

INCIDENCIA DE LA CONSTITUCION SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por
RAFAEL GÓMEZ-FERRER MORANT

SUMARIO: I. CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL: 1. *Introducción*. 2. *El Poder al servicio de los derechos de carácter individual, democrático y social de los ciudadanos como telos ideológico de la Constitución, y como perspectiva adecuada para valorar su incidencia en el Derecho Administrativo*. 3. *Separación de poderes en sentido horizontal y vertical: pluralidad de Administraciones Públicas de carácter territorial*. 4. *Desplazamiento, como clave de la construcción jurídica, del principio de legalidad al principio de constitucionalidad*.—II. LA POSICIÓN JURÍDICA PECULIAR DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Introducción*. 2. *La posición jurídica peculiar de la Administración en la Constitución*. 3. *La posición jurídica básica común de todas las Administraciones Públicas: principio de constitucionalidad y principio de legalidad. Carácter principialista del ordenamiento*. 4. *Carácter finalista de la Administración: la posición de superioridad se justifica en cuanto sea una medida proporcionada para la consecución del interés general*. 5. *Obligada reconsideración de la posición jurídica peculiar de la Administración a partir de la Constitución: a) Ejecutividad y acción de oficio. b) El principio de inembargabilidad. c) La revisión de los actos administrativos. d) Conclusión*.—III. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO: CONCEPCIÓN ESTATUTARIA Y CONCEPCIÓN OBJETIVA.—IV. CONSTITUCIÓN Y RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS: 1. *Introducción*. 2. *Relaciones entre la Administración del Estado y de cada Comunidad*. a) *Relaciones de cooperación*. b) *Relaciones de coordinación*. c) *Relaciones de control*. d) *Conflictos*. 3. *Relaciones de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Administración Local*.—V. LA CONSTITUCIÓN Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Consideración de carácter general*. 2. *El principio de reserva relativa de Ley*. 3. *El modelo funcional*. 4. *El principio de descentralización*. 5. (sigue) *La descentralización corporativa y el derecho de asociación*. 6. *La gestión directa de obras y servicios públicos a través de Sociedades mercantiles en mano pública*.—VI. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACTIVIDAD NORMATIVA DEL EJECUTIVO: 1. *Decretos Legislativos*. 2. *Decretos-Leyes*. 3. *Potestad reglamentaria*.—VII. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN: 1. *Introducción*. 2. *El principio de legalidad y vinculación positiva al Ordenamiento*. 3. *La actividad de la Administración y los derechos de los ciudadanos*. 4. *Actividad de la Administración e interés general*. 5. *Potestad sancionadora de la Administración*.—VIII. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN.—IX. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN.—X. CONCLUSIÓN.

I. CONSIDERACIÓN DE CARÁCTER GENERAL

1. *Introducción*

La Constitución, como decía GARCÍA PELAYO, es la norma fundamental y fundamentadora de todo el Ordenamiento Jurídico, por lo que resulta claro que la introducción del sistema constitucional ha tenido que incidir necesariamente con gran intensidad en el Derecho Administrativo, en cuanto Derecho Constitucional concretizado.

En efecto, la Constitución ha supuesto un cambio trascendental en nuestro sistema jurídico, en cuanto incorpora el sistema de valores que ha de informar de todo el Ordenamiento, refleja una concepción política en la que adquieren singular relieve los derechos fundamentales y libertades públicas, y diseña un nuevo modelo de Estado compuesto, el «Estado de las Autonomías», basado en la distribución del Poder del Estado.

Para poder valorar la trascendencia del cambio, es necesario efectuar unas observaciones previas acerca de cuál es el contenido de la Constitución en relación con los tres pilares esenciales del Estado de Derecho: la declaración de derechos, la separación de poderes y el imperio de la ley.

2. *El Poder al servicio de los derechos de carácter individual, democrático y social de los ciudadanos como telos ideológico de la Constitución, y como perspectiva adecuada para valorar su incidencia en el Derecho Administrativo*

La Constitución española incorpora el resultado de dos siglos de evolución, a partir de la Revolución Francesa, que han permitido diseñar el Estado Social y Democrático de Derecho que consagra su artículo 1.º.

Se trata de un Estado producido por acumulación de conquistas en el terreno de los derechos de los ciudadanos: de cuño liberal, concebidos inicialmente como libertades de carácter negativo frente al Estado, aunque su efectividad en la actualidad, frente a otros poderes sociales y económicos, puede requerir una actuación de los poderes públicos en ciertos ámbitos, como indica L. MARTÍN-RETORTILLO; de tipo democrático, conceptuados como libertades de carácter positivo concretadas en el sufragio universal, derecho a los cargos y funciones públicos, derecho de petición; y de carácter económico y social, que por tratarse —en general— de «derechos» de prestación frente al Estado requieren evaluar las posibilidades reales de satisfacerlos, en cuanto no lo efectúe el libre juego social, por lo que se configuran como «principios rectores de la política social y económica», si bien con algunas excepciones como sucede con el derecho a la tutela judicial efectiva y el derecho a la educación, que consagran, respectivamente, los artículos 24 y 27 de la Constitución.

Conviene hacer notar que late en la Constitución el aliento del primer constitucionalismo, en el que la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano precedía a la Constitución, de tal forma que la Norma Fundamental tenía carácter instrumental. De esta for-

ma, la separación de poderes contenida en la Constitución era una garantía de la libertad, tal y como fue concebida por MONTESQUIEU, y también lo era el predominio del legislativo frente al ejecutivo, dado que las leyes emanaban en definitiva de la representación de la Nación, por lo que se configuraban como leyes de libertad —o, si se quiere, de autolimitación de la libertad— frente a las normas del Monarca, cuya legitimidad era de otro signo.

Pues bien, también podemos decir que en España la parte central de la Constitución son los derechos de los ciudadanos de uno u otro signo —liberal, democrático, social— y que la organización del poder público —división horizontal y vertical del poder— es un instrumento para la efectividad de tales derechos, como expresa el párrafo primero del Preámbulo de la Constitución, según el cual la finalidad que persigue la Nación es la de «establecer la justicia, la libertad y la seguridad y promover el bien de cuantos la integran».

De acuerdo con esta finalidad, el artículo 1.º de la Constitución establece que los valores superiores del Ordenamiento Jurídico son la libertad, la justicia, la igualdad y el pluralismo político, y el artículo 10, de capital importancia, subraya el carácter central de estos derechos al establecer que la dignidad de la persona humana, los derechos inviolables que le son inherentes, el respeto a la ley y a los derechos de los demás, son el fundamento del orden político y de la paz social.

Justamente esta visión profunda del Estado Social y Democrático de Derecho es la que nos permite detectar la esencia de la democracia, que no consiste, como ya pusiera de relieve KELSEN en su precioso libro *Esencia y valor de la democracia*, en un simple método de resolver los conflictos por mayoría, sino que incorpora unos valores que es necesario tener en cuenta. Por medio de la mayoría también se puede llegar a la dictadura, como la Historia ha demostrado, y no cabe duda de que ya no estaríamos ante la democracia propia del Estado Social y Democrático de Derecho.

Esta configuración del sistema constitucional, situando en el centro al ciudadano y a sus derechos de carácter liberal, democrático y social, debidamente armonizados, es el telos ideológico de la Constitución. Y es por ello mismo la perspectiva adecuada para valorar su incidencia en el Derecho Administrativo, porque hasta las instituciones que puedan parecer más técnicas y neutrales adquieren su verdadero sentido cuando se contemplan a la luz de los valores constitucionales y de los derechos y principios en que se concretan.

3. *Separación de poderes en sentido horizontal y vertical:
pluralidad de Administraciones Públicas de carácter territorial*

La separación de poderes es otra nota esencial del Estado de Derecho, en cuanto la división del poder es una garantía de la libertad. En el Estado Social y Democrático de Derecho que consagra la Constitución esta división de poderes no sólo se efectúa en sentido horizontal —legislativo, ejecutivo, judicial—, sino también en sentido vertical.

En efecto, el Estado configurado por la Constitución es un Estado compuesto, en terminología de HAURIOU, que armoniza los principios de unidad y autonomía. Así, el artículo 2 de la Constitución proclama la indisoluble unidad de la Nación española, patria común e indivisible de todos los españoles, y reconoce el derecho a la autonomía de las nacionalidades y regiones que la integran. Late aquí sin duda una concepción histórica de la Nación, integrada por nacionalidades y regiones a las que, al margen del dato formal de la personalidad jurídica, se reconoce el derecho a la autonomía. Por otra parte, y en conexión con este precepto, el artículo 137 de la Constitución establece que el Estado se organiza territorialmente en Municipios, en Provincias y en las Comunidades Autónomas que se constituyan, las cuales gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses; además de ello, la propia Constitución prevé la existencia de niveles intermedios, como puede ser la Comarca —art. 152.3—, aunque sin citarlos de forma expresa.

En relación con estos conceptos de unidad y autonomía, el Tribunal Constitucional ya ha establecido, a partir de la primera Sentencia que dictó el Pleno (4/1981, de 2 de febrero), que la autonomía no es soberanía y que la autonomía adquiere su sentido dentro del principio de unidad.

Nos encontramos, por tanto, ante un Estado compuesto, ante una distribución del poder sobre el territorio que se traduce en diversos niveles territoriales. Algunos como el Estado y las Comunidades Autónomas tienen Administración, y otros como los Entes Locales son Administraciones de carácter representativo.

En todo caso, de la Constitución deriva la existencia necesaria de una pluralidad de Administraciones Públicas de carácter territorial. Pluralidad cuya consideración jurídica puede reconducirse a la unidad, dentro de ciertos límites, como se justifica más adelante.

4. *Desplazamiento, como clave de la construcción jurídica, del principio de legalidad al principio de constitucionalidad*

La Constitución es la «Ley superior», la Norma Fundamental y fundamentadora del Ordenamiento Jurídico. De ahí que vincule a todos los poderes públicos, como indica su artículo 9.1, al establecer que «los poderes públicos están sujetos a la Constitución y al resto del Ordenamiento Jurídico».

Precisamente por ello, el sistema constitucional produce un desplazamiento, como clave de la construcción jurídica, del principio de legalidad al principio de constitucionalidad.

Este desplazamiento es un fiel reflejo de la crisis de la concepción roussoniana de la ley como expresión de la soberanía, de la voluntad general potencialmente ilimitada, ya que después de la Constitución la ley es expresión de una soberanía limitada por la Constitución; y ello no sólo directamente, en el sentido de que el contenido de la ley no pueda ir contra la Constitución, sino también indirectamente, en el sentido de que la ley debe respetar el sistema de fuentes establecido por la Constitución. Un sistema de fuentes complejo, dado que la Constitución consagra distintos tipos de leyes estatales (crisis de la concepción unitaria de la ley), lo que suscita la cuestión de las relaciones entre ellas cuando versan sobre la misma materia, que la doctrina ha encauzado a través de los principios de competencia, jerarquía o superioridad y función constitucional; y también diseña una distribución del poder sobre el territorio (crisis de la concepción centralizada del Ordenamiento), que suscita la cuestión de las relaciones entre las leyes del Estado y de las Comunidades Autónomas —estudiadas mediante los mismos principios—, dentro del Ordenamiento Jurídico complejo que consagra la Constitución, de acuerdo con su artículo 1.º.

La unidad del Ordenamiento Jurídico se encuentra representada en su plenitud por la Constitución y no por la ley, y de ahí la trascendencia del principio de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos.

II. LA POSICIÓN JURÍDICA PECULIAR DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Introducción*

El Ordenamiento sitúa a la Administración en una posición jurídica peculiar «en más» y «en menos», como puso de relieve Jean Ri-

VERO; «en más», en cuanto la Administración como poder se encuentra en una posición de superioridad, dotada de potestades, de prerrogativas y de privilegios; y «en menos», en cuanto en ocasiones el Ordenamiento Jurídico le coloca en posición de inferioridad respecto a la que tendría un particular, como sucede en materia de responsabilidad extracontractual o responsabilidad contractual en caso de fuerza mayor.

2. *La posición jurídica peculiar de la Administración en la Constitución*

Esta posición jurídica peculiar de la Administración «en más» y «en menos» resulta también de la Norma Fundamental.

En efecto, la Constitución establece preceptos que son aplicables a todos los poderes públicos, como sucede con los artículos 9 y 14; otros que son aplicables específicamente al Gobierno y la Administración del Estado, como son los contenidos en el Título IV —arts. 97 a 107—; y también preceptos en cuya virtud va a establecerse una regulación común aplicable a todas las Administraciones Públicas —art. 149.1.18.ª, entre otros—.

Del examen de estos preceptos resulta con claridad que sitúan a la Administración en una posición jurídica peculiar, «en más» y «en menos» respecto a la de los ciudadanos.

En este sentido, debe señalarse que la Constitución otorga determinadas potestades al Gobierno y a la Administración, algunas de las cuales aluden al ejercicio de la potestad normativa del Estado, como es la regulación en los artículos 82 y ss. de la delegación legislativa, en el artículo 86 del Decreto-Ley y la atribución al Gobierno de la potestad reglamentaria —art. 97—.

También se refiere la Constitución a las potestades administrativas en relación a la libertad (el art. 17 regula la detención preventiva), a la propiedad (el art. 33.3 regula la privación de bienes o derechos por causa de utilidad pública o interés social), potestad sancionadora (art. 25 de la Constitución), planificación (arts. 38 y 131), así como a su posible actuación en relación con determinados derechos (registro del domicilio en caso de flagrante delito —art. 19—, posible prohibición de reuniones en lugares de tránsito público y de manifestaciones —art. 21—, inscripción de asociaciones en un registro a los solos efectos de publicidad —art. 22.3—); y, asimismo, a los deberes de los poderes públicos para la efectividad de los derechos constitucionales, bien de forma explícita, como sucede con el derecho a la educación, o implícita, como sucede con el derecho de acceso a las

funciones y cargos públicos en condiciones de igualdad —art. 23— y con los denominados principios rectores de la política social y económica —arts. 39 y ss., y en particular el 53.3—.

Asimismo, la Constitución regula en su artículo 106 la responsabilidad de la Administración por toda lesión que los particulares sufran en cualesquiera de sus bienes y derechos, salvo los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos, consagrando así en el nivel constitucional la responsabilidad objetiva —salvo fuerza mayor— de la Administración, frente a la responsabilidad de carácter subjetivo consagrada por el artículo 1902 del Código Civil.

No cabe duda, por tanto, que la Constitución recoge con carácter general manifestaciones concretas de la posición jurídica peculiar de la Administración —en más y en menos—.

3. *La posición jurídica básica común de todas las Administraciones Públicas: principio de constitucionalidad y principio de legalidad. Carácter principialista del ordenamiento*

Por otra parte, debe señalarse que el régimen jurídico básico aplicable a todas las Administraciones Públicas va a ser el mismo, así como también a las principales instituciones jurídico-administrativas, puesto que el artículo 149.1.18.^a de la Constitución establece que el Estado tiene competencia exclusiva en las materias de «bases del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa; legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones Públicas».

De esta forma, se comprende que la Administración pueda considerarse como una institución compleja —en terminología de SANTI ROMANO—, que incluye las distintas Administraciones Públicas y que puede ser objeto de estudio unitario por el Derecho Administrativo.

Ahora bien, como resulta ya de todo lo expuesto, las manifestaciones contenidas en la Constitución relativas a la posición jurídica peculiar de la Administración son de carácter configurador, pero es lo cierto que la concreción de esta posición queda remitida a la ley, cuyo contenido es decisivo para formar el Ordenamiento Jurídico-Administrativo.

De ahí que, junto a la trascendencia del principio de constitucionalidad en la actuación de los poderes públicos, sigue siendo fundamental el «imperio de la Ley» al que se refiere el Preámbulo de la Constitución, que se refleja, entre otros preceptos, en el principio de legalidad que consagra su artículo 9.3.

En este sentido resultan de capital importancia los artículos 103 y siguientes de la Constitución, cuyas remisiones a la ley son reiteradas y constantes.

En particular, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, interesa referirse ahora al artículo 103.1 de la Constitución, según el cual:

«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.»

De acuerdo con este precepto, es la ley, en definitiva, la que va a concretar, de acuerdo con la Constitución, la posición jurídica peculiar de la Administración de una forma completa y acabada; la Constitución, siguiendo a la Ley Fundamental de Bonn en este punto, no se refiere sólo al sometimiento a la ley, sino también al Derecho, lo que, al margen de diversas cuestiones que hipotéticamente podrían plantearse, como puso de relieve FORSTHOFF (¿qué es el Derecho?, ¿qué sucede si hay una contradicción entre la ley y el Derecho?), viene a poner de relieve el sometimiento pleno a la Constitución, a los principios generales del Derecho, a las normas reglamentarias y a la costumbre en cuanto sea de aplicación.

El Tribunal Constitucional ha subrayado el carácter principialista del Ordenamiento Jurídico, estableciendo que los principios generales del Derecho contenidos en la Constitución participan de la fuerza normativa de la misma y, en consecuencia, tienen mayor valor que la ley. Afirmación de extraordinaria importancia en nuestro sistema de fuentes, máxime dado que la Norma Fundamental enumera una serie de principios aplicables a la Administración, como son los contenidos en el artículo 9, núms. 2 y 3, relativos a la promoción de la igualdad —real y efectiva— del individuo y de los grupos en que se integra y a la observancia de los principios de legalidad, jerarquía normativa, publicidad de las normas, irretroactividad de las disposiciones sancionadoras, no favorables o restrictivas de derechos individuales, seguridad jurídica, responsabilidad e interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos; así como también al principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Constitu-

ción, cuya fuerza expansiva da lugar a que se extienda a determinadas relaciones entre particulares (así, en materia laboral, el despido discriminatorio por razón de sexo).

Pero es que, además, debe tenerse en cuenta que el Tribunal Constitucional ha entendido que la Constitución consagra no sólo principios generales de Derecho explícitos, sino también que contiene principios generales de derecho de forma implícita (como «el principio *non bis in idem*» o el principio de proporcionalidad, entre otros muchos), por lo que realiza una tarea esencial de «descubrir» o «desvelar» principios, tarea esencial para la delimitación del sistema jurídico, como ha señalado GRISSEL en relación con el Derecho suizo y la labor del Tribunal Federal.

Este carácter principialista del Ordenamiento cobra una especial trascendencia, si cabe, en una fase de nuestro Derecho en que el legislador, que, justo es reconocerlo, ha realizado una labor intensa de adaptación del Ordenamiento a la Constitución —y al Derecho Comunitario—, sigue un movimiento inercial de cambio continuo e incesante del Ordenamiento, del que son muestra las «Leyes de Acompañamiento», que da lugar incluso a que leyes estructurales del Ordenamiento Jurídico se modifiquen todos los años, creando una especie de caos jurídico. Frente a esta situación, que espero no responda al absurdo criterio de medir la productividad de los Parlamentos por el número de leyes —buenas o no— que producen, solamente los principios generales del Derecho vienen a establecer un cierto orden jurídico, en cuanto el orden implica una cierta estabilidad y permanencia.

4. *Carácter finalista de la Administración: la posición de superioridad se justifica en cuanto sea una medida proporcionada para la consecución del interés general*

El artículo 103.1, transcrito, refleja con toda claridad el carácter finalista de la Administración, que sirve con objetividad los intereses generales y que a tal efecto ha de actuar de acuerdo con el principio de eficacia con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

De aquí se deriva una consecuencia importante. La posición jurídica de superioridad de la Administración, plasmada en potestades, prerrogativas y privilegios, sólo tiene justificación en cuanto sea una medida proporcionada para la consecución de los fines de interés general que tiene confiados; debe tratarse de una desigualdad no discriminatoria, justificada de acuerdo con el principio de proporcionalidad. Y ello porque esta posición jurídica de superioridad afecta a

los ciudadanos, que no deben verse afectados negativamente en su esfera jurídica (reflejada en los derechos constitucionales y en la libertad e igualdad como valores superiores del ordenamiento) si no es por una causa justificada y proporcionada.

En definitiva, esta posición de desigualdad, a la que se refirió ya LAFERRIÈRE como perspectiva adecuada de estudio, cobra ahora especial importancia como concepto clave para enjuiciar el Ordenamiento Jurídico-Administrativo, como he sostenido en otros trabajos.

5. *Obligada reconsideración de la posición jurídica peculiar de la Administración a partir de la Constitución*

Una vez establecido este criterio, lo lógico es que después de la Constitución esté produciéndose un proceso que pone en cuestión si las potestades, las prerrogativas, los privilegios que integran la posición de superioridad de la Administración se encuentran o no justificados como medida proporcionada para la consecución eficaz de los fines de interés general a los que sirve con objetividad.

Esta reconsideración tiene una fuerza expansiva y será, sin duda, planteada sucesivamente en relación con distintas potestades, prerrogativas y privilegios. Ello no prejuzga cuál sea el resultado. La Administración, en cuanto integrada en un Poder del Estado como es el Ejecutivo, tiene que estar en una posición de superioridad respecto del ciudadano, que no es objeto de discusión conceptual. Lo que está en cuestión es la determinación de en qué debe consistir esta superioridad; y para ello hay que hacer un juicio de proporcionalidad, para determinar si las prerrogativas, potestades y privilegios de la Administración se encuentran justificados como medida proporcionada para la consecución del interés general que tiene confiado.

Esta es la tarea, en fase de realización, que incumbe al legislador, a los jueces y tribunales (en cuanto las normas opuestas a lo establecido por la Constitución han quedado derogadas por la misma) y al Tribunal Constitucional, sin olvidar la trascendental importancia de la doctrina, que se anticipa en muchas ocasiones a la actuación de los Poderes Públicos.

Veamos ahora alguna muestra de esta reconsideración de la posición jurídica peculiar de la Administración.

a) *Ejecutividad y acción de oficio.*

La Constitución nada dice en relación con la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, limitándose a señalar en el artículo 105.c) que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado.

De ahí que se haya planteado ante el Tribunal Constitucional si esta potestad de autotutela conferida por la ley se encuentra justificada, y ello no sólo desde la perspectiva de la igualdad, sino también desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva que consagra la Constitución; pues, como es claro, la efectividad de la tutela judicial podría quedar afectada si cuando se dicte sentencia el acto impugnado ha sido ya ejecutado y, en particular, si la ejecución hubiera producido un resultado irreversible.

Pues bien, el Tribunal Constitucional ha interpretado que esta potestad no es contraria a la Constitución, y en concreto al derecho a la tutela judicial efectiva, siempre que los actos administrativos puedan someterse al control jurisdiccional.

Problema distinto, aunque íntimamente conectado, es el relativo a las medidas cautelares en vía jurisdiccional. Y, en concreto, si la potestad de autotutela queda afectada en alguna forma si el interesado recurre contra el acto en vía judicial y solicita la suspensión. En este caso, ¿debería suspenderse la ejecución hasta tanto el Juzgado o Tribunal decidiera sobre la misma o, todavía más, hasta que esa decisión fuera firme? O, dicho de otra forma, ¿el derecho a la tutela judicial efectiva comprende el derecho a la tutela cautelar efectiva, de tal forma que la Administración deba esperar a ejecutar su acto, en el supuesto que se contempla, hasta que exista una decisión judicial, o incluso, como antes decíamos, una decisión judicial firme?

La contestación a esta cuestión no es clara en nuestro Derecho positivo, y desde la perspectiva constitucional tampoco existe una respuesta unívoca, dado que se trata de armonizar esta potestad de la Administración por razones de interés general y una parte del contenido normal del derecho a la tutela judicial efectiva.

Precisamente por ello, la respuesta habrá de tener en cuenta las particularidades del caso y ver en qué medida el interés general exige la ejecución y en qué medida la ejecución afecta al derecho a la tutela efectiva, es decir, en qué medida puede incidir sobre la efectividad de la sentencia que hipotéticamente pueda dictarse. Sobre esta cuestión existía ya una jurisprudencia del Tribunal Supremo consolidada acerca de la ponderación de intereses en presencia, que ahora ha de

adaptarse a lo dispuesto en la nueva Ley de la Jurisdicción 29/1998, lo que está haciendo el Alto Tribunal teniendo en cuenta el contenido de la Ley y el alcance del denominado derecho a la tutela judicial cautelar, como derecho que forma parte del artículo 24 de la Constitución (así, en el Auto del TS de 23 de abril de 1999, Ar. 4645).

Por otra parte, la solución se complica por el tiempo que tardan en resolver los Juzgados y Tribunales —hoy en día difícilmente evitable dada la cantidad de recursos contenciosos interpuestos—, lo que obliga a ponderar la importancia del tiempo desde la perspectiva de los intereses en presencia.

En este sentido, parece claro que debe evitarse que la tardanza de los Juzgados y Tribunales pueda ir en perjuicio de los ciudadanos. En definitiva, si el Estado no es capaz de dotar a la justicia de los medios necesarios para dictar resoluciones en un plazo razonable, esta tardanza no debe ir en perjuicio del ciudadano, de tal forma que, como está sucediendo con la denegación de suspensión de actos negativos, se produzca con la ejecución un resultado prácticamente irreversible, «como si» la Administración hubiera ganado ya el pleito y «como si» el ciudadano lo hubiera perdido.

En definitiva, el derecho a la tutela judicial cautelar, al que se refieren tanto el Tribunal Constitucional como el Tribunal Supremo, debe conducir, como regla general, a que la Administración no ejecute sus actos en caso de oposición por parte del destinatario hasta tanto no exista una resolución judicial. Ello con la única excepción de que existan razones de interés general perentorias y urgentes que exijan la ejecución como medida proporcionada y no permitan esperar a la resolución judicial, en cuyo caso la efectividad del derecho a la tutela judicial podrá considerarse en términos económicos; pues, como ha indicado el Tribunal Constitucional, el derecho a la tutela judicial efectiva no comprende en términos absolutos el principio de identidad entre el contenido del fallo y su ejecución —en especie—. En concreto, la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2.b), recuerda la doctrina reiterada del Tribunal en el sentido de que ha venido considerando también como cumplimiento «en sus propios términos» el cumplimiento por equivalente cuando así venga establecido en la ley por razones atendibles.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que este problema de la urgencia se encuentra ahora contemplado, si bien desde la perspectiva del recurrente, por el artículo 135 de la Ley de la Jurisdicción Contenciosa, según el cual el Juez o Tribunal, atendidas las circunstancias de especial urgencia que concurran en el caso, adoptará la medida sin oír a la parte contraria; es decir, que en caso de que la Admi-

nistración entienda que existen razones para llevar a cabo la ejecución sin esperar a una resolución judicial, existe la posibilidad de obtener una «medida provisionalísima» de suspensión hasta tanto se acuerde sobre la suspensión; esta solución se venía ya aplicando por los Tribunales antes de la nueva Ley 29/1998, pero ahora la Ley amplía esta posibilidad al extenderla a cualquier medida cautelar.

En conclusión, y como resulta de todo lo expuesto, se trata de una materia viva, cuya reconsideración todavía no ha finalizado.

b) *El principio de inembargabilidad.*

El principio de la inembargabilidad de los bienes del Estado se encuentra reflejado en algunas leyes como la Ley del Patrimonio del Estado (art. 18), la Ley General Presupuestaria (art. 44) y, asimismo, en la Ley de Haciendas Locales, ya modificada.

Este privilegio afectaba a la tutela judicial efectiva, que comprende el derecho a la ejecución de las sentencias, en cuanto que prohibía a los Jueces y Tribunales dictar providencia de embargo ni mandamiento de ejecución contra bienes de la Administración, de cualquier clase que fueran, de dominio público o patrimoniales.

La reciente Ley de lo Contencioso-Administrativo 29/1998, de 13 de julio, se planteó si debía subsistir este privilegio, como consta en su Exposición de Motivos, pero el Legislador consideró que no era el momento para tratar esta cuestión.

Sin embargo, paralelamente el Tribunal Constitucional, en Sentencia 166/1998, de 15 de julio, resolvió una cuestión de inconstitucionalidad planteada en materia de ejecución de sentencia, en el sentido de que la Ley de Haciendas Locales era inconstitucional en cuanto prohibía el embargo de los bienes patrimoniales de las entidades locales no afectos a un uso o servicio público.

En definitiva, y aun cuando la Sentencia efectúa un estudio muy completo de la inembargabilidad, el juicio de fondo es muy simple: no existen razones de interés general que justifiquen como medida proporcionada la inembargabilidad de bienes patrimoniales de la Administración que no estén afectos a un uso o servicio público; en cambio, la Sentencia considera que la inembargabilidad sí está justificada por razones de interés general cuando los bienes de que se trata —sean de dominio público o patrimoniales— estén afectos a un uso o servicio público.

Esta es, en definitiva, la clave para reconsiderar las prerrogativas, potestades y privilegios de la Administración. Por una parte, la valoración de los fines de interés general y la determinación de si la po-

testad, prerrogativa o privilegio se encuentra justificado como medida proporcionada; y, de otra, su incidencia sobre los derechos de los ciudadanos, en particular en caso de disconformidad de los interesados, lo que exige también contemplar la cuestión desde la perspectiva del derecho a la tutela judicial efectiva.

c) *La revisión de los actos administrativos.*

Desde esta perspectiva, el propio legislador ha venido a reducir el alcance de la potestad administrativa de revisión de oficio, en el sentido de suprimir la posibilidad de que la Administración revise por sí misma los actos administrativos anulables declarativos de derechos. Así, la Ley 4/1999, de 13 de enero, establece en este supuesto de acto anulable que la revisión habrá de instrumentarse a través de la impugnación de su acto ante la jurisdicción contencioso-administrativa, previa declaración de lesividad para el interés público.

De esta forma, la revisión de oficio de los actos anulables declarativos de derechos, que aparecía configurada como una potestad que no requería justificar que el acto era contrario al interés público, se construye ahora de otra forma, teniendo en cuenta que la revisión afecta a la seguridad jurídica del destinatario del acto, seguridad jurídica que es uno de los principios generales del Derecho establecidos por el artículo 9.3 de la Constitución. De aquí que en estos casos el restablecimiento del Ordenamiento Jurídico exija justificar que el acto declarativo de derechos es anulable y también contrario —lesivo— al interés público.

d) *Conclusión.*

Como consecuencia de todo lo expuesto, y sin perjuicio de ulteriores precisiones, hemos de concluir que *la incidencia de la Constitución es de trascendental importancia, dado que exige una reconsideración de todo el Derecho Administrativo.* El punto de partida ha de ser, a mi juicio, el que ha quedado ya razonado: si bien la Norma Fundamental y la Ley sitúan a la Administración en una posición jurídica peculiar «en más» y «en menos», esta posición desigual ha de justificarse por razones de interés general proporcionadas, teniendo en cuenta además todos los intereses en presencia y la incidencia que puede tener sobre los derechos fundamentales consagrados por la Constitución, como es, entre otros, el derecho a la tutela judicial efectiva.

Este derecho a la tutela judicial efectiva, como se deduce ya de los tres casos expuestos —ejecutividad, inembargabilidad, revisión— y de otros que tendremos ocasión de ver, ha sido de capital importancia para la revisión del Derecho Administrativo preconstitucional, en cuanto representa uno de los dos polos en tensión: por una parte, la necesidad de conseguir los fines de interés general que tiene confiados la Administración lleva al Ordenamiento a situarla en una necesaria posición de superioridad; y, de otra, la garantía del ciudadano se traduce en que la Administración ha de actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y en que en determinados aspectos la posición de la Administración sea «en menos» respecto a la de un ciudadano (observancia del principio de igualdad con carácter general y sistema de responsabilidad).

III. EL CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO: CONCEPCIÓN ESTATUTARIA Y CONCEPCIÓN OBJETIVA

La Constitución contempla el Estado en su conjunto en su artículo 1.º y se estructura a partir de su Título Preliminar en dos partes claramente diferenciadas: la que corresponde a los «Derechos y deberes fundamentales» (Título I), la relativa a la organización y competencias del Estado (Títulos II a IX, que tratan de la Corona, Cortes Generales, Gobierno y Administración, Poder Judicial, funciones en materia de Economía y Hacienda, Organización Territorial del Estado y Tribunal Constitucional) y, finalmente —Título X—, la Reforma Constitucional.

Esta contemplación del Estado en su conjunto da lugar a que contenga una regulación aplicable a todos los poderes públicos y otra específica relativa a cada uno de ellos.

En concreto, y refiriéndonos a los poderes clásicos del Estado, existen principios aplicables a todos ellos —y también a las Comunidades Autónomas y a los entes locales— como es, por citar un ejemplo, el de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos.

Y también es claro que los derechos fundamentales de los ciudadanos, y en particular, por lo que ahora importa, el derecho a la tutela judicial efectiva, los tienen todas las personas y, por tanto, no deben existir áreas del Estado exentas de este control. Ello significa que ha de estar sujeta a control judicial la actividad de administración en materia de personal o de administración y gestión patrimonial, sea del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, de

las Asambleas legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, así como también los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial, y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, y también la actuación de la denominada Administración electoral.

Ante esta situación, suscitada por la Constitución, el Derecho parte de lo conocido, de los logros ya conseguidos en materia de control de la Administración, y efectúa la extrapolación de instituciones y principios generados en el Derecho Administrativo —en cuanto Derecho propio o peculiar de la Administración— a la actuación de otros poderes del Estado.

De esta forma, nada tiene de particular que haya podido replantearse una vieja polémica acerca de si el Derecho Administrativo ha de reconstruirse desde una perspectiva objetiva, como un Derecho objetivo de la función administrativa y no como un Derecho estatutario de las Administraciones Públicas —en la conocida construcción del Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA—.

Por mi parte, entiendo que para resolver esta cuestión hay que acudir a los propios fundamentos del Estado de Derecho que delinea la Constitución.

En efecto, es cierto que el Estado constituye en su sentido integral una unidad, y ello es perfectamente visible en el orden internacional. Pero internamente la distribución horizontal y vertical del poder, en garantía de la libertad, ha generado precisamente el Derecho Administrativo como el Derecho propio de uno de los poderes, el Poder Ejecutivo, personificado en la Administración del Estado, y, en su distribución vertical, en las demás Administraciones, sean de las Comunidades Autónomas o los entes locales y demás entidades de Derecho Público.

Ello no significa que el Derecho Administrativo agote la regulación jurídica de este poder, en particular en cuanto se refiere al Gobierno como órgano constitucional, o que excluya la existencia de actuaciones sujetas a otras normas jurídicas, lo que suscita la necesidad de precisar cuál es el criterio de delimitación del Derecho Administrativo; pero en términos globales puede decirse que el Derecho Administrativo es el Derecho propio, peculiar, de las Administraciones Públicas.

La cuestión que se plantea es la de determinar si debe añadirse ahora que también comprende la actividad administrativa —desde una perspectiva material— de los demás poderes del Estado.

Pues bien, a mi entender, la respuesta ha de ser negativa. La distribución del Poder en distintas organizaciones tiene un sentido pro-

fundo que es la defensa de la libertad. Por ello, el hecho de que existan aspectos comunes aplicables a todos los poderes no debe hacernos perder de vista la necesidad de mantener su individualidad desde el punto de vista jurídico. La línea de progreso no pasa aquí por la unificación, sino por la diferenciación.

Problema distinto es que los avances jurídicos producidos en relación con la regulación de un Poder puedan extrapolarse a los demás, lo cual, evidentemente, sí supone un progreso que no debe llevar, sin embargo, a la confusión. Así, por citar otro caso distinto, pero significativo en nuestra línea de razonamiento, la Ley Orgánica del Poder Judicial contiene preceptos que se han inspirado en la regulación de los actos administrativos, como son los artículos 238 y ss., que regulan la nulidad de los actos judiciales —y en particular los arts. 242 y 243—; pero a nadie se le ha ocurrido decir por ello que los actos judiciales forman parte del Derecho Administrativo.

Y es que una cosa es la existencia de principios y conceptos propios del Ordenamiento Jurídico en su conjunto —como ha puesto de relieve S. MARTÍN-RETORTILLO— y otra que la línea de avance de la construcción jurídica se basa en la diferenciación, la calificación jurídica y la determinación con ello del régimen jurídico aplicable.

Precisamente esta diferenciación se lleva a cabo por la Constitución, que regula en el Título IV: «Del Gobierno y de la Administración», al Poder Ejecutivo del Estado, a la vez que en el Título VIII trata de la organización territorial del Estado y contempla a la Administración Local (arts. 140 a 142) y a las Comunidades Autónomas (arts. 143 a 158), con referencia expresa a la Administración propia de la Comunidad —art. 154—; y en relación al control de los órganos de las Comunidades Autónomas, el artículo 153.b) especifica que se ejercerá: «Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias».

De esta forma, después de la Constitución y de acuerdo con su contenido, el Derecho Administrativo puede seguir concibiéndose como rama del Derecho Público interno que regula la posición jurídica peculiar de la Administración Pública como institución compleja (dada la diversidad de Administraciones que comprende).

Pero junto a esta primera aproximación de carácter sintético, y con objeto de concretar más la incidencia de la Constitución en el Derecho Administrativo, resulta necesario referirse a los distintos aspectos que, desde una perspectiva descriptiva, comprende nuestra disciplina: la organización, la actividad, el control y la responsabilidad.

IV. CONSTITUCIÓN Y RELACIÓN ENTRE LAS DIVERSAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

1. *Introducción*

La división del poder sobre el territorio va a generar la existencia de diversas Administraciones Públicas de carácter territorial y, en particular, como novedad respecto del Derecho preconstitucional, la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas.

Ello va a dar lugar a que, una vez aprobados todos los Estatutos de Autonomía y operada la distribución inicial de competencias —proceso que se ha ido completando en varias fases—, se haya planteado la cuestión de las relaciones entre la Administración del Estado y de cada Comunidad Autónoma.

Esta cuestión es la que se ha producido como más novedosa, aun cuando no puede olvidarse en modo alguno que en la Constitución no se prevén sólo estos dos niveles de organización del poder del Estado, sino también el nivel de los Municipios y Provincias. Por ello, en realidad las relaciones entre las diversas Administraciones Públicas territoriales comprenden la consideración no sólo de las relaciones entre la Administración del Estado y de cada Comunidad, sino también entre las mismas y los entes locales.

2. *Relaciones entre la Administración del Estado y de cada Comunidad*

El estudio de estas relaciones se ha efectuado por la doctrina partiendo de una consideración de las relaciones Estado-Comunidad Autónoma desde una perspectiva constitucional, debiendo ponerse de relieve cómo la doctrina ha colocado el estudio del Estado de las Autonomías como centro de su atención (GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ, COSCULLUELA, MUÑOZ MACHADO, AJA, TORNOS, ALBERTI, SANTAMARÍA, PARADA, MORELL, LEGUINA), lo que ha contribuido a la solución de las complejas cuestiones que planteaba la interpretación y aplicación de la Constitución.

Pues bien, a partir de esta perspectiva constitucional se plantean las relaciones interadministrativas de cooperación, coordinación conflicto y control, que he estudiado en un trabajo realizado en colaboración con J. RODRÍGUEZ ZAPATA.

a) *Relaciones de cooperación.*

El Tribunal Constitucional ha insistido en reiteradas sentencias acerca de la necesidad de cooperación voluntaria entre la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas para el correcto funcionamiento del Estado y de las Autonomías, que no puede basarse en el enfrentamiento continuado resuelto «a golpe de Sentencia».

Las relaciones de cooperación han sido reguladas en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, modificada por la Ley 4/1999, que regula diversas manifestaciones (información, asistencia, colaboración y auxilio, conferencias sectoriales y otros órganos de colaboración, planes y programas conjuntos —arts. 4 y ss.—). Pero lo sustancial es poner de relieve que dentro de estas relaciones de colaboración deben incluirse también la posible utilización por la Comunidad Autónoma de órganos del Estado (STC 249/1988, de 20 de diciembre, FJ 1.º) y la información —en concreto— en materia de tratados y convenios internacionales, así como proyectos de legislación aduanera a que se refiere el artículo 68 de la Ley Orgánica de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

b) *Relaciones de coordinación.*

El diseño establecido por la Constitución, en cuanto se caracteriza por una distribución del poder en diversos niveles territoriales dotados de autonomía, implica —con carácter general— una desaparición de la tutela y, en consecuencia, pone en primer término el concepto de coordinación.

En efecto, una actuación descoordinada de distintos niveles puede llevar a resultados absolutamente disfuncionales en la consecución de los fines de interés general.

Los problemas comienzan cuando se intenta precisar el contenido y alcance de la coordinación, porque ello es una fuente de tensiones políticas que tiene su reflejo en el mundo jurídico, y que se traduce en una falta de precisión del concepto. Esta falta de precisión, que se produce esencialmente en cuanto afecta a las relaciones del Estado con las Comunidades Autónomas, es, a nuestro entender, una consecuencia de las tensiones que existen en orden a la distribución del poder, y del hecho de que para que la coordinación sea efectiva es necesario que el ente competente para coordinar sea titular de cier-

tas facultades, porque de otra forma la coordinación se convierte en una mera palabra.

Ahora bien, para no aumentar estas tensiones se tiende a vaciar o a disminuir el posible contenido de la competencia de coordinación o, simplemente, a no definirlo. Así ha sucedido con el Delegado del Gobierno, al que el artículo 154 de la Constitución le atribuye competencias de coordinación, no concretadas por su Ley reguladora 17/1983, de 16 de noviembre, ni por el artículo 22 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

Y lo mismo sucede con la Ley del Proceso Autonómico, de 14 de octubre de 1983, en relación al alcance de la coordinación, si bien en este caso tiene un fundamento lógico, que es el siguiente: dado que el Estado dicta una Ley que se refiere a la coordinación en general — y no al contenido de una competencia de coordinación que le haya reservado la Constitución—, tal Ley no puede atribuir al Estado una competencia de coordinación general que —sin un fundamento constitucional— le sitúe como titular de unas facultades que le otorguen una posición de superioridad.

Esta situación ha dado lugar, una vez más, a que el contenido de la coordinación, como competencia reservada al Estado en relación con ciertas materias, se haya ido precisando a través de la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (SS. 32 y 42 de 1983, dictadas en relación con la competencia estatal de coordinación general en materia de sanidad, y 227/1988, de 27 de noviembre, en orden a la competencia estatal de coordinación de la planificación general de la actividad económica, de acuerdo con el artículo 149.1.16.^a y 13.^a de la Constitución, respectivamente), de la que resultan algunas técnicas de coordinación como son, en materia de sanidad, la determinación con carácter general de los métodos de análisis y mediación en materia de control sanitario del medio ambiente, y la imposición de inscripción en el Registro General Sanitario de Alimentos; o, en materia de planificación, la aprobación por el Estado de planes hidrológicos de cuencas intracomunitarias de competencia de la Comunidad.

Sin perjuicio de ello, la Ley Orgánica 2/1983, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado, incluye la creación de órganos de coordinación, que se manifiesta a través de una serie de técnicas (planes de coordinación, informes, directivas, recomendaciones).

No cabe duda de que todo lo que sea avanzar en el estudio de estas técnicas, y en establecer un consenso acerca del posible alcance de la coordinación que luego pueda plasmarse en las leyes correspondientes, supondrá un avance para el correcto funcionamiento del Estado de las Autonomías. Por ello conviene recordar, de conformidad con la jurisprudencia constitucional, que el talante de pacto y no

el de enfrentamiento es fundamental para que un sistema complejo pueda funcionar correctamente y cumplir sus fines.

c) *Relaciones de control.*

En cuanto a las relaciones de control han de ser específicamente las tipificadas como tales por la Constitución —en particular, los arts. 153 y 155—.

Ahora bien, se ha planteado el sentido que tenía la Alta Inspección en relación con las materias de enseñanza, sanidad e higiene y seguridad social, prevista en los Estatutos de Autonomía y la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

El Tribunal Constitucional, después de inclinarse inicialmente por entender que se trataba de un control que completaba los establecidos en la Constitución (S. 6/1982, de 22 de febrero), ha entendido en las Sentencias 32/1983 y 42/1983 que la Alta Inspección no es un nuevo mecanismo autónomo de control directo de las Comunidades Autónomas, sino un instrumento de verificación o fiscalización que puede llevar, en su caso, a instar la actuación de los controles establecidos en la Constitución.

d) *Conflictos.*

En relación con estos supuestos debe señalarse que la tramitación y solución de los conflictos positivos y negativos que puedan plantearse ha de efectuarse con carácter general de conformidad con la regulación establecida en la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

El Tribunal Constitucional, al ejercer su competencia en materia de conflictos entre el Estado y las Comunidades Autónomas, garantiza la distribución vertical del poder entre uno y otras.

Lo que sí conviene indicar es que, frente a la construcción dogmática de las nulidades —y sus efectos—, la Ley Orgánica del TC atribuye al Tribunal la potestad de determinar los efectos de sus sentencias cuando anule la disposición, resolución o acto que originaren el conflicto, ya que puede disponer lo que fuera procedente respecto de las situaciones de hecho o de derecho creadas al amparo de la norma.

En relación a los conflictos se ha suscitado en ocasiones la procedencia de establecer órganos de composición mixta en los que pudieran plantearse y resolverse las discrepancias, a semejanza de la Junta

de Cooperación regulada en el artículo 69 de la Ley de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra.

3. *Relaciones de la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas con la Administración Local*

La relación entre estas Administraciones y la Administración Local ha planteado una serie de cuestiones acerca del alcance de la autonomía local, de cómo se concretan en competencias los intereses generales de carácter local, y de las relaciones de cooperación, coordinación y control, que han sido objeto de unas primeras Sentencias del Tribunal Constitucional, 4/1982 y 32/1982, y posteriormente de la normativa contenida en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local.

No voy a entrar en el estudio de estas cuestiones, las cuales, y en particular la relativa a la delimitación de la autonomía local, han sido objeto de una serie de Sentencias del Tribunal Constitucional (4/1981, de 2 de febrero; 32/1981, de 28 de julio; 27/1987, de 27 de febrero; 170/1989, de 19 de octubre; 214/1989, de 21 de diciembre; 109/1998, de 21 de mayo; y 11/1999, de 11 de febrero).

Únicamente conviene ahora señalar que la idea de que los entes locales son también un nivel de distribución del poder del Estado ha llevado al denominado Pacto Local y a que se hayan modificado una serie de leyes, y, entre ellas, la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional por la Ley 7/1999, de 21 de abril, con objeto de regular el conflicto constitucional que podrán plantear los entes locales —cumplidos los requisitos de legitimación establecidos por la Ley— en defensa de la autonomía local.

V. LA CONSTITUCIÓN Y LA ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN

1. *Consideración de carácter general*

Dado que la Constitución es la «Ley superior» o Norma Fundamental del Ordenamiento Jurídico, resulta obvio que toda la regulación contenida en la misma que haga relación a la organización de la Administración incide en el Derecho Administrativo, al elevar al nivel constitucional una regulación que puede ser, en ocasiones, una extrapolación de criterios contenidos en leyes ordinarias anteriores (como el régimen estatutario de los funcionarios públicos, el control

judicial de la Administración o la responsabilidad por el funcionamiento de los servicios públicos).

En todo caso, la elevación al nivel constitucional tiene una evidente trascendencia jurídica, en cuanto vincula a todos los poderes públicos.

Pues bien, con el deseo de seleccionar los extremos más relevantes de esta regulación constitucional y los problemas a que ha dado lugar en la práctica, objeto de estudio en obras de carácter general (PARADA, MORELL, ENTRENA), me refiero a continuación a algunas de tales cuestiones como son las siguientes: el principio de reserva relativa de ley, el régimen funcionarial, el principio de descentralización, las Corporaciones Públicas, las sociedades mercantiles estatales.

2. *El principio de reserva relativa de ley*

La potestad de autoorganización es una potestad que se ha reconocido a la Administración, aunque se trata de una potestad de alcance limitado en la medida en que normalmente los aspectos esenciales de la organización han estado regulados por ley.

La novedad que aporta la Constitución en este campo es la de contener una enumeración de los principios inspiradores —art. 103—; de remitir a la ley la regulación —de carácter general— de la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado —art. 103.2—; así como también la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos, con el alcance del art. 103.3, y la determinación —por Ley Orgánica— de las funciones, principios básicos de actuación y estatutos de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad —art. 104—; asimismo, la regulación de la composición y competencia del Consejo de Estado —art. 107—.

Esta reserva relativa de ley afecta, en los términos expuestos, a la Administración del Estado.

Ahora bien, si se tiene en cuenta que el Estado tiene competencia para establecer —art. 149.1.18.^a— las bases de régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios, no cabe duda de que estos criterios, en cuanto no existan razones específicas para circunscribirlos al Estado (p.ej., Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado), habrán de reflejarse en las bases y, en consecuencia, podrán ser de aplicación a otras Administraciones Públicas.

En todo caso, conviene llamar la atención acerca de los dos extremos siguientes:

— En primer lugar, que, después de la Constitución, la forma normal de fijar las bases de una determinada materia es la ley, por lo que aparece aquí, a mi juicio, una *reserva «implícita»* normal de ley. Esta reserva admite determinadas excepciones, como ha señalado el Tribunal Constitucional, el cual ha establecido una doctrina reiterada, que recuerda y sintetiza la Sentencia 128/1999, FJ 3.º, según la cual «dado el carácter fundamental y general de las normas básicas el instrumento para establecerlas con posterioridad a la Constitución es la Ley», si bien, «como excepción» a dicho principio de ley formal, nuestra doctrina —dice la propia Sentencia— viene admitiendo «que el Gobierno de la Nación pueda hacer uso de su potestad reglamentaria para regular por Real Decreto algunos de los aspectos básicos de una materia, cuando resulten, por la naturaleza de ésta, complemento necesario para garantizar el fin al que responde la competencia estatal sobre las bases».

— En segundo término, que así como en relación con las Comunidades Autónomas los elementos nucleares de su organización están fijados en la Constitución y en sus Estatutos, la organización de la Administración Local —uno de los niveles en que se distribuye el poder del Estado— no se encuentra establecida por la Constitución ni en los Estatutos, por lo que ha de ser objeto de regulación —como lo ha sido— por una ley básica estatal, en sus aspectos nucleares o configuradores (Sentencia del Tribunal Constitucional 32/1981).

3. *El modelo funcional*

La Constitución remite a la ley la regulación del Estatuto de los funcionarios públicos de la Administración del Estado, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades de su derecho a sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de sus funciones.

Asimismo, en el 149.1.18.^a reserva al Estado la competencia exclusiva en materia de bases del régimen estatutario de los funcionarios de las Administraciones Públicas.

A partir de estos preceptos se planteó la cuestión de determinar si la Constitución había pretendido establecer un modelo funcional, de tal forma que los servidores públicos de la Administración hubieran de ser funcionarios, y, en caso afirmativo, si la ley debía regular al alcance de este modelo y sus posibles excepciones.

En concreto, el problema se suscitó con motivo de la Ley 30/1984, de 2 de agosto, que no fijaba los criterios básicos para deli-

mitar los puestos reservados a la función pública, sino que daba un cheque en blanco —prácticamente— a la Administración para que llevara a cabo tal determinación.

Pues bien, esta Ley fue objeto de recurso de inconstitucionalidad resuelto por la Sentencia 99/1987, la cual estableció —FD 3.º, c)— que «habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario con carácter general, para los servidores públicos (arts. 103.3 y 149.1.18), habrá de ser también la Ley la que determine en qué casos y con qué condiciones pueden reconocerse otras posibles vías para el acceso al servicio de la Administración Pública». Esta normación, en virtud de la reserva de ley (relativa) a que se viene haciendo referencia, habrá de ser dispuesta por el legislador, añade el Fundamento, en términos tales que sea reconocible en la ley misma una determinación material suficiente de los ámbitos así incluidos en el Estatuto funcional, descartándose de este modo todo apoderamiento explícito o implícito a la potestad reglamentaria para sustituir a la ley en la labor que la Constitución le encomienda.

Y precisamente en aplicación de tal doctrina, el Tribunal va a declarar inconstitucional el artículo 15, último inciso del apartado 1.º, de la Ley, relativo a las «relaciones de puestos de trabajo de la Administración del Estado», por entender que la Ley realiza un apoderamiento indeterminado al Ministerio de la Presidencia a efectos de especificar los puestos de trabajo que quedan reservados a los funcionarios públicos, lo que, a juicio del Tribunal, entraña una patente conculcación de la reserva establecida en el artículo 103.3 de la Constitución.

Como es sabido, el Estado dictó la Ley 23/1988, de 28 de julio, que dio nueva redacción al apartado 1 del artículo 15 y estableció —punto 1.c)— que, con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus organismos autónomos, así como los de las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, serán desempeñados por funcionarios públicos, si bien la propia Ley exceptuaba a continuación de esta regla determinados supuestos.

El hecho de que existan excepciones evidencia que no puede identificarse el desempeño de una función pública con la condición de funcionario. De aquí que cuando el acceso a puestos de trabajo no funcionariales suponga el acceso al ejercicio de funciones públicas, tal acceso —de conformidad con el artículo 23 de la Constitución— deberá producirse en condiciones de igualdad en los términos que establezcan las leyes. Estas condiciones de igualdad, en virtud de una interpretación sistemática de la Constitución, han de atender a los principios de mérito y capacidad, y, por supuesto y de conformi-

dad con el artículo 14 de la Constitución, sería contrario al principio de igualdad cualquier discriminación por razón de nacimiento, raza, sexo, religión, opinión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social.

4. *El principio de descentralización*

El artículo 103.1 de la Constitución establece que la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con una serie de principios como los de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Ya he aludido al principio de eficacia en la consecución del interés general y su virtualidad para justificar el otorgamiento a la Administración de una posición de superioridad proporcionada para la consecución de tal interés.

No voy a desarrollar la virtualidad del principio de jerarquía en cuanto se trate de un principio ya consagrado en la legislación preconstitucional, como también el de desconcentración y el de coordinación interorgánica.

En concreto y dado que se trata de valorar la incidencia de la Constitución sobre el Derecho Administrativo, resulta necesario referirse al principio de descentralización.

Este principio no se refiere propiamente al sistema constitucional de distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas, y también los entes locales, en cuanto la Constitución establece su autonomía para la gestión de sus respectivos intereses, lo que exige el otorgamiento para el legislador estatal o autonómico de las correspondientes competencias. Y ello porque el sistema constitucional de distribución de competencias es un elemento configurador del Estado de las Autonomías, por lo que no puede reducirse a una mera descentralización administrativa.

A mi juicio, por tanto, el precepto se refiere a relaciones entre Administraciones Públicas, a los supuestos en que una ley regula la posibilidad de descentralizar el ejercicio de competencias de la Administración del Estado.

Esta descentralización de carácter administrativo puede producirse entre el Estado y las Comunidades Autónomas en los supuestos de transferencia o delegación que regula el artículo 150.2 de la Constitución, cuando por razón de su contenido se trate de competencias de la Administración susceptibles de transferencia o delegación (así,

p. ej., en materia de transportes con carácter general, o en materia de policía de tráfico en relación a Cataluña).

Pero también puede producirse la descentralización del Estado a los Municipios y Provincias (arts. 27 y 37 de la Ley Reguladora de las Bases de Régimen Local), o de las Comunidades Autónomas a los Municipios y Provincias (preceptos citados), o de la Provincia a los Municipios (art. 27 citado). Se trata, en definitiva, de conseguir un acercamiento del poder a los ciudadanos, teniendo en cuenta que con ello pueda incrementarse la eficacia de la gestión pública, o conseguirse un ámbito de prestación más idóneo, en particular cuando la delegación se refiera a materias en las que incide un interés propio de los entes locales. En esta vía intenta avanzar también el denominado Pacto Local, que se ha traducido ya en la modificación de diversas leyes.

La delegación o transferencia de competencias se presenta así como una vía de avance hacia la denominada «Administración Unica», no exenta de grandes dificultades. Lo que sucede es que debería avanzarse hacia esta Administración Unica con criterios de racionalización, teniendo en cuenta la actividad a realizar y la escala territorial más idónea, y las implicaciones de los principios constitucionales —como el de unidad—, y no en términos de ambición de poder. Este planteamiento, en términos de poder, es el gran obstáculo para el éxito de la delegación, porque todo nivel territorial está dispuesto a recibir delegaciones y nadie está dispuesto a delegar; algunas Comunidades Autónomas parecen estar dispuestas a que el Estado suprima su Administración Periférica y les delegue el ejercicio de sus competencias —con lo cual, de paso, podría desaparecer en la práctica el Estado unitario como una organización implantada en el territorio—, pero a su vez crean su propia Administración Periférica y no muestran la misma disposición para delegar sus competencias en las Provincias y los Municipios, o en el propio Estado, si ello fuera necesario para racionalizar el modelo.

Pero la descentralización tiene otras manifestaciones. Así, la llamada descentralización funcional en entes públicos de carácter institucional, sobre la cual la Constitución no presenta ninguna novedad, e incluso la denominada descentralización corporativa, a la que voy a referirme brevemente.

5 (sigue) *La descentralización corporativa y el derecho de asociación*

La Constitución no se refiere a las Corporaciones no territoriales de forma expresa, y únicamente cita a un tipo de Corporaciones

—según la normativa preconstitucional— que son los Colegios Profesionales.

Este silencio de la Constitución ha dado lugar a que se haya planteado en diversos supuestos la compatibilidad entre las Corporaciones no territoriales y la Constitución.

En concreto, el problema que se ha suscitado es el de si el Estado podía organizar la gestión —en todo o en parte— del interés público concurrente en un sector de la vida social, por medio de Corporaciones integradas por todos los componentes del sector afectado.

Naturalmente, se trata de un planteamiento técnico-jurídico y no de un planteamiento propio del Estado corporativista, en el que las Corporaciones podían utilizarse como vehículos de representación política.

Pues bien, esta cuestión se ha resuelto por el Tribunal Constitucional en diversas sentencias que han ido concretando sucesivamente su posición en el sentido de que es admisible que el Estado pueda atribuir la gestión de los intereses públicos en un determinado sector a Corporaciones, pero ello ha de ser de manera justificada, en cuanto la adscripción obligatoria a una Corporación afecta al valor superior de la libertad e incluso, al tratarse de entes de base personalista, al derecho de asociación.

En todo caso, hacemos notar que el problema se ha planteado en algunos casos de forma poco clara. En efecto, existen determinadas Corporaciones preconstitucionales inspiradas en el modelo de las Corporaciones territoriales —p. ej., las Cámaras de Comercio—, en las que todos los comerciantes, industriales y nautas tenían la condición de electores y los elegidos eran los que propiamente constituían la Corporación. En estas condiciones, no parece que la atribución de un derecho a ser elector afecte mínimamente a la libertad de nadie, máxime cuando no era de ejercicio obligatorio, y tampoco parece que quede afectada la libertad de quienes voluntariamente se presentaban para ser elegidos. Tampoco parece que al tratarse de una Corporación —figura distinta a la de la asociación, como evidencia la simple lectura del artículo 35 del Código Civil— pudiera decirse que quedaba afectado el derecho de asociación, máxime cuando la Corporación no impedía la creación de asociación que pretendiera fines privados (p. ej., la creación de organizaciones empresariales).

En definitiva, por tanto, el problema real planteado, al menos en algunos casos relevantes en la jurisprudencia constitucional, era económico, en cuanto la condición de elector llevaba consigo la obligación de efectuar el pago de los recursos económicos legalmente establecidos. Nos encontramos, por tanto, en el ámbito de las prestacio-

nes patrimoniales de Derecho Público, reservadas a la ley de acuerdo con el artículo 31 de la Constitución, y no propiamente en el del derecho de asociación ni el de una afección a la libertad.

En todo caso, subsiste el límite de que la generalización de las Corporaciones como sistema de gestión no es compatible con el sistema constitucional.

Debemos parar aquí nuestras consideraciones, porque excede del objeto de nuestro trabajo el considerar detenidamente esta cuestión. En todo caso, debe señalarse que el propio Tribunal sí ha admitido la constitucionalidad de la adscripción obligatoria a los Colegios Profesionales, y que el legislador ha regulado Corporaciones que no se ajustan ya a un modelo único, como son las que prevén la adscripción voluntaria.

6. *La gestión directa de obras y servicios públicos a través de Sociedades mercantiles en mano pública*

Dentro de las formas organizativas, el Derecho preconstitucional regulaba distintas formas de gestión de los servicios públicos —así, p. ej., el Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales—, y entre ellas la sociedad privada municipal, cuyo capital pertenecía en su totalidad al Municipio, como una forma de gestión directa.

Con posterioridad a la Constitución se ha producido la creación de Sociedades Anónimas de capital público encargadas de la construcción y explotación de obras públicas. No se trata de una novedad en términos absolutos, si se tiene en cuenta que la Ley del Suelo preveía la creación de estas Sociedades —fueran municipales o estatales— para la gestión del plan y ejecución de la obras públicas de urbanización, pero el modelo ha cobrado importancia por una serie de razones, como son las de ampliar las posibilidades financieras, sea del Estado, de las Comunidades Autónomas e incluso de los Entes Locales.

Se trata de entes que son formalmente privados, en cuanto a su forma de personificación, pero que se encuentran integrados, sin duda alguna, en el sector público.

Esta forma de gestión directa no deja de plantear, sin embargo, algunos problemas.

En efecto, el legislador no ha interpretado que estas formas de gestión sean contrarias a la Constitución, y buena prueba de ello es que la sociedad privada municipal aparece también regulada en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local como una forma de gestión de los servicios públicos.

Sin embargo, la solución no es tan pacífica dado que se ha planteado (S. DEL SAZ) si la Constitución venía a establecer alguna reserva de Administración. Por ello, hemos de hacernos cargo de esta cuestión y examinar si existe algún problema constitucional, especialmente en los supuestos en que esta forma de gestión se encuentra regulada por ley. ¿Queda defraudada en estos supuestos alguna exigencia constitucional?

Se trata de una cuestión que hay que considerar con cuidado, pues no puede olvidarse que uno de los valores superiores del Ordenamiento es el pluralismo político, lo que significa que la Constitución no ha pretendido agotar la regulación, sino tan sólo crear un marco en el que puedan moverse las distintas fuerzas políticas.

Por ello, hay que partir de este valor constitucional y ceñirse al contenido explícito o implícito de la Norma Fundamental.

A mi juicio, los problemas que se plantean en el supuesto que se considera afectan esencialmente al régimen jurídico de la gestión, sea de la obra pública o del servicio. Es aquí donde el legislador debería precisar cuál es el régimen jurídico aplicable, teniendo en cuenta que quien actúa realmente es la propia Administración.

Pues bien, centrándonos en la incidencia de la Constitución, como es obligado, creo que en relación con las obras públicas será necesario plantear y resolver tres cuestiones, que son las siguientes:

— En el momento de preparación y adjudicación del contrato de obras públicas por la propia Administración, ésta se encuentra con carácter general en una posición «en menos» en cuanto tiene que aplicar los principios de publicidad y concurrencia, que no son, en definitiva, sino una plasmación del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución. En consecuencia, creo que en esta fase deberán aplicarse los mismos criterios cuando actúa la sociedad mercantil en mano pública que cuando actúa la Administración en cuanto tal.

— En los contratos administrativos —cuya regulación básica es competencia del Estado—, la ley otorga determinadas potestades a la Administración en cuanto se estiman necesarias por razones de interés general, al que sirve la Administración de conformidad con el artículo 103 de la Constitución. En el caso de que actúe una sociedad mercantil —que formalmente no forma parte de la Administración Pública— hemos de plantear si existe la posibilidad de conservar esa posición de superioridad por vía contractual en cuanto es necesaria por razones de interés general. Pues bien, la respuesta a esta cuestión ha de ser afirmativa en cuanto la historia del contrato administrativo —y en particular del contrato de obras públicas— es la de

creación de potestades a través del acto necesitado de sumisión (al que se refirió Otto MAYER), es decir, en este supuesto, de aceptación de los Pliegos por parte de quien tomaba parte en la licitación.

— Y, finalmente, ¿el control judicial de estos contratos puede confiarse a la jurisdicción civil o debe encomendarse a la jurisdicción contencioso-administrativa? La respuesta a esta cuestión es importante, dado que no nos encontramos aquí con una actividad comercial o industrial desarrollada por la Administración en ejercicio de la iniciativa pública en la actividad económica que le reconoce el artículo 128 de la Constitución, sino que el contrato de obra pública es una actividad materialmente pública que la propia Administración realiza directamente a través de un ente con forma mercantil del que es titular. Pues bien, en este caso, lo más ajustado a la Constitución sería que el legislador atribuyera la competencia a la misma jurisdicción competente para controlar la actividad de la Administración, jurisdicción que la Constitución no configura con carácter general, si bien se deduce de su artículo 153.c) que ha de ser la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, debe señalarse que el artículo 158 de la Ley 13/1996, de 30 de diciembre, de «Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social», regula la constitución de sociedades estatales para la gestión directa de la construcción y/o explotación de determinadas obras públicas, y establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación a la preparación de los contratos que estas sociedades concluyan con terceros para la construcción de las carreteras estatales.

Las consideraciones expuestas deberán aplicarse *mutatis mutandis* al supuesto de gestión directa de un servicio público por una sociedad mercantil.

De esta forma, la «huida del Derecho Administrativo» queda reducida a sus exactos términos. Sólo se huye de aquello que es obligatorio, pues en lo demás se elige la solución aplicable entre varias posibles; y no parece constitucionalmente obligatorio que las obras y los servicios públicos se construyan y gestionen por cada Administración territorial directamente a través de su propia organización pública, máxime cuando del artículo 149.1.18.^a resulta la posibilidad de gestionarlos mediante concesión.

Por ello, la gestión de una obra o servicio público a través de una sociedad privada de capital íntegramente público no puede calificarse de huida del Derecho Administrativo siempre que se respete la posición «en menos» que tiene la Administración a la hora de seleccionar a la otra parte contratante —p. ej., la empresa que va a construir

la obra pública—, que es una consecuencia del principio de igualdad que consagra el artículo 14 de la Constitución, que se traduce en los de publicidad y concurrencia; y siempre que no se haga imposible la posición «en más» que debe ostentar la Administración por razones de interés general para la eficaz consecución del fin de interés general; y, finalmente, también parece razonable que el legislador, aunque ello entra probablemente en el ámbito de lo deseable y no de lo exigible constitucionalmente, someta estas actuaciones al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

VI. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACTIVIDAD NORMATIVA DEL EJECUTIVO

El poder normativo del Estado no se atribuye en exclusiva al Legislativo, de tal forma que aunque las Cortes Generales ejercen la potestad legislativa del Estado —art. 66.2 de la Constitución— existen supuestos en que la potestad legislativa se ejerce por el Poder Ejecutivo —Decretos Legislativos y Decretos-Leyes, arts. 82 a 86 de la Constitución— y la potestad reglamentaria se atribuye por la propia Constitución al Poder Ejecutivo.

En relación con estos extremos, debemos limitarnos a dejar constancia de algunos aspectos relativos a la incidencia de la Constitución.

1. *Decretos Legislativos*

Así, respecto de la delegación legislativa recepticia, que ya existía en la legislación preconstitucional, la Constitución viene a establecer una regulación completa e incluso reiterativa, de tal forma que quiere dejar y deja perfectamente claro cuál es el alcance y los límites de la delegación y, asimismo, el alcance de la potestad del Gobierno en el ejercicio de la delegación para dictar Decretos Legislativos como normas con fuerza de ley.

Una cuestión que merece destacarse es la relativa al control del ejercicio de la delegación, que el artículo 82.6 regula en el sentido de que «sin perjuicio de la competencia propia de los Tribunales, las leyes de delegación podrán establecer en cada caso fórmulas adicionales de control».

De esta forma se da solución en la propia Norma Fundamental al problema de si la Jurisdicción Contencioso-Administrativa podía enjuiciar si se había producido o no exceso en el ejercicio de la delega-

ción, en el sentido que ya se había reflejado en la Ley General Tributaria y que había mantenido el Profesor GARCÍA DE ENTERRÍA.

En definitiva, el juicio sobre si se ha producido un exceso en el ejercicio de la delegación es una cuestión previa, dado que en caso afirmativo la norma resultante no tiene fuera de ley y, en consecuencia, puede ser enjuiciada por la Jurisdicción. Por lo demás, y como es sabido, esta cuestión se encuentra ahora resuelta también en el nivel legislativo, ya que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 13 de julio de 1998 establece en su artículo 1.1 que «los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán de las pretensiones que se deduzcan en relación con ... los Decretos Legislativos cuando excedan los límites de la delegación».

2. *Decretos-Leyes*

En cuanto a los Decretos-Leyes, la Constitución pretende acotar su utilización mediante una regulación completa del ejercicio de esta potestad excepcional que supone una desviación de la atribución de la potestad legislativa a las Cortes Generales.

En este sentido, el artículo 86 de la Constitución regula con precisión el supuesto de hecho (extraordinaria y urgente necesidad), la competencia atribuida al Gobierno y los límites, al establecer que no podrán afectar al Ordenamiento y las instituciones básicas del Estado, a los derechos, deberes y libertades de los ciudadanos regulados en el Título I, al régimen de las Comunidades Autónomas ni al derecho electoral general. Supuesto de hecho y límites cuyo alcance ha sido fijado por el Tribunal Constitucional en una jurisprudencia bien conocida.

El propio precepto regula la tramitación posterior en orden a su ratificación («convalidación», dice el precepto, poco acertadamente) o derogación, y también regula su posible tramitación como proyectos de ley por el procedimiento de urgencia.

No puedo, obviamente, detenerme en los complejos problemas que ha planteado la interpretación de este precepto.

Quizá sí resulta interesante señalar, sin embargo, que la Constitución posibilita el control de constitucionalidad tanto de los Decretos Legislativos como de los Decretos-Leyes (art. 27.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional), lo que resulta especialmente significativo en este último caso, dado que no existe, como en los Decretos Legislativos, un posible control por parte de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

En relación con este punto resulta de interés constatar la solución que se ha dado por el Tribunal Constitucional a la situación paradójica que se produjo en orden a la legitimación para recurrir ante el Tribunal por parte de Diputados que habían votado a favor de la ratificación (convalidación) del Decreto-Ley contra el que se formulaba recurso de inconstitucionalidad.

Esta situación se produjo porque la Constitución establece en su artículo 86.2 que «los Decretos-Leyes deberán ser inmediatamente sometidos a debate y votación de totalidad al Congreso de los Diputados», por lo que (al tratarse de un debate de «totalidad») los Diputados han de decidir su voto teniendo en cuenta la «totalidad», lo que puede dar lugar —ha dado lugar— a que voten a favor de la ratificación aun cuando entiendan que algún precepto del Decreto-Ley sea inconstitucional, y a que luego pretendan impugnarlo ante el Tribunal Constitucional. Pues bien, como es sabido, el Tribunal ha entendido que los Diputados que han votado a favor de la ratificación de un Decreto-Ley, teniendo en cuenta que la votación ha debido ser «de totalidad», pueden impugnarlo si entienden que alguno de sus preceptos es inconstitucional.

Se trata de una solución razonable, teniendo en cuenta la regulación constitucional y la posición en que se coloca a los Diputados en el momento de votar acerca de la ratificación.

3. *Potestad reglamentaria*

El artículo 97 de la Constitución establece que el Gobierno ejerce la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y las leyes.

Este precepto establece así de forma expresa que el Ejecutivo —y en concreto el Gobierno— es titular de la potestad reglamentaria «de acuerdo con la Constitución y las leyes».

La regulación constitucional ha suscitado diversos problemas, algunos de los cuales se mencionan a continuación.

Así se ha planteado si la Constitución ha querido atribuir en exclusiva al Gobierno la titularidad de la potestad reglamentaria, problema que se ha resuelto en sentido negativo, tanto en relación con el poder ejecutivo —así, en la Ley del Gobierno respecto de los Ministros en las materias propias de su Departamento— como en orden a la posibilidad de que determinados entes públicos —p. ej., el Banco de España— puedan dictar normas en el ámbito de sus funciones.

También se ha suscitado la cuestión del ámbito de la potestad reglamentaria y su relación con la reserva de ley. Pues bien, hay que entender, a mi juicio, como ya puse de relieve en un trabajo conjunto

con J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, que el ámbito de esta potestad es residual y flexible. Residual en cuanto su campo propio es el de las materias no reservadas a la ley. Y flexible porque este ámbito propio puede verse ampliado a materias que se encuentren reservadas a la ley de manera relativa, cuando la ley regula los aspectos nucleares y remite al reglamento la regulación de los aspectos complementarios; y también puede ser reducido —dado el principio de preferencia de ley— cuando la ley decide regular una materia que no le esté reservada.

En todo caso, y aun cuando en principio no existen materias reservadas al reglamento —como en la Constitución francesa—, debe hacerse constar, sin embargo, la excepción de los Decretos de Transferencia de Servicios a las Comunidades Autónomas, ya que en relación a estas transferencias los Estatutos —que forman parte del bloque de la constitucionalidad de acuerdo con el art. 28 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional— establecen que han de realizarse precisamente a través de la actuación de Comisiones Mixtas, lo que da lugar a que la transferencia acordada se instrumente mediante Decreto (así, p. ej., la DT 6.º, núm. 2, párrafo 2.º, del Estatuto de Cataluña establece que «los acuerdos de la Comisión Mixta adoptarán la forma de propuesta al Gobierno, que los aprobará mediante Decreto, figurando aquéllos como anejos al mismo, y serán publicados simultáneamente en el “Boletín Oficial del Estado” y en el “Diari Oficial de la Generalitat” adquiriendo vigencia a partir de esta publicación»).

En relación con las clases de reglamentos se ha planteado la cuestión referente a si, dado el alcance de la reserva de ley establecida en la Constitución y el principio de preferencia de ley, queda en la práctica campo para los reglamentos independientes. Esta cuestión ha de responderse en el sentido de que la reserva de ley no agota todas las materias posibles, ni en ocasiones toda una materia —aunque una parte sí esté reservada—, por lo que existe un campo posible para los reglamentos independientes.

También es de interés señalar cómo antiguas clasificaciones que parecían haber perdido su virtualidad —así la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos— recobran su importancia para resolver un problema distinto. En este sentido, se ha entendido que los reglamentos internos o de organización se encuentran incluidos en las competencias de ejecución (no en las legislativas ni de desarrollo legislativo), porque cuando tales competencias se asumen sobre una materia la Comunidad Autónoma debe tener la potestad de establecer las normas de organización pertinentes; la jurisprudencia constitucional ha seguido el criterio ya establecido en el artículo 20.4 del Estatuto para el País Vasco, según el cual «las funciones de ejecu-

ción... comprenden la potestad de administración, así como, en su caso, la de dictar reglamentos internos de organización de los servicios correspondientes».

En fin, en cuanto al sometimiento de la potestad reglamentaria a la Constitución, resulta claro dado su carácter de «ley superior» y no supone novedad el que el artículo 97 establezca que la potestad reglamentaria ha de ejercerse de acuerdo con las leyes, así como tampoco que los Tribunales controlen la potestad reglamentaria (art. 106).

En cambio, sí merece la pena llamar la atención acerca de la remisión a la ley que efectúa el artículo 105 de la Constitución, en el sentido de constitucionalizar la participación ciudadana en el procedimiento de elaboración de las disposiciones de carácter general (art. 105.1: «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 de carácter general»). Se trata de un precepto de gran trascendencia práctica, a mi juicio, puesto que es una garantía del acierto de la disposición el que la Administración haya de disponer de una información adecuada —desde la perspectiva de quienes van a resultar afectados— acerca de cuáles son las cuestiones planteadas y cuál sería la forma más adecuada de regularlas.

Y es que una de las cuestiones más importantes para poner fin a esta situación de actividad normativa acelerada que padecemos es la de detectar con precisión cuál es el problema planteado y el impacto que la solución propuesta va a tener para el conjunto. Y ello con la finalidad de evitar los cambios sucesivos que muchas veces son consecuencia de no haber contemplado el problema en toda su complejidad, de haber contemplado la norma como una medida, como *actio* y no como *constitutio*.

VII. LA CONSTITUCIÓN Y LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

1. Introducción

La Constitución no se refiere, mas allá de algunas menciones aisladas, a la categoría de los actos y de los contratos administrativos. Así, en concreto, el artículo 105.3.c) establece que la ley regulará el procedimiento a través del cual deben producirse los actos administrativos, garantizando, cuando proceda, la audiencia del interesado. Y el artículo 149.1.18.^a reserva una serie de competencias al Estado que se refieren a materias incluidas en la parte general del Derecho

Administrativo, y entre ellas la relativa a la «legislación básica sobre contratos y concesiones administrativas».

En cambio, del conjunto de la Constitución sí resulta una incidencia importante sobre estas instituciones de Derecho Administrativo, que ha sido ya comentada, como es la relativa a la reconsideración de todas las potestades, prerrogativas y privilegios de la Administración para determinar si están justificados por razones de interés general como medida proporcionada para la eficaz consecución del mismo. Criterio extensible a los contratos administrativos.

Pero al margen de que la Constitución no contenga —ni tiene por qué contener— una regulación de los actos administrativos, sí puede decirse que de la Constitución resulta una incidencia clara sobre la actividad de la Administración.

Para exponer cuál es esta incidencia creemos que puede resultar conveniente el concretar el esquema que hasta ahora estamos siguiendo, de tal forma que la vinculación a la Constitución y la trascendencia que en el sistema constitucional tienen los derechos de los ciudadanos permiten examinar desde esta perspectiva la incidencia de la Constitución en la actividad de la Administración. En definitiva, si el poder público se encuentra al servicio de los ciudadanos, parece un esquema adecuado el determinar cómo incide la Constitución en el Derecho Administrativo desde la perspectiva de estos derechos.

2. *El principio de legalidad y vinculación positiva al Ordenamiento*

Debe hacerse constar, sin embargo, con carácter previo, que todas estas actuaciones de la Administración se encuentran sometidas al principio de legalidad, en el sentido en que lo utiliza el artículo 106 de la Constitución —de bloque de la legalidad—, al decir que «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».

En particular y como ya hemos señalado —dada la amplitud de la reserva de ley—, tienen singular importancia el «imperio de la Ley», al que se refiere el Preámbulo de la Constitución, y los preceptos de la Constitución que se refieren al Gobierno y la Administración (arts. 97: «de acuerdo con la Constitución y las leyes» y 103: «con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho»).

Pero en la Constitución, como también hemos indicado, late la idea del sometimiento de las actuaciones concretas de la Administración no sólo a la ley y a la Constitución, sino al Ordenamiento Jurídico.

co (art. 103: sometimiento al Derecho; art. 105: sometimiento de la actuación administrativa a los fines que la justifican).

De esta forma, y si se observa el sistema jurídico establecido por la Constitución, resulta claro que, en definitiva, el Gobierno y la Administración van a tener la posición jurídica en que les sitúe el Ordenamiento Jurídico.

En este sentido puede hablarse de una vinculación positiva de la Administración al Ordenamiento Jurídico en el sentido de que los fines de interés general que deben alcanzarse, las competencias necesarias para ello y las potestades, prerrogativas y, en su caso, privilegios de la Administración han de estar establecidos en una ley, con el alcance y límites que sean proporcionados y justificados para la consecución del interés general.

Ahora bien, me parece importante subrayar que así como la libertad está reservada a ley, de tal forma que los poderes públicos no pueden incidir sobre la libertad sino por medio de una ley, la atribución de una potestad, prerrogativa o privilegio a la Administración también debe hacerse por ley en cuanto el valor «igualdad» es también uno de los valores superiores del Ordenamiento; es decir, que la Administración no puede autoatribuirse una posición de superioridad que no se encuentre prevista en la ley.

Problema distinto es si para conseguir fines de interés general la ley puede situar a la Administración en una posición de autonomía de voluntad similar a la que tiene un particular. Esta es la situación que, aparentemente, resulta de lo dispuesto en la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en relación con la libertad de pactos cuando dice que:

«La Administración podrá concertar los contratos, pactos y condiciones que tenga por conveniente siempre que no sean contrarios al interés público, al Ordenamiento Jurídico o a los principios de buena administración y deberá cumplirlos a tenor de los mismos sin perjuicio de las prerrogativas establecidas por la legislación básica en favor de aquélla.»

Este precepto tiene un contenido similar al artículo 1255 del Código Civil en cuanto al ámbito de la autonomía de la voluntad, pero debe tenerse en cuenta:

— Que el particular tendría autonomía aunque el artículo 1255 del Código Civil no la regulara, dado que el ciudadano parte de una posición de libertad y puede hacer lo no prohibido.

— Que si la Administración dispone de esa libertad lo es porque así lo dispone una ley; la Administración ha de actuar siempre con sometimiento pleno a la ley y al Derecho, y de ahí que se encuentre en cada caso en la posición en que le sitúa el Ordenamiento Jurídico.

— Que en todo caso —y por imperativo del artículo 103 de la Constitución— la Administración ha de perseguir la consecución del interés general, por lo que se encuentra vinculada positivamente al Ordenamiento Jurídico.

Esta vinculación, como resulta ya de lo expuesto, no impide el otorgamiento de potestades discrecionales, pero sí las encuadra dentro de los límites que resultan de la observancia del Ordenamiento Jurídico —de acuerdo con la doctrina y jurisprudencia ya consolidadas con anterioridad a la Constitución—, y, entre ellos, el que resulta del principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos. El principio de interdicción de la arbitrariedad en la actuación de los poderes públicos en relación con la discrecionalidad de la Administración ha dado lugar a importantes trabajos, como son los de T. R. FERNÁNDEZ y L. PAREJO, que han permitido afinar con toda precisión el alcance del principio.

3. *La actividad de la Administración y los derechos de los ciudadanos*

La incidencia de la Constitución en el Derecho Administrativo puede contemplarse desde la perspectiva de los derechos establecidos en la Constitución, a los que antes se ha hecho referencia, de carácter liberal, democrático y social.

a) En cuanto a los *derechos de cuño liberal*, no todos tienen la misma entidad para la Constitución, ni todos producen la misma incidencia social.

En concreto, la Constitución otorga un carácter central a los derechos de tipo liberal que consisten en derechos de libertad del individuo aislado, como los calificaba Carl SCHMITT (libertad ideológica y religiosa, libertad y seguridad personal, derecho al honor, a la intimidad personal y familiar y a la propia imagen, inviolabilidad del domicilio, libertad de circulación y de residencia —arts. 15 a 19—), y a aquellos cuyo ejercicio se efectúa en relación con otros (libertad de manifestación de pensamiento en sus diversas expresiones, derechos de reunión, asociación y sindicación, junto con el de huelga —arts. 16, 20 a 22 y 28—). En cambio, sitúa en su segundo nivel de protección a los derechos de contenido económico (propiedad, libertad de

contratación, libertad de empresa —arts. 33, 37 y 38—), que pierden su tono individualista para adquirir un carácter social (función social de la propiedad, negociación colectiva, libertad de empresa de acuerdo con las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación), lo que corresponde a la sensibilidad propia de la época actual y al Estado Social y Democrático de Derecho que consagra la Constitución.

Pues bien, respecto de los derechos de tipo liberal que consisten en derechos de libertad del individuo aislado, en cuanto esfera de actuación exenta de intervención de la Administración —salvo por razones de orden público—, no parece que esté justificado control alguno preventivo (necesidad de autorizaciones, permisos o licencias). La garantía de la observancia de los límites de estas libertades y derechos —pues no existen derechos de carácter absoluto— no debe producirse mediante estas técnicas, que no parecen compatibles con la propia naturaleza y carácter fundamental del derecho.

En cuanto a aquellos derechos cuyo ejercicio se realiza en relación con otras personas, tienen, sin duda, una trascendencia social, pues conducen a una estructuración de la sociedad. Pues bien, en relación al ejercicio de estos derechos, en la medida en que sea posible para todos los ciudadanos, tampoco parece compatible con su naturaleza que se produzca una intervención preventiva, dado el carácter fundamental de los derechos de que se trata y el valor central que ocupan en el Ordenamiento, aunque sí es pensable que exista algún tipo de publicidad que dote de transparencia a la existencia de organizaciones, como la inscripción en un Registro Público de las asociaciones, en cuyo caso el acto administrativo de inscripción debe ser reglado y el silencio de la Administración debe tener carácter positivo, pues no puede dejarse confiada la efectividad de un derecho fundamental a la discrecionalidad de la Administración, ni puede retrasarse su ejercicio por su falta de diligencia para resolver en un plazo determinado; en otros casos, como el ejercicio del derecho de reunión en lugares de tránsito público y de manifestaciones, la Constitución prevé una comunicación a la autoridad, «que sólo podrá prohibirlas cuando existan razones fundadas de alteración del orden público, con peligro para personas o bienes».

Problema distinto es el que plantean *los derechos de contenido económico*, especialmente *el derecho de propiedad*, dado que tal derecho cumple una función social (art. 33.2 de la Constitución). En este caso, el contenido del derecho de propiedad se determina en atención a la función social que cumple, lo que ha dado lugar, teniendo en cuenta los diversos tipos de bienes existentes, a que se haya hablado de la ruptura del concepto unitario de propiedad y a que la ju-

risprudencia se haya referido a la concepción estatutaria de la propiedad (con especial referencia a la propiedad urbana), cuyo contenido puede variar por razones de interés público.

De aquí que en estos supuestos aparezca justificado que la determinación de la función social se efectúe por la ley de forma relativa —reserva relativa de ley— y que su concreción se lleve a cabo por la Administración a través de disposiciones generales y, en su caso, de los planes de ordenación u otras técnicas, y asimismo que existan competencias cuyo ejercicio permita controlar que se cumple la función social de la propiedad.

En relación con la *libertad de empresa*, consagrada por el artículo 38 de la Constitución, debe tenerse en cuenta que ésta se reconoce «en el marco de la economía de mercado». El propio precepto añade que «los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio y la defensa de la productividad de acuerdo con las exigencias de la economía nacional y, en su caso, de la planificación». La libertad de empresa así consagrada incide en el Derecho Administrativo en una medida importante, que aquí debo limitarme a tratar de forma sucinta, subrayando los siguientes aspectos:

— La libertad de empresa no impide por sí misma la reserva al sector público por ley de recursos y servicios esenciales, a que se refiere el artículo 128 de la Constitución. En todo caso, no puede ignorarse que existe una interrelación, pues una reserva de gran amplitud podría afectar a la propia existencia del mercado.

— La libertad de empresa en el marco de la economía de mercado exige que la competencia se produzca en condiciones de igualdad, lo que, dado que la Constitución establece que «los poderes públicos garantizan y protegen su ejercicio», conduce a subrayar la importancia de la actuación de la Administración para la defensa de la competencia (J. E. SORIANO, J. M. BAÑO LEÓN).

— En el momento actual, la línea de evolución se mueve en el sentido que marca el Derecho Comunitario europeo en orden al «adelgazamiento» de los servicios públicos —de titularidad pública—, lo que conduce a que se potencien las intervenciones de las Administraciones Públicas para conseguir que estas actividades privatizadas, que son de interés general, cumplan los fines de interés general (ARIÑO, MUÑOZ MACHADO). Aun cuando no puede generalizarse, sí debe señalarse que las potestades que el Ordenamiento concede a la Administración son muy amplias. En todo caso y desde la perspectiva constitucional, que es la que aquí interesa, estas intervenciones se encuentran posibilitadas por la redacción del artículo 38 de la Constitución y, en conexión con el mismo, por el artículo 128, que

establece que toda la riqueza del país en sus diversas formas y cualquiera que sea su titularidad está subordinada al interés general.

— En definitiva, existen distintas intensidades de actuación del Estado para conseguir que los servicios esenciales cumplan los fines de interés público, cuando éstos no se alcanzan por el libre juego social: las medidas de intervención, el sometimiento a un régimen jurídico-administrativo, son menos intensas que la *publicatio* del servicio y su inclusión en el sector público. Y ésta es la línea que se está siguiendo, incluso mediante la privatización de servicios públicos existentes, teniendo en cuenta que las exigencias de interés público pueden imponer un servicio universal, prestado a todos los ciudadanos y a todas las partes del territorio, incluso con las ayudas que sean necesarias por razón de las obligaciones de servicio público que se imponen.

b) En el Estado Social de Derecho tienen también una importancia capital los denominados derechos de carácter económico y social, que, en cuanto tienen un contenido prestacional (aunque no todos tienen este carácter), no se configuran en nuestra Constitución como derechos, sino como principios rectores de la política social y económica.

Pues bien, la efectividad de estos principios constituye un objetivo del Estado, y de ahí que el artículo 53.3 de la Constitución establezca que «el reconocimiento, el respeto y la protección de los principios... informarán la legislación positiva, la práctica judicial y la actuación de los poderes públicos. Sólo podrán ser alegados ante la jurisdicción ordinaria de acuerdo con lo que dispongan las leyes que los desarrollan».

De aquí que la conversión de estos «principios» en verdaderos «derechos» ha de inspirar la actuación de los poderes públicos, lo que significa una fijación de fines a cuya consecución se encuentran vinculados los poderes públicos (arts. 39 a 52 de la Constitución).

En definitiva, los «poderes públicos» a los que se dirigen estos preceptos, fijándoles los objetivos a conseguir, han de actuar en el marco de sus competencias y dentro de las posibilidades presupuestarias, en el caso de las Administraciones Públicas, para la consecución de estos objetivos. Dado que los medios son limitados y que —de acuerdo con el valor constitucional que es el pluralismo público— unas fuerzas políticas pueden ser más sensibles a la consecución efectiva de uno u otro principio, es claro que las prioridades y la aplicación de medios podrá efectuarse de forma distinta. Pero lo que resulta evidente es que la línea de evolución está marcada por la Constitución y que el progreso del Derecho ha de producirse mediante técnicas de

intervención propias del Derecho Administrativo, en la medida en que no se consiga por el libre juego de la sociedad.

En este sentido, y aun comprendiendo las dificultades que conlleva, parece que debería avanzarse para poder llegar a garantizar a todos los ciudadanos unos niveles de servicios y prestaciones; idea que se refleja en la regulación de la Seguridad Social y en la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, que establece unos servicios mínimos y reconoce el derecho de los ciudadanos a exigir su establecimiento —arts. 26 y 18.1.g)—, y, lo que es más importante, la propia Constitución contempla en su artículo 158 la posibilidad de adoptar las medidas presupuestarias necesarias para la garantía de un nivel mínimo en la prestación de los servicios públicos fundamentales en todo el territorio español.

En esta línea de avance, puede hablarse de actividades «emergentes» de la Administración en relación con la atención a nuevos objetivos que vienen representados por los principios rectores de la política social y económica.

Así, es claro que existe una importante actividad emergente en materia de formación y readaptación profesionales, dada la importancia de las cantidades que —con ayuda comunitaria europea— se dedican a estos fines, lo que constituye una actuación de capital importancia para evitar la marginación y, en definitiva, para evitar que el Estado Social derive en un Estado asistencial. Y también en materia de medio ambiente, con proyección en muy distintos campos, como la ordenación del territorio, el tratamiento de residuos urbanos, la calidad de las aguas —depuración de vertidos—, lucha contra incendios y reforestación, y otros que podrían citarse, objeto de consideración de conjunto por MARTÍN MATEO.

Y, por otra parte, la Constitución se refiere a un conjunto de actividades de carácter social y asistencial (disminuidos físicos, sensoriales y psíquicos; pensiones).

También son de capital importancia —y han tenido el correspondiente desarrollo legislativo— todos los principios relativos a los consumidores y usuarios (defensa de los consumidores y usuarios, fomento de su educación e información y de sus organizaciones, y audiencia de las mismas); y es que, en definitiva, un importante motor del Derecho es el interés, y de ahí que la lucha contra los excesos se consigue mejor si los consumidores y usuarios se encuentran educados, informados y con organizaciones capaces de reaccionar adecuadamente, y de equilibrar la posición de superioridad que puede tener un organización económica frente al consumidor aislado.

Debe hacerse notar, por otra parte, que el Tribunal Supremo ha establecido una doctrina muy perfilada en orden a la eficacia jurídi-

ca de los principios rectores de la política social y económica, de la que es muestra la Sentencia de 27 de abril de 1999 (Ar. 4600), FJ 5.º, que efectúa un examen minucioso de los artículos 39 a 52 de la Constitución, que «afirma» es necesario analizar uno a uno para saber lo que contienen. Tarea —dice la Sentencia— «que por lo demás es la que ha de llevar a cabo con toda habitualidad el jurista, y que es lo que se llama actividad calificadora. Y procediendo de este modo nos encontramos que en ese Capítulo III no sólo hay principios sino también derechos, y que algunos de los derechos expresamente calificados de tales necesitan de la intermediación de una Ley para su aplicación o de la necesaria provisión de medios materiales y consiguiente dotación presupuestaria previa, e incluso de la instrumentación de políticas que aunque necesarias tienen que ser jerarquizadas a la hora de poderlas llevar a cabo».

4. *Actividad de la Administración e interés general*

La Constitución incide también sobre el Derecho Administrativo en otros preceptos referentes a la Economía y Hacienda (Título VII).

En algunos casos estos preceptos son reconducibles a la posición o bienestar de los ciudadanos, como sucede con la participación de los interesados en la seguridad social y en la actividad de los organismos públicos cuya función afecta a la calidad de vida o al bienestar general (art. 129.1); y también en cuanto establece que los poderes públicos atenderán a la modernización y desarrollo de todos los sectores económicos, y en particular de la agricultura, de la ganadería, de la pesca y de la artesanía, «a fin de equiparar el nivel de vida de todos los españoles» (art. 130).

Pero, además de ello, la Constitución incide sobre el Derecho Administrativo en otros extremos en que es menos visible que la actuación se efectúe en beneficio o al servicio de los ciudadanos, aun cuando podría reconducirse más o menos directamente a esta finalidad: iniciativa pública de la actividad económica, reserva al sector público de recursos o servicios esenciales (art. 128), bienes de dominio público (art. 130).

Así, en el caso de reserva al sector público de servicios esenciales los beneficiarios serán los usuarios del servicio; y en el caso del denominado dominio público natural, su finalidad esencial es garantizar el uso común general y la explotación adecuada de los recursos. Por otra parte, como puso de relieve VILLAR PALASÍ, la iniciativa pú-

blica en la actividad económica cumplía en su momento una finalidad de dación de bienes al mercado.

5. *Potestad sancionadora de la Administración*

Como ya he indicado con anterioridad, la propia Constitución parte de la atribución de una potestad sancionadora a la Administración (art. 25) y establece en relación a la misma el principio de legalidad en el sentido de que ha de existir una norma previa que tipifique la conducta sancionable, aunque no precisa si ha de ser una ley, refiriéndose a la «legislación vigente».

El Tribunal Constitucional en reiteradas sentencias —siguiendo en este punto la jurisprudencia del Tribunal Supremo— ha establecido que la potestad sancionadora es una manifestación del *ius puniendi* del Estado y que, en consecuencia, son de aplicación a la misma, si bien con ciertos matices, los principios propios del Derecho Penal, exigiendo con carácter general la existencia de una *lex previa* que permita predecir con el suficiente grado de certeza (*lex certa*) dichas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción (S. 133/1999, de 15 de julio, que sintetiza la doctrina del Tribunal en su FJ 2.º).

La aplicación de este precepto ha dado lugar a consecuencias distintas en relación con la Administración del Estado, las Comunidades Autónomas, las Corporaciones Locales y los Colegios Profesionales, en las que no puedo detenerme que han sido estudiadas detenidamente por la doctrina (NIETO, SUAY).

VIII. LA INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN LA RESPONSABILIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN

La responsabilidad de la Administración del Estado se encontraba regulada en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en sus artículos 40 y 41. En concreto, las características esenciales de la institución aparecían delimitadas en el artículo 40.1, que decía así:

«Los particulares tendrán derecho a ser indemnizados por el Estado de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes o derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que aquella lesión sea consecuencia del

funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa.»

La redacción del artículo 106.2 de la Constitución es prácticamente la misma, aun cuando se observa alguna diferencia que conviene señalar. Dice así el mencionado precepto:

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

La mera comparación de estos dos preceptos evidencia que la Norma Fundamental viene a elevar al rango constitucional la regulación contenida en la legislación preconstitucional, si bien con algunas diferencias que hay que considerar, para determinar su posible trascendencia:

— La remisión a la ley es lógica, porque en la Constitución sólo figuran los aspectos esenciales que habrán de ser desarrollados por la ley.

— El que la Constitución se refiera a que la lesión ha de ser consecuencia del «funcionamiento de los servicios públicos» responde a la misma razón, ya que la falta de referencia a que sea «normal o anormal» no excluye en absoluto que la ley efectúe esta precisión. Hacemos notar que la expresión «servicios públicos» se utiliza aquí en el sentido de la Escuela francesa del servicio público, como delimitadora del ámbito del Derecho Administrativo.

— La novedad importante de la Constitución consiste en la supresión del inciso final «o de la adopción de medidas no fiscalizables en vía contenciosa». Se trata de una supresión obligada, porque después de la Constitución, que consagra el derecho a la tutela judicial efectiva de todas las personas, no pueden existir medidas no fiscalizables en vía contenciosa.

A partir de la Constitución, como ya nos consta, se ha producido un importante movimiento tendente a delimitar el alcance de la responsabilidad de la Administración (PANTALEÓN, GARRIDO FALLA). Sin perjuicio de ello, la Constitución permite mantener la responsabilidad por razón del funcionamiento normal o anormal de los servicios

públicos, como ha hecho inicialmente el legislador en la Ley 30/1992, en términos análogos a los de la legislación preconstitucional; la modificación introducida por la reciente Ley 4/1999 marca una inflexión en el sentido de delimitar el alcance de la responsabilidad de la Administración, de tal forma que se precisa que «no serán indemnizables los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubieran podido prever o evitar según el estado de los conocimientos de la ciencia o de la técnica existentes en el momento de producción de aquéllos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes pueden establecer para estos casos».

En este punto hemos de tener en cuenta que todo desarrollo o interpretación de la Constitución que conduzca a extender injustificadamente la responsabilidad de las Administraciones Públicas lleva consigo un coste que al fin de cuentas aportamos entre todos, pues, en definitiva, los ingresos públicos provienen de los ciudadanos; pero, dicho esto, parece claro que la Administración es una organización poderosa cuya actuación «normal» puede generar perjuicios que han de ser calificados como lesión; pensemos, por ejemplo, en los perjuicios específicos que pueden originar determinadas obras públicas a los colindantes (en particular a establecimientos comerciales, hoteles, etc.) aun cuando se realicen con normalidad.

Pero, por otro lado, se observa también que se tiende a indemnizar en supuestos de grandes desgracias, por razones de solidaridad y aunque la Administración correspondiente mantenga que no es responsable, lo que es conforme con la sensibilidad general, por lo que normalmente no plantea graves objeciones ni discusiones políticas. Esta solución no deriva de la Constitución pero tampoco es contraria a ella, en cuanto expresa un concepto presente en la Norma Fundamental como es la solidaridad.

Debemos hacer notar, finalmente, que la responsabilidad que regula la Constitución no se circunscribe al Poder Ejecutivo —art. 106—, sino que la Norma Fundamental establece con carácter general en su artículo 9.3 el principio de responsabilidad de todos los poderes públicos; el examen de los problemas a que da lugar la responsabilidad del Legislador y del Poder Judicial excede, obviamente, los límites de este trabajo.

IX. INCIDENCIA DE LA CONSTITUCIÓN EN EL CONTROL JURISDICCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN

Resulta patente que la Constitución incide claramente en el control jurisdiccional del Gobierno y de la Administración, tanto en lo que se refiere al control judicial como en lo relativo al control jurisdiccional por parte del Tribunal Constitucional.

La novedad que supone el control por el Tribunal Constitucional no ofrece duda alguna, puesto que dicho Tribunal no existía en la época preconstitucional. Por tanto, no cabe duda de que a través del recurso de inconstitucionalidad contra disposiciones normativas con fuerza de ley —que, por razón de la legitimación reducida, es una garantía de las minorías frente a las mayorías y de defensa del círculo de interés general propio del Estado y de las Comunidades Autónomas—, del recurso de amparo —garantía de los derechos fundamentales de los ciudadanos—, de los conflictos de competencia —garantía de la recta observancia de la distribución del poder o, si se quiere, de la separación de poderes en sentido horizontal y vertical— y del recurso al que se refiere el artículo 161.2 contra disposiciones y resoluciones adoptadas por los órganos de las Comunidades Autónomas —que ha de fundarse en vulneración de la Constitución—, el Tribunal Constitucional puede controlar la actuación del Gobierno y la Administración del Estado y de las Comunidades Autónomas.

El control por el Poder Legislativo tiene un significado también importante en un sistema democrático: control del Gobierno (art. 66) y control del ejercicio de la delegación (art. 82).

Pero junto al nuevo control que supone la creación del Tribunal Constitucional debe señalarse que la Constitución ha incidido de forma importante sobre el control del Gobierno y de la Administración por parte de la jurisdicción contencioso-administrativa. En este sentido, podemos señalar:

— La competencia atribuida a los Tribunales por el artículo 82.6 para el control de los Decretos Legislativos.

— La inclusión en el ámbito del derecho a la tutela judicial efectiva de los derechos e intereses legítimos, lo que significa incorporar al nivel constitucional los denominados derechos reaccionales, a que se ha referido GARCÍA DE ENTERRÍA.

— El derecho a la tutela judicial efectiva ha dado lugar a una serie de consecuencias, como son la reducción de ámbitos exentos de control en el artículo 40 de la Ley de la Jurisdicción de 1956 —apartados *c*) y *d*), relativos al ámbito militar—; a la extensión de

la legitimación a todo titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo que comprendía no sólo el interés directo, sino el indirecto; a la necesidad de emplazamiento personal de quienes aparecieran como interesados en el expediente; a que la ejecución de sentencias pasara a considerarse como una competencia-función de ejercicio obligatorio, como ha estudiado T. FONT, cuyo incumplimiento daba lugar a que el Tribunal pudiera, en las obligaciones de hacer, acudir a otras Administraciones o a terceros para la ejecución de la sentencia a costa de la Administración obligada; y a la embargabilidad de bienes patrimoniales no afectos a un uso o servicio público.

— En definitiva, la jurisprudencia ha considerado derogadas por la Constitución las normas que consideraba incompatibles con la misma, tanto de la Ley de la Jurisdicción como de otras leyes; así ha sucedido, p. ej., con el artículo 126.2 de la Ley de Expropiación Forzosa (STS de 25 de mayo de 1999, FJ 2.º, Ar. 4922, que reitera la doctrina de la de 11 de junio de 1997), en cuanto excluía el recurso contencioso contra el acto de justiprecio si no era superior o inferior en más de una sexta parte al que en tal concepto se hubiera alegado por el recurrente o en trámite oportuno.

— Las consecuencias del derecho a la tutela judicial efectiva no se han circunscrito a los aspectos indicados. Además de ello, y en relación a los actos políticos del Gobierno, quedaba claro que no podían quedar exentos de control judicial cuando afectaban a derechos fundamentales, puesto que tales actos eran susceptibles de recurso de amparo cuya estimación daría lugar a la declaración de nulidad del acto y al reconocimiento y restablecimiento del derecho, por lo que tenía que poder hacerse en el recurso contencioso, que tiene carácter previo. Y, todavía más, el Tribunal Supremo interpretó que cuando el acto político tenía algún elemento reglado, tal acto era fiscalizable en cuanto al elemento o elementos reglados, con lo que la categoría del acto político, por imperativo del derecho a la tutela judicial efectiva, se deslizaba hacia la del acto discrecional. Esta evolución ha culminado con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativo de 13 de julio de 1998, que ya no se refiere a la categoría de los actos políticos.

En fin, como fácilmente se observa, las consecuencias de la consagración por la Constitución del derecho a la tutela judicial efectiva han sido de gran trascendencia en cuanto al derecho a acceder a la Justicia, a obtener normalmente una resolución del fondo fundada en Derecho y a la ejecución de la sentencia, que forma también parte del derecho fundamental, dado que de poco serviría obtener una sentencia si luego no se tuviera derecho a su ejecución.

La reciente Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa 29/1998, de 13 de julio, ha incorporado las reformas que derivan de la interpretación de la Constitución (en parte ya acogidas en la modificación de la Ley anterior, de 30 de abril de 1992).

X. CONCLUSIÓN

Las consideraciones expuestas confirman la hipótesis inicial de este trabajo, en orden a que la Constitución, como norma fundamental y fundamentadora de todo el Ordenamiento Jurídico, ha incidido con intensidad en el Derecho Administrativo.

Esta incidencia no sólo es la que se refleja de forma expresa en la propia Norma, sino que los valores y principios constitucionales se difunden por todo el Ordenamiento Jurídico y pueden dar lugar a consecuencias prácticas no imaginables en principio, que se descubren a la luz de casos concretos: así, por citar uno, los principios de autonomía local y de eficacia, considerados de forma conjunta, han dado lugar a que la jurisprudencia haya admitido la aprobación definitiva parcial de planes de urbanismo no prevista en la regulación aplicable.

Por ello, descubrir la incidencia de la Constitución en el Derecho Administrativo no es una tarea que pueda hacerse de una vez por todas. Es un trabajo continuo, un reto para los juristas, que habrán de ir deduciendo las últimas consecuencias a que conduce la Constitución a la luz de problemas concretos.