estrictas para el ejercicio de las potestades y prerrogativas de la Administración. No sólo atribuye poderes a la Administración sino que reconoce también derechos a los ciudadanos en sus relaciones con la Administración. En un Estado de Derecho la legislación administrativa es igualmente garante de los derechos e intereses legítimos de los ciudadanos.

El Derecho administrativo impone a la Administración una vinculación más fuerte a la ley. Los gobernantes y administradores públicos, están obligados siempre a perseguir los intereses generales, en los términos establecidos por la ley u el resto de las normas jurídicas. Incluso cuando la ley atribuye a la Administración una amplia capacidad de decisión o de iniciativa para el cumplimiento de sus fines, los gobernantes y administradores deben respetar principios y reglas jurídicas generales (la objetividad o imparcialidad, la igualdad de los ciudadanos, la proporcionalidad de sus decisiones,) De ahí que la Constitución imponga la vinculación plena de la Administración a la ley y al Derecho. (Art. 103.1)

La Administración no puede ejercer sus potestades de cualquier manera, sino que ha de tramitar previamente un procedimiento (salvo caso de emergencia) en el que se recabarán informes, se comprobarán hechos, se practicarán pruebas, se dará audiencia a los interesados,. El procedimiento administrativo es una garantía imprescindible, aunque dilata y complica el proceso de toma de decisiones.

Por último, el Derecho administrativo regula un conjunto de garantías y controles sobre el ejercicio de las funciones administrativas (por su carácter e intensidad) de ámbito privado:

–Controles internos: intervención del gasto público, exigencia de informes previos, interposición de recursos contra una decisión ante el órgano superior jerárquico que la adoptó,

–Controles externos: el control judicial de nuestro país, la Jurisdicción Contencioso–Administrativa.

3. ORIGEN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

3.1. Historicidad del Derecho Administrativo

El Derecho administrativo español tiene raíces comunes al de otros Estados del continente europeo. Es un producto cultural, que se ha ido creando al ritmo de la construcción del Estado de Derecho, desde sus orígenes hace más de dos siglos, cuando se consolida la división de poderes y la garantía de los derechos de los ciudadanos ante los poderes públicos en el marco del Estado Constitucional.

Una característica importante es su mutabilidad, pues dada su íntima relación con el ejercicio del poder político, que regula y ordena, experimenta de manera directa e inmediata los cambios que se producen en la estructura, el origen, los objetivos y las formas de manifestación del poder. Entre el Derecho administrativo del Estado Liberal del S. XIX y el del S. XX, propio de un Estado intervencionista, democrático y social, hay profundas diferencias.

También las instituciones, los conceptos, las técnicas jurídicas del Derecho administrativo varían más que los respectivos sistemas de Derecho privado. Existe una relación directa entre el sistema de Derecho administrativo y la Constitución de cada Estado, de ahí que no en todos los Estados europeos exista una Jurisdicción Contencioso–Administrativa.

Por todo ello, las cualidades definitorias de nuestro Derecho administrativo, sus rasgos esenciales, incluso la razón por la que existe como rama diferenciada del ordenamiento jurídico, debe buscarse en la historia

reciente.

3.2. Los precedentes

A) La presencia de una Administración, más o menos extensa pero articulada como organización estable y jerarquizada, encargada de la gestión cotidiana de los asuntos públicos: la organización administrativa. Durante la *Edad Media* la autoridad de la Corona con su poder sobre señoríos feudales y estamentos con apoyo de una nueva burocracia profesional. A partir del *Renacimiento* y con las *Monarquías Absolutas*, la nueva organización burocrática y jerarquizada se extendió por Europa, era una Administración central compleja y repartida en un sistema de Consejos o un modelo departamental con Secretarios de Estado. Desde un punto de vista funcional, el Estado, fue sumando a sus funciones tradicionales otras por fomentar la riqueza del país y el bienestar de los súbditos, particularmente en el *Despotismo Ilustrado*, quedando así una organización centralizada y jerarquizada, todavía reducida en sus efectivos, pero segura de su poder y en vías de expansión.

B) El sometimiento de esa organización y de quienes la dirigen a unas normas jurídicas de funcionamiento y de relación que les imponga el deber de respetar derechos de individuos y grupos sociales: Desde un punto de vista jurídico, los juristas de la Corona dedujeron los principios y reglas que legitimaban la extensión de los poderes del Rey por encima de cualquier otro poder y sobre las personas y bienes del reino, apelando a distintas fuentes de legitimación: Derecho romano, canónico, Aunque no existía en el Antiguo Régimen una clara distinción entre lo que corresponde al Rey por patrimonio o por jurisdicción, como tampoco existe una total separación entre Derecho público y privado.

Precisamente la desvinculación progresiva de la Monarquía de normas existentes contribuyó a difundir la idea de un Derecho natural, universal y objetivo, fundado en la razón, contrario tanto a la arbitrariedad del poder absoluto como a los privilegios estamentales, surgiendo el Estado de Derecho.

C) Un sistema de garantías que permita asegurar la primacía de las normas y el respeto de los derechos frente a eventuales extralimitaciones de las autoridades públicas y sus agentes. *La Monarquía Absoluta* redujo la efectividad del sistema de garantías jurídicas, pues toda autoridad proviene del Rey y este principio limita la posibilidad de un control efectivo de las decisiones y actuaciones de los servidores reales.

3.3. El Estado de Derecho Liberal y la aparición de Derecho Administrativo

3.3.1. Principios y realidades

La lucha entre la Monarquía y la aristocracia del *Antiguo Régimen* desencadenó, las revoluciones liberales que dieron paso a un nuevo modelo de Estado. Del contraste entre el ideario liberal y las conveniencias de quienes entonces comparten el poder, surge el Derecho administrativo.

En el *Estado liberal* la soberanía se atribuye en principio a la Nación, de la que emana la legitimidad de los poderes públicos. Hubo que alcanzar un compromiso político que reconocía una doble fuente de legitimidad, una soberanía compartida (dinástica y nacional). Desde un punto de vista jurídico, el dogma de la soberanía nacional permitió articular el poder político en torno a un ente abstracto e impersonal, el Estado, poniéndose así las bases del Derecho público moderno. Ese Estado liberal se asienta en la división de poderes, el poder Ejecutivo debe quedar sometido y controlado, pues es aquel cuya capacidad de acción y de intervención puede poner en mayor peligro los derechos y libertades de los ciudadanos. Pero en realidad, el Poder Ejecutivo heredó y reconstruyó la organización burocrática que ahora llamamos Administración Pública, pues los Gobiernos constitucionales perfeccionaron y potenciaron la maquinaria administrativa para defender el nuevo régimen constitucional de sus enemigos, para responder a las demandas de infraestructuras, de servicios básicos todavía no generales,

La Administración, dotada de autoridad, recursos y funcionarios permanentes para ejercer sus funciones, es ya entonces una organización jerarquizada y disciplinada en continuo proceso de centralización. El Gobierno que la dirige, es el que tiene en general, la iniciativa política. En el sistema de la Monarquía constitucional su responsabilidad ante el Parlamento era incluso limitada, ya que la designación y el cese del Presidente del Gobierno dependía del Rey.

La teoría liberal del Estado proclama también la **supremacía de la ley**, la esencia del Estado de Derecho, sin la que no existiría el Derecho administrativo. La ley es, en la concepción rousseauiana, la expresión de la voluntad general, aprobada por el Parlamento. La ley es la misma para todos, no sólo eso, sino que en el Estado de Derecho la ley y la Constitución reconoce a todos por igual un conjunto de derechos y libertades que deben ser respetados por los poderes públicos y en particular por la Administración.

Sentado el principio queda por determinar cuál es el objeto propio de la ley. Sobre esto la historia del Derecho administrativo no es lineal, todavía hoy es una de las cuestiones clave. Por de pronto, la ley dejó de ser la única norma escrita y de eficacia general. Junto a la ley, la potestad reglamentaria del Gobierno se reconoció con amplitud en todos los regímenes constitucionales. La ley no puede regularlo todo, la propia Constitución limita el poder legislativo del Parlamento a determinadas materias como sucedía en algunas Monarquías constitucionales del S. XIX. En consecuencia, la propia ley atribuye a la Administración un poder de decisión propio o condicionado, según los casos, que es lo que llamamos **discrecionalidad administrativa**.

3.3.2. El modelo francés de Derecho Administrativo y su difusión por Europa

Tuvo su origen en Francia con la Revolución, pues los dirigentes revolucionarios desconfiaban de un poder judicial independiente. En consecuencia interpretaron la división de poderes no como un sistema de equilibrios de poder y controles recíprocos, como teorizó Montesquieu, sino como una estricta separación de poderes.

Sin embargo, la necesidad de asegurar el cumplimiento de la ley incluso por las autoridades y órganos administrativos, en garantía de los derechos de los ciudadanos y de la preciada seguridad jurídica, obligaba a establecer algún remedio jurídico a favor de los particulares y para combatir los abusos e ilegalidades. Consistió en un recurso jerárquico que el ciudadano podía formular ante el superior del funcionario que había adoptado la decisión de considerarse ilegal. La Constitución del año VIII atribuyó definitivamente la tramitación de los recursos al Consejo de Estado, compuesto por altos funcionarios y que ejercía también funciones consultivas del Gobierno. Así se cumplía la máxima establecida desde el período de la Revolución, según la cual juzgar a la Administración es también administrar.

Por medio de su sección Contenciosa, esos órganos resolvían los recursos dirigidos contra las decisiones de la Administración activa. Al principio, sus resoluciones no tenían por sí mismas fuerza decisoria sino de propuestas no vinculantes a los órganos de Gobierno (sistema de justicia retenida), una vez consolidado el régimen democrático de la III República (1872), el Consejo de Estado y demás órganos tienen eficacia directa, semejante a la de una sentencia. Fue el Consejo de Estado el que, a través de una jurisprudencia creativa e innovadora, dedujo los principios, técnicas y conceptos que han servido para construir todo un sistema de Derecho administrativo. Un sistema que conjuga el reconocimiento de la capacidad de la Administración para servir con eficacia los intereses generales con la garantía de los derechos y de los legítimos intereses individuales colectivos de los ciudadanos y del respeto a la legalidad objetiva. No obstante, la solución dada por Francia al problema del control jurisdiccional de la Administración no fue admitida por otros Estados europeos.

3.3.3. La variante inglesa

En el período de la revolución industrial, la división de poderes, entendida esencialmente como el equilibrio entre el Parlamento y la Corona, se había consolidado y evolucionaba hacia un régimen parlamentario.

Considerado el Juez como único órgano del Derecho y sometida la Administración a estricto control parlamentario, la creación de un Derecho administrativo autónomo y la atribución del poder de controlar a la Administración a una jurisdicción especializada e integrada por funcionarios públicos resultaban ajenas por entero a la constitución inglesa.

Desde la perspectiva de un sistema económico y social prototipo del liberalismo, la aparición de un régimen administrativo que justificaba con carácter general las prerrogativas de la Administración y la dispensaba de un verdadero control judicial, pudo concebirse como una amenaza a la libertad y a la primacía del Derecho. Se trataba de un error de perspectiva, pues aunque no se desarrolló una jurisdicción administrativa especializada, ni se formó un corpus doctrinal de Derecho administrativo durante el S. XIX, de manera pragmática, el Derecho británico estableció un sistema propio de controles de la Administración, fundamentalmente basado en la garantía de intervención de los interesados en los procedimientos de adopción de las decisiones administrativas, aplicando los principios de contradicción y publicidad de los procesos, y en una red de órganos administrativos de control interno a los que pueden apelar los interesados en caso de controversia, todo ello sin perjuicio del control definitivo de los órganos judiciales.

3.3.4. Formación y desarrollo del Derecho Administrativo en España

En España tardó décadas en incorporarse a la corriente del liberalismo. A partir de 1830, no existió acuerdo sobre el modelo a seguir, particularmente en lo relativo a las relaciones de la Administración con la Justicia. Se sucedieron las reformas administrativas, inspiradas en el modelo francés y se intentó poner en pie una Administración centralizada, jerárquica y profesional. La hegemonía del gobierno tuvo como consecuencia la creación de un *Consejo Real* con jurisdicción retenida y unos *Consejos Provinciales*, a los que se asignó el enjuiciamiento de los recursos y reclamaciones contra la Administración.

En la Restauración se llegó a una solución de compromiso, Ley de 1888 que puso fin al régimen de justicia retenida y judicializó en parte el control de la Administración, pues atribuyó los asuntos contencioso-administrativos a unos Tribunales Provinciales, integrados en la organización judicial, compuestos por mitad de funcionarios y a una sala de Justicia del Consejo de Estado.

En 1904 se transfirió a una Sala especializada del Tribunal Supremo, pero el recurso contencioso-administrativo se reguló con muchas limitaciones, no todos los asuntos podían ser conocidos por esa Jurisdicción. Para conseguir en España un régimen de control judicial de la Administración más acabado habrá que esperar hasta la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1956, con graves limitaciones para la protección de las libertades públicas, que se superaron en 1978.

Aunque desde el S. XIX, en contacto con la doctrina francesa en especial, se construyeron nuestras instituciones de Derecho administrativo (expropiación, dominio público, contratación pública,) por obra de la legislación y bajo el impulso doctrinal más que por creación jurisprudencial.

3.4. Transformaciones del Derecho Administrativo en el S. XX

3.4.1. El Estado Administrativo

El Derecho administrativo experimentó a lo largo del S. XX una transformación espectacular al modificarse sus bases políticas y constitucionales. La causa fundamental de esta evolución reside en el cambio de las funciones asumidas por el Estado y de sus relaciones con la sociedad. Desde finales del S. XIX, por la presión de las clases trabajadoras y de sus partidos y sindicatos y como instrumento de los nacionalismos y también para asegurar la estabilidad y el desarrollo económico, el Estado empezó a intervenir cada vez más en múltiples sectores a través de políticas sociales y económicas. El Estado crea y va extendiendo a toda la población unos servicios públicos básicos: la enseñanza, la sanidad, la previsión o seguridad social, que directa o indirectamente, llega a asumir la responsabilidad de garantizar a todo ciudadano una asistencia vital

mínima, desde que nace hasta que muere, denominándose *Estado Social o Estado del Bienestar*.

Por otro lado, la Administración provee también a los ciudadanos de una red de servicios o prestaciones de contenido económico, pero igualmente necesarias para la vida, más numerosas y complejas a medida que avanza el proceso de urbanización de la sociedad (energía, transportes y comunicación, abastecimiento de aguas,). En unas décadas la Administración se dedica a este tipo de tareas más que a las tradicionales de control y regulación de actividades privadas. Se mantendrá entonces que el atributo esencial del Estado no es la soberanía o el poder sino el servicio público.

El Estado asume también la cualidad de empresario productor de bienes y servicios destinados al mercado, ya sea por razones estratégicas, para salvar y reflotar empresas en crisis, o para suplir las carencias de la iniciativa privada. Mas allá, la Administración adopta una función directiva, de impulso y regulación de los procesos económicos, fomentando ciertas actividades y desincentivando otras, asegurando la estabilidad de los mercados y del sistema monetario y financiero, estableciendo ciertos límites y controles de las actividades privadas por razones de protección social o, más tarde, ambiental, planificando el desarrollo en conjunción con los agentes económicos y las organizaciones sociales. Esta evolución ha elevado el gasto público de muchos países alrededor del 50 % de su PIB.

Interesan las trascendentales consecuencias sobre la Administración y el Derecho administrativo como la centralidad del Poder Ejecutivo y el conjunto de poderes públicos que la Administración ha asumido. Un papel tan central que lo denomina Estado administrativo, pues la Administración ha pasado a desempeñar a lo largo del S. XX una pluralidad de tareas de enorme importancia y diversidad, adquiriendo un volumen extraordinario. De ahí los cambios en su estructura, en sus poderes y formas de actuación, sus relaciones con los particulares y demás poderes públicos.

3.4.2. Descentralización y diversificación de estructuras

La Administración moderna es un complejo organizativo tan extenso como diversificado. La imposibilidad de gestionar actividades y servicios administrativos desde un solo centro ha propiciado la descentralización administrativa incluso en aquellos Estados tradicionalmente estructurados de forma más centralizada. La descentralización no es sólo administrativa sino política y que tiene también otras causas (distribución interna del poder en el Estado, facilitar la participación en el mismo de los dirigentes regionales y locales). Lo cierto es que en todos los grandes Estados desarrollados coexisten distintos niveles territoriales de Administración, bajo la dirección de Gobiernos autónomos democráticamente elegidos. Esta descentralización político-administrativa requiera a su vez un esfuerzo de coordinación y una cooperación permanente entre todas las Administraciones con competencia sobre un mismo territorio, sin la que no es posible ofrecer a los ciudadanos con eficacia y a un coste razonable las prestaciones que demandan los poderes públicos en su conjunto.

Por otro lado, la organización administrativa en cada nivel de gobierno territorial no se funda ya en un patrón uniforme, burocrático y jerarquizado. Por motivos de eficacia, sectores de la organización se han separado del tronco común de la Administración general para adquirir personalidad jurídica propia y ser dotadas de cierta autonomía de decisión para la gestión de los servicios y de los recursos que se ponen a su disposición de muy distinto tipo: órganos administrativos, entes de regulación y gestión de servicios, autoridades independientes, agencias,. Además, es frecuente la utilización instrumental de formas jurídico-privadas de organización (sociedades y fundaciones).

Junto a la descentralización territorial ha tenido lugar un proceso de descentralización funcional. Esta situación plantea problemas específicos, pues en el entramado de entes, organismos y sociedades, las responsabilidades políticas y los sistemas de control pueden perder eficacia.

3.4.3. Democracia y Estado de Derecho

El tránsito del Estado liberal (que limitaba la participación política a las clases acomodadas) al Estado democrático (con soberanía popular, sufragio universal y difusión del parlamentarismo se produce durante el S. XX. En el Estado democrático la relación entre los poderes constitucionales se modifica. Ahora el Poder Ejecutivo queda sometido por principio a la ley en toda su actuación, pues la ley es el producto de la decisión del Parlamento que representa a toda la sociedad. El moderno Estado democrático es un Estado de partidos y en él la disciplina de los grupos parlamentarios tiene como efecto restringir la efectiva división entre uno y otro poder, entendiéndose la distinción de funciones entre ellos. La mayoría de las leyes se aprueban sobre la base de los proyectos remitidos por el Gobierno, totalmente articulados.

Las funciones de la Administración son tan extensas que es difícil que la ley pueda regularlas con detalle y en profundidad, por ello se remiten ampliamente a reglamentos gubernativos o a planes y normas. A estos efectos las leyes reconocen a la Administración facultades discrecionales de actuación y en algunos campos una capacidad de iniciativa propia para la prestación de servicios. Desde luego, la Administración se halla subordinada a la ley, no puede intervenir por su propia decisión limitando los derechos individuales sin previa autorización de la ley, pues existe una reserva de ley. Pero eso no excluye que las propias leyes confieran a Gobiernos y Administraciones amplios poderes sobre la base de principios generales o de límites legales abstractos y reducidos. El margen de libertad es en muchos casos muy extenso.

Las limitaciones reales de la ley para conformar y ordenar la actividad administrativa tienen una doble consecuencia. Por un lado se afirma la subordinación de la Administración no sólo a la ley sino también al Derecho (incorpora un conjunto de principios generales que, incluso en ausencia de norma escrita, deben ser respetados por la Administración en toda su actuación). Por otro lado, las limitaciones prácticas del legislador acentúan la preocupación por establecer reglas democráticas de funcionamiento interno de la propia Administración. Por ello adquiere mayor importancia la forma o procedimiento en que la Administración elabora sus decisiones.

3.4.4. Administración y sociedad

El intervencionismo público ha diversificado en las relaciones jurídicas entre la Administración y la sociedad en el S. XX, una sociedad que también ha cambiado notablemente.

En el marco del Derecho administrativo clásico, el esquema de relaciones jurídicas era bastante sencillo y se ordenaba sobre el acto administrativo unilateral de la Administración (órdenes, autorizaciones, licencias,). Con posterioridad, junto a esas formas de relación jurídica tradicionales que se mantienen han aparecido otras bilaterales, mediante las que tiene lugar entre unas y otras Administraciones públicas.

La situación jurídica del ciudadano frente a la Administración se ha vuelto más compleja. Además, tiene un conjunto de situaciones activas, que consisten en derechos a recibir prestaciones públicas, a exigir de la Administración una determinada conducta activa, a oponerse a su inactividad en su caso.

La Administración no sólo debe respetar los derechos subjetivos e individuales de los ciudadanos reconocidos por las leyes, sino tener en cuenta también sus intereses legítimos, ya sean individuales o colectivos. Derechos fundamentales de los ciudadanos reconocidos en los textos constitucionales (derechos económicos, sociales, ambientales, políticos y civiles). La Administración debe, ya no sólo respetar el ejercicio individual de tales derechos, sino desarrollar funciones activas de garantía y protección frente a las vulneraciones y amenazas que provienen de la actuación de terceros.

3.4.5. La justicia administrativa

En el sistema de control de las Administraciones públicas, la piedra angular sigue siendo el Juez Contencioso-Administrativo. Su función ha adquirido nuevos matices, pues, ante los cambios en la relación entre la ley y la Administración, el desarrollo cuantitativo de la legislación escrita, legal y reglamentaria y la

ampliación del margen de discrecionalidad de la Administración, se demanda con mayor insistencia una mayor justicia material con principios generales sustantivos. Así, los Tribunales encargados del control de la Administración asumen un mayor protagonismo en la creación del Derecho.

La Justicia Administrativa se ha convertido en una justicia de masas, ya que las relaciones de los ciudadanos con la Administración son múltiples y constantes, como consecuencia hay un incremento exponencial y extraordinario del número de recursos contencioso-administrativos (más de 200.000 cada año), por ello se han creado nuevas instancias judiciales, se ha restringido el acceso al desbordado Tribunal Supremo, y se concede más importancia a las medidas cautelares que garanticen la situación provisional más adecuada a los intereses durante la larga tramitación de los procesos.

Por esta razón y por que el control judicial de la Administración es estrictamente jurídico, no resulta suficiente para garantizar su buen funcionamiento ni para resolver todos los conflictos, han aparecido instituciones vinculadas al Parlamento, como el Defensor del Pueblo; otras de carácter interno (auditorías), y se han empezado a desarrollar también medios alternativos de resolución de mediación, la conciliación o el arbitraje.

4. EL ÁMBITO DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

El Derecho administrativo es la parte más extensa del Derecho público que atribuye a la Administración determinadas prerrogativas y poderes que la sitúan en posición de supremacía sobre los sujetos privados para que pueda cumplir su misión de servicio a los intereses generales, pero sometiénola en contrapartida a una vinculación más estricta a la ley y al Derecho que la que se impone a los sujetos privados, a mayores límites y responsabilidades y a un régimen de controles igualmente más estricto.

El Derecho administrativo se aplica como regla general en nuestro ordenamiento a las relaciones jurídicas en que interviene al menos una de ellas. La aplicabilidad del Derecho administrativo no se ajusta a un riguroso patrón dogmático sino que una parte de la organización y de la actividad materialmente administrativa se rige instrumentalmente por normas de Derecho privado.

4.1. Aplicación del Derecho administrativo a determinadas actividades de órganos constitucionales que no forman parte de la Administración pública.

Los órganos que constituyen el Poder Legislativo son las Cortes Generales y las

Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas, órganos dependientes (Defensor del Pueblo, Tribunal de Cuentas), Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial y los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales.

Ni la función legislativa ni la jurisdiccional se someten a Derecho administrativo, sino en todo caso al Derecho constitucional y al Derecho parlamentario o procesal respectivamente. Ahora bien, tanto las Cámaras Legislativas como los órganos del Poder Judicial ejercen otras funciones distintas, materialmente administrativas o equivalentes a las de la Administración. Todas esas instituciones y órganos cuentan con funcionarios a su servicio, celebran contratos con terceros y ejercen otras funciones de mera gestión o administración interna. A falta de una legislación propia o con carácter supletorio a ella, todos estos órganos constitucionales aplican a este tipo de relaciones las normas generales y los principios de Derecho administrativo, ya que se trata de actividades idénticas a las que realiza la Administración.

En ese tipo de relaciones jurídicas de los órganos constitucionales surgen conflictos que deben tener una solución en Derecho y por un órgano judicial, ya que cualquier persona tiene un derecho fundamental a la tutela judicial de sus derechos e intereses legítimos. Para resolver estos problemas, nuestro Derecho vigente ha optado por la solución más lógica, que es la de residenciar todo este tipo de asuntos ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa. No porque a tales efectos dichos órganos sean Administración pública, sino

porque, por realizar una actividad materialmente administrativa en esos casos, se someten instrumentalmente al régimen jurídico propio de la Administración.

4.2. Aplicación del Derecho administrativo y del Derecho privado a la organización y a la actividad administrativa.

La correspondencia entre Administración pública o actividad administrativa y

Derecho administrativo no es exacta. Hay veces que el Derecho administrativo se aplica a las relaciones entre sujetos privados (la admón. Encomienda a una empresa privada la gestión de un servicio público mediante un contrato, un transporte público, puede imponer al contratista una reglamentación de las condiciones del servicio que debe respetar: tarifas, condiciones de uso,). En tal caso las relaciones entre la empresa que gestiona el servicio y los usuarios o contratistas se rige en parte por el Derecho administrativo. Incluso los interesados pueden reclamar ante la Administración contratante por incumplimiento, lo que dará lugar a una resolución administrativa que podrá recurrirse ante la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Más frecuente es hoy la privatización del régimen jurídico aplicable a ciertas actividades y algunas partes de la organización mediante la que la Administración cumple sus fines. Con independencia de las razones de esta moderna tendencia, la cuestión primordial reside en determinar si existe criterios jurídicos de validez general que determinen qué actividades de la Administración han de regirse necesariamente por el Derecho administrativo y cuáles pueden regirse por el Derecho privado.

En algunos casos la respuesta parece clara, pues hay actividades que sólo pueden realizarse por la Administración pública y con sujeción a Derecho administrativo, ya que son expresión directa de su posición de supremacía. Así, la adopción de decisiones unilaterales o actos administrativos que impliquen ejercicio de autoridad (aprobar un reglamento o un plan de urbanismo). En estos casos se ejercitan *potestades administrativas* por esencia. No está definido con precisión en nuestro Derecho qué se entiende por ejercicio de autoridad o por potestades públicas a estos efectos. En principio puede considerarse como tal **la adopción de cualquier decisión administrativa unilateral con fuerza de obligar por sí misma, que crea, modifica o extingue relaciones jurídicas externas y las actividades inherentes a ella**. Aun así, la aplicación de este criterio plantea dudas en casos concretos.

Sin embargo, existen otros tipos de actividad administrativa que son similares a las que pueden realizar los particulares y que pueden dar lugar a relaciones jurídicas semejantes (contratar una obra, realizar un servicio sanitario). Para este tipo de actividades la Administración podrá utilizar según los casos Derecho privado o Derecho público.

No existe a estos efectos un criterio único y de validez general que vincule al legislador y delimite con nitidez los supuestos en que debe aplicarse el Derecho administrativo o puede la Administración aplicar Derecho privado. Tampoco existe una reserva general de Derecho administrativo ni de competencia a favor de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa para todas o la mayoría de las actividades de la Administración. En consecuencia, los límites a la decisión del legislador son específicos y derivan de preceptos y principios constitucionales concretos. Hoy también derivan de las exigencias del Derecho comunitario europeo.

Así, por ejemplo, determinados bienes de titularidad pública están sometidos a un régimen especial de Derecho público (bienes de dominio público o comunales), la ley debe reservar el ejercicio de ciertas funciones públicas a funcionarios de carrera, siendo éste el régimen preferente del empleo público. Más allá de estos límites, la garantía de los derechos fundamentales y de los principios constitucionales y de Derecho comunitario (en particular de los derechos de igualdad, de transparencia, de participación en la adopción de decisiones públicas y de tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos) debe quedar siempre asegurada cuando están en juego intereses públicos, es decir, cuando se adoptan decisiones materialmente públicas, que derivan de la voluntad de un sujeto público, persiguen fines de interés general y se financian

total o en su mayor parte con recursos públicos.

En cualquier caso impone el respeto de tales principios incluso cuando la Administración actúa en relaciones de Derecho privado. Por ejemplo, que la Administración deba seleccionar a su personal laboral atendiendo a principios de igualdad, mérito y capacidad, como cuando selecciona a sus funcionarios; que las sociedades mercantiles públicas y las fundaciones del sector público deban aplicar en todo caso los criterios de publicidad y concurrencia cuando adjudican contratos a empresas privadas; De ahí que todas las entidades del sector público, incluidas sociedades y fundaciones públicas, deban someterse a límites y controles presupuestarios, financieros, contables y parlamentarios que no son exigibles a las empresas privadas.

En particular, cuando la Administración crea relaciones jurídicas de Derecho privado, como sucede cuando firma un contrato civil (Ej.: arrendamiento de un inmueble) o cuando contrata personal laboral, o crea entidades de Derecho privado, siempre existe al menos una decisión inicial de carácter público y naturaleza unilateral, que está sometida al Derecho administrativo. Según una técnica jurídica conocida, se trata de actos separables, separables del negocio jurídico o de la persona jurídico-privada a que dan vida, actos que pueden ser impugnados ante el orden jurisdiccional contencioso-administrativo.

La Ley establece también que a la Administración pública se le aplica el régimen la responsabilidad patrimonial o extra contractual propio del Derecho administrativo cuando actúa en relaciones de Derecho privado. La forma jurídica de la actividad (y, en su caso, de la organización) debe ser la adecuada al tipo de actividad que se realiza y no es aquella sino ésta la que debe determinar al régimen jurídico aplicable. Por eso en el Derecho comunitario no se tiene en cuenta si una entidad se constituye conforme al Derecho administrativo o al Derecho privado, sino cuál es la actividad que realiza, propiamente mercantil, industrial, administrativa, y si está o no controlada en realidad por una Administración pública. Si reúne esas características, la entidad se considera poder adjudicador u organismo público en sentido sustantivo.

Lo que importa, pues, es que los principios y reglas de Derecho público se apliquen cuando se adopta una decisión materialmente pública, esto es, detrás de la cual está el poder público, que persigue fines de interés general que no tengan carácter mercantil o industrial y que se financia mayormente con fondos públicos.

Para ello será necesario a veces **levantar el velo** de las personificaciones instrumentales privadas mediante las que actúa la Administración y establecer las garantías públicas necesarias incluso si se les aplica en general Derecho privado.

Resumiendo, la aplicación del Derecho administrativo deriva de una doble condición o límite: uno de carácter subjetivo, pues afecta actividades propias de una Administración o ente público o de personas jurídicas privadas dependientes o vinculadas a una u otro; otro de carácter objetivo o funcional, ya que en todo caso ha de aplicarse, en los términos de la ley, cuando tales entidades, con forma de personificación pública o privada, ejercen actividades propiamente administrativas.

DERECHO ADMINISTRATIVO I TEMA 1