

# LA ADMINISTRACION PUBLICA A PARTIR DE LA CONSTITUCION ESPAÑOLA DE 1978 (1)

JOSE LUIS MEILAN GIL

*SUMARIO:* I. INTRODUCCIÓN: CONTINUIDAD DEL ORDENAMIENTO JURÍDICO Y CAMBIO CONSTITUCIONAL.—II. REGULACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.—III. CUESTIONES ACTUALES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: 1. *Potestades administrativas y privilegios de la Administración*. 2. *Entes instrumentales y utilización del Derecho privado*. 3. *Las Administraciones independientes*. 4. *Los límites de la Administración Pública*. 5. *Reforma administrativa: la «Administración única»*.—IV. CONCLUSIÓN.

## I. INTRODUCCION: CONTINUIDAD DEL ORDENAMIENTO JURIDICO Y CAMBIO CONSTITUCIONAL

Hace setenta años Otto Mayer escribía en el prólogo de la 3.<sup>a</sup> edición de su *Deutsches Verwaltungsrecht* su célebre y repetida sentencia «Verfassungsrecht vergeht, Verwalkungsrecht besteht» (Derecho constitucional pasa, Derecho administrativo permanece). No es del caso analizar las circunstancias históricas en que fue escrita. Cualquiera que fuera su valor sociológico, como expresión de datos empíricos y la actitud de su autor, ha de subrayarse, por el contrario, la necesidad de acomodar la Administración Pública y su Derecho al cambio constitucional (2). Quizá la historia europea —y desde luego la espa-

---

(1) El esquema inicial corresponde a una conferencia pronunciada en la Universidade Lusiana, Porto, el 25 de mayo de 1993, dentro del coloquio internacional *Constituição, experiência constitucional e administração*. Algunas de sus ideas evidencian la continuidad de lo sostenido en los trabajos que se incluyen en otro libro, referidos a la realidad política anterior a la Constitución y al actual marco constitucional, en el que intervine activamente como constituyente.

(2) En la Alemania de la segunda postguerra se ha levantado como eslogan contrapuesto el aserto de FRITZ WERNER: *Verwaltungsrecht als Konkretisiertes Verfassungsrecht* (El Derecho administrativo como Derecho constitucional concretizado). Sobre el tema, hoy pacíficamente asu-

ñola— ofrezca fundamento para la tesis del profesor alemán, pero ello no significa que merezca siempre una valoración positiva. Más matizadamente, podría recordarse el expresivo título de un trabajo del profesor Vedel, que prefiere hablar de «Discontinuité du droit constitutionnel et continuité du droit administratif», para mostrar la diferencia entre un Derecho que actúa por cambios bruscos y espectaculares y un Derecho que se desarrolla sin cortes brutales. En esto la experiencia continental europea difiere de la americana.

Por lo que se refiere a España el Tribunal Constitucional ha sentado la doctrina de la «continuidad del ordenamiento jurídico» (STC 76/1986, de 9 de junio) antes y después de la Constitución de 1978, respondiendo al fin práctico de evitar vacíos jurídicos y al modo en que se realizó la transición política desde el anterior régimen político al actual presidido por la Constitución de 1978. Se derogó explícitamente lo que se oponía a la Constitución y el Tribunal Constitucional ha realizado, en ese sentido, una notable labor clarificadora que, en muchas ocasiones, no se ha pronunciado por la simpleza de erradicar del ordenamiento tal o cual precepto, sino, de un modo inteligente y pragmático, por su adecuada interpretación conforme con la Constitución.

Es evidente que, ni siquiera mediante una Revolución, puede cambiarse de repente todo el Derecho. Por decirlo metafóricamente, y tomó la imagen a préstamo de mi maestro Villar Palasí, «las catedrales románicas utilizan elementos de edificios anteriores que explica inicialmente la variedad de los capiteles de las columnas». En el caso español puede afirmarse que las leyes más importantes que se refieren a la Administración Pública, elaboradas en los años 1950 o 1960, han convivido y siguen conviviendo con el sistema democrático de la Constitución de 1978. El Derecho administrativo ha «tirado», por así decir, de la Constitución y del Derecho constitucional. Siguen en vigor la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 —con algunos retoques que no la han mejorado—, la de expropiación forzosa de 1954 y hasta febrero del año 1993 han estado vigentes, en su práctica totalidad, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 1957 que, entre otras cosas, gene-

---

mido, el trabajo clásico de G. VEDEL: «Les bases constitutionnelles du droit administratif», en *Études et Documents. Conseil d'État*, 1954. Para H. W. R. WADE, más aún, el Derecho administrativo es parte del Derecho constitucional, *Administrative Law*, 6.ª ed., Oxford, 1989, pág. 6. En España, S. MARTÍN-RETORTILLO: «Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español», *RAP*, 26 (1958) y después de la Constitución de 1978; J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de Derecho administrativo*, Madrid, 1988, págs. 285 y sigs.; A. GALLEGO ANABITARTE: *Derecho administrativo. Materiales*, Madrid, 1989; M. BAENA DEL ALCÁZAR: «Para una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XX*, Homenaje al profesor Garrido Falla, Madrid, 1982, págs. 29 y sigs.; F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Derecho administrativo español*, 2.ª ed., t. I, Pamplona, 1993.

ralizó la responsabilidad de la Administración Pública y la de Procedimiento Administrativo de 1958, cuya sustitución ha sido generalmente criticada por la doctrina científica y cuyas excelencias han debido ser reconocidas por la nueva Ley 30/1992, de 22 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, que en una amplísima medida reproduce sus preceptos literalmente o con pequeñas modificaciones y cuyas innovaciones literales se limitan a recoger el resultado de una interpretación progresista de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y Constitucional, y de las aportaciones de la doctrina.

Esa continuidad del ordenamiento jurídico tiene, sin embargo, claros y explicables límites en el cambio constitucional. La Administración del Estado burgués o liberal del siglo XIX no puede ser la misma que la de un Estado intervencionista o autoritario, que la de un Estado que, como el de la Constitución española de 1978, se define como social y democrático de Derecho; no puede ser la misma en un Estado unitario y centralizado y en un Estado federal o, como sucede en España, como un Estado compuesto que se denomina de las autonomías o autonómico, no reconducible a aquel modelo ni tampoco al regional, a la italiana.

Un solo ejemplo será suficiente para marcar la diferencia del punto de partida. Bajo el régimen político anterior a la Constitución de 1978 el Jefe del Estado era «Jefe Superior de la Administración del Estado» (art. 2.º de la LJA) y la Administración local —provincias y municipios— se reintegraban de algún modo a la unidad de la Administración en virtud de una relación jurídica de tutela que se manifestaba por la existencia de recursos administrativos (3).

En la Constitución de 1978 el Jefe del Estado —el Rey— se limita a ser símbolo de la unidad y permanencia del Estado, a asumir su más alta representación en las relaciones internacionales y arbitrar y moderar el funcionamiento regular de las instituciones (art. 56 CE). Al Gobierno, como órgano democrático, corresponde dirigir a la Administración. De otra parte, las entidades locales —municipios y provincias— gozan hoy de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, sin sometimiento alguno a controles de oportunidad, ni generales de legalidad (4).

La relación de entes locales y Estado —no digamos de las CC. AA. y Estado— ha de ser planteada como articulación de ordenamientos jurídicos (5).

(3) Cfr. J. L. MEILÁN: «La articulación de los ordenamientos local y autonómico», *REDA*, 44, 1984.

(4) *Ad exemplum* SSTC de 14 de julio, 28 de julio de 1981, 84/1981, de 23 de diciembre, 214/1989 sobre la LBRL, y 331/1993, de 12 de noviembre.

(5) «Los problemas que plantea el Estado de las autonomías difícilmente pueden resolverse si no es desde la perspectiva, aún revitalizada, del pluralismo ordinamental» (STC 84/1982).

La unidad del Estado se consigue a través de una articulación de las partes que componen el sistema, para lo que el legislador ordinario ha de prever fórmulas y cauces de relación que realicen el principio constitucional de eficacia, sin merma de la autonomía de los respectivos entes (6).

Esa articulación de ordenamientos jurídicos se manifiesta en la distribución de competencias de acuerdo con el bloque constitucional, formado por la Constitución y los Estatutos de cada Comunidad Autónoma (7). El complicado esquema de tal distribución, sobre el que se ha pronunciado en numerosas ocasiones el Tribunal Constitucional descansa en la distinción —no siempre clara— de competencias exclusivas del Estado, competencias concurrentes y competencias exclusivas de las CC. AA. (8). Los problemas que esto suscita son fácilmente imaginables, así como la incidencia en el tradicional tratamiento de las fuentes del Derecho administrativo, en concreto la relación entre ley y Reglamento, provocado por la dualidad bases estatales-desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas.

El Estado autonómico fortalece la pluralidad de Administraciones Públicas y abre nuevas perspectivas a los principios de coordinación y colaboración entre entes dotados de autonomía.

La sujeción de los poderes públicos al ordenamiento jurídico (9), incluida la Constitución, de directa aplicación e invocación ante los Tribunales (10), de la que forman parte los derechos fundamentales que constituyen Derecho objetivo (11), han supuesto una patente fecundidad innovadora. Así, a título de ejemplo, el derecho a la tutela judicial efectiva propicia la reforma de la jurisdicción contencioso-administrativa, postula la erradicación de privilegios de la

(6) Cfr. STC 27/1987, de 27 de febrero.

(7) Véase, extensamente, J. L. MEILÁN: *La ordenación jurídica de las autonomías*, Tecnos, Madrid, 1988, especialmente págs. 86 y sigs.

(8) En palabras del TC, «el establecimiento por parte del Estado de las bases de la ordenación no puede llegar a tal grado de desarrollo que deje vacío de contenido la correlativa competencia de la Comunidad» y ésta no puede regular «los aspectos esenciales de esa materia básica, pues ello equivaldría a incidir en el núcleo de la misma» (STC de 28 de julio de 1981). Véase «La ordenación...», *op. cit.*, págs. 90 y sigs.

(9) La fórmula había sido adelantada en la Ley 1/1977, de 4 de enero, para la reforma política en virtud de una enmienda presentada por mí y aceptada unánimemente. Cfr. J. L. MEILÁN: *Escritos sobre la transición política*, Madrid, 1979, págs. 160-162; P. y A. FERNÁNDEZ MIRANDA: *Lo que el Rey me ha pedido*, Madrid, 1995, págs. 261-263.

(10) Tempranamente, en ese sentido, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La Constitución como norma jurídica», incluido en *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Madrid, 1981, y F. RUBIO LLORENTE: «La Constitución como fuente del Derecho», en *La Constitución y las fuentes del Derecho*, t. I, Madrid, 1979.

(11) STC 58/1985, de 11 de abril, *ad exemplum*.

Administración y ha obligado a una profunda reforma de la potestad sancionadora de la Administración. La regulación constitucional de los derechos fundamentales obliga a revisar conceptos tradicionales del Derecho administrativo, como el del servicio público.

El cambio constitucional exige, por tanto, un ineludible cambio en la Administración Pública. La continuidad no siempre responde a razonables motivos de seguridad jurídica o de prudencia política, sino que en ocasiones es exponente de una criticable inercia que no hace más que retrasar la solución de los problemas pendientes y evidenciar la incongruencia y disfunciones de una situación de algún modo esquizofrénica. Preciso es poner de acuerdo principios constitucionales y estructura y práctica administrativas, sin olvidar la repercusión del ingreso en la hoy Unión Europea.

## II. REGULACION CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACION

Resulta, por ello, imprescindible describir, aunque sea brevemente, el marco constitucional en el que se sitúa la Administración Pública. Tal marco se halla condensado en la autodefinición que la Constitución española hace en su artículo 1 al proclamar que «España se constituye en un Estado social y democrático de Derecho», que ha de completarse con lo que se deduce de su artículo 2 con base en el que —y en el capítulo VIII— el Estado se configura como compuesto, o autonómico.

La propia Constitución contiene pronunciamientos que desarrollan esas cuatro notas del Estado y que serán punto de referencia necesario para configurar la Administración Pública. Se impone una breve cita y glosa.

### a) *Estado de Derecho*

A la faceta de Estado de Derecho corresponden preceptos como el artículo 9.3, cuyo apartado 1 dice que «los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico», o el apartado 3 del mismo, que se refiere a la garantía del principio de legalidad y de la seguridad jurídica, así como la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.

Conviene retener que todos los poderes públicos —expresión más amplia que la tradicional de Poderes del Estado— están sujetos al ordenamiento del que forma parte la Constitución, que es, por tanto, norma de directa aplicación e invocación ante los Tribunales, de la que forman parte los derechos funda-

mentales, que dejan de ser considerados como beneméritos proclamas o píos deseos del constituyente. El TC ha declarado que los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la Constitución constituyen Derecho objetivo y no sólo meros derechos subjetivos y que vinculan al legislador de modo que su ejercicio sólo podrá ser regulado por ley que «deberá respetar su contenido esencial» (art. 53.1) y que han de interpretarse conforme a la Declaración Universal de los Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales ratificados por España (art. 10.2).

La fecundidad renovadora que supone esta regulación constitucional es hoy manifiesta. Me limitaré a señalar, como brevísimas muestras, que el derecho a la igualdad —entendido como prohibición de toda discriminación— va mucho más allá del principio general del mismo nombre: es derecho objetivo y no sólo principio informador del ordenamiento jurídico (art. 1.4 del Código Civil) y, por tanto, fuente directa y no supletoria de Derecho.

El artículo 24, que reconoce el derecho a la tutela judicial efectiva, ha provocado la derogación de preceptos restrictivos de garantías de los ciudadanos u obligado a interpretarlos en el sentido de una efectiva garantía y postula la erradicación de privilegios y de prácticas prepotentes de los titulares de poder.

Otro tanto podría decirse de la potestad sancionadora de la Administración a la que se ha aplicado, por imperativo del artículo 25 de la CE, los principios amparadores del Derecho Penal.

La irrupción de los derechos fundamentales en el ordenamiento jurídico en el sentido antes expuesto choca con conceptos tradicionales del Derecho administrativo, como el servicio público, sobre todo, en ámbitos de especial importancia en la vida actual, como la educación o la televisión.

## b) *Estado social*

El carácter de Estado social se refleja esencialmente en los artículos 9.2 y 53.3 de la CE. El primero establece la obligación de los poderes públicos para que la libertad y la igualdad del individuo y de los grupos sean «reales y efectivas». El segundo dispone que el reconocimiento, respeto y protección de los principios rectores de la política social y económica «informará la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos». Tales principios figuran en el capítulo 3.º del título I y se refieren, por ejemplo, a la protección de la familia (art. 39), seguridad social (art. 41), derecho a la protección de la salud (art. 43), a disfrutar de un medio ambiente adecuado (art. 45), a «disfrutar de una vivienda digna y adecuada» (art. 49), pensiones adecuadas y servicios sociales para los ciudadanos en la tercera edad (art. 50), defensa de consumidores y usuarios (art. 51).

No es el momento de examinar en toda su amplitud el valor jurídico de estos principios rectores. La Constitución eludió una equívoca expresión de derechos sociales. El citado artículo 53.3 concreta que «sólo podrán ser alegados delante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan».

Existe un amplio campo abierto a la discusión y a una mayor profundización en este aspecto relevante del Estado social. En todo caso puede sentarse como seguro que esos principios suponen para todos los poderes públicos una vinculación negativa: no se puede actuar por vía normativa, judicial o práctica administrativa en contra de ellos o apartarse de ellos «notoria e injustificadamente». Además, pueden implicar auténticos derechos alegables ante los Tribunales cuando una norma ha positivizado esos principios, es decir, cuando el legislador ordinario en virtud de su libertad de actuación ha decidido su concreción en términos de Derecho positivo.

La cláusula de Estado social implica, por tanto, una exigencia de producción de normas jurídicas conforme a esos principios rectores de política social y económica y en todo caso una interpretación y aplicación de éstos conforme a aquélla. Así, la STC 19/1982, de 5 de mayo, sostiene que el artículo 53.3 de la CE «impide considerar tales principios como normas sin contenido y que obliga a tenerlos presentes en la interpretación tanto de las restantes normas constitucionales como de las leyes».

La interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la cláusula de Estado social abarca, por ello, obviamente, a los derechos fundamentales y libertades públicas del capítulo II del título I, que han de ser entendidos, a todos los efectos, no desde una perspectiva meramente formal, sino material, ya que la determinación constitucional, en las palabras citadas del artículo 9.2, es que la libertad e igualdad sean reales y efectivas.

La cláusula, en definitiva, influye en la determinación de los derechos fundamentales aunque éstos, a su vez, como expresión más profunda del Estado de Derecho, constituyen también una medida y un límite infranqueable para la concreción de aquellos principios de política social y económica. El Estado de Derecho no es un obstáculo para el Estado social; ni éste una derogación de aquél, sino un «plus», un enriquecimiento.

### c) *Estado democrático*

La proclamación del Estado como democrático (art. 1.1) se concreta dentro de la CE en la afirmación de que la soberanía nacional reside en el pueblo español, del que emanan los poderes del Estado (art. 1.2), en la configuración de

la forma política como monarquía parlamentaria; en las funciones que al Parlamento —Cortes Generales— reconoce la CE (sin la confianza de la Cámara no puede ser nombrado Presidente del Gobierno ni continuar en su ejercicio), en el expreso reconocimiento del pluralismo político que implica la posibilidad de alternancia en el Poder y más generalmente en el derecho a la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social (art. 9.2) y que se formula como derecho fundamental a participar en los asuntos públicos directamente o por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal (art. 23.1) y a «acceder en condiciones de igualdad a funciones y cargos públicos» (art. 23.2).

d) *Estado autonómico*

Si importantes son las innovaciones que ha supuesto la Constitución en relación con las notas examinadas del Estado como social y democrático de Derecho, las que entrañan la configuración del Estado autonómico se sitúan en las antípodas de la anterior concepción teórica y práctica del Estado.

La estructura interna de la Constitución de 1978 refleja gráficamente la diferencia. En su título IV se refiere al Gobierno y a la Administración —inicialmente la del Estado— y el VIII a la organización territorial del Estado, que se constituye en provincias y municipios y Comunidades Autónomas.

El Tribunal Constitucional, desde el comienzo de su actividad, ha dejado clara la nueva concepción de los entes locales que, en modo alguno, pueden reducirse a meras Administraciones Públicas municipal y provincial, aunque se encuentren bajo el epígrafe tradicional de Administración local. Los entes locales, y por supuesto las Comunidades Autónomas, tienen Administración Pública, pero no se reducen a Administración Pública. Lo que caracteriza a aquellos entes y a éstas es la autonomía, aunque de distinto signo. Y su carácter representativo se define con las mismas notas —sufragio universal igual, libre, directo y secreto— que se usan para las Cortes Generales (el Parlamento). Pese a una inercia muy fuerte —de lo que no se ha librado ni la doctrina ni el legislador— entiendo que para el correcto entendimiento constitucional de los entes locales ayuda más la realidad británica que la tradición francesa.

Desde muy temprano el TC ha recordado que:

«La Constitución prefigura una distribución vertical del poder público entre entidades de distinto nivel que son fundamentalmente el Estado, titular de la soberanía, las Comunidades Autónomas, caracterizadas por su autonomía política, y las provincias y municipios, dotadas de autonomía administrativa de distinto ámbito.»

Autonomía política, pues, la que corresponde a las Comunidades Autónomas y autonomía administrativa a los entes locales. Cualitativamente superior aquélla respecto de ésta ya que se añaden potestades legislativas y gubernamentales (STC 14 julio 1981).

La autonomía se garantiza para cada entidad en función del criterio del respectivo interés del municipio, de la provincia, de la Comunidad Autónoma. Ese interés garantizado constitucionalmente, constituye un núcleo irreductible en el que no se puede entrar sin violar la Constitución. Variará su extensión, pero no podrá destruirse o ignorarse. El Tribunal Constitucional lo dejó sentado muy claramente en la Sentencia de 28 de julio de 1981 sobre la Ley catalana de Diputaciones:

«La garantía institucional no asegura un contenido concreto o un ámbito competencial determinado y fijado de una vez por todas, sino la preservación de una institución en términos reconocibles para la imagen que de la misma tiene la conciencia social en cada tiempo y lugar. Dicha garantía es desconocida cuando la institución es limitada, de tal modo que se la priva prácticamente de sus posibilidades de existencia real como institución para convertirse en un simple nombre.»

Por ello, concluirá el Tribunal Constitucional:

«La autonomía local ha de ser entendida como un derecho de la comunidad local a participación, a través de órganos propios, en el gobierno y administración de cuantos asuntos le atañen, graduándose la intensidad de esta participación en función de la relación entre intereses locales y supralocales dentro de tales asuntos o materias.»

La naturaleza del Estado autonómico, como Estado compuesto, influye decisivamente en el tradicional planteamiento de la Administración Local. El Estado autonómico no es reconducible al Estado federal ni al Estado regional. En aquéllos (Estados Unidos, Alemania) por lo que se refiere a este punto, el «régimen local» es competencia de los Estados; en el segundo (Italia) el Estado conserva amplios poderes sobre los entes locales.

El Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse sobre el tema en varias ocasiones. La garantía institucional juega en relación con las Comunidades Autónomas. Así, en la STC 84/1981, de 23 de diciembre:

«Si bien el grado superior de autonomía, que es el propio de las Comunidades, les otorga potencialmente un poder político y administrativo sobre los municipios y provincias que se incluyen en su territorio, éstas y aquéllas no de-

saparecen, ni se convierten en meras divisiones territoriales para el cumplimiento de los fines de la Comunidad, aunque puedan cumplir también esta función»,

de lo que se concluye el

«carácter bifronte del régimen jurídico de las autonomías locales en algunas Comunidades Autónomas, que hace imposible calificarlo, de forma unívoca, como “intracomunitario” o “extracomunitario”, no es contradictorio con la naturaleza que a las entidades locales atribuye la Constitución, cuyo artículo 137 concibe a municipios y provincias como elementos de división y organización del territorio del Estado.»

La doctrina ha vuelto a reiterarse en la STC 214/1989 sobre la LBRL, en donde se subraya la competencia del Estado frente a la de las CC. AA. La autonomía local está garantizada constitucionalmente; se trata de una garantía «general y configuradora de un modelo de Estado» y, por tanto, compete al Estado «la fijación de principios o criterios básicos en materia de organización y competencia». De conformidad con ello, como titulares de un derecho de autonomía constitucional, las Comunidades locales no pueden ser dejadas en lo que toca a la definición de sus competencias y la configuración de sus órganos de gobierno, a la interpretación que cada Comunidad Autónoma pueda hacer de ese derecho.

El Estado aparece aquí como garante de una organización común, tomando como fundamento el artículo 149.1.18 de la CE, según el cual el Estado tiene competencia exclusiva para regular las bases de todas las Administraciones Públicas, en una concepción quizá reduccionista de lo que son los entes locales en la Constitución.

El carácter bifronte antes enunciado ha sido matizado por la STC 331/1993, de 12 de noviembre, al señalar que «junto a la relación directa Estado-Corporaciones Locales existe también una relación, incluso más natural e intensa, entre éstas y las propias Comunidades Autónomas».

En definitiva, para lo que aquí importa, la relación de entes locales y Estado —no digamos de las CC. AA. y Estado— ha de ser planteada como articulación de ordenamientos jurídicos, muy lejos del sistema de tutela propio del Estado unitario y así lo ha reconocido el TC:

«Los problemas que plantea el Estado de las autonomías difícilmente pueden resolverse si no es desde la perspectiva, aún revitalizada, del pluralismo ordinamental» (STC 84/1982).

La unidad del Estado se consigue a través de una articulación de las partes que componen el sistema, para lo que el legislador ordinario ha de prever fórmulas y cauces de relación que realicen el principio constitucional de eficacia, sin merma de la autonomía de los respectivos entes.

Esa articulación de ordenamientos jurídicos que se corresponde con un «policentrismo de las fuentes del Derecho» se manifiesta en la distribución de competencias de acuerdo con el bloque constitucional, formado por la Constitución y los Estatutos de cada Comunidad Autónoma. El complicado esquema de tal distribución, sobre el que se ha pronunciado en numerosas ocasiones el TC al resolver otros tantos asuntos a él planteados, descansa en la distinción —no siempre clara— de competencias exclusivas del Estado, competencias concurrentes y competencias exclusivas de las CC. AA., en el bien entendido de que la jurisprudencia del TC ha configurado como exclusivas del Estado y de las CC. AA. las competencias que al primero corresponden sobre las bases de una materia y las que a las segundas corresponden sobre desarrollo legislativo y ejecución.

Las bases, estatales, tienen un sentido material y equivalen a «principios o criterios», «común denominador normativo», «marco de una política global», «directrices», cuya concreción no debe ser excesiva para que no impidan su eventual desarrollo mediante leyes de las CC. AA., y han de permitir que reflejen una pluralidad de soluciones o de políticas propias.

Los problemas que esto suscita son fácilmente imaginables, así como la incidencia en el tradicional tratamiento de las fuentes del Derecho administrativo, en concreto la relación entre ley y Reglamento, provocado por la dualidad bases estatales-desarrollo legislativo por las Comunidades Autónomas que obliga, más allá del principio de competencia, a plantear la relación como articulación de ordenamientos.

El Estado autonómico fortalece la pluralidad de Administraciones Públicas y abre nuevas perspectivas a los principios de coordinación y colaboración entre entes dotados de autonomía.

Las características del Estado antes descritas influyen decisivamente en la regulación constitucional de la Administración (12).

Pese a la ambivalencia que deriva de la distinta ubicación de estos pre-

---

(12) Se contiene fundamentalmente en los siguientes artículos:

— Artículo 97: «El Gobierno dirige la Administración civil y militar.»

— Artículo 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.»

— Artículo 106.1: «Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.»

ceptos en el texto constitucional, puede generalizarse que de estos preceptos se deduce que la funcionalidad constitucional de la Administración Pública es servir con objetividad y eficacia el interés general. Desde el carácter esencial de ese fin justificador del Estado ha de admitirse necesariamente el carácter permanente y estable de la Administración, que puede ligarse también al ejercicio de la función ejecutiva que, en la Constitución, corresponde al Gobierno en el Estado democrático. Ello equivale a configurar a la Administración como un auténtico poder público. La Constitución habla de poderes del Estado (art. 1.2) y de poderes constitucionales del Estado en el sentido tradicional de la teoría de la división de poderes (13), pero también utiliza la expresión «poderes públicos», con un alcance más amplio que el TC entiende como «concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio derivado de la soberanía del Estado» (STC 35/1983, de 11 de mayo).

Se trata de un poder público, pero subordinado o vicario, servicial, que actúa no sólo sometido al imperio del Derecho, sino también bajo la dirección del titular del poder —del Gobierno en el caso de la Administración del Estado—. El carácter democrático de éste legitima esa potestad de dirección que, al suponer la alternancia en el poder propia del pluralismo, requiere, sin embargo, que se asegure la neutralidad política de la Administración, lo que se expresa en el texto constitucional con el principio de objetividad y se reitera con la garantía de imparcialidad de los funcionarios públicos (art. 103.3 CE).

La objetividad del texto constitucional va más allá de la interdicción de la arbitrariedad, para referirse a una necesaria autonomía del poder político (14) que sólo encuentra límites en el sometimiento pleno a la ley —principio de legalidad— y al Derecho, dentro de lo cual ha de considerarse el sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifiquen, controlable acudiendo a principios generales del Derecho. La cláusula de sometimiento pleno aparece, pues, expresada como cláusula general que evite ámbitos inmunes de control de la actuación de la Administración (15).

---

(13) Para M. BAENA DEL ALCÁZAR: «Para una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo», en *Actualidad y perspectivas del Derecho público a fines del siglo XIX*, Homenaje al profesor Garrido Falla, vol. I, págs. 36 y sigs., la Constitución no acoge en modo alguno la tradicional división de poderes (legislativo, judicial, ejecutivo).

(14) También incluye —como dice la STC 77/1985, de 27 de junio— el mandato de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales.

(15) Los párrafos *b, c, d, e, f* de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa han sido declarados derogados por la Constitución por diversas sentencias y autos del Tribunal Constitucional (STC 39/1983 y STC 80/1983, *ad exemplum*).

Desde esta perspectiva ha de entenderse el principio de eficacia que define a la Administración Pública (16). El sometimiento pleno al Derecho no impide que se juzgue del cumplimiento o no del principio de eficacia y la invocación de éste no exime de su control jurisdiccional.

Aunque necesaria, la Administración cumple una función servicial. No determina inicialmente los intereses generales: esto es propio de los titulares del poder —el Parlamento y el Gobierno— (17) pero los sirve haciéndolos real en cada parcela o en cada aspecto de la vida social. Realizada la elección es preciso que se alcance del modo más efectivo, dentro del sometimiento pleno a la ley y al Derecho, mediante el procedimiento debido, entendido este ahora como cauce formal garantizador de los derechos de los ciudadanos.

El principio de eficacia opera como un imperativo para las Administraciones Públicas, que deben actuar de acuerdo con él, que opera en el *iter* que lleva desde el diseño del objetivo a su real y efectivo alcance, en los medios elegidos y no en el fin, en el resultado y no en la determinación del fin. Lo que da razón de ser a la Administración Pública es su cometido constitucional de servir eficazmente el interés general, aunque debe realizar su misión como poder público que es. Aquél es la expresión de las «necesidades sociales» y el hoy principio constitucional de eficacia equivale a lo que genérica y tradicionalmente se llama «buena Administración» (18).

La idea de la eficacia estaba presente ya en la preconstitucional Ley de Procedimiento Administrativo, elevándose ahora al nivel constitucional y reforzándose su valor a la luz del Estado social y democrático de Derecho; una de sus consecuencias, como dice la STC 178/1989, de 2 de noviembre, es «la plasmación real de sus valores en una organización que, legitimada democráticamente, asegure la eficacia en la resolución de los conflictos sociales y la satisfacción de las necesidades de la colectividad». Por eso la Administración Pública no es un poder transitorio u ocasional, sino permanente, que realiza una actividad continuada requerida por el no agotamiento de las aspiraciones y necesidades sociales, del interés general, en suma.

De acuerdo con ese principio la Administración tiene potestad para elegir medios, que supone no sólo una ejecución automática de mandatos precisos, omnicomprendivamente imposibles, sino también una cierta coparticipación en el desarrollo normativo.

---

(16) Cfr. *Documentación Administrativa*, núms. 218-219 (1989, «II Administración y Constitución: el principio de eficacia»).

(17) Cfr. L. LÓPEZ GUERRA: «Funciones del Gobierno y dirección política», *DA*, núm. 215 (1988), págs. 15 y sigs., en especial págs. 36-40.

(18) Cfr. WADE: *Loc. cit.*

Aunque vicario y servicial, como poder la Administración Pública goza de cierta autonomía y puede dictar disposiciones administrativas [art. 105.a) de la CE] y producir actos o resoluciones [art. 105.c) de la CE] que regulan la actividad de los ciudadanos y que inciden singularmente en sus situaciones, por lo que se reconoce la participación de estos en la elaboración de las disposiciones y la audiencia antes de la resolución.

Esta característica, que se predicaba de la Administración en la etapa anterior a la Constitución, adquiere después de ella nuevas facetas, dado que se ha erradicado la identificación más o menos explícita de Estado y Administración, que ha condicionado una parte de la teoría sobre la personificación de la Administración Pública y la construcción científica del Derecho administrativo, además de configurar la práctica (19).

*La Administración no asume los fines del Estado; sirve el interés general.* La idea de servicio supone una actitud no dominical, no sólo frente a Parlamento y Gobierno, en tanto representaciones y emanación de la soberanía popular, sino también respecto de otros entes públicos que, sin ser Administración, procuran la realización de los intereses generales que, en un Estado compuesto, es resultado de una operación articulada en la que intervienen el Estado y las Comunidades Autónomas, por determinación constitucional. Dicho en otros términos, la Administración Pública no tiene el monopolio de la realización del interés general, ni aquélla se reduce a la Administración del Estado.

Los principios de jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación que la Constitución enumera como características de la Administración tienen que ver con el principio de eficacia. Los de descentralización y coordinación tienen también que ver con el de autonomía que caracteriza al Estado compuesto de la Constitución española. Las Administraciones Públicas españolas han de responder a esos principios constitucionales que, obviamente, no pueden darse todos a la vez, de acuerdo con una interpretación razonable del artículo 103.1 de la Constitución, que evita el absurdo de exigir al mismo tiempo, por ejemplo, descentralización y desconcentración referidos a un mismo supuesto de hecho. El singular del artículo citado ha de ser entendido como expresivo de un género, como con otras palabras reconoce el Tribunal Constitucional (STC 87/1983, de 27 de octubre).

El principio de descentralización —que no se identifica con autonomía, ni administrativa, ni política— reclama traspaso de funciones y por lo que se refiere a la relación entre el Estado y Comunidades Autónomas el reconoci-

---

(19) Cfr. J. L. MEILÁN: «Sobre el acto administrativo y los privilegios de la Administración», *Actualidad administrativa*, núm. 10, 1987.

miento ordinario en favor de éstas de las competencias de ejecución en materias compartidas (20).

El principio de coordinación ha adquirido una nueva dimensión en el Estado autonómico, incrementándose su importancia al resultar incompatible la organización del Estado construida sobre autonomías con el principio de tutela para configurar la relación entre Estado y entidades locales. La dificultad de su configuración jurídica ha aumentado a la par que su necesidad (21) que viene confirmada por el legislador ordinario (22) y por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (23). En último término, se relaciona con el deber de lealtad que debe presidir las relaciones de Estado y Comunidades Autónomas.

### III. CUESTIONES ACTUALES DE LA ADMINISTRACION PUBLICA

Es preciso, ahora, examinar la incidencia que las cláusulas de Estado de Derecho, social, democrático y compuesto tienen en la configuración de la Administración Pública, desarrollando la regulación constitucional antes expuesta y aludiendo a algunos de los problemas actualmente planteados.

#### 1. *Potestades administrativas y privilegios de la Administración*

El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho se verifica por el correlativo control jurisdiccional, por «Jueces y Magistrados integrantes del Poder Judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley» (art. 117.1).

El sometimiento pleno no sólo significa la prohibición de ámbitos inmunes al control jurisdiccional, lo que ha supuesto la derogación de aquellos preceptos que excluían del contencioso-administrativo determinadas materias

(20) Cfr. J. L. MEILÁN: «Estado autonómico y Administraciones Públicas», *Revista Andaluza de Administración Pública*, núm. 16, 1993.

(21) Cfr. L. BLANCO DE TELLA: «El mito de la función coordinadora», en *Organización y procedimiento administrativo*, Madrid, 1975, del mismo autor, y F. GONZÁLEZ NAVARRO: *Documentación administrativa*, págs. 230-231, 1992.

(22) Cfr. artículos 55, 58, 59 de la Ley 5/1985, de Bases de Régimen Local, y artículo 5.1 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

(23) Cfr. STC 214/1989, de 21 de diciembre, y J. L. MEILÁN: «Autonomías y descentralización local», *REALA*, 243, 1989.

sobre las que recaía actividad de la Administración, sino también la revisión, cuando no la eliminación de privilegios que chocan con el reconocimiento constitucional de derechos fundamentales, especialmente el derecho a la tutela judicial efectiva previsto en el artículo 24 de la Constitución de reiterada invocación ante el Tribunal Constitucional y de aplicación frecuente por él mismo.

El Derecho administrativo continental está montado sobre la idea de prerrogativas o privilegios, de poderes exorbitantes del Derecho privado. Así lo declarará enfáticamente el Decano Hauriou: el «régime administratif» es un «Derecho de la equidad basado en la prerrogativa». No es del caso rastrear la sucesión en los privilegios desde el Antiguo Régimen al momento actual pasando por la acción y la onda de la Revolución francesa. El acto administrativo, concepto central, se define por un privilegio: el de la «decisión exécutoire». Son los privilegios del Príncipe que hereda sin solución de continuidad la Administración, identificada en un primer momento con el Rey, en virtud del principio monárquico acuñado para la restauración postnapoleónica y después mantenidos automáticamente.

No se trata de examinar ahora, uno por uno, los distintos privilegios o prerrogativas de la Administración. Sí en cambio es oportuno recordar que, en palabras de una STS de 27 de marzo de 1986 (Ponente, R. Mendizábal Allende):

«Las potestades que la Constitución y las leyes encomiendan a la Administración no son privilegios, sino instrumentos normales para el cumplimiento de sus fines y, en definitiva, para la satisfacción de los intereses generales.»

Las potestades no son un privilegio, en tanto poder considerado en sí mismo, indiscutible *a priori*, sino poderes mensurables por su fin en todas sus facetas. El canon de la proporcionalidad (24), de la razonabilidad, de la oportunidad, permiten la ponderación del uso de la potestad y su momento y su *quantum*. La actuación de la Administración no queda cubierta por el manto del privilegio. Sobre ella mandan los intereses generales, de los que es servidora; como poder público está sometida a la Constitución —incluidos los derechos fundamentales— y al resto del ordenamiento jurídico. La posición de la

---

(24) Véase, por todas, la STS de 16 de mayo de 1990 (Az. 4161, Ponente, F. J. Delgado Barrio), en la que se afirma el *carácter finalista* de este principio, que opera en tres direcciones distintas pero ligadas entre sí: en primer lugar constituye una «regla psicológica» que exige que el objetivo que la Administración trata de conseguir resulte subsumible en la finalidad acuñada por el ordenamiento jurídico al atribuir la potestad de cuya actuación se trate; en segundo lugar, los medios utilizados por la Administración han de ser proporcionados, no excesivos, en relación con la finalidad perseguida; en último término, las medidas puestas en juego han de ser idóneas, aptas, para la realización del correcto fin perseguido.

Administración Pública en un Estado social y democrático de Derecho debe estar, por ello, en las antípodas de «la razón de Estado».

Desde esa perspectiva constitucional, con base en el artículo 106 de la Constitución en relación con la actuación de la Administración Pública y el derecho a la tutela judicial efectiva reconocida en el artículo 24 es preciso depurar los tradicionales privilegios de la Administración, muchos de ellos condensados artificialmente en un «inencontrable» privilegio de autotutela, que daría sentido a la variedad y pluralidad de aquéllos (25).

Se comprende que esa relectura de los privilegios de la Administración tenga una especial incidencia en el sistema del contencioso-administrativo. A la luz de la Constitución cobran nuevo vigor afirmaciones de la Exposición de Motivos de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956 acerca del contencioso-administrativo como un «proceso entre partes», la relevancia de la pretensión como objeto del recurso y, por ende, la relativización del carácter revisor de la citada jurisdicción, con pérdida de protagonismo del acto administrativo, en sentido estricto, o resolución dotada, a su vez, de los privilegios de la «décision exécutoire».

La concepción constitucional ha colocado en su adecuado lugar el cometido de la Administración en cuanto a la ejecución de sentencias que se ciñe a colaborar con los Tribunales, a quienes corresponde aquella función, aunque la práctica y algún precepto conserven parte de la situación anterior (26).

El choque de esta concepción con el Estado social y democrático de Derecho se produce de un modo espectacular en materia de potestad sancionadora de la Administración. El derecho a la presunción de inocencia se enfrenta con el privilegio de la ejecución del acto administrativo y la presunción de su legitimidad. En tanto la sanción no sea firme el acto no puede ejecutarse. La jurisprudencia, que había realizado tan progresiva afirmación, la ha matizado posteriormente refiriendo la firmeza a la vía administrativa.

---

(25) Crítico con la «autotutela» de la Administración es J. A. SANTAMARÍA (*op. cit.*, págs. 215 y sigs.), que subraya la producción de «adherencias de la autotutela ... sólo explicables en términos de arrastre histórico y de compatibilidad más que dudosa con el texto constitucional» (págs. 216-217).

(26) El artículo 117.3 de la Constitución —competencia de Juzgados y Tribunales para juzgar y ejecutar lo juzgado— ha sido desarrollado por el artículo 18.2 de la Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, del Poder Judicial y a su luz se han reinterpretado jurisdiccionalmente las potestades de la Administración reconocidas en los artículos 103 y sigs. de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa como «colaboración con Jueces y Tribunales en la ejecución de las sentencias» a que se refieren los artículos 118 de la CE, y el 17 de la citada Ley Orgánica del Poder Judicial. Cfr. T. FONT I LLOVET: *La ejecución de las sentencias contencioso-administrativas. Aspectos constitucionales*, Madrid, 1985; M. BELTRÁN DE FELIPE: *El poder de sustitución en la ejecución de las sentencias condenatorias de la Administración*, Madrid, 1995.

La vía queda abierta y existe mucho trecho por andar, en unos casos, para no utilizar en beneficio de la Administración Pública, como encarnadora forzosa del interés general y no como su servidora, instituciones nacidas para protección del ciudadano frente a la inactividad o pasividad de aquélla, como es el caso del silencio administrativo. La no respuesta a una petición de un ciudadano, el no cumplimiento por la Administración de su obligación de resolver no debería permitir la utilización de su fuerza ejecutiva (27).

En otros casos, aunque no pueda afirmarse la aplicación estricta del principio de legalidad como «vinculación positiva», la posición interesada de la Administración para promover iniciativas de los particulares en la consecución de objetivos de interés general conduce a que aquélla no pueda desligarse fácilmente de sus convocatorias de ayudas públicas u otros estímulos configurados tradicionalmente como medidas de fomento (28). El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho de la Administración se manifiesta por la vinculación al fin, mientras éste subsiste razonablemente, en el que influye el carácter social del Estado de Derecho de la Constitución.

## 2. Entes instrumentales y utilización del Derecho privado

El sometimiento pleno a la Ley y al Derecho ha sido cuestionado con la creación, dentro de la genéricamente denominada Administración instrumental (29), de entes, con personalidad jurídica pública, pero sometidos en su actuación al Derecho privado.

El problema se plantea a partir de la aplicación del artículo 6 de la preconstitucional Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 que engloba, bajo el rótulo de sociedades estatales, sociedades mercantiles con participación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos —que a su vez pueden ser de carácter administrativo o comercial, industrial, financiero o análogos— y demás entidades de Derecho Público y entidades de Derecho Público sometidas al ordenamiento jurídico privado. El apartado 5 del citado artículo remite para el resto de los entes del sector público a su normativa específica.

Las leyes de presupuestos a partir de 1988 han hecho un uso frecuente de

---

(27) Cfr. *Sobre el acto administrativo*, loc. cit.

(28) Cfr. C. AYMERICH: *Ayudas públicas y Estado autonómico*, A Coruña, 1994, con prólogo de J. L. MEILÁN.

(29) Cfr. *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, Madrid, 1994; G. ARIÑO: *Economía y Estado*, Madrid, 1993.

ese precepto (y las Comunidades Autónomas han imitado al Estado) (30), con invocación del principio de eficacia en la onda general de privatizaciones y desregulaciones, que ha sido objeto de críticas bastante generalizadas por lo que se ha denominado «huida del Derecho administrativo» (31), entendida como vía para escapar de las exigencias y controles que aquél supone para la actuación de la Administración Pública.

Lo que se cuestiona no es tanto que actividades del Estado, conducentes a la «dación de bienes al mercado», en la acuñada expresión de Villar Palasí (32), estén sometidas al Derecho privado, cuanto que funciones públicas o servicios públicos se cobijen bajo él. En un juego de palabras se ha dicho que «había sido frecuente en nuestro propio ordenamiento la realidad de entidades públicas-empresas», pero ahora «estamos frente a un fenómeno distinto: el de las sociedades mercantiles-Administraciones Públicas» (33). El verdadero problema jurídico se dice que «se plantea cuando un ente estructuralmente público desarrolla su actividad, o parte de ella, en régimen jurídico-privado» (34), lo que, en definitiva, supone la ruptura o disociación de «forma» y «régimen jurídico» (Garrido), que se entiende como aceptación de «libertad de elección de formas» (Sala).

La adscripción legal de todos los entes instrumentales que ofrece el Derecho positivo a las categorías de la Ley General Presupuestaria es, ciertamente, artificial y en no pocos casos contradictoria con otros análogos coetáneos o con su propia calificación anterior.

El problema, con todo, no se plantea en relación con una más apropiada clasificación de la Ley General Presupuestaria, sino con la calificación de aquellos entes que no desarrollan actividades de servicio público (RENFE, FEVE), financieras (Instituto de Crédito Oficial, ICO), comerciales (Empresa Nacional de Transportes de Viajeros por Carretera, ENATCAR), sino fun-

(30) Cfr. J. RODRÍGUEZ-ARANA: *O sector público económico galego*, Santiago de Compostela, 1993. A título de ejemplo, el Decreto autonómico 377/1991, de 19 de septiembre, creó la empresa pública «Xestión Xacobeo-93, S. A.», con capital de cien millones íntegramente desembolsado por la Xunta de Galicia.

(31) Un resumen de la cuestión, con opiniones a favor y en contra en SILVIA DEL SAZ: «La huida del Derecho administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas», *RAP*, 133, 1994, págs. 57 y sigs. La expresión proviene de Fleiner, como recuerda J. M. SALA: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *REDA*, 75, 1992, pág. 399.

(32) Cfr. su trabajo ya clásico «La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo», *RAP*, 3, 1950, págs. 54 y sigs.

(33) S. MARTÍN-RETORTILLO: «Las empresas públicas. Reflexiones en el momento presente», *RAP*, 126, 1991.

(34) F. GARRIDO FALLA: «Un tema de seguridad jurídica: la regulación de los entes instrumentales», *REDA*, 79, 1993, pág. 391.

ciones administrativas, de las que quizá el caso más sobresaliente sea el de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, creada por la Ley de Presupuestos para 1991, como «la organización administrativa responsable, en nombre y por cuenta del Estado, de la aplicación efectiva del sistema tributario estatal», como principal misión, y calificada como «Ente de Derecho Público de los previstos en el artículo 6.5 de la Ley General Presupuestaria, con personalidad jurídica propia y plena capacidad pública y privada».

La invocación del principio constitucional de eficacia y la clasificación preconstitucional de la Ley General Presupuestaria proporcionan la cobertura jurídica formal de decisiones que suponen evitar el control presupuestario, la aplicación de la legislación de Contratos del Estado, o de Funcionarios o de Patrimonio. ¿En todos los casos es ello razonable? ¿Se trata de una «huida del Derecho administrativo» o de una «huida del Derecho»? ¿Hasta qué punto y de qué modo es correcta la utilización instrumental del Derecho mercantil por la Administración Pública?

Interesa aquí plantear la cuestión desde el punto de vista teórico, con abstracción de las posibles corruptelas que la práctica del Poder genera, por muy lacerantes que sean y por apremiante que se sienta su erradicación. Una cosa es lo que se ha denominado «fuga dolosa del Derecho administrativo» (Del Saz) o «apostasía del Derecho administrativo» (Garrido) que aluden a fenómenos patológicos —por frecuentes que sean— que buscan a la vez disfrutar de las ventajas del ordenamiento público y del privado sin tener que soportar sus inconvenientes (Sala) y otra es que no se pueda aplicar el Derecho privado por la Administración, incluso en las situaciones límites denunciadas, como la Agencia Estatal de la Administración Tributaria y no digamos en materia de puertos o para el Consejo Económico-Social, cuya composición y funciones permiten una regulación diferenciada respecto de los tradicionales organismos autónomos de la Administración.

Una cosa es la forma jurídica adoptada por la Administración para ejercer sus funciones o cometidos y otra el modo concreto de su control jurisdiccional. Por último, una cosa es la posibilidad teórica y otra su conveniencia.

En los mismos contradictores de la citada «huida» se admite su posibilidad para algunos supuestos, en concreto, cuando se actúa dentro de las reglas del mercado, y no en régimen de monopolio.

La imposibilidad de lo que se califica como huida ha querido sostenerse con apoyo en una pretendida «cláusula constitucional de reserva de Derecho administrativo» (35).

---

(35) Cfr. SILVIA DE SAZ: «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional» en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992,

De entrada ha de recordarse que la Constitución en su artículo 103 sólo habla del sometimiento pleno a la ley y al Derecho, sin especificar que sea necesariamente al Derecho administrativo. Los artículos de la CE que, fundamentalmente, se citan en apoyo de aquella tesis son susceptibles, cuando menos, de interpretarse de un modo distinto. El artículo 153.3 no debe interpretarse en su estricta literalidad, como excluyente de control por tribunales ordinarios cuando la realidad legislativa de las propias Comunidades Autónomas evidencian esta posibilidad, sino como uno de los controles que enumera el artículo (Tribunal Constitucional, Gobierno de la Nación). El artículo 103.3 no excluye que exista, además del personal funcionario, otro tipo de personal sujeto al Derecho laboral, independientemente de su valoración; otra cosa sería si se produjese la total laboralización del personal. Algo equivalente habría que decir del artículo 128.2 de la Constitución: la actividad pública en materia económica tiene como límite la garantía de la economía de mercado y la libertad de empresa. Y, en fin, el artículo 106, al referirse a la legalidad de la actuación administrativa, no hay por qué necesariamente limitarla a actos administrativos sujetos al Derecho administrativo.

Ayuda, a mi entender, a enturbiar la cuestión la identificación del control jurisdiccional por lo que se entiende por Administración Pública, que el Derecho positivo se ha encargado de negar, al admitir el control por la jurisdicción contencioso-administrativa de actos que no proceden de ninguna Administración Pública (Cortes Generales, Tribunal de Cuentas, Consejo General del Poder Judicial, etc.) sino, genéricamente, «de los poderes públicos españoles» (art. 24 de la LOPJ). Y, de otra parte, ni en España, ni fuera de ella, ha sido imposible que actos —contratos— de la Administración sometidos al Derecho privado sean fiscalizados por la misma jurisdicción que controla los actos administrativos en sentido estricto (36).

El problema, por tanto, se traslada a lo que deba entenderse por Administración y al ámbito de la jurisdicción especializada, como el contencioso-administrativo en España, en un plano teórico, y a la adecuación del propio Derecho administrativo, incluida la jurisdicción contencioso-administrativa, a las nuevas necesidades sociales, que han estado siempre presentes en la justificación del abandono de aquél (37).

Es paladino que cuando el legislador somete el tradicional servicio público

---

págs. 184-186, y R. PARADA: *Derecho administrativo. Organización y empleo público*, 8.ª ed., Madrid, 1994, pág. 234.

(36) En ese sentido es muy ilustrativa la dificultad para ser admitido el contrato administrativo en el Derecho alemán o la construcción de las cosas públicas en el mismo Derecho.

(37) Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ: *Op. cit.*

de correos o la tradicional función recaudatoria de los impuestos a un régimen de Derecho privado lo hace oficialmente en virtud del principio de eficacia, buscando flexibilidad en el reclutamiento o retribución del personal, en la contratación, el control, separándose del estatuto de la función pública, o del régimen jurídico de los contratos públicos, o de la intervención de Hacienda que se sustituye por auditorías privadas.

En mi opinión la forma jurídica no es concluyente. Es cierto que cuando la Administración actúa como persona privada no deja de ser Administración (38). Lo que justifica la actuación es el fin a que se sirve y si éste son los intereses generales nos encontraremos en todo caso ante Administración Pública, ante un auténtico poder público. Es el servicio eficaz a esos intereses generales, que recoge el artículo 103 de la Constitución, lo que justifica el uso instrumental de cualquier fórmula organizativa, siempre con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, que no se concreta que debe ser el Derecho administrativo (39).

La razón de ser de la Administración Pública es la satisfacción eficaz de esos intereses generales que ha de realizar de acuerdo con las pautas constitucionales de objetividad y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho. Pero esas pautas no son el objetivo de la Administración, no constituyen el fin que justifica su existencia. Aquel servicio, como actividad de realización, legitima estructural y funcionalmente a la Administración Pública. Por eso se ha dicho, con acierto, que «se encuentra ligada de manera positiva a los intereses generales» y que «únicamente puede actuar en prosecución de los mismos» (40). Que eso haga impropio o no que se hable de actividad privada de la Administración es una cuestión predominantemente semántica, si es que no traduce un esquema dialéctico de lo público y lo privado, de tan arraigada tradición como necesaria revisión, entendidos como universos ontológicos incommunicables (41).

(38) S. DEL SAZ: *Op. cit.*, pág. 176.

(39) En el mismo sentido A. MENÉNDEZ REXACH habla en su «Proyecto docente e investigador», 1990, del relativismo de las formas jurídicas utilizadas, dado que la Constitución pone el acento en la consecución de unos fines —los intereses generales— y no en las formas jurídicas ni en los medios instrumentales utilizados para ello. Por ello propone un concepto material de Administración Pública en virtud del cual se supere la dicotomía de formas públicas y privadas en beneficio de la garantía de los particulares frente al poder público. *Apud*, J. M. SALA: *Op. cit.*, pág. 407.

(40) J. C. LAGUNA: *Las empresas públicas de promoción regional. La empresa pública como instrumento de gestión de ayudas*, Madrid, 1991, pág. 293.

(41) Cfr. A. LLANO: *La nueva sensibilidad*, Madrid, 1988. Por un «ordenamiento privado de mayor contenido social» y en consecuencia por una «aproximación del Derecho patrimonial público y privado se ha manifestado AURELIO MENÉNDEZ en su Discurso de investidura como Doctor "Honoris Causa" (Oviedo, 1994)», *apud* ADOLFO MENÉNDEZ: «La empresa y las Administraciones Públicas. La nueva perspectiva y la respuesta de la Ley 30/1992», en *Actualidad Administrativa*, 20, 1995.

Esa vinculación a los intereses generales, ordenada bajo la ambivalencia del «servir» constitucional, orienta hacia una consideración dominante de la concepción material de la Administración que, obviamente, conlleva consecuencias diferentes a las que se desprenden de una aproximación preferentemente subjetiva o formal (42).

La tesis fue formulada hace tiempo por Forsthoff —«la empresa pública es una forma de organización de la Administración Pública, aunque adopte una forma jurídico-privada» (43)— no es ajena a otros ordenamientos jurídicos (44) y encuentra respaldo en el Derecho comunitario y en la jurisprudencia del TC español.

Adoptada una forma jurídico-privada, la congruencia de la elección exige la no titularidad y ejercicio de potestades administrativas, ni el goce de privilegios, incluidos los fiscales (45).

Desde la perspectiva del Derecho Comunitario esta idea pone de manifiesto la preocupación del legislador comunitario de que los Estados miembros no contravengan los principios inspiradores del Tratado de Roma en el ámbito de la libre competencia (46). Y de ahí las palabras del Tribunal Supremo en su sentencia de 6 de septiembre de 1989:

«La coexistencia de empresas públicas con fines empresariales (art. 128.2 de la Constitución) y empresas privadas (art. 38 de la misma) en el marco de una

---

(42) Sobre la importancia de los intereses colectivos —que figuraban en la primera redacción del artículo 103.f) de la Constitución—, equivalentes a los «intereses generales» del texto finalmente aprobado, llámé la atención en *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ahora en este libro.

En la misma dirección, con mayor radicalidad, L. DE LA MORENA: «Derecho público e interés público: correlaciones básicas», *RAP*, 100-102, 1983, págs. 848-849.

Por una concepción funcional y material de la Administración se decanta A. GALLEGO ANABITARTE, *apud* LAGUNA: *Op. cit.*, págs. 299 y 304. En el mismo sentido, A. MENÉNDEZ..., *op. cit.*

(43) Cfr. E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., Madrid, 1958, págs. 653 y sigs. Un resumen del «Verwaltungsprivatrecht» y su controversia en LAGUNA: *Op. cit.*, págs. 301-314.

(44) Cfr. GRANT JORDAN: *The British Administrative System. Principles versus Practice*, Londres, 1994, cap. 6, «Public and private. Boxes or mirrors» (existen muchas razones por las que el Gobierno desea usar al sector privado para realizar servicios «pero esas actividades siguen siendo públicas», págs. 174-175).

(45) Respecto a la comunicabilidad de principios fiscales, véase la sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Galicia de 22 de julio de 1992. Sobre la crítica a la comunicabilidad de privilegios cfr. J. L. MEILÁN: *Empresas públicas y turismo*, Madrid, 1967.

(46) Así lo ha reconocido la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en su sentencia de 17 de octubre de 1989, a fin de evitar distorsiones de la competencia en relación con la aplicación del IVA.

economía de mercado, y la pertenencia de España a la Comunidad Económica Europea, exigen que se garantice y salvaguarde la libre competencia, y para ello han de regir las mismas reglas para ambos sectores de producción público y privado. Por tanto, las empresas públicas que actúen en el mercado se han de someter a las mismas cargas sociales, fiscales, financieras y de toda índole que afecten a las privadas y a sus mismos riesgos, sin poder gozar de privilegios de ningún tipo, pues ello podría impedir, restringir o falsear el juego de la libre competencia del mercado vulnerando el artículo 85 del Tratado de Roma, no pudiendo tampoco estas empresas de capital público prevalecerse de ninguna forma de posición dominante ni subordinar la celebración de contratos a la aceptación por los otros contratantes de prestaciones suplementarias que por su naturaleza o según los usos mercantiles, no guarden relación alguna con el objeto de dichos contratos (art. 86 del mismo Tratado); y no pueden, por último, estas empresas privadas de capital público recibir ayudas ni subvenciones de fondos públicos de ninguna clase, con las solas salvedades que enumeran los apartados 2 y 3 del artículo 92 del Tratado, y aún siempre sometiendo previamente las excepciones (con una antelación mínima de tres meses antes de poder aplicarlas) a la consideración de la Comisión de Mercado Común (art. 93.3 del Tratado y 1.1 del Real Decreto 1.755/1987, de 23 de diciembre).»

Efectivamente, el artículo 90 del Tratado de Roma consagra el principio general de paridad de trato entre empresas públicas y privadas, que se concreta en la prohibición de que los Estados miembros adopten medidas contrarias a los objetivos del Tratado respecto a sus empresas públicas, por ejemplo ofertando ayudas incompatibles con el Mercado Común y vulneradoras de las reglas sobre la libre competencia (art. 92). Usando la habilitación del párrafo 3 del artículo 90, se aprobó la Directiva 80/723/CEE de la Comisión de 25 de junio de 1980, sobre transparencia de las relaciones financieras entre los Estados miembros y las empresas públicas (47), que define la empresa pública como «cualquier empresa en la que los poderes públicos puedan ejercer, directa o indirectamente, una influencia dominante en razón de la propiedad de la participación financiera o de las normas que la rigen», concretando las diferentes formas en que puede manifestarse la posición dominante (mayoría de capital, o de votos, o de posibilidad de designar más de la mitad de órganos de dirección, administración o vigilancia de la empresa) (48). Aunque también ha

---

(47) Modificada posteriormente por la Directiva 85/413/CEE, de 28 de agosto, ampliando el ámbito de la anterior.

(48) Véase el artículo 2 de la Directiva citada. El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea ha tenido ocasión de pronunciarse sobre la cuestión en una sentencia de 16 de junio de 1987 (As. 118/85), comentada por J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: *Noticias CEE*, núm. 42, págs. 163 y sigs.; «Indiferencia de la forma jurídica para el concepto de empresa pública». En esa ocasión

de reconocerse que la interpretación del artículo 55, en relación con el 48.4, ha conducido a un concepto restrictivo de Administración Pública para justificar la excepción a la libertad de establecimiento realizada en favor del derecho de los ciudadanos.

La STC 14/1986, de 31 de enero, se decanta a favor del reconocimiento de estos entes instrumentales sometidos al Derecho privado como Administración Pública, ya que

«remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho Privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica.

En sus relaciones con terceros, va a producirse bajo un régimen de Derecho Privado, pero internacionalmente tal sociedad es realmente una pertenencia de la Administración, que aparece como socio exclusivo de la misma, un ente institucional propio de la misma».

La perspectiva internacional, y más concretamente comunitaria, es decisiva por encima de las calificaciones del Derecho interno (caso KIO) (49).

---

se planteó el conflicto por la negativa de Italia a suministrar información a la Comisión sobre las relaciones financieras del sector tabacos manufacturados, entendiéndose que la «Amministrazione Autonoma dei Monopoli di Stato» no podía considerarse empresa pública en el sentido del artículo 2 de la Directiva citada por tratarse de una organización administrativa sin personalidad jurídica diferenciada. El Tribunal afirma, por un lado, que dicha «Amministrazione» participa en la actividad económica ofertando bienes y servicios al mercado. Por otro lado, dice que la finalidad esencial de la Directiva es la eficaz aplicación a las empresas públicas del régimen de ayudas estatales, distinguiendo claramente su papel en cuanto poder público y en cuanto propietario; pues bien, para este fin es indiferente que el Estado realice esas actividades por medio de una entidad distinta sobre la que ostente una influencia dominante o que las lleve a cabo de una manera directa, a través de un órgano de la Administración Pública. La personalidad jurídica es un elemento accidental, de carácter puramente instrumental. Se trata de una simple decisión organizativa que no altera la sustancia de la intervención pública. Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ: *Op. cit.*, pág. 167. Véase, en general, sobre el principio comunitario de igualdad de trato a empresas públicas y privadas, J. W. RODRÍGUEZ CURIEL: *Ayudas de Estado a empresas públicas*, Madrid, 1990.

(49) Esta sentencia mantiene la línea iniciada por el Tribunal Constitucional que extendió la calificación de «poder público» al ente público TVE, S. A., a los efectos de interposición de un recurso de amparo: «La noción de poderes públicos que utiliza nuestra Constitución sirve como concepto genérico que incluye a todos aquellos entes (y sus órganos) que ejercen un poder de imperio, derivado de la soberanía del Estado y procedente, en consecuencia, a través de una media-

Esta última perspectiva es extrapolable al derecho interno, en las relaciones entre el Estado y las Comunidades Autónomas. En la STC 52/1995, de 24 de febrero (50), se afirma:

«Que la Administración actúe sometida al Derecho mercantil o civil no la exonera de su deber de respetar el orden constitucional de competencias. Resulta indiferente que su actuación sea llevada a cabo a través de órganos y servicios encuadrados en su organización matriz, o que por el contrario sea realizada por entidades con personalidad jurídica propia, pero controladas y dirigidas por la Administración del Estado. Tanto en un supuesto como en el otro, los actos emanados de la Administración estatal deben circunscribirse al ámbito que el bloque de la constitucionalidad mantiene como competencia del Estado, y deben respetar los ámbitos que cada Estatuto de Autonomía ha atribuido a la competencia de la respectiva Comunidad Autónoma» (FJ. 5).

Y, tras reiterar la doctrina vertida en la STC 14/1986, citada *supra*, concluye:

«La instrumentalidad de los entes que se personifican o que funcionan de acuerdo con el Derecho privado, remiten su titularidad final a una instancia administrativa inequívocamente pública, como público es también el ámbito interno de las relaciones que conexionan dichos entes con la Administración de la que dependen, tratándose en definitiva de la utilización por la Administración de técnicas ofrecidas por el Derecho privado, como un medio práctico de ampliar su acción social y económica. Ahora bien, esa acción por parte de la Administración no puede desbordar en ningún caso los límites trazados por el orden constitucional de competencias. Admitir lo contrario sería tanto como aceptar que basta convertir *Direcciones Generales*, y otros centros directivos de los Departamentos que forman la Administración del Estado, en sociedades anónimas u otros entes sometidos al Derecho privado, para ignorar y burlar la distribución territorial de competencias establecida por el bloque de la constitucionalidad. La capacidad jurídico-privada de los entes administrativos no es título de competencia, y su ejercicio debe respetar el orden constitucional de competencias.»

---

ción más o menos larga, del propio pueblo. Esta noción no es, sin duda, coincidente con la de "servicio público", pero lo "público" establece entre ambas una conexión que tampoco cabe desconocer, pues las funciones calificadas como servicios públicos quedan colocadas por ello, y con independencia de cuál sea el título (autorización, concesión, etc.) que hace posible su prestación, en una especial relación de dependencia respecto de los "poderes públicos"...» (STC de 11 de mayo de 1983).

(50) A propósito del conflicto de competencia promovido por la Junta de Andalucía frente al Gobierno de la Nación en relación con un Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se autorizó la enajenación al ICONA de la entidad «La Almoraima, S. A.».

En parecido sentido, la sentencia del TS de 25 de julio de 1994 (Az. 6049, ponente magistrado, Antonio Nabal Recio) aborda la problemática planteada por la generalización de entes instrumentales y la correlativa tendencia a dotarlos de, en palabras del TS, «un régimen jurídico más operativo que el administrativo común, con las correlativas ventajas y los muy graves riesgos que ello comporta». Añade el Tribunal que

«como el fenómeno se ha extendido a los más variados ramos de la actuación administrativa, no es fácil una valoración unitaria (...). Sin embargo, la exención de los trámites (en el caso examinado en la sentencia, trámites contractuales) no comporta sin más exoneración de los principios institucionales de la contratación administrativa como pueden ser los de publicidad y concurrencia, y su cumplimiento no puede dejar de ser competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa» (51).

La nueva Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de 18 de mayo de 1995 recoge esa doctrina jurisprudencial. El ámbito de aplicación subjetiva de la ley, según su artículo 1, abarca a las entidades de Derecho Público «vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas por haber sido creadas» para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil o porque sobre ellas tengan, en definitiva, una «posición dominante» —aunque no se emplee esta expresión comunitaria— las Administraciones Públicas y otras entidades de Derecho Público (financiación mayoritaria, control de la gestión, participación mayoritaria de órganos de administración, dirección o de vigilancia).

(51) Estas consideraciones vertidas por el TS podrían entenderse como recepción jurisprudencial de la doctrina del «Derecho privado administrativo» y, correlativamente, de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa para fiscalizar estos actos administrativos separables en los procedimientos de contratación privada realizados por estos entes instrumentales. Es más, esta sentencia —que, por cierto, en el caso concreto por ella examinado (concesión por la Entidad Autónoma de Juegos y Apuestas de la Generalitat de Cataluña de un contrato para la información, sistemas, equipos, materiales, suministros y servicios necesarios para poner en marcha y explotar juegos de lotería organizados) considera cumplidos «incluso de manera casi escrupulosa» los antes referidos principios— alude directamente a la DT 6.ª de la nueva Ley de Contratos como «buen ejemplo» de esta aplicación de los principios de la contratación administrativa a la contratación de entes instrumentales sujetos al Derecho privado, en la línea de lo ya previsto, si bien con rango infralegal, en la DT 2.ª del antiguo RCE (cfr., FJ. 1.º, *in fine*, de la sentencia comentada). A ella se refería el artículo 103 de la Ley de Presupuestos para 1991 en relación con la Agencia Estatal de la Administración Tributaria.

Cfr. J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ: «Examen de la contratación de los entes instrumentales. Estudio especial del Derecho comunitario», en *Cuadernos de Derecho Judicial. Eficacia, discrecionalidad y control judicial en el ámbito administrativo*, págs. 349 y sigs.

Las entidades públicas en las que no concurren los anteriores requisitos, dice el artículo 2, quedan, sin embargo, sujetas a las prescripciones de la citada Ley «relativas a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación» respecto a determinados contratos de Derecho Privado (52) que, en ese sentido, son configurables como actos separados, sometidos al orden jurisdiccional contencioso-administrativo, como los de cualquier contrato privado de las Administraciones Públicas (art. 9).

Un ejemplo de cómo pueden combinarse, sin confusión, régimen privado y funciones públicas lo ofrece el ente público «Puertos de Galicia» (53). Es entidad de Derecho público que sujeta su actividad al ordenamiento jurídico privado excepto en el ejercicio de las funciones públicas que expresamente les atribuye la Ley de su creación y el Reglamento, algunas tan claras como las que se refieren al dominio público.

Interesa subrayar, en el sentido que se viene exponiendo, que la prestación de los servicios portuarios se hará a través «de las formas de gestión más convenientes para el interés público»; que se someten al Derecho Privado fundamentalmente las relaciones externas que no se refieran al dominio público, las adquisiciones patrimoniales y la contratación. Pero en este caso se prevén la elaboración de «cláusulas o estipulaciones generales rectoras de su contratación», aprobadas por la Administración, y en todo caso los procedimientos tendrán en cuenta «los principios de publicidad y concurrencia propios de la contratación del sector público».

El criterio del fin —la eficaz consecución de los intereses generales es determinante de la legitimidad de la creación de un ente público —empresa pública— sometido al Derecho privado. No existe absoluta libertad de creación de estos entes que, en todo caso, deben estar sometidos al Derecho, de un modo congruente, sin comunicación de potestades administrativas, pero con adopción de reglas que sean coherentes con la finalidad perseguida. En ese sentido se manifiesta una interesante STS de 10 de octubre de 1989 (Az. 7352), con expresa referencia al artículo 103 de la CE:

«La creación de empresas públicas para fines empresariales es legalmente posible, pero está sujeta a la doble condición de que la actividad empresarial que

---

(52) Contratos de obras y contratos de consultoría y asistencia, de servicios y trabajos específicos y concretos no habituales relacionados con los primeros que no excedan de una determinada cantidad y que la principal fuente de financiación de los contratos proceda de transferencias o aportaciones de capital provenientes directa o indirectamente de las Administraciones Públicas.

(53) Creado por la Ley autonómica 5/1994 de 29 de noviembre. Su Reglamento fue aprobado por Decreto 227/1995, de 20 de julio. Para las actividades portuarias que no conlleven el ejercicio de funciones públicas podrán crearse sociedades mercantiles dependientes del Ente público.

se vaya a desarrollar con la empresa pública sea una actividad de indudable interés público apreciable y apreciado en el momento de su creación, y que en el ejercicio de la actividad económica empresarial de que se trate la empresa pública se someta sin excepción ni privilegio alguno directo ni indirecto a las mismas reglas de libre competencia que rigen el mercado.»

Es Administración la que actúa, aunque utilice instrumentalmente el Derecho privado. Esto no impide el control de aquélla. En sus relaciones sometidas al Derecho privado no puede dejar de actuar de «buena fe», conforme a la confianza que debe generar en quien con ella se relaciona. El principio rige cuando se trata de un órgano de la Administración o cuando se trata de una sociedad, por ejemplo de capital íntegramente estatal o autonómico.

La Administración, sometida en su actuación al Derecho privado, no tiene que respetar la igualdad o el «régimen de cola» cuando la actividad no es un servicio público, aunque sí debe evitar la discriminación en el sentido último del derecho a la igualdad del artículo 14 de la Constitución.

El control se verificará, en buena medida, *a posteriori*, por la comprobación de los resultados en la que se concreta, evidentemente, la eficacia. Y se realizará tanto por los accionistas, si existen, cuanto por medios de auditorías y del control parlamentario y de la opinión pública, no siempre menos eficaces que una intervención *a priori* que se desentiende del seguimiento de la actuación. Todo el énfasis que se pone en la selección del contratista no debería responder a una pura cuestión de objetividad —sociológicamente muy significativa y de calificación nada positiva— sino de eficacia, sometida a la ley y al Derecho.

La contratación privada y la gestión de la empresa privada, por mucho que descansen en el teórico principio de la autonomía de la voluntad, no son incompatibles con la utilización de cláusulas generales y vinculaciones que la trasciendan.

La realidad es lo definitivo y para ello, como en el Derecho de sociedades mercantiles, es preciso utilizar la técnica del *disregard of legal entity* (54), «le-

---

(54) Esta doctrina, que permitió en sus orígenes a la jurisprudencia norteamericana prescindir o superar la forma externa de la personalidad jurídica para, penetrando a través de ella, alcanzar a las personas y a los bienes que se amparan bajo su cobertura, rebasó el Derecho de sociedades para proyectarse sobre la empresa pública. Véanse A. PÉREZ MORENO: *La forma jurídica de las empresas públicas*, Sevilla, 1969; P. DE MIGUEL GARCÍA: *El intervencionismo y la empresa pública*, Madrid, 1974; R. DE ANGEL YÁGUEZ: *La doctrina del levantamiento del velo de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, Madrid, 1990.

El Tribunal Supremo ha echado mano de esta técnica en diversas ocasiones. Véase, por todas, las Sentencias de 28 de mayo de 1984 y de 2 de abril de 1990, en las que se defiende «la tesis y

vantar el velo de la persona jurídica» para ver, más allá de la forma, el sustrato real y si debajo de él aparece el poder público que llamamos Administración Pública y que se justifica en su servicio eficaz a los intereses generales. El papel clave de la personalidad jurídica, que en un Estado unitario y centralizado explicaba satisfactoriamente el máximo fenómeno de articulación interna, que es la descentralización (55), ocupa un segundo plano y cede ante el examen de la realidad. No basta el dato formal de una personalidad jurídica; es necesario el levantamiento del velo, con importantes consecuencias a la hora de la principal de las funciones de la personalidad jurídica, como es el ser centro de imputación de actos, que se evidencia en los supuestos de la responsabilidad (56), para cuya exigencia sería conveniente la unificación jurisdiccional.

Todo esto será o no conveniente, pero no es imposible. Es en términos de conveniencia como, en definitiva, se manifiestan algunas opiniones (57).

Ello requerirá un nuevo esfuerzo de construcción científica (58), a lo que incitan, además de los datos sociales, la aproximación de las instituciones de los tradicionales Derecho privado y Derecho público y, por supuesto, una cierta libertad de la mente para no quedarse al abrigo de lo conocido.

---

práctica de penetrar en el *substratum* personal de las entidades o sociedades» a las que la ley confiere personalidad jurídica propia, con el fin de evitar que, a la sombra de esa ficción o forma legal se puedan perjudicar intereses privados o públicos. Se trata —dice el Tribunal en su Sentencia de 1990— de «permitir a los jueces que puedan levantar el velo jurídico y penetrar en el interior de tales personas jurídicas cuando sea preciso para evitar el abuso de la independencia de éstas».

(55) Véase en este libro J. L. MEILÁN: «La articulación de los ordenamientos local y autonómico», *REDA*, núm. 44, 1984; F. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización*, Madrid, 1950; G. ARIÑO ORTIZ: *La Administración institucional (mito y realidad de las personas jurídicas)*, 2.ª ed., Madrid, 1974.

(56) La doctrina alemana del *Verwaltungsprivatrecht* pone el acento en este concepto material de Administración Pública. El simple cambio de vestidura no es suficiente para que el Poder Público se libere de la vinculación a los derechos fundamentales y a los principios de actuación administrativa. El particular régimen jurídico de la actividad de la Administración en régimen de Derecho privado reside en el mantenimiento de una serie de vinculaciones y responsabilidades públicas, evitando así la temida huida al Derecho privado (*Die Flucht ins Privatrecht*). Cfr. H. J. WOLFF y O. BACHOF: *Verwaltungsrecht*, I, 9.ª ed.; C. H. BECK: Munich, 1974, y R. STÖBER: *Derecho administrativo económico*, trad. de S. González-Varas, Madrid, 1992, págs. 218-221.

(57) Así, SALA: *Op. cit.*, pág. 411, para situar a las empresas públicas que actúan en régimen de competencia fuera del concepto de Administración Pública.

(58) Cfr. BORRAJO: «El intento de huir del Derecho administrativo», *REDA*, 75, 1992, págs. 242-243.

### 3. *Las Administraciones independientes*

Poco después de entrar en vigor la Constitución, en 1980 una Ley de 22 de abril configuró el Consejo de Seguridad Nuclear como «ente de Derecho público independiente de la Administración del Estado». Aparecía así de un modo formal por primera vez una «nueva categoría» de entes administrativos calificados de independientes, en la que se han incluido otros como el Banco de España —aunque en la Ley 30/1980, de 21 de junio, de sus órganos rectores se utiliza el término autonomía con un sentido equivalente (59)— y algunos más creados en años posteriores como la Comisión Nacional del Mercado de Valores (Ley 24/1988, de 28 de julio) o la Agencia de Protección de Datos (Ley 5/1992, de 29 de octubre) (60).

No se trata, ciertamente, de un fenómeno autóctono y mucho menos aislado, ya que esas actividades responden a una larga tradición en Norteamérica (las *Independent Agencies*) y cuenta en Europa con una referencia de la máxima importancia como es el Bundesbank, que ha sido tomado como modelo del Banco Central Europeo, asumido por la Unión Europea y reformado en el Tratado de Maastricht con el obligado realineamiento de los Bancos centrales de los Estados miembros. De la onda de «autoridades administrativas independientes», que se percibe tanto en el mundo anglosajón como en el continental europeo (61), participa España. En ese fenómeno existen elementos comunes, producto del «contagio» y otros, coyunturales o no, que responden a la peculiaridad constitucional y sociopolítica de cada país.

No es un dato casual que se haya empezado a hablar de «Administraciones independientes» a partir de la Constitución de 1978. Es cierto que una

---

(59) La Ley vigente es la 13/1994, de 1 de junio, como consecuencia del Tratado de Maastricht. En la Exposición de Motivos se manifiestan claramente los aspectos de la autonomía o «independencia»: el Tesoro Público no puede incurrir en descubiertos en la cuenta del Banco; prohibición de que éste adquiera directamente del Tesoro valores emitidos por éste; no sometimiento a instrucciones del Gobierno o del ministro de Economía y Hacienda; inamovilidad del Gobernador y todo ello para poder orientar la política «al fin primordial de mantener los precios estables».

(60) A la misma filosofía corresponde el Ente Público de Radio y Televisión y su Estatuto de 10 de enero de 1980.

(61) Un resumen de la cuestión en A. BETANCOR: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994, págs. 31-92, y F. MODERNE: «Étude comparée», en L. A. COLLIARD y G. TIMSIT: *Las autorités administratives indépendantes*, París, 1988. Es una opinión compartida que esos entes se corresponden a motivaciones no siempre idénticas y reflejan las peculiaridades de los diferentes sistemas constitucionales. La observación es especialmente aplicable a los *quangos* británicos («quasi autonomons non governmental organization»).

de las dificultades que han podido esgrimirse (62) para la aceptación de esta «nueva categoría» es el carácter general del principio de objetividad declarado en el artículo 103.1 de la Constitución, con que toda Administración Pública debe servir a los intereses generales. Si, además, el propio artículo 103 en su apartado 3 asegura la «imparcialidad» de los funcionarios públicos en el ejercicio de sus funciones, no parece que exista razón de ser o «hueco constitucional» para admitir ese tipo de denominadas «Administraciones independientes».

Frente a ello ha de retenerse el dato real de que existen y su número aumenta, pese a dudas o críticas doctrinales o políticas en distintos países. Los entes encargados de declarar sobre la constitucionalidad no se han pronunciado en contra, ni en Estados Unidos, ni en Francia (63).

No debería reducirse el problema a cuestiones terminológicas: si en lugar de «independencia» debiera hablarse de autonomía, adjetivada de una u otra forma (64). Lo fundamental, obviamente, consiste en determinar el alcance jurídico de lo que el término «independiente» conlleva, aunque la insistencia en su uso resulta significativamente intencionada.

La independencia se predica, en todos los casos, respecto del poder ejecutivo en sus diferentes versiones; en el caso español, del Gobierno —a quien, de otra parte, corresponde dirigir a la Administración (art. 97 de la CE)— aunque formen parte de la Administración, sean Administración.

La ocasión en España para ese tipo de entes fue propiciada por los postulados sobre los que se construyó la Constitución de 1978 y alentada por lo que es preocupación común a otros países. La idea-fuerza del consenso de las fuerzas políticas representadas en las Cortes Constituyentes y su implícito acuerdo de comenzar una nueva etapa en la historia se refleja en la adopción del principio proporcional para el sistema electoral y la necesidad de un *quorum* reforzado para la aprobación de las leyes orgánicas (art. 81 de la CE) o para la elección de los componentes de determinados órganos constitucionales (Tribunal Constitucional, Consejo del Poder Judicial, Defensor del Pueblo), para no referirse a la modificación parcial de la Constitución.

(62) Cfr. R. PARADA: *Derecho administrativo. II. Organización y empleo público*, 8.<sup>a</sup> ed., Madrid, 1994, pág. 300, que llega a considerar inaceptable constitucionalmente la conclusión que se deriva de admitir las referidas «Administraciones independientes».

(63) Cfr. F. MODERNE: *Op. cit.*, pág. 196, jurisprudencia allí citada, y M. GENTOT: *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1991, págs. 11-12.

(64) Giannini ha hablado de «autonomía decisional». Cfr. N. LONGOBARDI: «*Le amministrazione indipendenti*», en *Scritti per Mario Nigro*, Milán, 1991, pág. 195; A. BETANCOR: *Las Administraciones independientes*, Madrid, 1994, habla convencionalmente de «autonomía valorativa».

Esa misma preocupación se proyecta sobre determinados entes que, aún siendo de naturaleza administrativa, se entiende que deben estar especialmente protegidos o resguardados no sólo de los cambios que supone la alternancia democrática en el poder, sino, incluso, de la legítima discrecionalidad que conlleva el ejercicio del poder democrático.

No se trata propiamente de órganos constitucionales, para los que de una vez por todas se ha consignado en la Constitución la necesidad de un acuerdo presumiblemente pluripartidista, ya que el pluralismo es uno de los valores constitucionales, sino de entes que surgen de la acción legislativa ordinaria y que reflejan la misma aspiración. En el origen de ellos se encuentra una cierta «desconfianza» —institucional o coyuntural— respecto del Gobierno en materias que, por una u otra razón, se considera que rebasan lo que es legítimo ejercicio ordinario del poder.

En España las primeras iniciativas vinieron favorecidas por la atmósfera constituyente y por la correlación de las fuerzas políticas que se reflejaba en la situación de un Gobierno sin mayoría parlamentaria absoluta (65). Pero trascendiendo lo coyuntural la idea de liberar a determinados entes administrativos de la dirección del Gobierno sigue estando vigente, configúrese como una limitación impuesta por la necesidad de acuerdos parlamentarios o como una autolimitación cuando aquélla no existe.

En todo caso, no es primariamente una razón de eficacia, cuanto una consecuencia, más o menos ineludible, del principio democrático del Estado unido a la idea del pluralismo y de la necesidad de su justificación en la confianza social. En el primer aspecto, se trata de conseguir una «neutralización» del Gobierno (66), independientemente de su coloración política, en determinados sectores de actividad cuya naturaleza rebasa el horizonte temporal del mandato electoral (radiotelevisión, energía nuclear, tratamiento automatizado de datos) (67). Ello se traduce en el nombramiento y permanencia de los

---

(65) Es particularmente claro en relación con el ente público de Radiotelevisión, auténtico caballo de batalla de los partidos políticos, por la influencia que el medio tiene en la formación de la opinión pública y se evidencia también en los debates parlamentarios en torno al Consejo Superior de Energía Nuclear, sobre el que los partidos de izquierda eran especialmente sensibles.

El mismo fenómeno ha sido detectado en Estados Unidos después del *Watergate*. Cfr. F. MODERNE: *Op. cit.*, pág. 195.

(66) El testimonio se encuentra en Estados Unidos (cfr. F. MODERNE: *ibidem*), en Italia (NIGRO, *apud* N. LONGODARDI: *Op. cit.*, pág. 211), en España (E. GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, 6.ª ed., Madrid, 1993, págs. 414-415).

(67) Con mayor amplitud se ha llegado a hablar de Estado neutral. Cfr. J. M. SALA ARQUER: «El Estado neutral. Contribución al estudio de las Administraciones independientes», *REDA*, 42, 1984, págs. 401 y sigs., el primer trabajo en España sobre la materia con cita de C. Schmitt, en el que la neutralidad aparece relacionada como alternativa a los métodos de la formación de vo-

miembros de sus órganos colegiados, que no pueden ser removidos discrecionalmente, ni reciben instrucciones del Gobierno. Frecuentemente son nombrados en función de su cualidad de técnicos, a los que comúnmente se asocia un carácter de «neutralidad» (68).

Las Administraciones independientes permiten también la participación de ciudadanos o de intereses organizados de determinados sectores sociales o económicos en tareas asignadas a la Administración en su función de servir a los intereses generales.

La combinación de todos estos elementos permiten una aproximación a este fenómeno y buscar un fundamento constitucional. Por lo que se refiere a la radiotelevisión pública se encontraría en el artículo 20.3 de la CE, como un entendimiento posible, aunque no exclusivo, de garantizar el acceso de los grupos sociales o políticos significativos, respetando el pluralismo de la sociedad. En el caso del Banco de España la independencia descansaría en el principio rector de asegurar una política de estabilidad económica (art. 40.1 CE). El artículo 45.2 relativo a la utilización racional de todos los recursos naturales prestaría fundamento al ente administrativo —Consejo— que tiene que ver con el uso pacífico de la energía nuclear. El artículo 18.4 serviría de cobertura constitucional a la protección de datos obtenidos informáticamente.

Aunque no se puede dudar de la legitimidad de esa fundamentación, no parece que pueda afirmarse que deriva necesariamente del texto constitucional; este proporciona, más bien, la ocasión o el pretexto, sin duda legítimo y probablemente deseable.

A la categoría pueden reconducirse entes que realicen funciones análogas, como el Centro de Investigaciones Sociológicas, por la importancia suprapartidista que tienen los sondeos y encuestas, el Instituto Nacional de Estadística y, por supuesto, la Administración Electoral, cuya neutralidad, reforzada por la presencia de personas del Poder Judicial, es esencial en un Estado democrático.

En la hora actual pueden vislumbrarse dos grupos fundamentales de entes administrativos independientes: los que procuran la protección de los derechos fundamentales de los ciudadanos contra posibles abusos o discrecionalidad del poder (Gobierno) y los que operan en el campo técnico, económico o finan-

---

luntad propia de los partidos políticos y, en tal sentido, con una ambigua despolitización por la encomienda a técnicos del ejercicio de determinadas funciones. Entiendo que es preferible hablar de «neutralización» que de «neutralidad» próxima al Gobierno democrático.

(68) Cfr. M. GENTOT: *Les autorités administratives indépendantes*, París, 1991, págs. 8-9; BETANCOR: *Op. cit.*, pág. 211 («no son representativos, mas buscan la identificación, la legitimidad del sector sometido a su ordenación»).

ciero por razones de competencia profesional y para servir mejor determinados intereses sectoriales de carácter general (69).

Desde esta perspectiva puede incorporarse a la categoría aquellos órganos o entes que realizan una función de carácter fundamentalmente técnico como los tradicionales Jurados de Expropiación, o de montes vecinales en mano común, o los «Tribunales administrativos» y, en general, aquellos que tienen una función arbitral (70), por ejemplo, en materia de consumo o de transportes (71). La razón y la medida de la independencia respecto del poder directivo del Gobierno radicará en la función objetivamente encomendada por el ordenamiento jurídico.

Estos entes facilitan la participación de los ciudadanos en la realización de los intereses generales en materias concretas. Precisamente la participación es una exigencia del Estado democrático que se manifiesta en una mayor flexibilidad en la regulación de la legitimación para recurrir contra la Administración, reconociéndola a agrupaciones de vecinos, o de consumidores y usuarios, en defensa del medio ambiente, del patrimonio histórico-artístico, etc.

La realidad de estos entes y su funcionalidad son difícilmente cuestionables de un modo global. Tampoco parece que deba considerárseles como el paradigma de una nueva concepción de la Administración Pública que erradique el principio de jerarquía. Fundamentalmente responden a un postulado esencial de un Estado democrático, como es la confianza y sus límites en el titular del poder, que tiene carácter fiduciario y transeúnte. La sensibilidad social, el marco político e incluso la historia decidirán qué actividades de la Administración deben organizarse bajo la categoría —reforzada— de independientes.

#### 4. *Los límites de la Administración Pública*

El servicio a los intereses generales define a la Administración y justifica su actividad, pero no son patrimonio exclusivo suyo (72).

(69) Cfr. F. MODERNE: *Op. cit.*, pág. 222.

(70) La imparcialidad es esencial a la función de arbitraje. Por esta razón no es correcta la designación del director del Instituto de Mediación, Arbitraje y Conciliación, que sujeta su actuación al principio de neutralidad, para resolver un conflicto en el que una de las partes es una empresa —Iberia— dependiente del INI, porque aquél es nombrado por el Gobierno (STS 2 de julio de 1985, Az. 3944).

(71) Juntas Arbitrales del Transporte (art. 37 de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres).

(72) Cfr. para el Reino Unido, GRANT JORDAN: *Op. cit.*, pág. 169. En el ámbito de la actividad económica la característica más notable es «the lack of monopoly by Government in pursuing governmental ends».

En el régimen político anterior «la Administración asumía el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general» (art. 40 LOE). En cambio, las Administraciones Públicas de la Constitución de 1978 sirven a los intereses generales, plural en el que habrá que subsumir los intereses propios que constituyen la justificación de la autonomía de los entes que la tienen reconocida constitucionalmente. De otro modo, ese plural puede aludir —y así puede legítimamente interpretarse— como articulación del interés general mediante la actuación coordinada de las Administraciones Públicas. Ello es traducción de los principios de unidad y autonomía, que requieren los de solidaridad y colaboración entre los distintos elementos integrantes del Estado y el Estado como un todo, característico de un Estado compuesto.

El Tribunal Constitucional ha salido al paso de los intentos de reducir competencias de las CC. AA. en beneficio del Estado por la simple invocación del interés general que éste asumiría, ya que ello «podría terminar por vaciar el diseño constitucional del Estado de las Autonomías» (STC 146/1986, de 25 de noviembre).

Pero ese servicio a los intereses generales se modula también desde la perspectiva del Estado social y democrático de Derecho, marcado por la participación y el pluralismo.

El Tribunal Constitucional (STC 18/1984, de 7 de febrero) lo ha puesto de relieve con brillantez:

«La interpenetración entre Estado y sociedad se traduce tanto en la participación de los ciudadanos en la organización del Estado como en una ordenación por el Estado de entidades de carácter social en cuanto su actividad presenta un interés público relevante, si bien los grados de intensidad de esta ordenación y de intervención del Estado pueden ser diferentes.»

Existe toda una gradación que recoge el Tribunal Constitucional, en una aproximación realista: «Formaciones sociales con relevancia constitucional» (partidos políticos, sindicatos, organizaciones empresariales); entes de base asociativa representativos de intereses profesionales y económicos; «entes asociativos o fundacionales, de carácter social y con relevancia pública ... entes de carácter social, no público, que cumplen fines de relevancia constitucional o de interés general».

Por eso, el Tribunal Constitucional concluye lapidariamente:

«La configuración del Estado como social de Derecho viene así a culminar una evolución en la que la consecución de los fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad.»

Desde esta perspectiva ha de repensarse la construcción clásica del Derecho administrativo colocando a la Administración Pública en el lugar que le corresponde en un Estado social y democrático de Derecho, sin anclarse en postulados ideológico-políticos diferentes (73).

Existe una evidente complejidad en el Estado definido en la Constitución en relación con la consecución de los intereses generales que justifican la existencia de la Administración, pero con los que, también, dentro de la ambivalencia del término, habría que articular los intereses propios de Comunidades Autónomas y entidades locales como razón de ser de la respectiva autonomía que, a lo sumo, podría entenderse desde la perspectiva de la descentralización como una descentralización constituyente.

La Constitución utiliza también el término autonomía para referirse a las Universidades (en los términos que la ley establezca, art. 27.10). Se trata de algo más que de «Administraciones independientes» y no se reducen a organismos autónomos como tradicionalmente fueron consideradas (74), sometidas a la tutela administrativa, como se refleja en la jurisprudencia (75) y que hoy creo insostenible a la vista del propio Derecho positivo (76). El dato formal de la personalidad jurídica, ciertamente, no es lo concluyente sin el reconocimiento de unos intereses propios que pueden colisionar con el entendimiento que la Administración entiende que son intereses generales.

Dentro de esa complejidad —y en algunos casos gradación— en la procura de los intereses generales, compatible con el reconocimiento de intereses propios garantizados por la autonomía, ha de tenerse en cuenta la base constitucional de determinados entes a los que se reconoce su contribución a la «consecución de fines de interés general» por el Tribunal Constitucional y corrobora la observación de la realidad, libre de prejuicios e inercias.

Los partidos políticos «son instrumento fundamental para la participación política» (art. 6 de la CE); «los sindicatos de trabajadores y las asociaciones

---

(73) Una aproximación realista en el Reino Unido especialmente interesante por la gran cantidad de *quangos* y otros entes de difícil clasificación, en GRANT JORDAN: *Op. cit.*, cap. 6. Aquella proliferación de «agencias, *trusts*, *quangos*, *contractual arrangements*» agrava el problema de decidir dónde termina el sector público y comienza el privado (pág. 167).

(74) Crítica de esta perspectiva en J. L. MEILÁN: «Evolución de los organismos autónomos en España», en este libro.

(75) Todavía después de la Constitución, por ejemplo, SSTS de 20 enero de 1984 y 9 de abril de 1985, se las considera «órganos de la Administración del Estado a la que aparecen vinculados a través del mecanismo jurídico de tutela», por lo que no estarían legitimadas para recurrir contra aquélla en virtud del artículo 28.a)4 de la LJC. La personalidad jurídica tendría relevancia frente a terceros.

(76) Ley Orgánica 11/1983, de 23 de agosto. Los actos de los máximos órganos de gobierno de la Universidad agotan la vía administrativa.

empresariales contribuyen a la defensa y promoción de los intereses económicos y sociales que les son propios». Pero, esa posición constitucional les permite participar en la definición de lo que en un momento se entiende por «intereses generales». El Gobierno no impone siempre su criterio; en asuntos de evidente trascendencia lo forma mediante acuerdo o pacto, incluso formalizado, con estos entes de significación constitucional, es decir, esenciales en el Estado democrático y social de la Constitución. Así ha sucedido, por ejemplo, en el Pacto autonómico que precedió a la LOAPA (Ley del Proceso Autonómico) en 1981, entre el Gobierno de UCD y el PSOE (77), con los Pactos de la Moncloa (78) y con los sucesivos pactos con los Sindicatos y Confederaciones empresariales (Acuerdo Nacional sobre Empleo, Acuerdo Económico y Social 1985-1986) (79).

La Administración ya no asume lo que concierne al interés general, sino que otros entes reconocidos por la Constitución contribuyen a la consecución de los intereses generales y es muy difícil que sin la participación de éstos pueda definirse y, sobre todo, ejecutarse exitosamente una política económica, a la que estimula el artículo 131.2 de la Constitución. Más aún, el correcto funcionamiento de esos entes se conecta directa o indirectamente con los intereses generales (80).

Con la misma óptica debe ser considerada una serie de entes que son calificados en el Derecho positivo como Corporaciones Públicas y que convencional y tradicionalmente se han agrupado bajo la denominación de Administración corporativa: Colegios Profesionales, Cámaras de Comercio, Industria y Navegación, Cámaras Agrarias, Cámaras de la Propiedad Urbana, Cofradías de Pescadores, etc.

---

(77) En virtud del acuerdo se realizó un informe por una Comisión de expertos que fue la base de la Ley Orgánica del proceso autonómico declarado parcialmente inconstitucional. Cfr. J. L. MEILÁN: *La ordenación...*, págs. 76 y sigs.

(78) Firmados en Madrid el 27 de octubre de 1977 por los grupos parlamentarios versaban sobre el Programa de saneamiento y reforma de la economía y de actuación jurídica y política.

(79) Como dice la STS, de 28 de marzo de 1985, el denominado Acuerdo Económico y Social 1985-1986, firmado el día 9 de octubre de 1984, se estructura como un amplio consenso entre las fuerzas sociales y la Administración del Estado, que comprende: una declaración del Gobierno sobre sus objetivos durante los próximos dos años en materia económica, unos acuerdos tripartitos que suscriben los representantes del Gobierno, de la UGT y de Confederaciones empresariales, y finalmente un acuerdo interconfederal para la negociación colectiva en los dos años siguientes, suscrito por representantes de UGT y de las organizaciones patronales; constituye, por tanto, dicho acuerdo un convenio de economía concertada, en el que las partes que lo suscriben se obligan recíprocamente a actuar coordinadamente, en relación con los fines sociales y económicos objeto del pacto; y tal convenio en razón a sus referidos fines, está sujeto al Derecho Administrativo.

(80) En ello radica la cualificación de sindicatos más representativos, que los legitima para participación en órganos y entidades administrativas, por «ser mejor manifestación de dichos intereses generales» (STS de 2 de junio de 1992).

La Constitución de 1978 introduce, como novedad, el reconocimiento de los Colegios Profesionales (art. 36) y de las organizaciones profesionales que contribuyan a la defensa de los intereses económicos que les sean propios (art. 52), a los que se reconducen los entes previamente citados.

Puede percibirse una cierta inercia en las contradicciones que se observan tanto en el ámbito jurisprudencial como doctrinal, que deriva de la situación pre-constitucional, en la que se planteó una controversia doctrinal que aún continúa (81).

Con base en el artículo 1.2.c) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, que ha influido en la jurisprudencia, esas entidades han sido configuradas tradicionalmente como Administraciones Públicas, nacidas de la descentralización funcional (82). En otros casos se ha sostenido doctrinalmente que se trata de «corporaciones sectoriales de base privada», que serían Administraciones Públicas *secundum quid* en la medida en que ejercen funciones públicas, atribuidas por la ley o delegadas por actos concretos de la Administración (83), aunque su actividad, en gran parte, sea privada.

El sometimiento a la tutela del Estado o de alguna entidad local, como expresa el artículo 1.2.a) de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa—otra vez la perspectiva procesal— se produce donde hay ejercicio de funciones públicas como «un plus —se dice— sobre su naturaleza intrínseca» de esas Corporaciones públicas.

No sin razón se ha criticado esta tesis que conduce a un peculiar híbrido organizativo (84) más incomprensible en un estadio de Derecho en el que la disociación entre naturaleza y funciones, como se ha visto anteriormente, es cada vez más frecuente. La tesis es, de otra parte, afirmada con alguna inseguridad (85).

(81) Cfr. A. FANLO: *El debate sobre Colegios Profesionales y Cámaras Oficiales*, Madrid, 1992.

(82) Así luce, por ejemplo, en R. PARADA: *Op. cit.*, págs. 302-303; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ: *Introducción al Derecho administrativo*, Madrid, 1986, págs. 62 y sigs., y responde a la división clásica de F. GARRIDO FALLA: *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950; R. ENTRENA CUESTA: *Curso de Derecho administrativo*, 9.ª ed., Madrid, 1988, considera que después de la Constitución de 1978, se deben «desadministrativizar».

(83) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, págs. 377-381. De ella se ha hecho eco, entre otras, la STC 123/1987, de 5 de julio.

(84) Cfr. FANLO: *Op. cit.*, págs. 72 y 145-146.

(85) Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, la identificación con las Administraciones Públicas «resulta profundamente equívoca» (pág. 381). Con apoyo en el artículo 28.4.b) de la Ley de la Jurisdicción se los considera «integrados en el complejo orgánico de la Administración, lo cual no implica, como es obvio, su transformación en Administraciones Públicas estrictamente tales» (pág. 382).

La afirmación que hoy podría suscitar mayor consenso es la naturaleza pública de estos entes. Las divergencias provienen de su relación con la Administración Pública. Antes de la Constitución una línea doctrinal se manifestó acerca del no encuadramiento de estos entes en la Administración, tesis sostenida después de la entrada en vigor del texto constitucional (86).

Para una cabal comprensión del fenómeno, en la línea de lo anteriormente adelantado, es preciso, de un lado, deducir consecuencias de la relevancia constitucional de estos entes, aunque para su regulación se remita al legislador ordinario, y de otra liberarse de condicionamientos que derivan de la perspectiva procesal, por muy práctica que resulte. Porque es lo cierto que en la actualidad, después de las ampliaciones del ámbito de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa a órganos constitucionales que no son, por propia definición, Administración Pública, no existe la urgente conveniencia de considerar a esos entes como Administración Pública a efectos del control jurisdiccional de su actividad cuando se ejercen funciones públicas. La aplicación jurisprudencial revela, una vez más, como el cauce procesal acaba condicionando el pronunciamiento sobre la naturaleza sustantiva (87).

El carácter obligatorio de la pertenencia a esos entes se coherente con su relevancia constitucional que se traduce directamente en la Constitución en su participación en los proyectos de planificación que elabore el Gobierno junto a Comunidades Autónomas y sindicatos y organizaciones empresariales (art. 131). La existencia de estos entes, por tanto, no queda a la libertad de asociación, ni responden a la funcionalidad constitucional de las asociaciones (art. 22), aunque sean de base asociativa.

El reconocimiento de intereses propios no es irrelevante para la Constitución y, de otra parte, se prevé su directa participación en lo que sean intereses generales, sectorialmente acotados. En otros términos, la Constitución reconoce a una comunidad de personas, definidas por una circunstancia objetiva —pertenencia a una profesión, a un sector económico determinado— la autonomía para la defensa de unos intereses propios (88) y esa relevancia constitucional constituye el fundamento de la atribución de otras funciones que directamente se refieren a la consecución de intereses gene-

---

(86) Cfr. G. ARIÑO ORTIZ: «Naturaleza de las Cámaras de Comercio. Notas a una polémica», *DA*, 135, 1970; «Corporaciones profesionales y Administración Pública», *RAP*, 72, 1974; G. ARIÑO y J. M. SOUVIRON: *Constitución y Colegios Profesionales*, Madrid, 1984.

(87) Cfr. F. JIMÉNEZ DE CISNEROS: *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: tipología y régimen jurídicos*, Madrid, 1987, pág. 80.

(88) Se prefiere el término autonomía al de «descentralización corporativa» empleado por ARIÑO: «Principios de descentralización y desconcentración», *DA*, 214, 1988.

rales (89) y justifica la admisión del recurso de amparo (art. 41.2 de la LOTC). Esa relación con el interés general proporciona, en mi opinión, la pista adecuada para la correcta calificación de estos entes, después de la Constitución.

El problema, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional, se ha visto enturbiado por la necesidad de resolver los conflictos competenciales entre Estado y Comunidades Autónomas haciendo uso del artículo 149.1.18 de la Constitución, sobre competencias exclusivas del Estado en la materia «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas», especialmente distorsionante para la comprensión cabal de las entidades locales que, obviamente, son algo más que Administraciones Públicas.

Con esa salvedad, la frase común en las sentencias del Tribunal Constitucional de que estos entes «participan de la naturaleza de las Administraciones Públicas» (90), habría de entenderse a los efectos de la citada distribución competencial.

Cualquiera que sea el sentido de la sentencia, incluso aunque se reconozca que «el carácter de Corporaciones Públicas de los Colegios Profesionales no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y cometidos principales» siempre se reconoce que «también atienden a finalidades de interés público». Son esas finalidades las que llevan al Tribunal a justificar la personificación jurídico-pública de esos entes y en su virtud a equipararlas a la Administración territorial (STC 20/1988, de 18 de febrero) o a considerar que las comunidades de usuarios de aguas públicas forman parte de un «específico sistema de administración» cuyo fin es la «gestión autónoma de los bienes hidráulicos necesarios para los aprovechamientos colectivos» (STC 227/1988, de 29 de noviembre).

Esta primera parte de la afirmación es incontestable y es inseparable de la naturaleza de los fines. Las Corporaciones de Derecho Público «persiguen fines más amplios que las asociaciones de simple interés particular o privado —dice la STC 89/1989, de 11 de mayo— concediéndoseles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades ... para que puedan realizar aquellos fines y funciones que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas ... No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración, ni tampoco que puedan ser consideradas como entes públicos descentralizados, pero sí que es justamente por cumplir, al lado

---

(89) Con razón, a mi juicio, ARIÑO y SOUVIRON sostienen que tales entes no se identifican con la Administración Pública, en sentido orgánico, ni se confunden con entidades asociativas privadas a las que se confían tareas administrativas (*op. cit.*, pág. 137).

(90) STC 76/1983, de 5 de agosto, sobre la LOAPA.

de los fines privados, fines públicos, por lo que se hace preciso la intermediación legal. Eso explica el reconocimiento legal de las Corporaciones, al que se refiere el artículo 35 CE y, adelantando el argumento, el mandato constitucional contenido en el texto del artículo 36 CE» (91).

Y precisamente, «por la necesidad de servir un interés público», está justificado que el legislador haga uso de la habilitación que le confiere el citado artículo 36, restringiendo el derecho de asociación (art. 22) como el de libre elección profesional y de oficio (art. 35) para crear un Colegio Profesional.

Esta es, a mi juicio, la línea doctrinal más ajustada a la Constitución, sin necesidad de integrar a estos entes en el complejo orgánico de la Administración. La Constitución permite que determinados entes sean habilitados para participar directamente y autónomamente en la consecución de intereses generales, ya que la Administración no tiene el monopolio de su titularidad, ni la exclusiva de la actividad que los asegura.

La gestión de intereses generales por entes que no forman parte del complejo orgánico de la Administración no es necesario explicarla acudiendo a un previo traspaso de funciones o a un sobreentendiendo mecanismo de delegación. Esta explicación quizá pudiera sostenerse en un Estado centralizado y burgués o totalitario, pero en modo alguno en un Estado social en el que, en buena medida, el Estado sea función de la sociedad (92).

Desde esa perspectiva es plausible que se critique la inflación de este tipo de entes de modo que «la personificación pública sólo debiera utilizarse cuando estemos en presencia de formas sociales de autoadministración que ejercen funciones públicas». Pero quizá suponga un salto lógico concluir que por esa razón «se integran con mayor o menor intensidad en el sistema de las Administraciones Públicas» (93), cuyo alcance, de otra parte, no se precisa.

La integración ha de referirse —o negarse— a la Administración como complejo orgánico, en el sentido subjetivo que luce en el artículo 1 de la Ley de la Jurisdicción y pervive en el artículo 3.4 de la Ley 30/1992 sobre procedimiento administrativo común. Es esa concepción subjetiva la que lastra todo el planteamiento de la cuestión y lo que explica las ambigüedades y contradic-

(91) En una línea equivalente, SSTs de 26 diciembre 1979 (Az. 4742) y 21 junio 1983 (Az. 3619): «Se trata de Corporaciones oficiales de Derecho Público —Cámaras de la Propiedad Urbana— colaboradoras de la Administración pero que no cabe encuadrar en ninguno de los tipos de la Administración Pública.»

(92) Cfr. E. FORSTHOFF: *Rechtsfragen der Leistenden Verwaltung*, 1959 y la traducción española en *Problemas actuales del Estado social de Derecho en Alemania*, Madrid, 1966, apud J. L. MEILÁN: «La definición...», *cit.*

(93) Cfr. FANLO: *Op. cit.*, págs. 147-148. La alusión al sistema en GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ: *Op. cit.*, pág. 378.

ciones de doctrina y jurisprudencia, que tiene un fundamento último en el monopolio antes denunciado que se atribuye a la Administración en relación con el servicio a los intereses generales y una explicación próxima en la redacción del citado artículo de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa, insuficiente e inapropiado para definir su ámbito. Será la naturaleza objetiva o material de la función realizada, sólo explicable por la atribución de poder por el ordenamiento jurídico, en virtud de una apreciación libre acerca del modo más eficaz de servir los intereses generales, lo que explicará el control jurisdiccional de esa actividad.

El fenómeno anteriormente descrito puede producirse en virtud de un impulso del Estado, como organización, o como resultado de la vitalidad de la sociedad reconocida por el ordenamiento jurídico. Desde esta perspectiva habría que entender el fenómeno, cada vez más extendido internacionalmente, de las «organizaciones no gubernamentales» (ONG), de nombre bien expresivo. Lo determinante no es la forma jurídica, que ofrece una gran variedad (94). De otro modo, se comprende el desconcierto de la doctrina ante «Corporaciones de Derecho público», de carácter social, como se califica la Organización Nacional de Ciegos Española (ONCE) (95) o de las Federaciones Deportivas, que son entidades asociativas privadas que ejercen por delegación funciones públicas, expresamente determinadas, actuando en este caso, también por expreso reconocimiento legal, como agentes colaboradores de la Administración y en ese caso su actuación está sometida al control de la jurisdicción contencioso-administrativa (96), en contradicción con lo que posteriormente ha dispuesto el artículo 15.4 de la Ley 30/1992 según el cual no pueden encomendarse a personas o entidades de naturaleza privada «actividades que según la legislación vigente hayan de realizarse con sujeción al Derecho Administrativo» (97).

La STC 67/1985, de 24 de mayo, liga la existencia de este fenómeno de «asociaciones privadas de configuración legal» a las que se confiere el ejercicio de funciones públicas de carácter administrativo relativas a todo un sector «con los problemas del Estado social y democrático de Derecho». Y su justificación, una vez más, se encuentra en que existan razones acreditativas de que constituye una medida necesaria para la consecución de fines públicos, obviamente con determinados límites.

(94) El fenómeno de los *quangos* británicos es alucinante y difícil de reducir a esquemas teóricos unitarios. En España podrían reconducirse a esta categoría las Academias, calificadas de Corporaciones Públicas (cfr. STS de 23 de julio de 1985).

(95) RD 358/1991, de 15 de marzo. Cfr. FANLO: *Op. cit.*, pág. 72, por nota.

(96) RD 1.835/1991, de 20 de diciembre.

(97) Una muestra más de la «contradicción ideológica» que revela la legislación de estos últimos años. El precepto no está siendo aplicado realmente.

La argumentación puede extenderse a todo ejercicio privado de funciones públicas, trátase de personas individuales cualificadas (98) o de personas jurídicas: el fin perseguido justificará para el ordenamiento jurídico esa circunstancia y producirá las consecuencias congruentes [garantías procedimentales básicas (99), control jurisdiccional].

##### 5. *Reforma administrativa: la «Administración única»*

La configuración como Estado compuesto de la Constitución de 1978 obliga a una profunda transformación de la Administración Pública (100). La polémica se ha avivado en relación con la propuesta del profesor Fraga de «Administración única», que ha constituido un exitoso «eslogan político» y encierra una «idea-fuerza» indudable a juzgar por los comentarios a favor y en contra que ha suscitado.

Manteniéndonos dentro de lo que debe ser una aproximación científica a los problemas hay que decir que está todavía por desarrollar la profunda reforma administrativa que reclama la Constitución de 1978.

El punto de arranque no puede ser otro, obviamente, que la Constitución y, en concreto, los aludidos artículos 103 y 149.1.18.

El primero enumera los principios a que deben acomodarse las Administraciones Públicas. Esa regulación constitucional vincula a la Administración del Estado y de las Comunidades y demás Administraciones Públicas, de un modo congruente con la naturaleza de ellas.

Ello supone una transferencia de funciones de la Administración del Estado a las Comunidades Autónomas y un reacomodo de competencias dentro de cada Comunidad Autónoma, entre municipios y provincias, para determinar de qué modo más eficaz se sirven los intereses generales.

Es obvio que la existencia de las Comunidades Autónomas crea la necesidad de una revisión del reparto de competencias anterior y propio de un Estado centralizado. El punto de fricción más claro es el de la Administración periférica del Estado. ¿Por qué han de coexistir en una misma provincia Administración del Estado y Administración Autónoma para tareas paralelas en materia de sanidad, de educación, de agricultura, industria, transportes?

(98) Cfr. F. SAINZ MORENO: «El ejercicio privado de funciones públicas», *RAP*, 100-102, 1983.

(99) La aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo a supuestos de ejercicio de funciones públicas es admitida pacíficamente por la jurisprudencia. SSTS de 24 de enero y 27 de septiembre de 1989, entre otras muchas.

(100) Cfr. J. L. MEILÁN «Estado autonómico y Administraciones Públicas», *loc. cit.*

A resolver esa irracionalidad administrativa se dirige la propuesta de «Administración única» que encierra evidentes equívocos. Entendida de un modo radical equivaldría a aceptar la fórmula federal alemana. La Administración (del *Bund*) del Estado (en el *Land*) en la Comunidad Autónoma sería únicamente ésta.

La solución alemana no es posible en España de un modo absoluto porque constitucionalmente existe Administración periférica del Estado y porque determinadas competencias del Estado no son transferibles por su naturaleza a las CC. AA. (defensa exterior, justicia, orden público). Pero puede avanzarse ampliamente en esa vía como se ha hecho en materia de transportes instalando lo que se denomina «ventanilla única».

Una cosa es el federalismo de ejecución y otra que se adopten técnicas del mismo. Y ello no sólo es posible sino que está amparado por principios constitucionales de eficacia y de descentralización y por la propia jurisprudencia del Tribunal Constitucional.

Una serie de sentencias de los últimos años (SSTC 101/1991, 13/1992, 79/1992, 91/1992, de 11 de junio) han acuñado una sólida doctrina según la cual a «las CC. AA. por regla general deben corresponder la ejecución de medidas de ayudas públicas —subvenciones— acordadas por el Estado o provenientes de la Comunidad Europea». Las CC. AA. se configuran así como genéricas Administraciones de ejecución de competencias del Estado además, obviamente, de Administraciones Autónomas de sus competencias exclusivas.

El vaciamiento de competencias de la Administración del Estado —central o periférica— en favor de las CC. AA. supone teóricamente una reducción de estructuras y de efectivos. La resistencia es comprensible, aunque no justificable. Esa necesaria operación —por imperativos constitucionales y económicos— que implica reordenaciones estructurales debe ir acompañada con una «reacomodación funcional». Se pierden competencias de ejecución o gestión; deben potenciarse las de planificación, programación, coordinación.

La labor de reforma administrativa demandada por el Estado autonómico es, por ello, amplia, necesaria, difícil y constituye una tarea pendiente en gran medida.

Alguna vez he manifestado que es preciso abordarla de un modo global que abarque a todas las Administraciones y que debe prepararse con trabajos previos llevados a cabo por una Comisión al estilo de las *Royal Commission* británicas, ya que requiere independencia, sosiego y debería constituir la base de un imprescindible consenso de las fuerzas políticas y sociales.

#### IV. CONCLUSION

Este es el panorama de la Administración Pública española tal como yo la veo desde la atalaya de la Constitución de 1978, con la lejanía de quien está «au dessus de la mêlée» y con la cercanía de quien ha sido constituyente y ha participado en la redacción de los preceptos citados de la Constitución española y sigue estando profundamente interesado por el bien común, la solidaridad y el entendimiento y cooperación más allá de las fronteras nacionales.