

LECCIÓN 1.- APROXIMACIÓN AL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.

I. INTRODUCCIÓN.

- **Discusión en torno a la utilidad de su definición.**

A lo largo de al menos siglo y medio ha habido reflexiones de carácter abstracto sobre el concepto de Administración Pública y de Derecho Administrativo. Sin embargo, esas reflexiones no siempre han llegado a la misma conclusión debido a que no se han puesto de acuerdo en el objeto de la búsqueda.

- Para unos, el Derecho Administrativo responde a un conjunto de normas positivas concretas dentro del Derecho en general.
- Para otros, se trata de una ciencia o conjunto sistemático de saberes abstractos.
- Otros simplemente la delimitan como una disciplina jurídica o una asignatura en un plan de estudios jurídicos.

Esta diversidad de definiciones ha dado lugar a que algún sector llegue a

plantearse hasta qué punto es útil una búsqueda sobre la definición de Derecho Administrativo.

- **Razones que avalan el intento.**

Pero nosotros creemos que la búsqueda de dicha definición es necesaria, y ello por dos tipos de razones:

- **Metodológicas.**

Por una razón puramente lógica y elemental: es aconsejable que cuando nos

enfrentamos al estudio de una disciplina, sepamos de entrada de qué disciplina estamos hablando y cuál es la esencia de la misma. Por ello, en ese intento tenemos que reflexionar sobre cuestiones en torno a la disciplina, la terminología, etc., esto es, familiarizarnos con los conceptos clave para comprender mejor la materia.

- **De orden práctico.**

A veces tenemos que saber qué es el Derecho Administrativo dentro del ordenamiento jurídico general, porque vamos a tener que hacer uso de él en un sentido u otro.

La definición es necesaria para saber ante qué clase de jurisdicción debemos incoar un procedimiento por un conflicto en el que está presente la Administración Pública que, aunque a veces puede actuar sometida a normas de Derecho común, generalmente actúa bajo el Derecho Administrativo.

La **Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa**, en su Art. 1, establece que los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de las Administraciones Públicas cuando éstas actúan sometidas al Derecho Administrativo.

La **Ley de Contratos de la Administración Pública** establece unas reglas para determinar qué contratos son administrativos y cuáles tienen otra calificación. Los Arts. 5, 7 y 9 de la Ley señalan cuándo se aplica el Derecho Administrativo para los contratos.

II. PRESUPUESTOS PARA LA APARICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

Introducción.

El Derecho Administrativo viene a armonizar o a conciliar las prerrogativas de los poderes públicos con el ejercicio de los derechos subjetivos de los ciudadanos.

Para poder desempeñarse es necesario que nazca la Administración Pública, dotada de esos poderes, que actúe dentro de unos límites concretos que eviten ese posible choque de intereses entre los poderes públicos (Administración Pública) y los particulares. Para ello se debe analizar cuáles son y hasta dónde pueden llegar esos poderes y cuáles son los contenidos de esos derechos subjetivos con los que entran en conflicto.

Pero para que este nacimiento se produzca hace falta que contemos con dos presupuestos históricos: uno de carácter político (la llamada división de poderes) y otro de carácter jurídico (el Estado de Derecho).

• **Presupuesto político: la división de poderes.**

La Administración Pública es un ente integrado por un conjunto de

órganos (cada Administración Pública, que goza de personalidad jurídica, se organiza mediante una división en órganos que, aunque carecen de personalidad jurídica, sí gozan de medios, competencias, responsabilidades, etc.) que se alojan en el poder ejecutivo, por lo que es obvio que el nacimiento de la Administración Pública y del Derecho Administrativo no puede ser anterior en el tiempo a la separación del poder ejecutivo del resto de los poderes que integran el Estado.

• **Formulación doctrinal.** Esta idea de la división de poderes es antigua y es obligada la referencia a John Locke y a Montesquieu.

A finales del S.XVII, el filósofo John Locke planteó a la doctrina en Inglaterra la necesidad de una monarquía a cuya cabeza estaría un rey con poderes limitados, distinguiendo tres poderes a este fin: *legislativo, ejecutivo y federativo*.

- Legislativo: crea la Ley e incluye funciones del poder judicial actual.
- Ejecutivo: pone en funcionamiento los contenidos de la ley, del poder legislativo, incluso con la fuerza.
- Federativo: encargado de las relaciones internacionales.

En resumen, viene a concluir que existe por una parte, la Ley, fruto del poder

legislativo, por otra, los Tribunales (propugna la separación del poder legislativo y el judicial; el rey está sometido a las leyes y el sujeto de la soberanía es el pueblo) y, en tercer lugar, un poder coactivo que va a coincidir con el ejecutivo.

Por su parte, Montesquieu, en el *Espíritu de las leyes* redefine las tesis de Locke sobre la separación de los poderes, con una nueva ordenación, más próxima a nuestra concepción actual, que distingue con nitidez tres poderes: legislativo, ejecutivo y judicial.

Sin embargo, esta división no es tajante, no se basa en compartimentos estancos, sino que el sistema es impuro, especialmente porque el poder ejecutivo todavía conserva en parte funciones que antes residían en un poder absoluto, como la posibilidad de dictar ciertas normas. Desde el primer momento, se configura un poder ejecutivo en el que va a aparecer una institución fundamental para el desempeño de las funciones normales del Estado a través de la Administración Pública.

Hay que señalar que en el poder ejecutivo no sólo se encuentra ubicada la Administración Pública, sino

también el Gobierno, que tiene una doble naturaleza: por una parte es el máximo órgano administrativo y, por otra, es un órgano político distinto de la Administración.

- **Presupuesto jurídico: Estado de Derecho.**
- **Concepto.**

El núcleo esencial del Derecho Administrativo está formado por el conjunto

de normas que regulan las relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares. Estas normas sólo adquieren carácter jurídico pleno a través de la aparición del Estado de Derecho. Por tanto, al hablar del Estado de Derecho, estamos considerando el reconocimiento de los derechos públicos subjetivos y el otorgamiento a los particulares de los medios para la defensa de tales derechos, especialmente frente a la Administración.

Por ello, podemos definir el Estado de Derecho como aquella forma de Estado en la que se reconocen y tutelan los derechos subjetivos de los ciudadanos mediante el sometimiento de los poderes públicos y, especialmente, de la Administración, a la ley y al Derecho.

Podemos hablar de diversos tipos históricos de Estado de Derecho, cuya clasificación se efectuará atendiendo a dos criterios:

- ◊ 1.º Por la preferencia de los valores a proteger.
- ◊ 2.º Por el tipo de normas a que se somete el Estado.

- **Clases.**

1.- Por la preferencia de los valores a proteger distinguimos dos tipos de Estado:

◆ **Estado liberal.**

El Estado liberal pretende tutelar aquellos derechos públicos subjetivos que permitan evitar la vuelta a un Estado policial y de control y, en virtud del mismo, el derecho a la libertad se erige como centro del ordenamiento jurídico estatal. El Estado trata de evitar cualquier tipo de actividad que pueda lesionar este derecho a la libertad, reduciendo la actividad estatal al mínimo de funciones.

Se pretende mantener el orden público en un sentido estricto, el orden en la calle, que permita el disfrute de todo su patrimonio jurídico.

Pero, en la práctica ese Estado Liberal no va funcionar y va a dar paso a un segundo modelo de Estado: el Estado social y democrático.

◆ **Estado social y democrático.**

Con este modelo de Estado se invierte la situación anterior: en lugar de proclamarse un modelo abstencionista, se va a exigir que el Estado realice una serie de actividades que antes estaban reservadas a unos pocos (ahora se trata de un modelo de Estado intervencionista).

Esta nueva orientación del Estado se opone al modelo liberal porque se advierte que ese dejar hacer (*laissez faire, laissez passer*) no siempre permite que todos disfruten de sus derechos, y va a suponer una merma de la libertad del Estado anterior, que se va a sacrificar en muchos casos para favorecer a la colectividad. El Estado social y democrático se configura como un Estado prestador de servicios orientados al bienestar de la comunidad, asumiendo funciones que antes estaban en manos de los particulares (enseñanza...), y en él los particulares pueden dirigirse al Estado para pedir prestaciones por el mero hecho de ser ciudadanos.

La culminación de este modelo de Estado va a dar lugar a un Estado orientado a la búsqueda del bienestar social a través del intervencionismo administrativo, a la búsqueda, en consecuencia, de un ordenamiento jurídico que permita este equilibrio: al nacimiento del Derecho Administrativo.

2.- Por el tipo de normas a que se somete el Estado.

El Estado de Derecho está presente en mayor o menor medida en los países que se integran dentro de la civilización occidental. Sin embargo, el sometimiento de los poderes públicos al Derecho, es decir, el origen de ese Estado de Derecho, varía de un Estado a otro por causas distintas: unas veces, nace como consecuencia de una **conmoción** que altera las estructuras sociales y jurídicas del Estado, mientras que otras veces es fruto de una lenta evolución en la que, paulatinamente, se va ampliando el campo de los derechos subjetivos de los particulares, al mismo tiempo que la Administración y los poderes públicos se someten a la Ley.

En este último caso es difícil precisar en qué momento aparece el Estado de Derecho. Por el contrario, cuando se someten de modo brusco, como es el caso de Francia o Inglaterra, esa supresión del Estado absoluto y la consiguiente aparición del Estado de Derecho tiene unas fechas concretas.

Así, en Francia, el nacimiento del Estado de Derecho es fruto de la Revolución Francesa de 1789, mientras que en Inglaterra tiene lugar un siglo antes, en 1688, año en que se produjo la llamada Gran Revolución.

Esta diversidad de orígenes históricos del Estado de Derecho, Inglaterra por una parte y Francia por otra, va a dar lugar a formas distintas, y así observamos cómo en Inglaterra la Ley a la que se va a someter la Administración es la **Ley privada**, mientras que en Francia se va a someter a un Derecho singular: al Derecho Administrativo.

Esto da lugar a dos modelos claramente diferenciados:

- ◆ Modelo anglosajón (modelo *rule of law*).
- ◆ Modelo continental, administrativo o francés.

El modelo anglosajón va a circunscribir su ámbito de aplicación a los países de habla inglesa y el francés se va a extender a toda Europa occidental.

Sobre esta base y siguiendo al tratadista HAURIOU, se analizan los diversos caracteres de ambos modelos.

◆ **Modelo anglosajón.**

Sus características son las siguientes:

- 1.- Administración inglesa fuertemente descentralizada, porque los entes locales cuentan con una gran autonomía a costa de la pérdida por la Administración Central.

Hay que distinguir los conceptos de *descentralización* y *desconcentración*:

- ◆ La *descentralización administrativa* consiste en traspasar competencias de un ente a otro ente (por ejemplo, la Administración pública andaluza o Junta de Andalucía decide traspasar algunas de sus competencias, v.gr., en materia de organización de espectáculos públicos, a los Ayuntamientos).
- ◆ *Desconcentrar* consiste en traspasar competencias de un órgano a otro órgano inferior dentro del mismo ente.
- 2.- La Administración está sometida a las mismas leyes a las que están

sometidos los ciudadanos y, por tanto, carece de prerrogativa o poder singular.

- 3.- Derivada de la característica anterior, la Administración en Inglaterra queda sometida a los Tribunales ordinarios.

◊ **Modelo continental.**

- Administración fuertemente centralizada: el poder se va a concentrar principalmente en la Administración del Estado y los entes locales van a tener escasas competencias y van a estar tutelados por la Administración central.
- La Administración va a estar regulada por un Derecho distinto del Derecho ordinario, que cuenta con el llamado **privilegio de autotutela de la Administración**. Este privilegio se manifiesta en que:
 - 1º. Se presume que los actos de la Administración Pública son legales y, por tanto, vinculantes.
 - 2º. Este privilegio cuenta con la llamada *ejecución de oficio* (la Administración puede llamar directamente a los ciudadanos a que obedezcan sus mandatos).
- Los conflictos en que se vea involucrada la Administración Pública (conflictos entre la Administración y los particulares o conflictos entre Administraciones), van a ser resueltos, no por el juez ordinario, sino por una jurisdicción concreta que en el caso de España es la jurisdicción contencioso-administrativa.

◆ **Evolución de ambos modelos.**

El Estado de Derecho se puede clasificar, pues, atendiendo al tipo de norma bajo la cual se someten los poderes públicos, surgiendo de este modo el modelo anglosajón (*rule of law*) y el continental, administrativo o francés.

Sin embargo, esa clasificación no es ni hermética ni totalmente estable, sino que ha ido evolucionando hacia una cierta aproximación entre ambos modelos.

◆ Como previamente hemos puntualizado, las notas que caracterizan el **modelo anglosajón** son, fundamentalmente, tres:

- 1.º Administración fuertemente descentralizada o autonomía de los entes locales.
- 2.º Sumisión de la Administración Pública al Derecho ordinario.
- 3.º Sumisión de la Administración Pública a los Tribunales ordinarios.

1.º Por lo que se refiere al autogobierno de los entes locales (*self-government*), a partir de la Gran Revolución de 1688, se había establecido un principio de no interferencia del Estado en los municipios lo que produjo como consecuencia inmediata, según señala García de Enterría, una hipertrofia o desarrollo excesivo de la Administración local en Gran Bretaña, en el sentido de actuar estos entes locales libres de todo control de la Administración central, recabando del Parlamento mayores atributos competenciales. Existía, pues, una fuerte descentralización administrativa a favor de los entes locales y se había producido un incremento de competencias recabadas o exigidas del Parlamento por esos entes locales.

Estas notas, típicas del sistema puro anglosajón van a ir cambiando durante el primer tercio del siglo XX (años 30). El régimen local inglés entra en cierto modo en crisis, debido fundamentalmente a un proceso de centralización como consecuencia de las dos guerras mundiales, que obligan a que la Administración central tenga que asumir funciones de poder que no había tenido hasta ese momento,

para resolver esas circunstancias de emergencia provocadas por la doble conflagración [perturbación repentina y violenta de pueblos o naciones] mundial, lo que supuso un detrimento del autogobierno de los entes locales.

Por tanto, se produce en este sentido una cierta aproximación del régimen anglosajón al régimen administrativo continental. Pero a pesar de ese cambio el régimen anglosajón mantiene en parte esa nota prístina, ya que el control por el Estado nunca va a ser tan fuerte como el que se ejerce en el sistema continental.

2.º La segunda nota consistía en el sometimiento de la Administración al Derecho común y en su carencia de prerrogativas especiales. Pero también este principio va a quebrar en cierto modo. La nota contraria caracteriza al sistema continental, en el que la Administración Pública se somete a un Derecho singular y cuenta con la **prerrogativa de autotutela** consistente, por una parte, en la presunción de que los actos de la Administración Pública son legales y, por tanto, vinculantes, y, por otra, este privilegio cuenta con la llamada ejecución de oficio o ejecutoriedad (la Administración puede llamar directamente a los ciudadanos a que obedezcan sus mandatos). En definitiva, la prerrogativa de autotutela supone la posibilidad de que la Administración haga valer sus actos sin necesidad de acudir al juez.

Pues bien, esto no era así en el modelo puro anglosajón, en el que la Administración carecía de prerrogativas. Sin embargo, la pureza de esta norma va a debilitarse. En efecto, ya en el primer tercio del s. XIX se promulga la llamada *Ley de Pobres*, que atribuye a la Administración Pública, al ejecutivo, la facultad de dictar normas o disposiciones de carácter general vinculantes para los particulares. Surge, pues, una singular potestad a favor de la Administración, a la que se dota de cierta **potestad reglamentaria**. Así, se observa cómo algunos actos de la Administración Pública inglesa tienen carácter ejecutivo, es decir, van a vincular desde su nacimiento y van a ser ejecutados o hechos realidad incluso en contra de la voluntad del obligado. Estos actos pueden ser recurridos, pero en el ínterin entre la interposición del recurso y la resolución judicial, el acto en cuestión tiene ese carácter de fuerza frente a su destinatario. Si bien, hay que señalar que este *principio de ejecutoriedad* que en el sistema continental es muy común, aquí sólo se da en casos puntuales, excepcionalmente.

No obstante, el hecho de que exista en Inglaterra un conjunto de normas que atribuyen a la Administración prerrogativas de las que carecen los particulares, y que son, a veces, del mismo tipo que las que posee la Administración Pública de corte continental, nos permite hablar de la existencia en Inglaterra de un Derecho Administrativo.

3.º La tercera nota característica del modelo anglosajón era la inexistencia de tribunales especiales, puesto que la Administración Pública se sometía a los tribunales ordinarios; sin embargo, en su evolución, esta afirmación es sólo cierta a medias.

Hay que distinguir las relaciones jurídicas entre Administración Pública y particulares regidas por el Derecho privado (v.gr., cuando la Administración pública interviene en la compraventa de un inmueble) de esas otras relaciones que podríamos calificar de administrativas, en cuanto se someten a un Derecho distinto del Derecho común.

En cuanto a las relaciones de Derecho privado, es lógico que la Administración Pública, en supuesto de conflicto, se someta a conocimiento de los tribunales ordinarios, con arreglo a las mismas normas que cuando el conflicto surge *inter privados*. Sin embargo, la cuestión se complica cuando se trata de esas otras relaciones sometidas a un Derecho distinto (v.gr., cuando la Administración Pública presta un servicio de enseñanza, de sanidad, expropia un bien, etc.). En general, en estos casos, la Administración Pública en el modelo anglosajón va a seguir también sometida a los tribunales ordinarios, pero ni el procedimiento que se sigue para resolver ese conflicto ni las normas que se

aplican a lo largo del proceso, son los mismos que cuando se trata de un litigio entre particulares.

El principio va a quebrar, además, en la medida en que van a surgir, paulatinamente, tribunales especiales: fenómeno que comienza a advertirse ya a finales del s. XIX y que se desarrolla a lo largo del s. XX. Surgen en Inglaterra tribunales especiales llamados a conocer de materias específicas. No es que nazca en Inglaterra una auténtica jurisdicción administrativa, pero surgen tribunales puntuales.

♦ Igualmente, se va a producir históricamente una evolución de las tres notas distintivas del **modelo continental**, cuales eran:

1.º Una fuerte centralización del poder a favor de la Administración Central.

2.º Las normas que se aplicaban en las relaciones jurídico-administrativas eran distintas del Derecho común.

3.º Como consecuencia de ello, los tribunales eran también distintos.

1.º Con respecto a la primera nota se observa a lo largo del tiempo una creciente descentralización a favor de los entes regionales, locales o institucionales. V.gr., en el caso español:

Descentralización de carácter regional – nacimiento de las autonomías.

Atribución de competencias a los entes locales – municipios.

A favor de entes institucionales – universidades, seguridad social, etc.

El Estado fuertemente centralista va cediendo competencias a favor de esos entes.

2.º En lo que atañe a la segunda nota, en el modelo continental, la Administración estaba sometida en sus relaciones con terceros a normas de Derecho Administrativo. Aquí se está produciendo una privatización de las relaciones jurídico-administrativas: hay una cierta tendencia a huir del Derecho Administrativo por diversas razones, de modo que la Administración va a utilizar modelos y normas procedentes del Derecho mercantil, civil, etc.

3.º En tercer lugar, hay que decir que a veces la Administración Pública va a quedar sometida en sus conflictos a conocimiento de la jurisdicción ordinaria.

Sin embargo, siguen existiendo prerrogativas a favor de la Administración Pública, precisamente por la función pública que persigue. Así, v.gr., la denominada **reclamación previa en vía administrativa**, requisito previo para el ejercicio de toda clase de acciones judiciales fundadas en el Derecho privado o laboral contra cualquier Administración Pública. La práctica demuestra la inutilidad de esta reclamación previa, que sólo sirve para que la Administración vaya preparando su defensa en juicio.

Por todo lo expuesto, hemos podido concluir que se ha producido una aproximación entre ambos modelos. Sin embargo, hoy día tampoco existe identidad plena o confusión entre los mismos, sino que siguen existiendo diferencias. En efecto, si después de lo dicho podemos inferir que en todos los países que se integran en la civilización occidental existe Derecho Administrativo, no hay que pensar que en todos ellos aparece el modelo continental del *Droit Administrative*, pues el modelo anglosajón ofrece particularidades que se manifiestan en dos aspectos:

1) En cuanto a las prerrogativas de la Administración Pública (contar con facultades distintas de las que supondría un sometimiento puro al Derecho ordinario), en el Derecho anglosajón son inferiores a

las que se disfrutaban en los países de régimen administrativo.

2) Con respecto a las garantías de los particulares frente a esas prerrogativas, son menores las del ciudadano británico a las que puede disfrutar un ciudadano continental. Es decir, en el modelo anglosajón, es menor la intensidad de los medios de que disponen los particulares para reaccionar frente a una actividad ilícita de la Administración o para exigir una indemnización cuando se causare un perjuicio antijurídico a sus derechos e intereses [* Cuando se habla de *daño antijurídico* se quiere señalar, no que el daño sea consecuencia de una conducta ilegal, sino que se ha producido un daño (con indiferencia de que la conducta sea legal o ilegal) que, jurídicamente, el particular no tenía obligación de soportar. Hay daños que tenemos obligación de soportar (los impuestos son un daño a nuestro patrimonio), sin embargo, v.gr., el accidente producido por la falta de vigilancia de las condiciones técnicas de una calzada sería responsabilidad de la Administración].

RIVERO, tratadista francés, señala, a la vista de este análisis, que en la actualidad las semejanzas entre ambos modelos son sólo cuantitativas, ya que para los ingleses, el *principio de sometimiento de la Administración Pública al Derecho privado* sigue siendo el principio general y, en consecuencia, las rupturas de ese principio constituyen simples excepciones a la norma. De ahí que, en realidad, no se haya estructurado un auténtico Derecho Administrativo. Como consecuencia, ese nascente Derecho Administrativo no se concibe como el ordenamiento jurídico normal o común de la Administración Pública, sino que en Inglaterra no deja de ser un Derecho especial de la Administración, Derecho que, como tal, sólo se aplica en casos concretos. Existe, pues, un Derecho Administrativo, es cierto, pero es un Derecho Administrativo de mucha menos madurez política y doctrinal que la que tiene el modelo continental habitual entre nosotros.

En conclusión, hoy no puede mantenerse que exista país alguno donde la Administración se encuentre sometida exclusivamente al Derecho privado. En todos los países occidentales se da el Derecho Administrativo, porque en todos ellos nos encontramos con una serie de normas presididas por la idea de coordinar las prerrogativas de la Administración Pública con las garantías de los particulares. De lo dicho, pues, y como conclusión final, se puede mantener la existencia universal del Derecho Administrativo.

III. PLASMACIÓN DE AMBOS PRESUPUESTOS EN EL DERECHO ESPAÑOL.

A) La división de poderes en la Constitución española de 1978.

Aunque nuestra Constitución no formula de forma expresa la división de poderes (pues el término poder sólo se emplea en la rúbrica del Título VI CE –Del Poder Judicial–), delimita claramente los tres poderes en que se reflejan los planteamientos tradicionales de la doctrina política:

1.º El Poder Legislativo; lo componen las Cortes Generales, que ejercen la potestad legislativa del Estado; Título III (Art. 66.2 CE).

2.º El Poder Ejecutivo. Contemplado en el Título IV CE (Del Gobierno y la Administración), encomienda al Gobierno la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado (Art. 97 CE).

3.º Y por último, el Poder Judicial, al que corresponde la potestad jurisdiccional, juzgando y haciendo ejecutar lo juzgado; Título VI (Art. 117 CE).

Este esquema organizativo se va a dar, asimismo, en el plano autonómico, esto es, las CCAA se estructuran sobre la base de una Asamblea legislativa, un Consejo de Gobierno, y un Tribunal Superior de Justicia (sin perjuicio de la jurisdicción que corresponda al TS, pues los TSJ de las CCAA

no tienen poder judicial en sentido propio).

Este planteamiento constitucional, en virtud del cual se delimitan los tres poderes del Estado sin emplear para ello la terminología formal de poderes en cada uno de los casos, no obedece a un olvido del legislador constitucional, sino más bien al modelo de Estado autonómico que prevé el Art. 2 CE, esto es, parece que se ha querido diseñar una estructura orgánica del Estado no sobre la base del principio de división de poderes, sino del principio dinámico de la *distribución de poderes*. Ello quizá explique que en su configuración constitucional las potestades legislativa y ejecutiva del Estado no vayan precedidas de la rúbrica Poder, ya que las CCAA también ejercen esas funciones, tienen atribuidas las competencias legislativas y ejecutivas. Sin embargo la Constitución, en su Título VI, sí habla expresamente de Poder Judicial, y ello porque, a diferencia de lo que ocurre con las funciones anteriores (legislativas y ejecutivas), la potestad jurisdiccional es única y exclusiva del Estado, el cual ostenta el monopolio de la Justicia a través de los tribunales y de las supremas instancias de decisión judicial (cuya base tanto organizativa como de funcionamiento se asienta en el principio de unidad jurisdiccional del Art. 117.5 CE), así como del Tribunal Constitucional, que tiene competencia sobre todo el territorio español.

B) Proclamación del Estado de Derecho.

El presupuesto de carácter jurídico consiste en la instauración del Estado de Derecho. El modelo de Estado social y democrático de Derecho también se plasma en nuestra Constitución, no solamente porque así se proclama en el Art. 1.1 CE (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), sino porque en consonancia con ese principio se establece en el Art. 9.2 CE que 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. Además, este precepto se amplía mediante el desarrollo contenido en el Capítulo III del Título I, relativo a los derechos y deberes fundamentales que, a través de los artículos 39 a 52 establece los principios rectores de la política social y económica, añadiendo el Art. 53.3 que el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios reconocidos en el Capítulo Tercero informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos.

IV. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La Administración Pública constituye una pieza clave para la existencia del Derecho Administrativo. Nuestro Texto constitucional establece la división de poderes y proclama el modelo de Estado de Derecho. Habida cuenta que contamos con esos dos presupuestos, podemos intentar aproximarnos al concepto de Administración Pública.

A) Aproximación elemental a su concepto.

La Administración Pública se ubica en el poder ejecutivo, donde también se encuentra el Gobierno, que tiene una doble naturaleza política y administrativa: por una parte es el máximo órgano administrativo y, por otra, es un órgano político que adopta decisiones políticas, distinto de la Administración. El vocablo Gobierno es, pues, un término bifronte. Hay que partir de la siguiente ecuación: Administración Pública = Poder ejecutivo – Gobierno (en cuanto órgano político).

Ni el Poder Legislativo, ni el Gobierno como órgano político, ni el Poder judicial están dotados de una personalidad jurídica distinta de la del Estado. En cambio, la Administración Pública supone una nueva personalidad jurídica, es un ente creado por el Estado y dotado de personalidad jurídica propia,

y se le permite en muchas ocasiones la creación de otras administraciones dependientes de ella, para atender sectores concretos.

B) Posiciones doctrinales.

Las distintas posiciones doctrinales en torno al concepto de Administración Pública se pueden agrupar básicamente en tres teorías, cada una de las cuales adopta, respectivamente, una posición subjetiva, una posición objetiva y, finalmente, una posición de carácter formal.

♦ *Teoría subjetiva.* Según esta teoría la Administración Pública consistiría en una serie de sujetos integrados en el poder ejecutivo, cuya labor se limitaría a ejecutar la ley.

♦ *Teoría objetiva:* se debe considerar como Administración Pública a cualquier organismo público que realice la tarea de administrar o gestionar, con independencia del Poder en que se halle ubicado.

♦ *Teoría formal:* la Administración Pública sería aquella que, como tal, se define en el Derecho positivo.

Las críticas que podemos hacer a estas posiciones doctrinales son las siguientes:

♦ La doctrina que utiliza el criterio subjetivo limita la función de la Administración Pública a ejecutar la ley; sin embargo, ésta realiza una labor mucho más amplia, que no se limita a esa ejecución de la ley.

♦ Tampoco es útil el criterio objetivo que centra su perspectiva en el hecho de que se trata de un sujeto que administra, que gestiona, con independencia del Poder donde se ubique, ya que la Administración Pública se encuentra solamente en el Poder ejecutivo.

♦ La teoría formal dice que la definición de Administración Pública es la que se encuentra en el Derecho positivo.

El concepto más claro lo vamos a encontrar en el Art. 2 de la **Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, que precisa que se entiende por Administración Pública:

- La Administración General del Estado.
- Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- Las entidades que integran la Administración Local.

Éstas son las llamadas *Administraciones Territoriales*, en cuanto que el territorio donde llega su competencia es fundamental.

Pero, aparte de esas Administraciones Territoriales, existen también

Administraciones Institucionales para temas concretos que, aunque guardan relación con las tres Administraciones anteriores, gozan de cierto grado de independencia. El Art. 2.2 de la **Ley 30/92, de 26 de noviembre** establece que 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.

C) Caracteres de la Administración española.

Ante la diversidad de criterios para definir la Administración Pública y con objeto de determinar en lo posible su concepto, quizás sea preferible antes de definirla, elucidar su esencia partiendo de las notas que la caracterizan según nuestro Derecho positivo.

1.º La Administración Pública está integrada en el Poder ejecutivo.

Nuestra Constitución no menciona de forma expresa este Poder Ejecutivo, aunque está claramente configurado en el Título IV, *Del Gobierno y la Administración*, que alude al poder ejecutivo.

Éste está formado por la Administración y el Gobierno, al cual está encomendado, según el Art. 97 CE, dirigir la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado, así como ejercer la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Hay que subrayar que la Administración se encuentra únicamente en el poder ejecutivo, con lo cual no nos vale el concepto de Administración Pública desde el punto de vista objetivo, que considera como Administración Pública a cualquier organismo público que realice la tarea de administrar o gestionar, con independencia del poder en que se ubique.

Si analizamos la organización del Poder legislativo, vemos cómo dentro de las Cámaras (Congreso y Senado) encargadas de la producción de leyes, existen unos órganos específicos, la Mesa del Congreso y del Senado, que tienen como misión la gestión de asuntos materialmente administrativos de las Cortes. Sin embargo, no por eso podemos hablar de Administración Pública, ya que esos órganos se encuadran en un Poder distinto del Poder ejecutivo.

Lo mismo sucede en el Poder judicial (Título VI, Art. 117 CE), que también necesita llevar a cabo una actividad de gestión, que se realiza a través del CGPJ, sin que tampoco podamos por ellos hablar en este caso de Administración Pública.

2.º Carácter heterogéneo de la actividad administrativa.

Lo más frecuente, desde el punto de vista cuantitativo, es que la Administración ejerce la función ejecutiva, es decir, poner en práctica el contenido de las leyes. Pero su actuación no termina ahí, sino que realiza otras funciones que recuerdan al poder legislativo y al poder judicial.

En primer lugar, tiene potestad reglamentaria, es decir, potestad para dictar normas de carácter general que vinculan a terceros; si bien sometidas a la ley.

Realiza, además, otras actividades que recuerdan al poder judicial. Así, v.gr., cuando impone una sanción del tipo que sea, se permite contra la misma un recurso ante un órgano superior, que va a dictar algo similar a una sentencia. Es decir, lo mismo que al juez le corresponde ejecutar lo juzgado, la Administración va a tener una facultad de naturaleza similar en virtud de la *privilegio de autotutela*.

3.º Distinción con respecto al Gobierno en cuanto órgano político.

El Gobierno, integrado en el poder ejecutivo junto con la Administración, tiene una doble naturaleza o un carácter bifronte:

– En cuanto órgano político, realiza una serie de funciones reguladas por un Derecho distinto del Derecho Administrativo, el Derecho constitucional; funciones reflejadas en la Constitución, tales

como la iniciativa legislativa (Art. 87 CE), la dirección de la política interior y exterior (Art. 97 CE), relaciones con las Cortes (Arts. 110 y ss.), disolución de las propias Cortes, elaboración de los presupuestos generales, nombramiento de los miembros del Tribunal Constitucional, etc.

Su ejercicio está regulado, pues, por el Derecho constitucional y su control, al menos en cuanto a la actuación política en sí, no es llevado a cabo por la jurisdicción contencioso-administrativa.

– Como órgano administrativo es, respecto al Estado, el órgano de mayor categoría dentro de la estructura jerárquica de la Administración española.

4.º La Administración Pública es el brazo ejecutor de los fines del Estado.

El Estado entabla relaciones jurídicas con terceros, fundamentalmente con los ciudadanos, y lo hace normalmente a través de la Administración Pública, que es su brazo ejecutor.

Como formula Martín Rebollo, la Administración Pública es la que, en aplicación de la ley, autoriza, prohíbe, limita, sanciona, expropia, contrata, presta servicios (hospitalarios, de enseñanza, etc.). Es, en definitiva, la que ejerce la función diaria del Estado de ahí que se la dote de personalidad jurídica propia, cosa que, sin embargo, no haría falta con respecto al Parlamento o al poder judicial.

5.º Se trata de una persona que podríamos caracterizar de *ente servicial*, lo que quiere decir que, a diferencia de lo que ocurre por ejemplo en el poder legislativo, la Administración Pública no diferencia a nadie en concreto ya que, según el Art. 103.1 CE: 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.

La Administración Pública va a actuar vinculada por el *principio de legalidad*, en el sentido de que sólo podrá hacer aquello para lo que la ley la habilite y autorice expresamente.

6.º Para el cumplimiento de sus fines y funciones la Ley le atribuye un conjunto de potestades y privilegios, que se fundamentan en el carácter público de los intereses que persigue y que justifican su actuación.

D) **Estructura.**

· A tenor de lo dispuesto en el **Art. 2 de la Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, la Administración Pública española se estructura en:

1. **Administración territorial.** Estas administraciones tienen un elemento fundamental, que es el territorio a donde llega su competencia. Dentro de la Administración territorial aparece: la Administración General del Estado, la Administración de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración Local.

2. **Administración institucional.** Nace como una forma de descentralización para prestar servicios concretos. Comprende, a su vez, dos variantes:

- Los llamados *órganos autónomos* (INEM, Seguridad Social, Universidad, etc.).
- Las *entidades públicas empresariales*, que son también entes públicos, pero con la peculiaridad de que parte de la normativa por la que se rigen no es de Derecho Administrativo, sino de Derecho Privado (civil o mercantil). V.gr., fábrica nacional de moneda y timbre, lotería, etc.

3. **Administración corporativa.** Hay autores que entienden que esta Administración ha perdido su carácter administrativo, pero tiene al menos como una de sus actividades, funciones típicamente administrativas. Podemos citar, v.gr., los Colegios Profesionales; las Cámaras (Cámaras de Industria, Comercio y Navegación). Lo característico de esta Administración es que nacen como organismos corporativos que representan los intereses de determinados grupos económicos, o sea, para la defensa de un colectivo concreto de personas, en contraste con la Administración institucional, que nace como una forma de descentralización para prestar servicios públicos concretos.

· Pero hay que hacer referencia, por otra parte, a los preceptos constitucionales que aluden a las distintas Administraciones Públicas contempladas en la Constitución, así como a otras posibles Administraciones Públicas no previstas nominativamente en la Carta Magna, pero permitidas por la misma.

1.- La Constitución contempla en primer lugar la Administración General del Estado, en los Arts. 97 y ss. CE. Ésta está constituida por órganos jerárquicamente ordenados y actúa con personalidad jurídica propia.

2.- Por otra parte, encontramos la Administración de las Comunidades Autónomas (Arts. 137, 143 y ss., y 152 CE).

3.- Con respecto a los entes locales (Título VIII), la Constitución contempla entes que tienen carácter obligatorio y otros de carácter potestativo o voluntario:

Entre los de **carácter obligatorio** encontramos, en primer lugar, el **municipio** (Arts. 137 y 140 CE). Municipio es el ente local circunscrito a un territorio, y regido por un Ayuntamiento.

Asimismo, la Constitución se refiere como ente local de carácter obligatorio a la **provincia**. El término provincia posee un significado de doble alcance, es un término bifronte, pues hace referencia, de una parte, a una división territorial para el cumplimiento de las funciones de la Administración Pública (organización de la estructura periférica del Estado) (Art. 141 CE), y, de otra, a un ente local con personalidad jurídica y gobierno propios. La provincia en cuanto ente local consiste en el conjunto de los municipios que están dentro del territorio antes aludido (Arts. 137 y 141 CE), y está regida por un órgano de gobierno: la Diputación provincial.

La Constitución contempla también con carácter obligatorio a la **isla**, no como elemento puramente geográfico, sino como ente local dotado de personalidad jurídica y con un gobierno propio: el Cabildo. Naturalmente, las islas como tales entes locales sólo existen en los archipiélagos canario y balear (Art. 141.4 CE).

Aparte de estos entes locales de carácter obligatorio, la Constitución prevé en su Art. 141.3 la posibilidad de que se creen otros entes locales de forma voluntaria: Se podrán crear agrupaciones de municipios diferentes de la provincia. No desciende a mayor detalle, pero dentro de esta precisión podrían encajar las comarcas, que se puedan crear a voluntad de cada Comunidad Autónoma, o las áreas metropolitanas. En este sentido, el Art. 152.3 CE establece que mediante la agrupación de municipios limítrofes, los Estatutos [de las Comunidades Autónomas] podrán establecer circunscripciones territoriales propias, que gozarán de plena personalidad jurídica. Dentro de esta previsión podemos incluir la *mancomunidad de municipios* para gestionar de forma común algunos servicios específicos.

· Además de estas previsiones constitucionales, la **Ley de Régimen Local** contempla la existencia de otros entes locales distintos de los mencionados.

E) **Conclusión.**

A la vista de los caracteres de la Administración Pública extraídos de nuestro Derecho positivo, cabe desarrollar una **propuesta de definición de Administración Pública**:

Podemos definir la Administración Pública como aquella institución del poder ejecutivo dotada de personalidad jurídica propia a la que corresponde la gestión encaminada a la satisfacción de los intereses generales.

De un análisis pormenorizado de esta definición se derivan las siguientes conclusiones:

1.º Decimos en primer lugar que es una institución, porque de esta forma se está aludiendo a un sujeto que nace para el cumplimiento de unos fines específicos y que, en este caso, al tratarse de la consecución de intereses generales, se convierte en una institución pública. Y en segundo lugar, porque toda institución, además de llevar anejos los fines que la justifican, cuenta con unos medios para el cumplimiento de las funciones para las que fue creada (medios de carácter jurídico, personal y material).

2.º Es una institución del poder ejecutivo, de lo que se deduce que no es el poder ejecutivo en sí mismo considerado, sino que está dentro de él. Ha de diferenciarse en este sentido del gobierno como órgano político. Pertenecer al poder ejecutivo implica que se excluyen del concepto de Administración Pública aquellos órganos de otros poderes que ejercen funciones administrativas (v.gr., la Mesa del Congreso y del senado, el CGPJ, etc.).

3.º Está dotada de personalidad jurídica propia. Hay que advertir que no toda institución nacida para un fin concreto y dotada de medios tiene personalidad jurídica, sino que existen otras instituciones que no gozan de personalidad jurídica propia porque no la precisan (v.gr., el Ministerio de Defensa o el ejército carecen de personalidad jurídica propia).

De ahí que cuando nos referimos a la Administración Pública como institución digamos que se trata de una institución independiente. Esta afirmación de la personalidad jurídica de la Administración Pública implica, asimismo, una garantía de permanencia de la Administración frente a los cambios políticos que se puedan producir. Además, por su personalidad jurídica le son imputables los actos que realice.

4.º Le corresponde una función gestora, con lo cual, por una parte, se está excluyendo la actividad política del Gobierno y, por otra, viene a englobar lo que se ha venido llamando giro o tráfico administrativo que incluye funciones de contenido ejecutivo, normativo o resolutorio.

5.º Por último, esa gestión está encaminada a la satisfacción de los intereses generales, lo cual comporta importantes consecuencias. Así, dota a la Administración Pública de unas prerrogativas y poderes especiales, que se justifican precisamente por el carácter público de los intereses perseguidos y que permiten que, contando con los medios adecuados, pueda realizar plenamente su actividad.

La Constitución predica este carácter teleológico de la Administración Pública en su Art. 103.1: 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.

V. HACIA UNA DEFINICIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

A) **Intentos para su determinación.**

a) *Sus dificultades.*

En las distintas versiones que a lo largo de la Historia y de la doctrina se nos ofrecen de la definición de Derecho Administrativo, la Administración Pública ocupa una posición clave, y ello porque el Derecho Administrativo no se puede concebir sin la existencia de una Administración Pública.

Vamos a referirnos a los intentos que ha habido a lo largo de la Historia para definir el Derecho Administrativo, intentos que han ofrecido especiales dificultades, pues es difícil encontrar una disciplina jurídica en la que el tema del concepto se haya resistido más a una comprensión pacífica por parte de los autores: en unos casos los criterios manejados para la definición varían en función del tiempo y el lugar en que se intenta definir, lo que no impide que especialistas de un mismo país y coetáneos discrepen de forma radical en sus concepciones en torno al Derecho Administrativo.

Resulta difícil encontrar posiciones doctrinales que hayan permanecido con su formulación original durante un número más o menos prolongado de años. El tratadista francés RIVERO explica este carácter poco estable del concepto de Derecho Administrativo argumentando que los autores no se han contentado con delimitar su contenido haciendo mención a sus rasgos fundamentales, sino que a veces han buscado un criterio único de definición capaz de dar cuenta de su sustancia, que ha hecho fracasar esos intentos. En otros casos, el fracaso de la perdurabilidad de una definición obedece precisamente a esa pretensión de ofrecer un concepto perdurable, lo que hace inviable una definición en esta disciplina que, frente a la estabilidad de otras ramas del Derecho (v.gr., el Derecho civil), nace y vive con un extraordinario apego a la realidad social, lo que obliga a una acomodación permanente a las nuevas necesidades en un proceso evolutivo de constantes mutaciones y transformaciones que afectan a lo más íntimo de su sustancia.

Estos cambios y mutaciones y la frondosidad de perspectivas desde las que se puede observar el Derecho Administrativo, se ponen de manifiesto cuando se repasan las distintas tesis mantenidas en torno a esta disciplina.

b) *Posiciones tradicionales de la doctrina.*

Distinguimos en el ámbito del Derecho comparado tres posiciones clásicas:

1.- **Primeras tesis funcionalistas.** Estas tesis se construyen partiendo de la consideración de que la teoría de la división de poderes tiene una dimensión práctica, de manera que a cada poder le corresponde una función diferenciada, y al Derecho Administrativo le correspondería el estudio de la función ejecutiva. Sin embargo, ello no puede mantenerse ya que, como formula MUÑOZ MACHADO, el contenido de la función administrativa ha rebasado ese reducto de la mera ejecución de la ley, pues cuenta como mínimo con el poder de dictar disposiciones de carácter general vinculantes para terceros (potestad reglamentaria). Por tanto, las tesis funcionalistas no sirven hoy día para definir el Derecho Administrativo.

2.- **El servicio público como criterio determinante.** Una clásica posición doctrinal gira en torno al concepto de **servicio público**, considerado como criterio determinante para definir el Derecho Administrativo. Esta corriente doctrinal tiene su punto de partida en Francia (Escuela de Burdeos), y se basa para definir el Derecho Administrativo en la función de servicio público, en el sentido empleado por la jurisprudencia del Consejo de Estado francés. Partiendo de la formulación global de DUGUID, GASTON JEZE traslada la función del servicio público al Derecho Administrativo. Sin embargo, la crisis en Francia de ese concepto de servicio público que había acuñado la Escuela de Burdeos, va a llevar consigo la crisis del concepto de Derecho Administrativo que se había formulado a su amparo.

3.- **Las prerrogativas como fundamento.** HAURIUO propugna una definición de Derecho Administrativo partiendo de las **prerrogativas** que utiliza la Administración Pública a la hora de desempeñar su actividad. Después de criticar la posición de la Escuela de Burdeos, señala que para definir la Administración y, por ende, el Derecho Administrativo, es fundamental atender a la singularidad de los medios de que dispone para alcanzar sus fines, medios que se caracterizan por la utilización de poderes especiales.

= Sin embargo, y como una crítica global de esas posturas tradicionales, hay que hacer hincapié en la enorme variación sustancial de las demandas de los ciudadanos, ya desde el período de entreguerras y, sobre todo, después de la Segunda Guerra Mundial, que produce una mutación tan esencial en las estructuras, medios y en las formas de acción administrativa, que va a invalidar todos estos intentos de identificar la tarea de la Administración Pública en torno a una nota única.

La última evolución de los objetivos de la Administración Pública se refleja en el Estado del bienestar, que es una realidad en los países del norte de Europa. Si bien, tampoco esa nueva perspectiva, que podía servir para identificar la actividad de la Administración Pública con aquellos actos encaminados a la consecución del bienestar, sería válida para definir el Derecho Administrativo, pues gran parte de las prestaciones públicas que hacen realidad el Estado del bienestar se aportan a través del Derecho privado.

c) **Referencia a la doctrina española.**

A la vista del fracaso de esas teorías que habían podido ver en la idea de función un rasgo definitivo del Derecho Administrativo, la mayoría de los autores españoles cambian de rumbo y buscan otros puntos de vista que permitan una visión más próxima del contenido de esta rama del Derecho:

1.º **Garrido Falla** (granadino, catedrático de Derecho Administrativo, ex miembro del Tribunal Constitucional, ya fallecido) ofrece una definición de Derecho Administrativo difícil de estereotipar puesto que, si bien su tesis podría enmarcarse en principio dentro de la teoría subjetiva, ofrece matizaciones que hacen más compleja su noción de la disciplina.

Garrido Falla define el Derecho Administrativo como *aquella parte del Derecho Público que determina la organización y comportamiento de la Administración directa e indirecta del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado*. Al hablar de *Administración directa* se refería a aquella que se presta directamente por la Administración centralizada (a través de los Ministerios), mientras que al hablar de *Administración indirecta* alude a aquella que se presta con carácter descentralizado, bien mediante una descentralización funcional o institucional o bien mediante una descentralización territorial (atribuyendo competencias a los entes territoriales).

De esta definición propuesta en un primer momento se desprenden una serie de notas:

1. Analiza la evolución de la doctrina en cuanto a la distinción entre el Derecho Público y el Derecho Privado, advirtiendo una tendencia a la ampliación del primero con detrimento del segundo, mediante un proceso que él llama *publización*.

Cuando en Derecho Público, uno de los sujetos de la relación jurídica es la Administración, y utiliza para el cumplimiento de sus funciones poderes especiales, estaríamos, según Garrido Falla, en presencia del Derecho Administrativo.

2. *Desde un punto de vista objetivo*, se nos muestra a la Administración Pública como realizadora de actividades no homogéneas (ejecutivas, pero también normativas y parajurisdiccionales –actividad arbitral–). *Desde un punto de vista subjetivo* la Administración Pública se nos ofrece como un

complejo orgánico, integrado en el poder ejecutivo, teniendo en cuenta que el término Administración alude a todo un conjunto de entes públicos a través de los cuales se manifiesta la actividad del Estado.

3. Por último, esta definición engloba tanto las normas de organización como las normas de comportamiento, con lo que sale al paso de una ya vieja corriente doctrinal que excluía del ordenamiento jurídico administrativo las normas a través de las cuales se organiza la Administración.

Como consecuencia del nuevo ordenamiento jurídico nacido con la Constitución de 1978, Garrido Falla lleva a cabo una serie de reflexiones mediante las cuales somete a autocrítica su definición, por entender, sobre todo, que los límites de aquel Derecho Administrativo definido por él, se han alterado tras la entrada en vigor de la Constitución.

2.º Mariano **Buena del Alcázar**. La etiqueta que podríamos asignar a la definición de Buena sería la de un Derecho Administrativo como Derecho de la relación jurídico-administrativa. Comienza compartiendo la tesis de Rivero, en el sentido de entender que no se puede definir esta disciplina sobre la base de una fórmula sencilla y única. En realidad, lo que es necesario es fijar cuál sea el objeto del Derecho Administrativo, si bien entiende que el análisis de tal objeto no es tampoco una piedra filosofal que venga a esclarecer toda la problemática de la disciplina.

Desarrolla su planteamiento en tres fases:

1.ª Comienza formulando el principio de que el Derecho Administrativo constituye un valor jurídico, en cuanto es Derecho y capaz de crear relaciones jurídicas.

2ª Observa que esas relaciones jurídicas tienen lugar con la Administración Pública cuando ésta se manifiesta como Administración-Poder (de nuevo el planteamiento de Garrido del empleo de poderes especiales).

3) Señala por último que, justamente porque la Administración actúa con poderes especiales, el Derecho Administrativo trata de limitar ese poder en garantía de los derechos subjetivos del administrado.

Concluye proponiendo una definición de Derecho Administrativo como aquella parte del Derecho Público que disciplina las relaciones jurídicas entre el administrado y la Administración, cuando ésta actúa en la relación como poder público.

3.º **Eduardo García de Enterría** concibe el Derecho Administrativo como el Derecho estatutario de las Administraciones Públicas. Esta tesis es compartida por gran parte de la doctrina administrativa. Explica que se trata de un Derecho de naturaleza estatutaria, puesto que se dirige a la regulación de una especie singular de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.

Podemos extraer una serie de notas:

1) Se trata, en efecto, de Derecho Público, dentro del cual el Derecho Administrativo constituye, sin duda, una parcela importante, hasta el punto de que siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, e instrumento de relación permanente y general con el ciudadano, es lícito afirmar que el Derecho Administrativo es el Derecho Público por antonomasia.

2) En segundo lugar explica el concepto de Derecho estatutario, indicando que gracias a ese carácter estatutario, el Derecho Administrativo se convierte en el Derecho común de las Administraciones Públicas, en un *ius proprium* que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se desenvuelven estas

Administraciones, incluso aquellas que son objeto de regulación por otra disciplina (contratos administrativos).

3) La tercera nota que se deduce de la definición de García de Enterría consiste en que, a su juicio, la presencia de la Administración Pública se convierte en requisito necesario para que se pueda hablar de relación jurídico-administrativa. En consecuencia, según García de Enterría, quedan excluidas aquellas actividades que, aunque materialmente administrativas, provienen de otros órganos estatales (v.gr., la Mesa de las Cortes, el CGPJ, etc.). Entiende, por el contrario, que sí deben reportarse como relaciones jurídico-administrativas aquellas que resultan de las llamadas *actividades administrativas de los particulares*, siempre que obren como delegados, ayudantes o mandatarios de la Administración Pública.

4) Por último, el concepto de relación jurídica se perfila con una extraordinaria amplitud, ya que alberga, no sólo las relaciones Administración – administrado y las que las Administraciones Públicas puedan entablar entre sí, sino también las llamadas relaciones reflexivas que traba la Administración consigo misma, es decir, la organización administrativa en su aspecto jurídico.

B) *El problema de los límites actuales del Derecho Administrativo.*

Definir no es más que poner límites a un concepto, de tal manera que fuera de esos límites queda todo aquello que no corresponde al concepto y dentro aquello que es esencial. Pues bien, hay que plantearse cuáles son los límites que conceptúan el Derecho Administrativo en la actualidad. De las definiciones anteriores podemos deducir que existe un denominador común, que es la presencia de la Administración Pública como pieza clave para la existencia del Derecho Administrativo. Sin embargo, la promulgación de la Constitución española de 1978 introduce determinadas previsiones que van a poner en tela de juicio esta constante. Se van a cuestionar los límites tradicionales del concepto de Derecho Administrativo.

La Constitución refleja el principio clásico de la separación de poderes (si bien, denomina como tal poder sólo al Poder Judicial, lo que no impide que hablemos de poder legislativo y poder ejecutivo). Pero junto a esos tres poderes, ha institucionalizado otras organizaciones estatales dotadas de funciones complementarias de las clásicas, legislativa, ejecutiva y judicial. Así, nos encontramos en la Constitución con la Corona, el Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal, el Defensor del Pueblo, el Tribunal de Cuentas, el Consejo General de Poder Judicial...

Tanto el poder legislativo como el poder judicial, a través de aquellas de las instituciones constitucionales enumeradas que se hallan en su seno, realizan algo más aparte de las funciones para las que son creados (legislar y juzgar y ejecutar lo juzgado, respectivamente); esto es, llevan a cabo un tipo de relaciones que afectan a terceras personas y que son actividades equiparables desde un punto de vista material a las que desarrolla la Administración Pública: una actividad de gestión que recuerda a la actividad típica de la Administración. Ahora bien, cuando esa actividad gestora trasciende a terceros, ¿actúan esos órganos de gestión como Administración Pública? ¿Qué Derecho se aplica a tales relaciones? Suponiendo que realmente esas relaciones sean fiscalizables, ¿qué jurisdicción las fiscaliza?

En efecto, tanto los poderes públicos como las instituciones que contempla la Constitución cuentan, asimismo, con sus propios órganos de gobierno (v.gr., la Mesa de las Cortes, el CGPJ, etc.), que tienen encomendadas una serie de funciones de administración o gubernativas (v.gr., cuentan con potestad reglamentaria para ordenar su funcionamiento y organización; tienen competencias relativas al régimen de su personal y servicios; competencias de gestión, de elaboración de presupuestos, etc.). Ejercen, pues, un poder de dirección interna de acuerdo con sus propios reglamentos, en orden a la dirección, selección, control y régimen disciplinario de su personal, así como funciones relativas al

propio funcionamiento de sus unidades orgánicas.

De todo lo expuesto, la primera cuestión que se plantea es cuál sea la naturaleza jurídica de tales órganos de gobierno, a fin de determinar si los mismos, en el ejercicio de las funciones que realizan, integran la Administración Pública (puesto que realizan funciones materialmente administrativas) o, por el contrario, forman parte de la organización propia de cada poder o institución constitucional y participan de su naturaleza, siendo en consecuencia aplicable el ordenamiento estatutario que regula ese poder o institución constitucional.

En segundo lugar habrá que plantearse si se trata o no de actos administrativos y, en consecuencia, qué régimen jurídico se aplica a tales actos.

Tanto a la luz de la **Constitución** como de los **textos normativos** que regulan tales poderes e instituciones constitucionales, parece deducirse que el legislador ha querido dotarlos en todas sus actuaciones de una autonomía e independencia que impida cualquier interferencia extraña en el ejercicio de sus funciones, y este planteamiento, al menos en principio, sería también aplicable a sus órganos de gobierno. Resulta así que cada uno de esos poderes públicos e instituciones, sobre la base de esa autonomía, crean su propio ordenamiento jurídico como desarrollo de la norma fundamental que los instituye (la Constitución) y, en algunos casos, como desarrollo de sus propias leyes orgánicas.

Por lo tanto, el ordenamiento aplicable a todos los órganos de gobierno en su peculiar estela de actuación no sería el Derecho Administrativo, si éste se concibe como el ordenamiento singular de las Administraciones Públicas (García de Enterría), pues hemos mantenido que éstas sólo existen dentro del poder ejecutivo. Sin embargo, ello no sería óbice para que el Derecho Administrativo pudiera ser aplicable, por ser el campo normativo que tradicionalmente ha venido regulando este tipo de materias (actividades gestoras) y, sobre todo, a la vista de las diversas normas reguladoras de esas instituciones constitucionales mencionadas (*infra*).

Por lo que se refiere al control judicial de las actuaciones de tales órganos de gobierno, dichas actuaciones pueden afectar a los derechos y libertades que la Constitución garantiza. El Art. 9.1 CE establece que los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico. Si las decisiones de esos órganos de gobierno conculcan el patrimonio jurídico de terceros es preciso que se acuda a la vía judicial para que restablezca ese orden perturbado (cfr. Art. 24 CE).

La antigua **Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 17 de diciembre de 1956**, definía lo contencioso-administrativo a partir de un sujeto que era la Administración Pública y de un ordenamiento, el Derecho Administrativo. Ambos términos eran inescindibles. Así, establecía con claridad meridiana en su Art. 1 que esta jurisdicción conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con la actuación de la Administración Pública sujeta al Derecho Administrativo.

Sin embargo, diversas normas reguladoras de las instituciones constitucionales mencionadas tienden a romper este esquema:

♦ 1) La **Ley Orgánica reguladora del Tribunal Constitucional del año 79**, en su Art. 99.3 establece que, contra las resoluciones que dicte el Secretario General en materia del personal propio del Tribunal, cabrá *recurso de alzada* ante el Presidente del Tribunal. Por tanto, se está aplicando a estos *actos de carácter interno* un instrumento de Derecho Administrativo como es el recurso de alzada.

Pero, a mayor abundamiento, sigue el precepto diciendo que contra la resolución que dicte el Presidente del Tribunal al resolver ese recurso, se podrá plantear un recurso

contencioso-administrativo.

♦ 2) Por su parte, el Art. 47 de la **Ley Orgánica reguladora del CGPJ de 1980**, dispone que procede recurso contencioso-administrativo contra los actos, cualquiera que sea la materia sobre la que versen, y disposiciones procedentes del pleno o de la sección disciplinaria. Por tanto, este órgano de gestión del poder judicial va a ser controlado en sus decisiones por la jurisdicción contencioso-administrativa.

♦ 3) Asimismo, el **Estatuto de personal de las Cortes Generales** establece que, en materia de personal, contra los acuerdos adoptados por las Mesas de las Cámaras, cabrá recurso contencioso-administrativo. Incluso en su Art. 35.4, se atribuye carácter supletorio a la **Ley 30/92, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común**, en cuanto a los recursos en materia de personal.

♦ 4) La **Ley Orgánica reguladora del Poder Judicial de 1985**, al establecer la distribución de competencias entre los distintos órganos jurisdiccionales, determina que corresponde a la Sala de lo Contencioso-administrativo del Tribunal Supremo, el conocimiento de recursos contra actos y disposiciones procedentes de los órganos de gobierno del Congreso de los Diputados y del Senado (Mesas), del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, en materia de personal y de administración (Art. 58 LOPJ).

De forma paralela, en su **Art. 74.1.c)** dispone que Las Salas de lo Contencioso-administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que deduzcan en relación con: c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial.

Por otra parte, el **Art. 142.1 LOPJ**, cuando se refiere a los actos del CGPJ

dice que En todo cuanto no se hallare previsto en esta Ley, se observarán, en materia de procedimiento, recursos y forma de los actos del Consejo General, en cuanto sean aplicables, las disposiciones de la Ley de Procedimiento Administrativo. Incluso en su inciso 2º alude a la *revisión de oficio*, que es una figura típica del Derecho Administrativo.

La remisión que las leyes citadas hacen al Derecho Administrativo obligó a que, al publicarse la nueva Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, se incorporasen a la misma tales revisiones.

El **Art. 1.3, apartados a) y b)** de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa reza: Los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán [] 3. Conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con: a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo. b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.

En este sentido, Santa María Pastor afirma que no existen diferencias sustanciales entre la posición y las funciones que realiza la Administración Pública y las que competen a estos órganos del aparato estatal, y sostiene que el funcionamiento interno de tales órganos debe sustentarse en una importación

selectiva de aquellos extremos del Derecho Administrativo que sirvan mejor a su funcionamiento. Apoya esta opción aduciendo que hoy el Derecho Administrativo es el Derecho común del Derecho Público interno.

En esta misma línea de ruptura con el modelo clásico de Derecho Administrativo, el profesor Garrido Falla, tras promulgarse la Constitución, propugnó una revisión total de los planteamientos tradicionales en esta materia, sometiendo a revisión su propia definición de Derecho Administrativo, su propio concepto de acto administrativo y los límites formales de la composición de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

Además, el Art. 24 LOPJ dispone que los juzgados y tribunales del orden contencioso-administrativo serán competentes cuando la pretensión que se deduzca se refiera a actos o disposiciones de las Administraciones Públicas españolas, y añade que conocerán también de las pretensiones que se deduzcan en relación con actos de los Poderes públicos españoles de acuerdo con lo que dispongan las leyes.

Por tanto, el legislador deja claramente sentada la distinción entre Administraciones Públicas y esos otros poderes públicos o instituciones constitucionales cuyos actos de gestión somete, no obstante, al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, y ello entendemos que es así, sencillamente, porque en esos casos los actos jurídicos que se controlan por la jurisdicción contencioso-administrativa son actos administrativos aunque no procedan de una Administración Pública.

♦ Los distintos poderes públicos e instituciones constitucionales, incluso cuando realizan funciones típicas (v.gr., legislar, juzgar y ejecutar lo juzgado, etc.), pueden causar daños antijurídicos a terceros que habrán de ser indemnizados. Cuando se habla de *daño antijurídico* se quiere señalar, no que el daño sea consecuencia de una conducta ilegal, sino que se ha producido un daño (con indiferencia de que la conducta sea legal o ilegal) que, jurídicamente, el particular no tenía la obligación o el deber jurídico de soportar.

En este sentido el Art. 139.1 de la Ley 30/92, concretiza el contenido del Art. 106.2 CE: Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos.

En cuanto a posibles daños provocados por el legislativo, el inciso 3º del mismo precepto dispone que: Las Administraciones Públicas indemnizarán a los particulares por la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos y que éstos no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.

El poder judicial, cuando realiza su función propia, también puede provocar daños antijurídicos a terceros, que van a comportar la obligación de indemnizar a quien lo sufra. A ello alude expresamente el Art. 121 CE: Los daños causados por error judicial, así como los que sean consecuencia del funcionamiento anormal de la Administración de Justicia, darán derecho a una indemnización a cargo del Estado, conforme a la ley. El Art. 293 LOPJ establece que, cuando se trate de error judicial, hará falta que una sentencia haya reconocido el error. Una vez que el error se reconoce, la reclamación se plantea ante el Ministerio de Justicia y, a partir de este momento, se va a seguir la tramitación establecida en la Ley 30/92. El Art. 139.4 de la Ley 30/92 prevé que La responsabilidad patrimonial del Estado por el funcionamiento de la Administración de Justicia se regirá por la Ley Orgánica del Poder Judicial. Por tanto, la responsabilidad derivada del poder judicial se tramita también ante la

Administración de Justicia siguiendo normas de Derecho Administrativo.

Incluso cuando el poder ejecutivo actúa a través del Gobierno como órgano político, hoy día es posible que también esos actos de carácter político (decisiones del Gobierno, etc.) puedan producir daños antijurídicos que deban ser indemnizados. El Art. 2.a) de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 13 de julio de 1998, dispone que si esos actos del Gobierno lesionan derechos fundamentales serán objeto de control por la jurisdicción Contencioso-administrativa.

Aunque no encontremos disposiciones específicas sobre las consecuencias jurídicas de los daños antijurídicos que puedan generar en su actividad las instituciones constitucionales (Corona, Tribunal de Cuentas, etc.), éstos son también subsumibles bajo el Art. 106.2 CE (Los particulares, en los términos establecidos por la Ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos) pues, pese a que el servicio público se preste generalmente a través del ejecutivo, no cabe duda de que, v.gr., cuando actúa el Defensor del Pueblo, se está prestando un servicio público mediante una actividad encaminada al interés de la generalidad. El concepto de servicios públicos debe interpretarse, por ello, *lato sensu*. En estos casos concretos, sobre la base del Art. 106.2 CE, la Administración Pública va a tramitar esa reclamación, y contra la decisión de la Administración cabrá recurso contencioso-administrativo.

Vemos, pues, cómo tanto en aquellos supuestos en que los poderes públicos e instituciones constitucionales llevan a cabo actividades de gestión a través de sus órganos de gobierno, como en aquellos otros casos en que causan daños antijurídicos en el ejercicio de sus funciones propias, se van a aplicar normas o mecanismos de control que son propios del Derecho Administrativo aunque no esté presente la Administración Pública. Y ello es así porque el legislador ha entendido que dada la naturaleza material de tales supuestos les es de aplicación esta rama del Derecho que, al hilo del pensamiento del profesor Santa María, se configura hoy como el Derecho común del Derecho público interno.

Sobre la base de lo expuesto el profesor Santa María difiere con García de Enterría, que entiende que la Administración Pública ha de estar presente para que se pueda hablar de Derecho Administrativo.

C) **Definición que se propone.**

En consecuencia, pues, proponemos la siguiente definición de Derecho Administrativo: podemos definir el Derecho Administrativo como aquella parte del Derecho Público interno que regula las relaciones jurídicas típicas de la Administración, las funciones administrativas de las demás instituciones constitucionales y la responsabilidad patrimonial pública.

Análisis de la definición:

1) Se habla de **Derecho público** concebido, por oposición al Derecho privado, como el conjunto de ramas del Derecho en que está presente el Estado por los intereses públicos que tutela. Se incorpora el término **interno** para excluir aquellas normas del Derecho público que proceden de instituciones internacionales. El Derecho comunitario se considera, a estos efectos, Derecho interno, pues, a diferencia del Derecho Internacional en materia administrativa, no necesita publicación en el BOE –estando incluso prohibida–, y ello porque ese Derecho surge a consecuencia de una cesión de parte de soberanía de los Estados miembros en ciertas materias a favor de las Comunidades Europeas.

2) **Relaciones jurídicas.** Se entiende que dentro de ellas están:

1.– En primer lugar, aquellas que ligan a la Administración con los administrados, que son las más

frecuentes, y a través de las cuales se hace realidad la esencia del Estado de Derecho (en relación con el principio de legalidad).

2.– En segundo lugar también engloba las relaciones jurídicas que ligan a una Administración con otra.

3.– También quedan incluidas las relaciones jurídicas que entabla una Administración Pública consigo misma, esto es, las llamadas relaciones jurídicas reflexivas (reglamento de funcionamiento interno, etc.)

4.– Por último, cabe también dentro del término relaciones jurídicas, la propia producción de reglamentos por parte de la Administración, porque, a veces, el propio reglamento establece relaciones jurídicas directamente. V.gr., cuando un reglamento prohíbe la apertura de un local de ocio sin la debida autorización del ayuntamiento, ya está vinculando directamente a los administrados. En otros casos el reglamento no establece una obligación directa, pero contienen relaciones jurídicas potenciales. V.gr., cuando se regula el tráfico y se establece la posibilidad de sancionar se está generando una relación potencial.

3) **Típicas.** Con este apelativo se refiere a las funciones propias del giro o tráfico administrativo, expresión empleada por primera vez Eduardo García de Enterría en referencia a las actividades que la Administración prestadora de servicios efectúa a través de medios normales (Derecho Administrativo), excluyéndose las funciones atípicas.

4) Aunque se emplee el término genérico **Administración** nos estamos refiriendo a la galaxia o multiplicidad de Administraciones Públicas que existen.

5) **Funciones administrativas.** Esto es, cuando los poderes públicos e instituciones constitucionales, a través de sus órganos de gobierno (la Mesa de las Cortes, CGPJ, etc.) realizan funciones mediadoras o de apoyo (v.gr., cuando contratan personal a su servicio) o bien cuando llevan a cabo actividades de gestión que trascienden a terceros (se contrata a alguien –contrato de suministro–), estas relaciones suelen estar reguladas por el Derecho Administrativo, aunque no esté presente la Administración Pública, por la naturaleza materialmente administrativa de las mismas.

6) **Demás instituciones constitucionales.** Con el empleo de esta expresión se está indicando, en primer lugar, que también la Administración es una institución, en el sentido de que es un sujeto creado para el cumplimiento de un fin, dotado de un régimen jurídico propio, así como de los medios necesarios para el desempeño de sus funciones. Estas instituciones constitucionales serían la Corona, el Poder Legislativo, el Poder Judicial (cuando realizan funciones o actividades de gestión a través de sus órganos de gobierno) e incluso el poder ejecutivo cuando no es administración, es decir, el Gobierno como órgano político; el Tribunal Constitucional, el Ministerio Fiscal, el CGPJ, el Tribunal de Cuentas, el Defensor del Pueblo, así como los órganos de gobierno de las Asambleas legislativas de las CCAA y las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y el Defensor del Pueblo.

7) Por último, incluimos también dentro del concepto de Derecho Administrativo la **responsabilidad patrimonial pública**.

Aunque la Ley 30/92 habla de responsabilidad patrimonial de la Administración Pública, con esa etiqueta se engloba la responsabilidad derivada de los actos de los poderes públicos e instituciones constitucionales por extensión, abarcando todas aquellas responsabilidades en que incurra cualquiera de los poderes públicos e instituciones constitucionales, por daños antijurídicos causados a terceros.

La base de esa responsabilidad patrimonial pública está contenida en el artículo 106.2 CE (los particulares, en los términos establecidos por la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos) ya que al hablar de servicios públicos *lato sensu*, engloba a cualquiera de los poderes públicos e instituciones constitucionales.

Esa responsabilidad se va a canalizar a través de la Administración Pública, que va a ser la que tramite y pague y, en consecuencia, será la Ley 30/92 la que regule cómo se indemnizan esos supuestos.