

LA ADMINISTRACIÓN DE GARANTÍAS: VIGENCIA Y LIMITACIONES

Luis Martín Rebollo

Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Cantabria

I. INTRODUCCIÓN: GARANTÍA Y EFICACIA NO SON VALORES CONTRAPUESTOS SINO COMPLEMENTARIOS

Con frecuencia cada vez mayor se oye hablar en foros muy distintos de la eficacia como valor supremo de las Administraciones Públicas. Sobre la base de ese criterio se adoptan decisiones que apuntan, las más de las veces, a un proceso de huida del —se dice— «retardatario» Derecho Público al que se le imputa buena parte de los males que, sin duda, ha padecido secularmente nuestra Administración. Ese proceso de huida tiene dos direcciones: unas veces se huye, simplemente, de la aplicación del Derecho público buscando formas de gestión sometidas al Derecho privado y otras se adoptan no sólo formas de gestión, sino también modelos organizativos propios del mundo privado que tiene en el régimen de la sociedad anónima su más claro exponente.

Por debajo de estas líneas de tendencia circula una de mucho mayor alcance que tiene diversas vertientes, porque no están muy definidos sus contornos. Me refiero a la idea de la «privatización» que, en sí misma, es más una idea de postulados políticos que jurídicos porque, desde este punto de vista, puede incorporar fenómenos muy distintos. Puede tratarse de entes públicos que someten su actividad al Derecho privado (el supuesto del art. 6.5 de la Ley General Presupuestaria, por ejemplo); puede tratarse de servicios públicos que se gestionan a través de empresas privadas mediante la técnica, bien conocida, de la concesión; puede implicar la adopción de fórmulas organizativas privadas manteniendo, no obstante, el carácter público de las mismas, al menos desde la óptica económica (el mundo de la empresa pública); o puede significar que el Estado se desprende, sin más, de la responsabilidad de una actividad o servicio o del monopolio del mismo; línea esta última que sí apunta a un criterio de más calado político cual es el de los límites del Estado en la sociedad actual.

El fenómeno no está exento de contradicciones, como ha sido señalado bien recientemente¹. Pero no es a ellas a las que me quiero referir, sino a destacar cómo el enfrentamiento entre una Administración de la eficacia y una Administración de garantías es una dicotomía reduccionista y, por lo mismo, falsa.

Porque ése es el postulado u objetivo a alcanzar que late en algunos de los planteamientos mencionados: la idea de la eficacia. Una idea que no puede negarse, por supuesto, porque la eficacia es, como veremos, un valor constitucional. Pero un valor que no puede buscarse a cualquier coste, porque el precio que nunca se puede pagar como contrapartida es el de la garantía, el del control como límite y medida del Poder. La eficacia no puede ser la huida de las garantías y de los procedimientos de control, a los que luego me referiré. Porque en tal caso se desvanece también la propia esencia del Estado de Derecho, que significa no sólo el gobierno de la ley emanada de un Parlamento libremente elegido; no sólo la garantía de los derechos fundamentales, sino también un Estado en el que todos los actos de los Poderes públicos están sometidos a control judicial².

En ese equilibrio se mueve, en definitiva, el Derecho Administrativo, que excepciona el Derecho privado para facilitar instrumentos a las Administraciones Públicas, para proporcionarles privilegios posicionales en virtud de la naturaleza servicial de éstas como representantes del interés general al aplicar la ley. Pero que es también elemento de control y garantía individual y colectiva frente a esos entes que pueden tener la tentación de dejar de ser serviciales y erigirse en un fin en sí mismos.

El Derecho, pues, como elemento del siempre inestable equilibrio entre el Poder y la libertad, entre los privilegios y las garantías, entre su tarea de proporcionar instrumentos de acción y su papel de medida y de control.

Hablar entonces de «juridicismo»³ como se habla con frecuencia para abordar una visión de la Administración desde el Derecho es, digo,

¹ Cfr. S. Martín-Retortillo, «Las empresas públicas: reflexiones desde el momento presente», en *Revista de Administración Pública*, n.º 126 (1991), pp. 63 y ss., en especial 106 y ss. y 117 y ss.

² Cfr. el libro en su día emblemático de Elías Díaz, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, 1966.

³ En tal sentido, en el documento *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado* (Ministerio para las Administraciones Públicas, Madrid, 1990) se habla de los valores que conforman la cultura administrativa actual y que conforman un factor entorpecedor, como «el juridicismo tradicional», que afectaría tanto a la forma en que se producen las normas «como a la manera de interpretarlas», sobrevalorando la virtualidad de estas reglas sin tener en cuenta suficientemente los aspectos sustantivos del servicio (p. 21). En términos similares, J. Subirats dirá que que una visión más centrada en los resultados supondría una flexibilidad organizativa, «mientras que desde concepciones más tradicionales o jurídicas, preocupadas por las garantías, se tendería a limitar al máximo la libertad de movimientos» (*Análisis de políticas públicas y eficacia de la Administración*, MAP, Madrid, 1989, p. 128; la cursiva es mía).

un reduccionismo y una concepción plana del significado de éste en la regulación de las Administraciones Públicas; un significado que, como acabo de apuntar, no excluye, antes al contrario, una visión facilitadora de la acción y no prejuzga la necesidad de cambiar las cosas, los procedimientos, los sistemas de selección, las pautas organizativas y hasta la manera de legislar para facilitar aquella necesaria eficacia.

Hay aquí un desencuentro que es posible provenga sólo de las palabras, pero que conviene aclarar. Adelanto ya que la eficacia es, desde luego, un valor constitucional. Igual que la garantía. Igual que el control. Y Ambos no pueden desconectarse. La eficacia sin control, sin garantías, equivale a prescindir de los modos y las formas que son consustanciales al Estado democrático⁴. La garantía sin propiciar al tiempo la eficacia administrativa es una visión igualmente parcial y rechazable, residuo quizá de momentos y situaciones no democráticos.

Lo que sucede es que el Derecho y sus técnicas sirven más para facilitar el control y la garantía que para propiciar la eficacia, que depende más de otras técnicas e instrumentos. El Derecho —que no el peyorativo juridicismo— no hace ciertamente carreteras, ni mejora el correo, ni facilita por sí solo la calidad de la sanidad pública. Pero puede evitar que se dilapide el dinero público, articular responsabilidades, controlar los excesos y la interdicción de la arbitrariedad, encauzar los contratos, posibilitar el mérito y la capacidad a la hora de seleccionar el personal, atribuir facultades de gestión que posibiliten la eficacia. Porque el Derecho es sólo un marco, un instrumento cuya doble virtualidad depende de cómo se organice, de los medios con que cuente y de la voluntad legislativa.

La garantía es, pues, imprescindible, pero no para contraponerla a la eficacia, sino para completarla, caminando juntas. La garantía no excluye la eficacia ni las técnicas arbitradas desde muy diversas instancias y disciplinas para facilitarla.

Este planteamiento no es, por lo demás, una cuestión de principio, sino una derivación constitucional. Porque eficacia y control son, justamente, los dos principios centrales que se derivan de la Constitución sobre la posición de las Administraciones Públicas.

De ahí que no me parezca impertinente un breve repaso a las referencias constitucionales sobre la Administración Pública.

⁴ A este respecto señalaba Jean Rivero hace años que se tiene, a veces, la falsa costumbre de pensar la democracia como un modo de designación del poder que se satisface cuando la fuente de la autoridad se vincula a la soberanía del pueblo manifestada en la elección. Pero esto sería poco —añadía— si la democracia no fuera también un modo de ejercicio del Poder («A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: démocratie et administration», en *Mélanges offerts à René Savatier*, París, 1965, pp. 821 y ss., y luego en el libro *Pages de doctrine*, T. 1., París, 1980, p. 260). El Derecho es, así, también, una manera de concebir el Poder, el Estado, lejos de los planteamientos reduccionistas a los que me refiero.

II. LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN: LOS DEBATES CONSTITUCIONALES⁵

Los artículos 103 a 107 CE establecen la posición y los principios constitucionales informadores de la Administración sobre los que se apoyará el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo para deducir consecuencias concretas que se proyectan sobre todo el Ordenamiento. En esos artículos se alude, como digo, al carácter servicial de la Administración y sus principios informadores, con una referencia a la creación de los órganos que la componen y los medios personales que la sirven (art. 103), y una especial consideración a unos servidores públicos: los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad (art. 104). La Constitución remite a la ley la regulación de la audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos y la producción de actos administrativos, que debe garantizar también el principio de audiencia (art. 105); prevé el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1) y el control judicial de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa (art. 106.1), así como el correlato de la responsabilidad patrimonial cuando los particulares sufran daños por dicha actuación (por el funcionamiento de los servicios públicos, dice el art. 106.2, recogiendo una terminología tradicional); y contempla específicamente la existencia del Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno, cuya composición y competencia se remite a una ley orgánica (art. 107).

¿Cuáles son los aspectos más destacados o las conclusiones más evidentes de la tramitación constitucional de estos preceptos?

— En primer lugar, en el artículo 103.1, la introducción expresa del carácter servicial de la Administración. La Administración «sirve», no representa a nadie. Cumple su papel en la medida en que ejecuta y lleva a su concreción práctica la ley emanada del único sitio donde se plasman los criterios democráticos: el Parlamento. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la Administración asuma en su cotidiana actuación los principios y valores democráticos que se plasman, fundamentalmente, en el Título I CE. Este planteamiento de una Administración servicial no estaba claro en el Anteproyecto. Sí lo estaba en el inicial voto particular socialista a la ponencia, en la enmienda del grupo vasco en el Congreso y en las enmiendas del Senador Martín-Retortillo y de la Agrupación Independiente en el Senado. El texto vigente es fruto de una enmienda transaccional presentada por el grupo vasco que mantiene los tres criterios esenciales: la idea de servicio, el principio de objetividad y el de eficacia.

⁵ Cfr. un análisis más detallado en mi trabajo *La Administración en la Constitución (Artículos 103 a 107)*, aún inédito, presentado como Ponencia a un Congreso recientemente celebrado en Logroño (abril 1992), 103 pp.

— La remisión del artículo 103.2 a la ley para regular los aspectos esenciales del régimen de la función pública mejoró en la tramitación, aunque sin cambios destacados. La imparcialidad aparece ahora con una exigencia general, no limitada a la imparcialidad «política», como fruto de la enmienda del Grupo PSI en el Senado. Por otra parte, aunque vinculado al artículo 23 y al 14, no resulta impertinente la referencia al «mérito y capacidad» en la regulación del acceso a la función pública, consecuencia de una enmienda *in voce* del señor Meilán, que, junto a dichos artículos 14 y 23, ha dado lugar ya a una copiosa jurisprudencia del TS y del TC.

— En el artículo 105 no se observan novedades de importancia. El precepto tiene un contenido menor por más que contemple aspectos del procedimiento tan destacados como la participación en la elaboración de disposiciones generales, el acceso a los archivos y registros o la audiencia de los interesados. Pero se trata de meras remisiones a la ley que, no obstante, no resultan superfluas. Los cambios no fueron significativos, ni tampoco las alternativas propuestas.

— El artículo 106 sufrió cambios notables desde el primer Anteproyecto. La inclusión del actual párrafo 2, realizada por la Ponencia del Congreso asumiendo una enmienda de UCD, tiene una redacción que sintoniza con la regulación ya existente en materia de responsabilidad pública y eleva el principio al rango constitucional, aunque sin añadir nada sustancialmente nuevo.

— En el artículo 106.1, en cambio, la modificación del Anteproyecto podría interpretarse como regresiva. La expresión inicial («toda la actividad de la Administración pública está sometida al control jurisdiccional») tenía a su favor que era una cláusula general omnicomprendiva. Al modificarse, se podía llegar a pensar que no «toda» esa actividad está sometida al control judicial. Sin embargo, el apoyo que significa el artículo 24.1, al prohibir la indefensión, y la referencia del artículo 103.1 al sometimiento «pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho conducen a la misma conclusión que se derivaba del primitivo texto y de las propuestas que sugerían lo mismo: el inicial voto particular socialista en el Congreso, la enmienda del profesor Martín-Retortillo y la de la Agrupación Independiente en el Senado. De hecho, así lo ha deducido el TC, sobre todo a partir del artículo 24.1 CE.

— Sin embargo, no se puede decir lo mismo de la ausencia definitiva de una referencia al control de la inactividad y al silencio sobre el papel de los tribunales en estos casos. Unos tribunales que «suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada», según decía el voto particular socialista al Informe de la Ponencia en el Congreso, luego retirado, y repetían también tanto la enmienda de la Agrupación Independiente en el Senado, la que con una dicción diferente presentó el señor Martín-Retortillo, y una enmienda del Grupo socialista del Senado, que inicialmente sólo había tenido en contra los votos de la UCD y que, sin embargo, fue retirada en

Comisión. La ruptura de una concepción restrictiva del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa que implicaban esas enmiendas podía haber tenido amplias consecuencias —y algún peligro, todo hay que decirlo— en la lucha contra la inactividad de la Administración, ante la que el ciudadano se encuentra frecuentemente inerme desde la óptica jurisdiccional, salvo las eventuales consecuencias indemnizatorias, que tampoco son habituales por esta sola causa.

¿Podría decir otra cosa el texto constitucional? Quizá, pero no muy distinto de lo que dice. La Constitución contiene lo esencial del tratamiento que una norma de esta naturaleza debe contener con referencia a la Administración Pública y, en consecuencia, descender a más detalles no es propio de ella y sí de la ley o leyes que regulen el régimen jurídico de la Administración y el procedimiento administrativo⁶.

III. REFERENCIA A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DEDICADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Si el Derecho Administrativo es, como dijo F. Werner, el Derecho Constitucional de lo concreto, resulta que es precisamente en dicha concreción donde los preceptos mencionados, como muchos otros de la Constitución, por lo demás, hallan su verdadera virtualidad y donde habrá que buscar su operatividad y funcionalidad, e incluso la superación de algunas de sus eventuales deficiencias.

No me puedo referir en detalle al análisis de la jurisprudencia que se ha ocupado de los preceptos constitucionales dedicados a la Administración sacando de ellos consecuencias precisas. Me limitaré, pues, en un tono básicamente descriptivo, a apuntar algunas referencias jurisprudenciales tanto del Tribunal Constitucional como del Tribunal Supremo, las de éste sobre todo de los primeros años, en torno a los tres preceptos esenciales de la Constitución referidos a la Administración Pública, los artículos 103, 105 y 106.

⁶ Como se sabe, está en tramitación parlamentaria el «Proyecto de ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del procedimiento administrativo común», que tiene carácter básico, y por lo tanto con vocación de aplicación a todas las Administraciones, de acuerdo con el artículo 149.1.18.º CE (BOC-Congreso de los Diputados, n.º 82, de 4 de marzo de 1992).

1. EL ARTÍCULO 103⁷

El Tribunal Constitucional ha señalado que los principios contenidos en el párrafo 1 del artículo 103 CE son aplicables a todas las Administraciones Públicas. Es «algo que no puede ponerse en cuestión, mas de ello no puede colegirse (...) que sus exigencias (o las de otros preceptos) comporten un determinado esquema uniforme» (*STC 85/1983, de 25 de octubre, FJ 8*).

El principio de neutralidad, recogido en el artículo 103.1 cuando este precepto alude a que la Administración «sirve con objetividad», «incluye el mandato de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales», lo que justifica la prohibición de que las personas que presten servicios en la Administración sean titulares de Centros educativos (*STC 77/1985, de 27 de junio*). Muchas de las Sentencias sobre el artículo 14 CE y el principio de igualdad se pueden subsumir también en esta misma idea de la objetividad e imparcialidad de la Administración.

El principio de jerarquía se convierte en deber de respeto y obediencia a los superiores jerárquicos para los funcionarios, lo que justifica la previsión legal de sanciones (*STC 82/1983, de 20 de octubre*).

El principio de eficacia «debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos», lo cual permite, si no impone, al legislador «establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las CC.AA., en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les corresponden». Entre tales fórmulas de relación interadministrativa están las técnicas de coordinación (*STC 27/1987, de 27 de febrero*). Ese mismo principio de eficacia, entre otros, justificaría las normas sobre incompatibilidades de funcionarios (*STC 178/1989, de 2 de noviembre*, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 53/1984).

Del artículo 103 se derivan también —dice el TC— criterios organizativos en la dirección y gestión de los servicios, que pueden imponer limitaciones en la utilización de las dependencias públicas (*STC 91/1983, de 7 de noviembre*).

El sometimiento a la Ley y al Derecho implica que la Administración está obligada al cumplimiento de las resoluciones judiciales, aun-

⁷ *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.

2. Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.

3. La ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.»

que en el caso de condenas pecuniarias hay que cumplir los requisitos exigidos por las leyes que regulan las finanzas públicas (*STC 61/1984, de 16 de mayo*) y en el supuesto de despidos laborales de acuerdo con la legislación laboral, que también es aplicable a la Administración (*STC 205/1987, de 21 de diciembre*); doctrina ésta del cumplimiento de las Sentencias que se deriva también de la vinculada al artículo 24.1 CE, al cual es inherente la ejecución de las Sentencias.

Sobre el párrafo 3 del artículo 103 CE, esto es, las previsiones legales sobre la función pública, el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones. La decisión más notoria fue la *STC 99/1987, de 11 de junio*, sobre la Ley 30/1984, que declaró inconstitucionales varios de sus preceptos por infringir la reserva de ley. El TC va a sentar dos principios importantes: *a)* el de la reserva de ley, y *b)* el de la opción constitucional por el régimen estatutario, que se afirma de pasada («habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos —arts. 103.3 y 149.1.18.^a—...» y «no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución en favor de un régimen estatutario para los servidores públicos»). Ello hace que las excepciones del régimen laboral deban preverse expresa y legalmente, como vino a hacer la Ley 23/1988, de modificación de la Ley 30/1984. No obstante, en 1992 en cinco Ministerios hay más contratados laborales que funcionarios y aquéllos representan, según el Ministerio de Administraciones Públicas, aproximadamente un 25% del total de empleados públicos, lo que propicia regímenes sustanciales diferenciados y situaciones no equiparables en materia retributiva y de clases pasivas que son potencialmente generadoras de conflictos.

El acceso de acuerdo con los principios de mérito y capacidad se vincula al artículo 23.2 CE (en tal sentido, por ejemplo, la *STC 76/1983, de 5 de agosto*, sobre la LOAPA, y muchas otras) y hay una amplia jurisprudencia en vía de amparo. Así, se afirma que, decidida la convocatoria de un concurso, su resolución no tiene que ver con la autonomía local, sino con el principio de mérito de los artículos 23 y 103 CE (*STC 193/1987, de 9 de diciembre*). Pero quizá, en ese sentido, uno de los fallos más destacados sea la *STC 67/1989, de 18 de abril*⁸, que, al otorgar un amparo (desautorizando la doctrina de la *STS de 22 de abril de 1988, Arz. 3406*, que no había encontrado en el caso violación del principio de mérito y de igualdad), censura el sistema de selección que se aplicó (tanto por el Estado, las CC.AA. en virtud de sus leyes de funcionarios y las Administraciones Locales, de acuerdo con la DT 8.^a de la Ley 7/1985) en desarrollo de la DT 6.^a de la Ley 30/1984, que era, como he tenido ocasión de decir en otro momento, un ejemplo de institucionalización de la ficción: un concurso-oposición en el que se podía superar la oposición suspendiendo todos los ejercicios por el valor de

⁸ Objeto de un lúcido comentario del profesor de la Universidad de Cantabria J. M. Alegre Avila, «La función pública y los interinos y contratados (La *STC 67/1989, de 18 de abril*). Una reflexión sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad», en *Revista de Estudios de Administración Local y Autonómica*, n.º 243 (1989), pp. 663 y ss.

los puntos obtenidos en la fase de concurso (en la que únicamente contaba la antigüedad como interino), que servían también para aprobar los ejercicios suspendidos.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa hay alguna Sentencia de indudable interés sobre la referencia del artículo 103.1 al sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Así, en la *STS de 20 de mayo de 1987* (Arz. 5827), en un supuesto de responsabilidad, el TS estima el recurso y dice:

«La distinción entre ley y derecho, que luce con toda nitidez en el artículo 103.1 de la Constitución, no es un simple juego semántico ni constituye tampoco una novedad. Porque desde 1956, por lo menos, es decir, hace más de treinta años, es pacífico en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia contencioso-administrativa que el Ordenamiento no se agota en el derecho “puesto” —por eso es llamado positivo—, sino que se integra y se alimenta de lo que propiamente se llama derecho, el cual precede, informa y vivifica la letra de la ley. El hecho de que ese derecho no se encuentre en la pura superficie de las normas o de las relaciones jurídicas no es obstáculo a la realidad de su existencia. Y es este derecho previo que se esconde en el seno de aquéllas el que el operador jurídico ha de descubrir. Que sólo así aquellas normas y relaciones jurídicas pueden ser traducidas en términos de justicia. En el caso concreto que aquí nos ocupa, ese derecho que precede a la ley puede descubrirse precisamente a través de la cláusula del Estado social de derecho consagrada en la embocadura de nuestro texto constitucional»;

y, en otro momento, en la misma Sentencia se afirma:

«La Administración ha de actuar con eficacia y no puede negarse que ésta ha existido; pero la Administración ha de actuar también con sujeción plena a la ley y al derecho y si esto ha sido así en este caso es algo que precisa averiguar. En la búsqueda de ese derecho que es previo a la ley y que se informa y vivifica el operador jurídico puede servirse muy útilmente de los instrumentos que le proporcionan los principios —implícita o explícitamente— proclamados en la Constitución.»

Los servicios —dice el TS en otra Sentencia— deben ordenarse de la manera que resulten más eficaces para los usuarios y para el funcionamiento del propio servicio. Su reorganización debe estar presidida por dicho principio de eficacia y por el de servir con objetividad los intereses generales. Eso es lo que hace la Orden que regula la expedición de certificados del Ministerio de Justicia por correo y ésa la base para desestimar un recurso interpuesto contra ella por los Colegios de gestores administrativos (*STS de 21 de febrero de 1984*, Arz. 1081).

2. ARTÍCULO 105⁹

Algunos de los supuestos de este precepto se vinculan directamente a los derechos fundamentales, especialmente al artículo 24.1, que son aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, sin que sea argumento contrario la reserva de ley que se establece, que «no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata» (*STC de 8 de junio de 1981*). Ello no quiere decir que todas las exigencias del artículo 24 sean trasladables, sin más, a toda tramitación administrativa. En el artículo 105.c) sólo se exige la audiencia «cuando proceda» legalmente (*STC 68/1985, de 27 de mayo*, donde, al margen del caso, se puede observar la plasmación de algunas de las preocupaciones que embargaron a los constituyentes sobre este tema). La otra «audiencia», la del apartado 1, es un «caso de participación funcional» (*STC 61/1985, de 8 de mayo*) como de hecho estaba inicialmente configurada en el Anteproyecto de Constitución.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa es conocida la discutible *STS de 16 de octubre de 1979* (Arz. 3369) en relación con el artículo 105.b). Una asociación de vecinos solicitó acceder a los expedientes de unas concesiones demaniales de los años 1947, 1958 y 1965, anteriores a su existencia como asociación. El MOPU denegó el acceso y la Sala de lo contencioso de Bilbao estimó el recurso sobre la base, fundamentalmente, del artículo 105.b) CE. El TS revoca la Sentencia diciendo que era preciso una ley,

«porque sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional expresamente dispone que “una ley regule” el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, indudablemente se está manifestando, por el propio legislador, que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten, porque todas las normas declarativas de principios

⁹ Artículo 105:

«La ley regulará:

a) La audiencia de los ciudadanos, directamente o a través de las organizaciones y asociaciones reconocidas por la ley, en el procedimiento de elaboración de las disposiciones administrativas que les afecten.

b) El acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, salvo en lo que afecte a la seguridad y defensa del Estado, la averiguación de los delitos y la intimidad de las personas.

c) El procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.»

básicos precisan de una reglamentación complementaria, de desarrollo y aplicación concreta»,

aunque en otros supuestos el TS no haya sido tan estricto. Por ejemplo, en la exigencia del principio de audiencia, que debe darse por procedente en todo el ámbito sancionatorio por derivación del artículo 105.c) CE (aunque se vincule también al 24.1). Así, entre otras muchas, SSTS de 31 de mayo de 1982 (Arz. 8146), 23 de septiembre de 1982 (Arz. 5493), 13 de octubre de 1982 (Arz. 6365), 14 de octubre de 1982 (Arz. 6370), 16 de diciembre de 1982 (Arz. 8001), 29 de marzo de 1984 (Arz. 1449). Luego, el criterio se ha generalizado.

Desde la óptica de la participación o audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general el TS ha sido también, en ocasiones, rígido en su exigencia al interpretar el procedimiento como instrumento de garantía, de sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho y como coadyuvante del principio de eficacia. Muestra de esta tendencia es la STS de 4 de julio de 1987 (Arz. 5504), en la que se anula una Orden de fijación de márgenes comerciales de las farmacias. En el Fundamento 3.º se lee:

«La Administración Pública tiene encomendada directamente por el Texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales, “servir” es el verbo que utiliza el artículo 106, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La “generalidad” de los asuntos que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualquier otra perspectiva parcial, tanto si proviene de la propia organización burocrática o de sus agentes, como si tiene un carácter sectorial dentro de la sociedad, aun cuando en principio puedan ser absolutamente legítimos (...). La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos. Ello constituye reflejo (...) de la concepción contemporánea de la Administración pública, y consiste en el “sometimiento pleno a la Ley y al Derecho” (...). Un segundo punto de orientación es la eficacia (...). Todo lo dicho nos sitúa en la función del procedimiento como garantía y como instrumento para asegurar “la legalidad, acierto u oportunidad” de las disposiciones, según frase expresiva incluida en el párrafo que encabeza el procedimiento especial regulado para su elaboración —art. 129 LPA—»;

y al no haberse seguido exactamente, procede la anulación.

3. ARTÍCULO 106¹⁰

A) Desarrollo legislativo

El control judicial de las Administraciones Públicas sigue siendo regulado por la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956, modificada parcialmente, no obstante, por normas posteriores. La *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio*, del Poder Judicial (respecto de la que el TC conoció de dos recursos de inconstitucionalidad resueltos, el primero, por la *STC 108/1986, de 26 de julio*, que lo desestimó, y el segundo por la *STC 56/1990, de 29 de marzo*, que anuló el art. 37.4 y efectuó una interpretación conforme respecto de otros), incidió directamente en ella y su Disposición Adicional 1.^a preveía el plazo de un año para que el Gobierno enviara a las Cortes un proyecto de ley del proceso contencioso-administrativo, que aún no se ha enviado, aunque hubo un Anteproyecto en 1986, que no llegó a convertirse en Proyecto. La *Ley 38/1988, de 28 de diciembre*, de Demarcación y Planta judicial, ha incidido también en la Ley Jurisdiccional de 1956 y, recientemente, la muy importante *Ley 10/1992, de 30 de abril*, de medidas urgentes en materia procesal, crea por primera vez en este orden jurisdiccional el recurso de casación y es de esperar contribuya a descargar de asuntos al Tribunal Supremo, incidiendo así en la necesaria rapidez de la justicia administrativa. Por lo demás, hay que considerar también la importante *Ley 62/1978, de 26 de diciembre*, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; ley preconstitucional, pero que significa un procedimiento judicial, alternativo al común de la LJ, en materia de derechos fundamentales.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas, sigue un régimen común (art. 149.1.18.^a *in fine* CE) constituido por los artículos 121 y concordantes de la Ley de 16 de diciembre de 1954, de Expropiación Forzosa, y los artículos 40 y siguientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. El artículo 54 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las bases de Régimen Local, se remite al régimen unitario de la Administración del Estado. Todo este régimen jurídico pretende ser sustituido por el «Proyecto de ley de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento administrativo común» (arts. 137 a 143), en tramitación parlamentaria (BOC n.º 82, de 4 de marzo de 1992).

¹⁰ 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.

2. Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.»

B) Interpretación jurisprudencial

Las dudas que pudieran haber por la redacción del artículo 106.1, que no incluye expresamente la referencia al control de «toda» la actividad de la Administración, se desvanecieron pronto, más que desde este precepto, desde el artículo 24.1 CE y la referencia al sometimiento «pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho del artículo 103.1. Así, en efecto, el TC ha entendido derogadas todas las exclusiones al control judicial en el ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa (*Auto 60/1980, de 22 de octubre; SSTC 39/1983, de 16 de mayo; 80/1983, de 10 de octubre...*), las limitaciones de acceso impuestas por exigencias estrictas de legitimación o las exclusiones de suspensión de la eficacia de los actos (*STC 115/1987, de 7 de julio*, que anula la prohibición que en este punto realizaba el art. 34 de la Ley Orgánica 7/1985, de 1 de julio, de derechos y libertades de los extranjeros).

Toda la actividad de la Administración está, pues, sometida al control judicial. Pero la actividad «de la Administración», como sujeto. Una persona jurídica cuyos órganos superiores (el Consejo de Ministros, el Gobierno) concitan otras funciones que no están sometidas al Derecho Administrativo y, en esa medida, no sujetas al control, lo que no va en contra del artículo 106.1 por faltar el presupuesto del mismo: la acción de la Administración. El tema ha sido polémico pero, a mi juicio, la doctrina correcta en este punto se contiene en el FJ 2 de la *STC 45/1990, de 15 de marzo*. No hay infracción del artículo 24.1:

«En efecto, no toda la actuación del Gobierno... está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales... o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 CE. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a una u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto en las leyes.»

En relación con el apartado 2 del artículo 106, la jurisprudencia a considerar es la del TS. El TC únicamente se ha pronunciado para decir que «la actividad legislativa queda fuera de las previsiones [de este artículo] referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto éste en que no cabe comprender la función del legislador» (*STC 127/1987, de 16 de julio, en cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre la DA 5.ª de la Ley de Presupuestos para 1984*). El tema es importante porque ha habido alguna Sala de la jurisdicción contencio-

so-administrativa que ha hablado del «servicio público de la legislación» para deducir consecuencias indemnizatorias patrimoniales a raíz de las normas previstas en la legislación funcionarial sobre jubilación. El TC, en *Sentencia 129/1987, de 16 de julio* (en la misma fecha, por tanto, que la antes citada), desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, aunque apuntó enigmáticamente a los «perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» (FJ 4). A raíz de ello se plantean las solicitudes y se inician los recursos contenciosos. Con posterioridad, el TC suprimió este inciso, que daba pie a esos otros recursos, en la ya citada *STC 178/1989, de 2 de noviembre*, sobre la Ley de incompatibilidades, donde el tema se podía plantear en términos similares, y en otras posteriores (así, *STC 42/1990, de 15 de marzo*). La cuestión es polémica, pero en mi opinión, dicho ahora sin matices, no puede haber responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los efectos potencialmente dañosos de una ley que sea constitucional. Cuestión distinta es si la ley es declarada inconstitucional.

La jurisprudencia contencioso-administrativa casi desde el principio se refirió a la elevación a rango constitucional del principio de responsabilidad «que actualmente alcanza el más elevado rango normativo en el artículo 106.2 CE, tal y como corresponde a su categoría de pieza fundamental del Estado de Derecho» (*STS de 5 de noviembre de 1979, Arz. 4014*, a modo de ejemplo de otras muchas que vienen a decir lo mismo para deducir criterios ampliatorios en la interpretación de la normativa existente, que, por su «natural carácter expansivo, impide en su aplicación toda interpretación que obstaculice su plena realización», según expresión de la *STS de 4 de julio de 1980, Arz. 3410*, del mismo ponente, hoy Magistrado del TC).

En cuanto a la jurisprudencia del TS vinculada al artículo 106.1 se ha ido haciendo eco de la doctrina del TC en la interpretación de la Ley de la jurisdicción contenciosa y, en línea con ella, ha ido interpretando con criterios más abiertos temas como la legitimación y el acceso a la jurisdicción, la proscripción para ello de la exigencia del *solve et repete*, aún presente en alguna normativa sectorial (así, *STS de 25 de noviembre de 1986, Arz. 964 de 1987*), y otras cuestiones anejas, aunque siempre con el apoyo adicional del artículo 24.1 CE. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido también consciente de que en el artículo 106.1 CE «se ha constitucionalizado» el vicio de la desviación de poder al acogerse como modo de control la fiscalización de la actividad administrativa a los fines que la justifican, lo que, si bien estaba ya en la Ley Jurisdiccional, dota a este vicio de una mayor relevancia en orden a un tratamiento probatorio flexible (*SSTS de 1 de octubre de 1982, Arz. 5835; 28 de noviembre de 1983, Arz. 6120, y 7 de noviembre de 1985, Arz. 5342*).

IV. ALGUNAS CONSECUENCIAS EN TORNO A LOS PRINCIPIOS DE EFICACIA Y GARANTÍA COMO CENTROS DE LA CONCEPCIÓN CONSTITUCIONAL DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

Si he realizado este rápido repaso a la jurisprudencia recaída sobre los artículos 103 y siguientes de la Constitución ha sido para destacar cómo la jurisprudencia constitucional y contencioso-administrativa enfatiza ciertamente el principio de garantía, ínsito en los artículos 24 y 106 CE, pero no descuida tampoco las referencias a los principios organizativos y de funcionamiento de las Administraciones.

De todo ello se pueden extraer ya, sintetizadas, algunas consecuencias conclusivas.

1. LA POSICIÓN CONSTITUCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO QUE LA REGULA

A) *Principios constitucionales*

La Administración es, en una aproximación simplista, el brazo ejecutor de los fines del Estado, el propio Estado en acción, el Estado que actúa y que, por consiguiente, entabla relaciones jurídicas con otras personas, fundamentalmente con los ciudadanos. La propia idea del Estado social, como apuntan algunas de las Sentencias citadas, se dirige primordialmente a las Administraciones Públicas para que ejecuten, actúen, presten servicios y doten de contenidos concretos a los fines genéricos del Estado previstos en la propia Constitución. Esa Administración está regulada en el Título IV CE, cuyos criterios y principios informadores se refieren a todas las Administraciones Públicas (*STC 85/1982, de 25 de octubre*).

¿Cuáles son esos principios generales? La respuesta la proporcionan los propios artículos 103 y 106 CE. Una variada gama de principios que deben inspirar la organización y la actuación de la Administración, pero que tienen una virtualidad diversa y plural. Unos, presuponen y apelan a técnicas concretas para hacerlos efectivos (el principio de descentralización, el de jerarquía...), mientras que otros implican opciones más abiertas y, al final, juicios de valor que, en cuanto tales, deben observarse y percibirse primordialmente desde fuera, es decir, desde los ciudadanos (el principio de eficacia, el de objetividad, el de coordinación...). Unos, son consecuencia de una pretensión enraizada en la democracia (el principio de publicidad y transparencia, el de audiencia, el de mérito y capacidad...), en tanto que otros son simplemente presupuesto de viabilidad de algunos de ellos (el principio de coordinación, por ejemplo, apela en última instancia a la eficacia). Sorprende, sin embargo, el énfasis que se puso en algunos de estos

principios al discutirse el texto constitucional y que luego no se plasman en previsiones organizativas o de actuación obligadas. Es el caso, por ejemplo, del principio de descentralización, y no digamos ya del más vago principio de desconcentración...

Los principios organizativos de la Constitución, en definitiva, pueden tener, como digo, una pluralidad de efectos, plasmarse en medidas y técnicas, implicar un juicio de valor exterior. Así, por ejemplo, y desde el puro campo organizativo, el principio de objetividad puede implicar el necesario deslinde entre los órganos políticos y los administrativos, entre los Gabinetes y la estructura institucional, a más de las evidentes consecuencias en el funcionamiento diario de la Administración y en la forma de selección de su personal. El principio de publicidad puede imponer la creación de Oficinas de información y mecanismos de conexión ciudadana. La jerarquía supone una organización piramidal en la que los órganos superiores dirigen, inspeccionan y programan. La descentralización no admite más interpretación que la transferencia de funciones y competencias a otros entes, prioritariamente de carácter territorial más que funcional. La desconcentración alude a la transferencia de competencias de los órganos superiores a los inferiores (técnica a no confundir con la delegación orgánica, que supone el traslado del ejercicio de la competencia y no su titularidad). El sometimiento a la Ley y al Derecho significa la plena justiciabilidad de los actos. La coordinación, en fin, es presupuesto de la eficacia y apela a la coherencia y vertebración de todas las Administraciones Públicas diversificándose en técnicas muy diversas...

Queda la participación también como principio general no mencionado pero como deseable instrumento de acercamiento de la Administración a los administrados, como fórmula de transparencia, como medida para facilitar la integración... pero no para legitimar a la Administración. Esta se legitima no porque sea representativa —la Administración normalmente no lo es—, sino por su dependencia del Gobierno, que responde ante el Parlamento, y por su carácter ejecutivo y servicial. De ahí que no pueda confundirse, como a veces se hace, una Administración democrática con una Administración representativa. La Administración no representa: sirve los intereses generales. La Administración es democrática si aplica y ejecuta fielmente las leyes, si es eficaz, objetiva y transparente, si está adecuadamente controlada, si asume en la práctica los valores constitucionales, si adopta en sus formas de actuación pautas de conducta que alejen la prevención y el recelo con que a veces es observada por los ciudadanos y cuyo incumplimiento tiene como resultado el alejamiento, la inhibición y el despeggo. La Administración es democrática, aunque parezca una redundancia, si es la Administración de un Estado democrático, es decir, de un Estado con democracia parlamentaria. Por eso, el tema de la participación, esgrimido como un dogma en un determinado momento de la transición política, debe ser adecuadamente matizado porque, sentado lo anterior, no tienen que excluirse, sino al contrario, potenciarse, las

vías de participación funcional, aunque teniendo bien presente la idea servicial legitimadora de la propia Administración Pública y el riesgo de patrimonialización de los intereses generales por grupos sectoriales, sean éstos burocráticos y sociales.

B) *Naturaleza y carácter de la Administración*

Desde el punto de vista del Derecho y en virtud, precisamente, de su carácter relacional, la Administración es una persona jurídica, centro de imputación de situaciones jurídicas activas y pasivas. Así se contempla en el artículo 1 de la LRJAE y así hay que predicarlo también para la Administración de cada Comunidad Autónoma, para cada Municipio y para la constelación de personificaciones instrumentales que surgen en torno de éstas. A partir de este dato de la personalidad jurídica es preciso añadir que la Administración es una organización compleja, integrada por un conjunto heterogéneo de órganos jerárquicamente ordenados que, por lo que se refiere a la Administración del Estado, son «creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley» (art. 103.2 CE).

La Administración, a diferencia del Parlamento, no representa a nadie, ya se ha dicho. «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» (art. 103.1 CE), esto es, al Ordenamiento Jurídico, que es algo más que el conglomerado o suma de las leyes; es el sustrato que las anima, el sistema que articulan, los principios que se derivan de él a la luz de la Constitución y del conjunto de valores culturales y axiológicos que están en la propia base de la organización social.

La Administración, pues, tiene carácter servicial y está vinculada al principio de legalidad; vinculación que supone que sólo puede hacer lo que la ley le habilite o autorice a realizar, a diferencia de lo que sucede con los particulares, para quienes rige el criterio de la libertad, de modo que pueden hacer todo lo que la ley no prohíba. De lo cual se deriva una nueva tarea para el Parlamento en el Estado social, distinta de la propia del Estado liberal. La ley ya no deberá sólo habilitar sin más a la Administración, sino establecer mandatos más concretos, pautas, criterios, medidas, principios de actuación, cotas de calidad, estándares de frecuencia que sirvan a los tribunales para verificar y controlar la acción administrativa. Un control que, sin esos parámetros legales de referencia, corre el riesgo de hacerse desde los propios y subjetivos parámetros de cada juez.

Desde el punto de vista político y organizativo, la Administración del Estado —y la de las CC.AA.— responde al modelo institucional, montado sobre principios burocráticos, según el cual la legitimación democrática de la Administración deriva de su papel de ejecutar la ley y de su dependencia del Gobierno (art. 97 CE), cuyo carácter dual ha sido destacado en la STC 45/1990, de 15 de marzo, más atrás citada, y

que supone que cuando no actúa como Administración su actividad queda al margen de los preceptos analizados. Dependencia del Gobierno que supone su conexión con el Parlamento a través del Presidente que ha sido elegido por aquél (art. 99 CE) y ante el que responde políticamente (arts. 108 y ss. CE). La Administración local, por el contrario, responde al modelo corporativo de legitimación directa, en el que los ciudadanos, como concejales, se integran en la Administración, son Administración. De ahí que se suela afirmar que el Estado y las CC.AA. tienen Administración, en tanto que las Corporaciones locales son Administración.

Esa Administración servicial, personificada, sometida a la Ley y al Derecho y dirigida por el Gobierno está integrada por un conjunto numeroso y heterogéneo de órganos, que, a su vez, están servidos por personas físicas, sometidas —se pretende que en su mayoría— al estatuto funcionarial. Es la ley la encargada de regular ese estatuto (art. 103.3) y hay ahí un amplio campo de maniobra para el legislador respecto del que no existen criterios apriorísticos, como a veces se sostiene por quienes creen que la clave de las disfunciones administrativas radica precisamente en un régimen funcionarial, que se supone estereotipado, de los empleados públicos, pero que puede cambiarse adoptando fórmulas imaginativas conciliables con el mismo.

La Administración, por otra parte, responde patrimonialmente por los daños causados a los particulares en sus bienes y derechos (art. 106.2 CE) previéndose, asimismo, una serie de resortes para facilitar la transparencia y la participación del ciudadano en las funciones administrativas (art. 105 CE).

Para el cumplimiento de los fines y funciones que tiene asignados la ley atribuye a esa Administración un conjunto de potestades y privilegios. La potestad reglamentaria, la potestad expropiatoria, la potestad sancionatoria, la potestad recaudatoria, la presunción de legitimidad de sus actos hasta que un juez no los anule, la potestad de ejecución forzosa de esos mismos actos, las facultades de investigación, deslinde y recuperación de bienes, la posibilidad de utilizar el procedimiento de apremio, el privilegio de la inembargabilidad, la posibilidad del uso final de la coacción directa y de la propia fuerza... Este amplio y hoy algo más limitado (en virtud del art. 24 CE) conjunto de privilegios se fundamenta en la finalidad de interés público que justifica su actividad (arts. 103.1 y 106.1 CE). Pero como siempre cabe la posibilidad de que la Administración y los titulares de sus órganos se excedan y entren en colisión con los derechos o intereses de los particulares, con las competencias de otras Administraciones o que incumplan las prescripciones legales, es necesario un sistema de garantías y unos mecanismos de control judicial, que se erigen así en el otro polo de las relaciones Administración-administrado. Así, el régimen jurídico de los actos y contratos de la Administración está sujeto a rigurosas prescripciones después de seguir un procedimiento tasado, y, para verificar su adecuación a la legalidad vigente, existe, como mecanismo de garantía, un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales (art. 106.1 CE).

La regulación concreta de los citados privilegios y de los sistemas de control y garantía constituye la esencia del Derecho Administrativo: el Derecho de la persona jurídica que es la Administración para articular, ordenar y regular sus relaciones internas (la organización), sus relaciones interadministrativas y las que diariamente entabla con los ciudadanos. Un Derecho que se configura, así, según antes se apuntaba, como un inestable elemento de equilibrio entre los privilegios administrativos (justificados en la función de interés general de la Administración) y las garantías individuales, entre el Poder y la libertad, entre su papel de facilitar técnicas para que la Administración lleve a cabo su tarea de conformación social y su significado de límite, de control y garantía de los ciudadanos.

2. LA ADMINISTRACIÓN COMO INSTRUMENTO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES: VIRTUALIDADES E INSUFICIENCIAS¹¹

Esta es, en síntesis, la configuración jurídica y constitucional de la Administración Pública, de las Administraciones Públicas. Unos entes que no tienen fines propios, sino los de la ley, los de la Constitución. Por eso, dotar a los preceptos constitucionales de contenidos concretos es la gran tarea del Derecho, de todo el Derecho, que depende del trabajo de los distintos operadores jurídicos, sean éstos jueces, funcionarios o profesores universitarios. Pero depende también, muy especialmente, de los Poderes Públicos y, dentro de ellos, en no escasa medida, de la actividad diaria y persistente de las Administraciones Públicas. Todas ellas, por mandato expreso del artículo 9.1 CE, están sujetas a la Constitución, cuyo texto les vincula en el ámbito de sus respectivas competencias.

Si al Parlamento le corresponde la tarea de legislar en el marco de la Constitución y de acuerdo con las orientaciones políticas propiciadas por las distintas mayorías que surjan de las elecciones; si el Poder Judicial tiene encomendada la misión de interpretar las normas en el caso concreto, a las Administraciones Públicas les compete, al cumplir y ejecutar las leyes, actuar los fines constitucionales, para lo que se requiere unas veces su abstención, pero muchas otras su intervención, su actividad, su buen funcionamiento, es decir, la eficacia a la que apela también la Constitución. Muchos preceptos constitucionales precisan, en efecto, en mayor o menor medida, de la acción de la Administración: el derecho a la salud, la educación, la seguridad personal, el medio ambiente, la defensa de los consumidores, el correo, los transportes... En mayor o menor medida, lo que dependerá de las distintas

¹¹ Sobre este tema y el epígrafe siguiente, con algún mayor detenimiento, mi libro *Constitución, Derecho Administrativo y Estado autonómico*, Santander, 1990, y mi trabajo «Las relaciones de las Administraciones Públicas y los ciudadanos», en el volumen colectivo dirigido por J. J. Linz y E. García de Enterría, *España: un presente para el futuro*, IEE, t. II, Madrid, 1985.

políticas. Pero lo que a nuestros efectos importa es que esa Administración, cuando actúa, se impregne de los principios constitucionales y sea, efectivamente, un instrumento al servicio de los intereses generales y no caiga en la permanente tentación de erigirse en un fin en sí misma.

Es, pues, en las Administraciones Públicas donde se juega, en lo concreto, la efectividad de los postulados constitucionales en los más variados sectores de la vida cotidiana. Y no sólo porque ellas, en buena medida, son las llamadas a ponerlos en práctica en la realidad de cada día, sino también porque es con la Administración con quien se relaciona el ciudadano y es esa actividad la que sirve de pauta, normalmente, para juzgar las políticas y las promesas electorales, mucho más que las estrictas medidas de carácter legislativo.

Al reflexionar sobre la Administración es la óptica del ciudadano la que hay que adoptar. Porque en sus relaciones con la Administración el ciudadano le interesa lo concreto, esto es, que la Administración funcione, preste eficazmente los servicios que gestiona. Le interesa que sea eficaz, lo que supone también un mayor acercamiento en términos de credibilidad. Y sólo en última instancia le interesa lo patológico, que, de todos modos, tiene que estar previsto. Es decir, que si esa Administración no actúa o actúa inadecuadamente responda por ello viendo anulados sus actos, obligándosele a actuar, sustituyéndola, en su caso, o haciéndola indemnizar patrimonialmente a los perjudicados.

3. EFICACIA Y CONTROL, SÍNTESIS DE LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES SOBRE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. UNA REFLEXIÓN CRÍTICA

Eficacia y control son, así, los dos pilares derivados del artículo 103 sobre los que se monta la concepción constitucional de la Administración. Convertir estos principios en fórmulas precisas es una tarea de los juristas y de los políticos. Una tarea en la que la utilización del Derecho Público, del Derecho Administrativo especialmente, encuentra mejores armas para facilitar el control que para propiciar la eficacia. Esta, en efecto, depende de factores jurídicos y organizativos, pero con más frecuencia de elementos que escapan al Derecho, aunque se relacionen con él.

Si el primer interés del ciudadano se centra, como decía, en el potenciamiento de unas Administraciones que presten servicios de calidad y de los que dependen a veces la efectividad de algunas libertades públicas proclamadas constitucionalmente; si el ciudadano se relaciona con la Administración primariamente cuando usa los bienes y servicios públicos; si esta experiencia diaria constituye el primer y más importante flujo de relaciones Administración-administrado, una reflexión sobre la mejora de la eficacia de esas relaciones, *hecha desde el Derecho*, arroja más bien sombras y genera impotencias.

Es en este punto, efectivamente, donde más fallan los mecanismos jurídicos de garantía del ciudadano nacidos, diseñados y tecnificados a partir del dato decimonónico del esquema liberal de un reducido intervencionismo público. Mecanismos que se pensaban suficientes para garantizar al individuo frente a la intervención administrativa. Pero mecanismos insuficientes cuando la situación ha cambiado, cuando se piden a la Administración acciones y posturas positivas. Aquellos mecanismos tan cuidadosa y brillantemente elaborados (la teoría del acto, los recursos, la jurisdicción contenciosa...) no permiten, por lo general, exigir las prestaciones o mejorar los servicios. El ciudadano está inerte ante la inactividad material¹², ante la ineficacia de los servicios públicos, en el ámbito de la actuación económica donde proliferan técnicas impensables hace no muchos años. Si a ello se añaden las disfunciones de una justicia lenta y montada sobre la base del carácter revisor, que le impide, por lo común, actuar cautelarmente o imponer ella misma pautas de acción ante las omisiones, tendremos un panorama que no puede considerarse gratificante desde la óptica del Derecho.

Es entonces cuando se observa la tentación de la huida. La huida del juridicismo, se dice. La búsqueda de la eficacia desde parámetros estrictamente empresariales, con modos de actuación típicos de la empresa, con formas organizativas vagamente copiadas de las organizaciones de ese carácter, lo que, en sí mismo, no es reprochable, pero plantea la difícil cuestión, como antes decía, de si es posible ser eficaz a cualquier precio. Y sucede que cuando de entes públicos se trata en ese precio no se puede incluir la paralela huida del control, de la garantía, del sometimiento «pleno a la Ley y al Derecho».

Es preciso alumbrar nuevas técnicas jurídicas, adaptar el Derecho para que éste no quede desplazado porque, si no, quien quedará desplazado será el propio Ordenamiento, esto es, el Estado de Derecho, que puede ser tentadoramente visto desde las Administraciones Públicas «como algo entorpecedor a la acción de los Poderes Públicos, de lo que, por ello mismo, resulta obligado prescindir»¹³. Porque al prescindir de él se prescinde también de lo que el Derecho significa de garantía, de cauce y de control. Recuérdense, en este sentido, las gráficas palabras de la más atrás citada *STS de 20 de mayo de 1987* (Arz. 5827).

A) *Una referencia a la eficacia*

El Derecho, en efecto, tiene escasas respuestas al problema de la eficacia, aunque ello no quiere decir que no tenga ninguna. Son fórmulas que van emergiendo al hilo de las nuevas exigencias.

¹² Este es, precisamente, en términos generales, el tema sobre el que está trabajando, como objeto de tesis doctoral en el Seminario de Derecho Administrativo de la Universidad de Cantabria, el becario de investigación don Marcos Gómez Puente.

¹³ Cfr. S. Martín-Retortillo, «Prólogo» al libro de Elisenda Malaret, *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, 1991, p. 18.

Algunas de ellas apuntan al Parlamento, ya lo he dicho. Los derechos de prestación no suelen estar configurados en la Constitución sobre la base de la técnica de los derechos subjetivos. Es la ley ordinaria la que tiene que fijar esos derechos, hacer esa traducción, estableciendo niveles de prestación, exigencias mínimas, cotas de calidad imprescindibles para abrir un servicio o para mantenerlo, cuya exigencia, entonces, sí pueden verificar los tribunales. La mayor o menor extensión de esos criterios dependerá tanto de las circunstancias sociales y los condicionantes económicos como de los programas de los distintos partidos políticos. Pero lo que quiero decir es que no puede ser igual el legislador del Estado liberal que el del Estado social, aunque sin caer en la tentación (que alguna práctica autonómica ha revelado cierta) de administrar por ley, con lo que ello significa de imposibilidad de control ordinario.

La eficacia depende también de pautas organizativas, del reto que significa la cercanía y las CC.AA. y, en última instancia, de los empleados públicos y de una política de personal que por encima de intereses privados o corporativos prime al competente y estimule el mérito y la capacidad.

La eficacia, en fin, ha de ser valorada en su conjunto por los ciudadanos, que son el punto de referencia y la razón de ser de la propia Administración.

Quisiera señalar, no obstante, que la idea de una Administración prestacional, que está en la base de la caracterización del Estado social, plantea interrogantes que tienen que ver directamente con aspectos económicos y políticos. Los límites del gasto público plantean, en efecto, opciones que son, obviamente, políticas. Una opción sobre las dimensiones del Estado. Una opción sobre las prioridades temporales. Y una opción por la calidad y los costes, de toda índole, que conlleva. Introducir el problema de la calidad y sus costes (económicos, políticos, sociales, organizativos, burocráticos...), cuando se habla de la eficacia de la Administración, me parece importante porque la «eficacia» a la que alude la Constitución no puede medirse sólo, como en la economía de la empresa privada, por parámetros de cuenta de resultados, pero tampoco puede prescindir de las limitaciones económicas.

B) *Las técnicas de garantía*

Y, tras la eficacia, el control. Un control que es principio de orden (y en ese sentido coadyuva a la eficacia), instrumento de la transparencia y objetividad, pero también garantía. La responsabilidad patrimonial y la justicia administrativa (art. 106 CE) se erigen así como el contrapunto de la eficacia. Y aquí es donde las respuestas del Derecho pueden resultar más convincentes y donde hallamos el núcleo básico de su arsenal técnico acuñado a lo largo de una dilatada evolución

histórica. No hace al caso insistir en ello, ni apuntar siquiera los derroteros de las posibles reformas que la ley postconstitucional que regule la jurisdicción contencioso-administrativa ha de incorporar, pero sí señalar que, desde sus mismos orígenes, la jurisdicción contenciosa se erige no sólo como instrumento de garantía, sino también como criterio de orden interno que orienta la actividad administrativa, puesto que un conocimiento de sus pautas fundamentales permite evitar condenas anunciadas y anulaciones sabidas de antemano, y facilita la adopción de criterios de conducta administrativa que se adapten en el futuro a las indicaciones anteriores de la jurisprudencia. Desde ese punto de vista, que fue destacado por la doctrina francesa, como digo, desde casi los inicios de dicha jurisdicción, el instrumento de garantía que ésta significa se erige también en elemento que coadyuva a la eficacia y al buen funcionamiento administrativo.

- a) *La responsabilidad como instrumento de garantía y parámetro de la eficacia desde la contemplación de la Administración «como debería ser».*

Y, finalmente, dos palabras sobre la responsabilidad. El artículo 106.2 CE y la actual Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas contemplan un sistema muy amplio de responsabilidad patrimonial de la Administración, que ha sido calificado como «una de las más importantes conquistas del Estado de Derecho» (*STS de 4 de julio de 1980*). Y ello, porque, como también afirma la *STS de 12 de marzo de 1984* (Arz. 2508) citando la Exposición de Motivos de la LRJ, «todo lo que robustezca el principio de responsabilidad viene a consolidar el prestigio y eficacia de la Administración y la leal colaboración de los administrados».

Pues bien, la responsabilidad no es sólo un elemento de garantía, sino también un instrumento jurídico al servicio de la eficacia. Es obvio que la primera función de la responsabilidad consiste en reparar un perjuicio. Pero constituye también un elemento de orden de la Administración, a la que contribuye a modelar. La responsabilidad refleja la propia organización administrativa, pero al mismo tiempo la condiciona, reacciona sobre ese modo de organización. El juez tiene a la vista la Administración no como es sino, sobre todo, *como debería ser* y al condenar a indemnizar influye, o debería influir, en el *modo de gestionar* en el futuro.

De ahí la importancia de dos precisiones básicas. Una, la necesidad de que al juez se le proporcionen pautas desde el legislador, como antes indicaba, sobre el cómo debe ser la Administración para que, como sucede en ausencia de ellas, no las sustituya por sus propios y personales criterios. Precisión que apunta, pues, a la forma de legislar. Y dos, que para que la responsabilidad asuma ese papel no debe depender de las formas organizativas que adopte la Administración, ni debe significar unas condenas meramente simbólicas.

Porque la responsabilidad desemboca en el pago de una indemnización y esta perecuación financiera aparece como el sustituto de una buena gestión cuando se han causado daños. Y si la condena no es significativa se puede producir fácilmente, de forma paulatina, un deslizamiento sutil: al principio la Administración debe pagar porque causó un daño al funcionar mal, tarde o porque no funcionó, pero, poco a poco, si el coste no es excesivo, se puede llegar a que acepte pagar... a cambio de no tener que cambiar el modo de actuar, la manera de organizarse, la forma de gestionar el servicio, sus pautas de conducta.

Y es aquí donde aparece la función más profunda de la responsabilidad en el Estado social de Derecho. Lejos de constituir un freno a la acción administrativa, se coloca, como ya he dicho, en el centro de la concepción constitucional de las Administraciones Públicas, se yergue como un pilar fundamental del Derecho Público, que nació como garantía de los administrados pero también para propiciar una Administración transformadora y gestora de los servicios e intereses colectivos, gozne de las relaciones entre la Administración y los ciudadanos y correlato de la misma eficacia¹⁴.

* * *

El sentido de este breve trabajo, como se habrá podido observar, no ha sido contraponer una hipotética Administración de garantías como opuesta a una Administración de la eficacia, del buen funcionamiento, a una Administración moderna y servicial. Al contrario. He intentado decir que ambos planteamientos deben marchar unidos y que esto es también lo que se deriva de la Constitución. El Derecho que regula a la Administración no puede, por consiguiente, observarse como algo retardatario a superar, sino como el marco inexcusable de actuación de los Poderes públicos que trata de lograr un equilibrio, siempre inestable, entre la defensa de lo individual y la de los intereses colectivos; defensas que con frecuencia son ambivalentes y a veces se entrecruzan porque, como dijo Ihering en *La lucha por el Derecho*, el hombre sabe que defendiendo el Derecho en general lucha también por su derecho personal y al batallar por éste contribuye asimismo a mejorar aquél y a la organización que disciplina. Lo que está lejos de erigir al Derecho, que es una técnica más bien modesta, en el centro de todo. Ese Derecho es sólo un marco y un instrumento, que, como a todo instrumento, se le debe cuidar, limpiar de vez en cuando, afinarlo, conocerlo, aprender a utilizarlo y, después, si es preciso, criticarlo, decir que no nos sirve y procurar cambiarlo.

¹⁴ Sobre este tema, con más amplitud y referencias, mi trabajo «Nuevos planteamientos en materia de responsabilidad de las Administraciones Públicas», en el libro colectivo *Estudios sobre la Constitución española. Homenaje al profesor Eduardo García de Enterría*, Madrid, 1991, t. III, pp. 2785 y ss., en especial 2799 y ss.