CAPÍTULO I

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL DERECHO ADMINISTRATIVO

SUMARIO: I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA: 1. *El concepto de Administración en la evolución del Derecho Administrativo.* 2. *La Administración como persona jurídica.* 3. Excursus *sobre la división de los poderes.* 4. *Actividades administrativas de los órganos constitucionales del Estado:* A) *La posición mixta del Gobierno;* B) *La realización de funciones administrativas materiales por parte de órganos constitucionales.* 5. *La pluralidad de Administraciones Públicas y las técnicas de reducción a la unidad.* 6. *La caracterización jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento positivo en vigor.*—II. EL CONCEPTO POSITIVO DE DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas.* 2. *Consecuencias de este concepto:* A) *El Derecho Administrativo es un Derecho Público;* B) *El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas;* C) *La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa:* a) *La actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado;* b) *La llamada actividad administrativa de los particulares;* c) *La intermediación de la Administración en relaciones materialmente privadas y la correlativa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa;* d) *El segundo término de la relación jurídico-administrativa: clases de relaciones.* 3. *La especificidad del Derecho Administrativo y sus características: el equilibrio entre privilegios y garantías.*—III. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO: 1. *La cuestión a resolver y las respuestas tradicionales:* A) *La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión;* B) *El criterio del servicio público;* C) *El criterio de la prerrogativa.* 2. *Las zonas de fricción y su limitación: carácter instrumental de la utilización del Derecho Privado por la Administración.* 3. *El «giro o tráfico administrativo» como función típica de la Administración regulada por el Derecho Administrativo.* 4. *El problema del entrecruzamiento del Derecho Administrativo y del Derecho Privado: la técnica de los actos y cuestiones separables y las cuestiones prejudiciales o incidentales.*—IV. RECAPITULACIÓN.—NOTA BIBLIOGRÁFICA.

I. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO PERSONA JURÍDICA

La más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el Derecho de la Administración Pública, realidad política radicalmente ajena a las administraciones privadas, al menos desde el punto de vista jurídico, por más que, desde la perspectiva neutra de las técnicas de organización o de los métodos de trabajo ambas clases de administraciones puedan considerarse bajo un prisma unitario (tampoco nunca totalmente abstracto e intercambiable) por la llamada Ciencia de la Administración.

Así planteada la cuestión (el Derecho Administrativo como Derecho de esa realidad del mundo político que es la Administración Pública), la primera y fundamental pregunta a resolver es qué cosa sea la Administración Pública para el Derecho Administrativo.

La pregunta, aparentemente sencilla, ha sido, sin embargo, el centro de los debates que han hecho posible la elaboración dogmática del Derecho Administrativo. Las respuestas y soluciones han sido muchas y dispares a lo largo de casi dos siglos de historia de la disciplina.

No vamos, sin embargo, a reseñar ese largo itinerario, que no es imprescindible seguir para el objetivo que nos es ahora propio.

1. El concepto de Administración en la evolución del Derecho Administrativo

A partir de la Revolución francesa, momento en el que nace el Derecho Administrativo, y durante la primera mitad del siglo pasado, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, en el marco constitucional del principio de división de poderes. El Derecho Administrativo venía a ser entonces el régimen jurídico especial del Poder Ejecutivo.

Hacia mediados del siglo XIX, los esfuerzos dirigidos a garantizar la autonomía del nuevo Derecho Público, con la necesidad de abandonar las explicaciones personalistas y místicas del feudalismo y el absolutismo, cristalizan en Alemania en una aportación capital, sin duda tomada en préstamo del pandectismo iusprivatista: el reconocimiento del Estado como persona jurídica (ALBRECHT, GERBER, LABAND, JELLINEK). El Estado sería, ante todo, una persona jurídica, y esta constatación elemental permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho. La personificación jurídica del Estado se erige así —dice GERBER— en el presupuesto de toda construcción jurídica del Derecho Público.

En el plano que ahora nos interesa, el hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus tres Poderes, hace que éstos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples expresiones orgánicas de aquél. La Administración Pública, hasta aquí identificada con uno de los poderes orgánicos e individualizados del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a ser considerado entonces como una *función* del Estado-persona.

El problema queda planteado, de este modo, en unos términos muy diferentes: ya no se ve en el Estado un conjunto de Poderes individualizados (entre ellos el Poder Ejecutivo o Administración Pública), sino una persona jurídica única que realiza múltiples funciones, una de las cuales sería, precisamente, la de administrar. La cuestión será entonces la de averiguar en qué consiste, concretamente, esta función de administrar dentro del cuadro de las funciones generales del Estado.

El intento de aislar una abstracta función estatal de administrar, para edificar sobre la misma el objeto formal del Derecho Administrativo como disciplina, ha sido uno de los esfuerzos más prolongados y más sutiles en la historia de nuestra ciencia —y también uno de los más baldíos—. Administrar sería acción (frente a declaración, como propia de las funciones legislativa y judicial), o acción singular y concreta, o acción organizada, o acción de conformación social, o gestión de los servicios públicos (esta tesis dominó la primera mitad del siglo pasado en Francia), o actuación

bajo formas jurídicas peculiares (acto de autoridad primero, acto-condición y acto subjetivo en DUGUIT, actuación ejecutoria, etc.). El cansancio de este prolongado esfuerzo dialéctico se manifestó en la sorprendente adopción final de fórmulas exclusivamente negativas: administrar sería toda actuación del Estado distinta de legislar o de enjuiciar (escuela alemana, desde MAYER, que reaparece insólitamente en la Ley norteamericana de Procedimiento Administrativo de 1946), criterio cuyo sentido vendría del hecho de que legislar y juzgar se habrían separado del complejo de funciones del viejo Estado absoluto como simples técnicas formales, en tanto que el resto —un conglomerado o aluvión histórico, donde se mezclan funciones y competencias heterogéneas— no es reductible a ninguna técnica formal uniforme; o tesis de la «regla o cláusula exorbitante», desempolvada en Francia (porque tiene un claro origen absolutista: los derechos del Príncipe *exorbitant a iure commune;* nuestras Cortes de Valladolid de 1442 protestan ante el Rey de que en las Reales Cartas «se ponen muchas exorbitancias de derecho»; en la Ley 7.ª, Título V, Libro III, de la Novísima Recopilación, se habla de las Cartas Reales «que las mandamos dar de nuestro *proprio motu* y poderío Real absoluto, con otras exorbitancias») tras la crisis de la doctrina del servicio público, en la última postguerra, y que se limita a catalogar en el Derecho Administrativo las regulaciones Estado-ciudadanos que salen (por arriba o por abajo; privilegios en más y en menos: RIVERO) de los moldes establecidos del Derecho Privado, renunciando a una explicación uniforme de esa peculiaridad.

¿Es verdad que hay que acoger cualquiera de esas explicaciones negativas, una vez que se ha constatado el fracaso de una caracterización positiva de la función de administrar?

La cuestión ha de plantearse más hondamente: si es cierto que administrar sea una simple función abstracta jurídicamente definible y que la Administración como organización carezca de toda sustantividad propia, siendo un simple complejo orgánico relativo, aunque más o menos constitucionalizado, que ha de referirse a la verdadera entidad sustantiva desde el punto de vista jurídico, el Estado. Apuremos esta vía crítica.

2. La Administración como persona jurídica

Lo primero que hay que notar, en efecto, es que la Administración Pública no es para el Derecho Administrativo una determinada función objetiva o material. El fracaso de cuantos intentos se han realizado en esta dirección es la mejor prueba de la inutilidad de insistir en este punto. La movilidad de la propia materia administrativa es, sin duda alguna, un obstáculo insuperable para intentar perfilar un modo —material o formal— de administrar. Las funciones y actividades a realizar por la Administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que depende esencialmente de una demanda social, distinta para cada órbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. A su vez, las técnicas formales de administrar varían

también circunstancialmente, por lo que sería vano intentar aislar una de ellas como prototípica y definitoria: así se ha visto espectacularmente con la experiencia de las nacionalizaciones y empresas públicas, que por sí sola ha bastado en Francia para poner en crisis a la hasta ese momento hegemónica «doctrina del servicio público» que hacía un dogma de la aplicación necesaria del Derecho Administrativo a la gestión de los servicios públicos (el fenómeno de las empresas públicas ha roto definitivamente esa correspondencia, al suponer, por una parte, la aplicación del derecho privado en la gestión *ad extra* de servicios públicos inequívocamente tales —ferrocarriles, electricidad, gas—; por otra, la aplicación del derecho público —en cuanto a la forma de personificación y organización— para gestionar actividades sustantivamente privadas).

La Administración Pública no es tampoco para el Derecho Administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración Pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos, sino a través de su consideración como persona. *Para el Derecho Administrativo la Administración Pública es una persona jurídica.* Este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el Derecho Administrativo. Todas las relaciones jurídico-administrativas se explican en tanto la Administración Pública, en cuanto persona, es un sujeto de Derecho que emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc. La personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo.

Conviene notar que lo que acaba de afirmarse está muy lejos de la teoría de la Escuela alemana de Derecho Público, que sostuvo por vez primera, como antes vimos, la personalidad jurídica del Estado, notoriamente sobre los supuestos del idealismo hegeliano. La personalidad del Estado en su conjunto es sólo admisible en el seno de la comunidad de los Estados (el Estado en cuanto sujeto del Derecho Internacional en su relación con otros Estados). Desde el punto de vista del ordenamiento interno no aparece, en cambio, esa personalidad un tanto mística del Estado, sino sólo la personalidad propiamente jurídica de uno de sus elementos: la Administración Pública.

3. *Excursus* sobre la división de los poderes

Puede ser útil acudir para verificar el anterior aserto (sólo la Administración Pública está realmente personificada dentro del vasto complejo orgánico que llamamos Estado) a la realidad constitucional inglesa, que es la más alejada, como es obvio, tanto de los dogmas absolutistas, donde la concentración de poderes y el intento monopolizador de todas las manifestaciones del Derecho alcanzó carácter patológico, como de las construcciones jurídicas hegelianas, construcciones explicables en cierta medida

como una sublimación de esa realidad absolutista, que hace un cuerpo único del Estado, del Derecho y aun, con ellos, de la Religión y la Moral. Como en tantas ocasiones, el ejemplo inglés puede resultar aquí esclarecedor.

Pues bien, resulta que la propia palabra *Estado* es extraña al Derecho inglés, mucho más el concepto. En vez de éste, encontramos el de Corona, al que se refiere toda la organización administrativa *(the state is not an entity recognised by our law. The State is the crown:* ALLEN). Pero junto a la Corona está el Parlamento, como órgano del pueblo. Corona y Parlamento (o pueblo), *King and Parliament,* no son elementos parciales de una realidad superior, el Estado, según las ideas más o menos místicas del monarquismo continental, sino que tienen sustantividad independiente, no interiorizados en ninguna pretendida unidad superior. Ambos sujetos están simplemente en relación, como lo están las partes de un contrato, nexo en el cual cada una mantiene íntegra su individualidad; concretamente, Rey y pueblo son *reciprocally trustees for each other* (MAITLAND, sobre conceptos de LOCKE). No tiene objeto que intentemos ahora precisar el contenido de esa relación de *trust* o de fiducia (más adelante tendremos ocasión de volver sobre ello); baste notar que esa relación que afecta a ambos sujetos afirma y no disuelve su respectiva individualidad, su principio propio e incomunicable, su diversidad, en fin.

Por su parte, los Tribunales tampoco son órganos de la Corona, sino órganos o expresiones del «derecho de la tierra», *the law of the land,* derecho que, por su parte —y ésta es la idea esencial del *common law*—, no está estatalizado, no es un producto de la voluntad del Príncipe, sino obra de las costumbres aplicativas y de las decisiones judiciales (las Leyes no forman parte, como es sabido, del *common law,* sino de un *statute law* carente de principios generales, y, por ello, interpretado normalmente con un criterio restrictivo —principio del *control of the common law over statute*—; las Leyes no integran por eso un verdadero *ius* orgánico y general, sino que se limitan a resolver *local conditions and situations:* POUND). La idea esencial de la independencia de la Magistratura —y así se ve en la famosa polémica de COKE— no es más que una implicación natural de la independencia del Derecho respecto del Príncipe, pero expresa certeramente que el Juez es visto como un órgano propio, no del Estado ni de la Corona (aunque siga actuando nominalmente en nombre de ésta), sino de la *lex terrae,* como *viva vox legis,* o *lex loquens,* teniendo en cuenta que aquí *lex* no expresa la voluntad de un imperante, sino el derecho establecido en la comunidad y por ella misma aceptado y vivido. Si el Juez no puede recibir órdenes del Rey es porque el Rey no tiene la disponibilidad sobre el derecho, porque el Juez no actúa según la voluntad del Rey, sino *is sworn to execute justice according to law and the customs of England (Case of the Prohibitions del Rey,* 1612, redactado por el gran COKE).

Muy sumariamente, ésta era, y sigue siendo en lo fundamental, la realidad inglesa de la pluralidad de los poderes, pluralidad que se unifica solamente en la idea de *constitution,* que es una idea simple y confesadamente

estructural. Mediante una transposición típica de la razón política continental, MONTESQUIEU volatilizará su esencia profunda convirtiéndola en un simple arbitrio práctico e instrumental, en una técnica organizativa ingeniosa y mecánica para proteger la libertad. Esta imagen rebajada será más tarde fácil presa de la concepción transpersonalista del Estado propia del idealismo alemán, que reduce los poderes a simples órganos de un ente superior.

En el propio Derecho Continental la situación es semejante, contra lo que suele ser la opinión común. El Parlamento, más que un órgano del Estado, es, como precisa el artículo 66 de la Constitución, un órgano del pueblo, auténtico titular de la «propiedad del poder» (HAURIOU, art. 1.2 de la Constitución), titularidad que ejerce a través de sus tres funciones esenciales: el control del Gobierno, la aprobación de las Leyes y la adopción de las decisiones políticas fundamentales. No es casual que los Parlamentos de todos los sistemas políticos se constituyan sobre el principio de la representación política —representación del pueblo—, sean cuales sean sus técnicas concretas: así, el citado artículo 66.1 de la Constitución: «Las Cortes Generales representan al pueblo español». La Ley como producto típico del Parlamento, no es una manifestación de la «voluntad del Estado», supuesto ente místico transpersonal, sino una simple autodisposición de la comunidad (representada en el Parlamento) sobre sí misma, en los términos que habremos de concretar más adelante.

El Juez, por su parte, tampoco es un órgano del Estado, sino del Derecho. Es *viva vox iuris, iuris dictio*, directamente vinculada al Derecho, sin insertarse jerárquicamente en su función sentenciadora en ninguna organización, sin perjuicio de que ésta le designe, le sostenga y ponga al servicio de sus decisiones su propia fuerza. Lo cual se justifica fácilmente sin más que recordar que el Derecho no es un producto de la «voluntad del Estado», sino una función de la comunidad, función que, frente a un legalismo ingenuo (que no sólo la teoría rechaza, sino que la experiencia práctica más elemental desautoriza totalmente), nunca puede encerrarse en un catálogo cerrado de Leyes y de Reglamentos. Justamente es el Juez el inexcusable órgano a través del cual se hacen presentes en la vida jurídica las fuentes del Derecho no formalizadas o estatalizadas (la costumbre, los principios generales del Derecho), que, como hemos de ver más despacio, se introducen inevitablemente a lo largo de todo el proceso aplicativo.

Es claro, en todo caso, que el Juez, en el ejercicio de sus funciones de tal, no está organizado dentro del Estado, aspecto sustancial que tiende a banalizarse cuando se presenta como un simple arbitrio práctico el postulado de su independencia. La relación entre el Derecho y el Juez es directa, sin que ningún otro sujeto u órgano pueda intervenir en el momento de tomar sus decisiones.

La situación de la Administración Pública es, por el contrario, completamente distinta. La Administración Pública se encuentra totalmente

organizada y los funcionarios son simples agentes de esta organización. La Administración Pública no es representante de la comunidad, sino una organización puesta a su servicio, lo cual es en esencia distinto. Sus actos no valen por eso como propios de la comunidad —que es lo característico de la Ley, lo que presta a ésta su superioridad y su irresistibilidad—, sino como propios de una organización dependiente, necesitada de justificarse en cada caso en el servicio de la comunidad a la que está ordenada. Así, la Constitución, al referirse a la Administración, además de subrayar como primera nota definitoria su carácter servicial (art. 103.1: «La Administración Pública *sirve* con objetividad los intereses generales»), extrae de ello inmediatamente su condición de subordinada o sometida (art. 103.1: «con *sometimiento* pleno a la Ley y al Derecho»; art. 106.1: «Los Tribunales controlan la ... legalidad de la actuación administrativa, así como el *sometimiento* de ésta a los fines que la justifican»); no es simple retórica constitucional, es la esencia misma de esa realidad política.

Pues bien, esta organización servicial de la comunidad (especie de empresa de gestión de negocios dirigida a la vez en interés del gobierno del Estado y en el interés del público, como dirá HAURIOU), que es la Administración Pública, aparece con una personalidad jurídica propia, y para el Derecho Administrativo, al que está sometida, es, ante todo, un sujeto de relaciones jurídicas. El dato primario ante el Derecho de la Administración Pública es este de su personalidad jurídica, personalidad que es una nota que la comprende a ella sola como organización y que deja fuera, como hemos tratado de subrayar, a los órganos legislativos y judiciales.

La tradición absolutista del continente, que unificaba todas las funciones públicas subjetivamente en el monarca, ha tendido a ver en el concepto de Estado un sustituto abstracto de ese centro subjetivo único, lo cual ha sido aún reforzado por la reelaboración teórica efectuada desde la filosofía idealista alemana (por cierto, inmersa ella misma en un absolutismo de estricta observancia, que intenta sublimar en un «espíritu objetivo» transpersonal). Pero para un análisis jurídico un poco atento, el Estado no se presenta como un ente místico y totalizador, antes bien como un simple *compositum* estructural del que interesa retener, y no difuminar, sus elementos reales y sustantivos.

El dogma de la personalidad jurídica del Estado como expresión de un supuesto ente transpersonal se formó en Alemania en el XIX para encubrir, so capa del mismo, como ya notó HELLER, el problema político básico de la titularidad de la soberanía; ni al pueblo, por razones obvias, ni al monarca, porque la confesión ya resultaba escandalosa: la soberanía, se concluyó, pertenece al Estado, entendido como un ente abstracto del cual todos los protagonistas de la vida política real serían a lo sumo simples órganos (por cierto, que, por idénticas razones, la franquista Ley Orgánica del Estado de 1967, art. 1.1, recayó en la misma idea). Hoy la Constitución española, artículo 1.2, establece sin ambigüedades que la soberanía radica en el pueblo. Sobre el cimiento de esta realidad básica, toda la construcción política es instrumental y nada impone sustantivarla ni aislarla de

ese origen, tratándola como una entidad abstracta. Como ha notado SHEUNER, el Estado es una «cooperación institucionalizada de los ciudadanos» a través de una ordenación de órganos y de funciones y nada justifica «encubrir los problemas de una asociación de personas... mediante la idea de un poder estatal sustantivado dotado de una voluntad propia». La Ley no es la voluntad del Estado, es la «voluntad general» o de todos, como precisa el Preámbulo de la Constitución y resulta del artículo 66 de ésta. La Sentencia tampoco necesita explicarse como el producto quintaesenciado de un ente místico: es la expresión concreta del Derecho sobre el que el pueblo vive (cfr. art. 117.1 de la Constitución: «la justicia emana del pueblo»). En parte alguna, ni aun en la doctrina alemana actual, por supuesto, esos actos públicos básicos son explicados desde la teoría del Estado como una entidad sustantiva, explicación que sería, además, profundamente antidemocrática. Permítase esta cita de Konrad HESSE: «a la concepción actual del Estado... le está vedada la vuelta a representaciones del mismo como una unidad sustantiva dada, situada más allá de las fuerzas históricas reales..., aislando al Estado de su sustrato sociológico».

En cambio, la personificación de la Administración no necesita de mística alguna. La Administración es una organización instrumental, la cual actúa siempre ante el Derecho como un sujeto que emana actos, declaraciones, que se vincula por contratos, que responde con su patrimonio de los daños que causa, que es enteramente justiciable ante los Tribunales. Entre todos los poderes del Estado, sólo ella actúa según esta técnica —con la reserva que inmediatamente haremos sobre los aparatos de sostenimiento de ciertos órganos constitucionales—. Por ello entre los actos y decisiones de la Administración, por una parte, y la Ley y las Sentencias, por otra parte, existe —y precisamente desde el punto de vista jurídico— una insalvable heterogeneidad, que se desconocería gravemente si unos y otros productos se imputasen al mismo agente.

Desde esta perspectiva se impone así la consideración de la Administración como una organización dotada de personalidad jurídica, nota que basta para individualizarla de los órganos que actúan otras funciones públicas.

4. Actividades administrativas de los órganos constitucionales del Estado

A) LA POSICIÓN MIXTA DEL GOBIERNO

La consideración de la Administración Pública como una persona jurídica exige y, al propio tiempo, justifica la exclusión de la misma de una parte de la actividad de los órganos superiores de tipo político. Estos órganos, especialmente el Gobierno, no son sólo eventualmente órganos de la Administración Pública (aspecto bajo el cual su actividad está sometida al Derecho Administrativo), sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública en cuanto persona.

Así ocurre, característicamente, con los *actos de carácter internacional*, que no se imputan a la Administración Pública interior, sino al Estado global en cuanto sujeto de relaciones internacionales, a quien el Gobierno representa, no estando sometidas por dicha razón al Derecho Administrativo, sino, más bien, a la Constitución y, en su caso, al Derecho Internacional.

Es el supuesto también de los *actos constitucionales* en que se plasman las relaciones entre los Altos Organos del Estado (por ejemplo, el Título V de la Constitución, «relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales», interpelaciones, mociones de censura, disolución de las Cámaras, la sanción de las Leyes, la convocatoria de elecciones o de referéndum, etc.).

Lo que sucede en estos casos es que en los titulares de estos órganos superiores de la Administración Pública concurre, al propio tiempo, la condición de comisionados del «propietario del poder», la «confianza» parlamentaria en nuestro sistema (arts. 99, 101, 112, 113 y 114 de la Constitución) para ejercer dicho poder. La concurrencia de esa doble condición explica que tales individuos actúen unas veces en cuanto titulares del órgano administrativo (en cuyo supuesto su actividad se imputa a la Administración como persona y está sujeta al Derecho Administrativo: todos los Reglamentos, actos y contratos administrativos procedentes del Consejo de Ministros) y otras como personas que integran un centro de competencias constitucionales como comisionados políticos del «propietario del poder» (en cuyo caso su actividad está sometida al Derecho Constitucional). El Gobierno, pues, es simultáneamente órgano constitucional, en cuya actuación ejerce funciones que no están reguladas por el Derecho Administrativo sino por el Derecho Constitucional, y órgano administrativo, el que encabeza la Administración General del Estado, y como tal sometido al Derecho Administrativo. Lo que no tiene sentido, ni da pie para ello, por supuesto, el artículo 97 de la Constitución, es que, como pretendió el Proyecto de LJ de 1995, toda la actividad de «dirección política» de la Administración caiga fuera del Derecho Administrativo y, por ende, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Toda la actividad del Gobierno sobre la Administración es de dirección, como precisa el artículo 97; ninguna organización, y por tanto tampoco la Administración Pública, puede funcionar sin órganos directivos, que forman así parte necesaria de su estructura, como ahora precisa la LGO. Por ello sus actos están sometidos al Derecho Administrativo y son controlables por los Tribunales contencioso-administrativos (art. 26 LGO), en los términos que veremos en el capítulo X, *infra*. Pretender, como ha hecho más de un autor, y el citado Proyecto de LJ de 1995, que la actividad del Gobierno debe de ser libre y judicialmente exenta porque no se puede limitar a la aplicación de las leyes, resulta inadmisible; todas las potestades discrecionales están en esa misma situación y ello no implica, como podremos ver más adelante, exención alguna de la legalidad ni del control del juez. La legalidad (*vid. infra*, capítulo VIII) no opera con la Administración de modo que reduzca ésta a su pura aplicación mecánica, sino habilitando a la misma con potes-

tades de actuación, entre las cuales las discrecionales remiten con normalidad al juicio libre de la Administración, sin que ello signifique, en modo alguno, exención de la Ley y del Derecho, sino un tipo propio de sujeción.

B) La realización de funciones administrativas materiales por parte de órganos constitucionales

Finalmente, está el caso de las actividades materialmente «administrativas» cumplidas por órganos públicos no integrados en la organización personificada que es la Administración Pública. Hay aquí una importante distinción que hacer según que esas funciones administrativas, desde el punto de vista material, se actúen como complementarias de la función jurídica específica que dichos órganos desempeñan como propia, o bien que sean fruto de las organizaciones instrumentales de sostenimiento y apoyo de que tales órganos, en cuanto órganos constitucionales propiamente dichos, se dotan en servicio de su independencia.

En el primer caso (policía de las Cámaras, funciones de sus Mesas o Presidencias respectivas, actividad de control o «proposiciones no de Ley», autorizaciones para que sus miembros sean procesados, control y disciplina del *status* de éstos, etc., en el caso de los órganos legislativos; policía de la Sala, jurisdicción voluntaria —que los procesalistas pretenden excluir de su ámbito—, en el caso de los órganos del Poder Judicial; o supuestos análogos en cuanto al Tribunal Constitucional, o el Tribunal de Cuentas), la función respectiva podrá ser calificada materialmente como administrativa, será o no equivalente o paralela a la que normalmente cumple la Administración, pero es evidente que no se trata de actos sometidos al Derecho Administrativo, como no lo son, *et pour cause*, los actos principales que dichos órganos constitucionales producen (Leyes, sentencias) y respecto de los cuales esos otros son auxiliares y complementarios.

Distinto puede ser el caso de las organizaciones específicas de apoyo de que estos órganos constitucionales se dotan para sostener su autonomía y excluir cualquier dependencia de la Administración general, a la que normalmente se sobreponen o controlan. Es expresivo el caso del Poder Judicial, en el cual, para sostener la radical independencia de la función de juzgar, la Constitución, artículo 122, ha desplazado la administración del aparato de la Justicia desde el Ministerio de Justicia, donde tradicionalmente se encontraba, al Consejo General del Poder Judicial al cual se le encomienda toda la política del personal judicial (selección, formación, perfeccionamiento, destinos, ascensos, potestad disciplinaria, jubilaciones), personal organizado sobre el esquema funcionarial, así como los aspectos patrimoniales o económicos de soporte del ejercicio de la función judicial (no sólo las retribuciones del personal, también obras de edificios, suministros de material, contratos respectivos, arrendamientos, expropiaciones, etc.). Aun sin la especificidad de ese órgano auxiliar que es el Consejo General aludido, el mismo fenómeno de organizaciones o aparatos instrumentales de apoyo se conoce en los demás órganos constitucionales

(Tribunales Constitucional y de Cuentas, Cámaras o Asambleas Legislativas, Defensor del Pueblo), aparatos más o menos sumarios, pero efectivos en los dos órdenes referidos de la administración del personal propio y de la gestión patrimonial de sostenimiento. Los actos que en ejercicio de estas funciones de apoyo se realizan no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado, sino de órganos que se han configurado con una más o menos perfecta (nunca total en el aspecto financiero, por la unidad presupuestaria y de caja) separación de la misma. Ello no obstante, en cuanto tales actos afectan a terceros (considerando tales, por de pronto, el personal propio ligado por unas u otras relaciones de servicio y, por supuesto, contratistas, expropiados, eventuales perjudicados por el funcionamiento de sus respectivos servicios), dichos terceros no pueden quedar al margen de la protección jurisdiccional que el artículo 24 de la Constitución garantiza hoy a todo ciudadano, y esta protección se residencia normalmente (podría haberse elevado a la jurisdicción civil como residual, según se conoce en otros sistemas) en la jurisdicción contencioso-administrativa, por similitud de posición (así, art. 99.2 de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, art. 58.1 LOPJ). Es una atribución de jurisdicción por determinación legal, hoy artículo 1.3 LJ, que implica el reconocimiento a dichos órganos de la capacidad para ser parte [art. 21.1.*a)*]: se considera parte demandada «las Administraciones públicas o cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3»; la conjunción disyuntiva «o» denota, precisamente, diferencia con las Administraciones públicas propiamente dichas.

Pretender ver en este último fenómeno una ruptura del criterio que identifica a la Administración con organizaciones públicas personalizadas y, más aún, una justificación actual del viejo dogma de la personalidad global del Estado, es algo que carece de sentido. Esas organizaciones de apoyo son puramente ancilares de las funciones principales cumplidas por los órganos constitucionales para cuyo sostenimiento se establecen (legislar, juzgar), funciones principales que continúan siendo totalmente extrañas al Derecho Administrativo; por otra parte, la actuación material de la Administración Pública propiamente tal es infinitamente más compleja y proteica que la que realizan esos aparatos de apoyo, limitada, como ya hemos notado, a la gestión de personal y a los aspectos patrimoniales interesantes a terceros, de modo que resulta completamente vano intentar tipificar por este último rasero una supuesta «función administrativa» del Estado en sentido material, y ello tanto menos cuanto que otras supuestas funciones administrativas materiales cumplidas por esos mismos órganos, aquellas que están vinculadas al mismo cumplimiento de sus respectivas funciones principales, como hemos visto, quedan del todo al margen de esa extensión parcial de reglas propias del Derecho Administrativo.

Tampoco parece razonable, como se ha intentado (Santamaría y algunos Reglamentos de Asambleas autonómicos), postular una personificación jurídica independiente de cada uno de estos órganos o, al menos, de

algunos de ellos. (Así se ha hecho, por cierto, con un órgano de «relevancia constitucional», art. 131.2, el Consejo Económico y Social, Ley de 17 de junio de 1991, art. 1.3, con la intención, según parece, de eximir a su funcionamiento de todo posible límite jurídico no recogido en dicha Ley.) Dada la ocasionalidad con que su actividad puede caer bajo la jurisdicción de los Tribunales contencioso-administrativos, parece suficiente una norma de atribución específica de competencia a los citados Tribunales sobre los actos de dichos órganos constitucionales en cuanto se refieran a sus funcionarios o a relaciones patrimoniales que interesen a terceros («actos y disposiciones en materias de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público», precisa el art. 1.3 LJ). Será, pues, una simple extensión pragmática de un régimen de protección a un sector mínimo de la actividad de esos órganos, a los efectos de habilitar para los funcionarios y los terceros una vía efectiva de tutela judicial, tutela no susceptible hoy de limitaciones.

5. La pluralidad de Administraciones Públicas y las técnicas de reducción a la unidad

Hemos hablado hasta ahora de Administración Pública en singular y nos hemos referido preferentemente con el empleo de esa expresión al nivel en que se mueve la Administración del Estado, que es la Administración Pública por excelencia.

En todo ello subyace una cierta simplificación, que conviene precisar ahora. En efecto, no hay una sola Administración Pública, sino una pluralidad de Administraciones Públicas, titulares todas ellas de relaciones jurídico-administrativas. Junto a la Administración del Estado se alinean las de las Comunidades Autónomas, las Administraciones Locales (Provincias, Municipios, Entidades locales menores), todas y cada una de las cuales cuentan con su propia personalidad jurídica independiente, y una pléyade de entidades institucionales o corporativas igualmente personificadas (toda esta pléyade de personificaciones jurídicas de la Administración están referidas en el art. 2 de la LPC).

Esta pluralidad de Administraciones Públicas, de entidades dotadas de personalidad jurídica, existentes y actuantes en el campo del Derecho Administrativo (sólo los Municipios alcanzan el número de 8.000 en nuestra organización administrativa vigente), no condena por sí sola como artificiosa la simplificación hasta ahora utilizada.

Hay, en primer lugar, entre todas ellas una primera división, a la vez horizontal, mediante el principio constitucional de competencia y la separación de dos órdenes políticos separados, el del Estado y el de las Comunidades Autónomas, y vertical, por la concentración en el orden del Estado de los poderes políticos superiores o soberanos (arts. 1.2 y 149.1 de la Constitución; vid. *infra*, cap. VI); a su vez, están las autonomías constitucionalmente garantizadas, que son la Administración Local (arts. 137 y 140) y las Universidades (art. 27.10), con una posición peculiar. Alrededor de esos órdenes administrativos territoriales (Estado, Comunidades Autónomas, Administraciones locales) giran todas las demás Administraciones, que son, en este sentido, Administraciones «menores», sometidas a un encuadramiento más o menos intenso, pero efectivo, en las primeras. Así, a través del sistema constitucional que integra las dos instancias superiores y asegura la resolución de sus conflictos (art. 161 de la Constitución y arts. 59 y sigs. LOTC), y de la supremacía que a éstas corresponde sobre toda la pléyade de las Administraciones menores, a través de las técnicas de integración, y eventualmente de tutela, y, en el caso de los entes institucionales, de instrumentalidad, toda la galaxia administrativa se reconduce a una unidad estructural y sistemática; el principio constitucional de «coordinación» (art. 103.1) es expresión de este principio organizativo, correlativo de la unidad global del Estado.

El artículo 3.3 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común de 26 de noviembre de 1992 (LPC) lo expresa de manera precisa: «Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico.»

6. La caracterización jurídica de la Administración Pública en el ordenamiento positivo en vigor

Cuanto hasta aquí hemos dicho, desde un nivel abstracto y general hay que verificarlo ahora sobre la base de nuestro propio ordenamiento positivo en vigor.

Hemos puesto especial insistencia en subrayar la importancia del principio de división de poderes como marco en el que nace y se desarrolla la Administración y el Derecho Administrativo contemporáneos, aserto en el que tendremos ocasión de insistir también más adelante desde otras perspectivas.

Nuestro sistema quedó configurado sobre la recepción de ese principio, que consagró el constitucionalismo y sus leyes de desarrollo a partir de la Constitución de Cádiz. No es ocasión de repasar aquí los hitos más significativos de ese proceso configurador, que queda consolidado en la segunda mitad del siglo XIX. Esta situación no se vio gravemente afectada, a los efectos técnicos-jurídicos del Derecho Administrativo, cuando en el siglo XX advienen en nuestro país situaciones dictatoriales que niegan la operatividad de la división de los poderes, porque, por debajo de los dogmatismos políticos y sin perjuicio de que éstos resultasen más visibles respecto de los otros dos poderes, permaneció la anterior caracterización jurí-

dica de la Administración, asegurada por un sistema de Leyes especiales tributarias del principio de división de los poderes.

Hoy este principio, aunque no proclamado de manera formal, luce claramente en la Constitución de 1978. Los títulos III, IV y VI de su texto tratan, respectivamente, «de las Cortes Generales» (que, al representar al pueblo español, «ejercen la *potestad legislativa*», art. 66), «del Gobierno y de la Administración» (el primero «ejerce la *función ejecutiva*», art. 97), y «del *poder judicial*» (sometido «al imperio de la Ley», art. 117). Como se notará, sólo a este último se ha respetado el nombre tradicional de «poder», pero los conceptos utilizados para los demás y, sobre todo, la regulación general de todos ellos son inequívocos en el sentido de la teoría tradicional de la división de los poderes, en su versión de régimen parlamentario (art. 1.3 y Título V de la Constitución), y ello sin implicar en manera alguna, como en la formulación francesa revolucionaria, la exención judicial del Ejecutivo. De este modo, las dificultades que un sistema «de unidad de poder» pudo implicar para la teoría jurídica de la Administración y para el Derecho Administrativo han quedado del todo eliminadas, así como consagrado de manera solemne el principio del «sometimiento pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1) y al correlativo control plenario judicial (art. 106.1).

Materialmente, como ya hemos observado más atrás, la Administración, precisa el artículo 103 de la Constitución, se ordena al servicio de los intereses generales, con objetividad y con eficacia y, además, con prohibición de arbitrariedad (art. 9.2).

Sobre estas bases constitucionales, el dato de la personificación es igualmente explícito en el ordenamiento jurídico en vigor. Así resulta del artículo 2.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE): «La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única». La personificación de las Administraciones Territoriales (Comunidades Autónomas, Provincias y Municipios), está reconocida en el artículo 137 de la Constitución («entidades [que] gozan de autonomía»), y para las dos últimas (a las que se añaden las entidades locales menores, las islas en los Archipiélagos canario y balear, y eventualmente las fórmulas asociativas de las Comarcas, las Areas Metropolitanas y las Mancomunidades municipales) por la vigente Ley reguladora de las bases del Régimen Local de 2 de abril de 1985 (LRL), artículo 3. Por otra parte la misma LOFAGE, artículo 42.1, precisa, a su vez: «Los Organismos públicos tienen personalidad jurídica diferenciada», y así lo concretan normalmente sus normas de creación u organización.

Una pluralidad de Leyes especiales formulan con normalidad la misma declaración de personificación de Administraciones de otro carácter (Corporaciones como Colegios Profesionales o Cámaras Oficiales, entidades instrumentales de Administraciones Locales, etc.). El artículo 3.4 LPC utiliza ya una fórmula general: «Cada una de las Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única».

En fin, una Ley capital en el sistema del Derecho Administrativo, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio de 1998 (LJ), tras precisar en su artículo 1 que dicha jurisdicción entiende de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública, añade en su apartado 2:

> Se entenderá a estos efectos como Administración Pública:
>
> *a)* La Administración del Estado.
>
> *b)* Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
>
> *c)* Las Entidades que integran la Administración local.
>
> *d)* Las Entidades de Derecho Público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales.

En la misma línea se sitúa la LPC, cuyo artículo 2 hace otro tanto, y en semejantes términos a la hora de precisar las entidades a las que, en cuanto Administraciones Públicas, considera aplicables las bases del régimen jurídico, el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad que regula.

Así pues, resulta claro que el sistema de Derecho Administrativo, como sistema garantizado por la jurisdicción contencioso-administrativa, se aplica a las organizaciones personificadas que los citados preceptos básicos enumeran y no a ninguna función abstracta que pueda emanar de cualquier órgano estatal. El criterio subjetivista de nuestro ordenamiento para la construcción del Derecho Administrativo es, por tanto, explícito.

II. EL CONCEPTO POSITIVO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

1. El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas

Antes de hacer mayores precisiones conviene recordar la existencia de dos clases de Derechos: Derechos generales y Derechos estatutarios.

Un Derecho general se refiere y es aplicable a toda clase de sujetos. Este es el caso, por ejemplo, del Derecho Civil. Hay otros Derechos, en cambio, que sólo regulan las relaciones de cierta clase de sujetos, en cuanto sujetos singulares o específicos, sustrayéndolos en ciertos aspectos al imperio del Derecho común. A estos Derechos se les puede denominar Derechos estatutarios, revalorizando así convencionalmente la vieja terminología medieval. El Derecho Canónico es un ejemplo claro de Derecho

estatutario, ya que no se refiere a una abstracta función sacral o religiosa, sino que regula las relaciones jurídicas de unos entes específicos, incluso cuando no se refieran directamente a la función sacral. Por esta razón, en el Derecho Canónico figuran preceptos sobre propiedad, prescripción, procedimiento, penas, etc. El propio Derecho Mercantil ha sido, también, un Derecho estatutario típico en su origen y desarrollo (Derecho de los mercaderes). A partir de la Revolución francesa y la codificación napoleónica, el Derecho Mercantil se transformó en un Derecho de base objetiva, regulador de los actos de comercio (así figura concebido en el vigente Código de Comercio), pero últimamente tiende a ser considerado de nuevo como un Derecho de base subjetiva, de carácter estatutario, como el Derecho propio de las empresas mercantiles.

Pues bien, algo semejante sucede con el Derecho Administrativo, que no es ni el Derecho propio de unos órganos o de un poder, ni tampoco el Derecho propio de una función, sino un *Derecho de naturaleza estatutaria, en cuanto se dirige a la regulación de las singulares especies de sujetos que se agrupan bajo el nombre de Administraciones Públicas, sustrayendo a estos sujetos singulares del Derecho común.*

2. Consecuencias de este concepto

A) El Derecho Administrativo es un Derecho Público

Por lo pronto, hay que decir que el Derecho Administrativo es un Derecho Público, del que constituye una de sus ramas más importantes. Siendo la Administración Pública la única personificación interna del Estado, cuyos fines asume, y siendo también dicha persona el instrumento de relación permanente y general con los ciudadanos (en tanto que las funciones no administrativas del Estado son de actuación intermitente y, o bien no se expresan en un sistema de relaciones jurídicas con los ciudadanos, o cuando esto ocurre tales relaciones afectan sólo a contados y excepcionales sujetos), es lícito decir que el Derecho Administrativo es el Derecho Público interno por excelencia del Estado.

El Derecho Administrativo está íntimamente interrelacionado con el Derecho Constitucional, en su sentido estricto de Derecho de la Constitución en cuanto norma jurídica. Sin embargo, éste enuncia los principios básicos del ordenamiento, por la propia superioridad que dentro de éste presenta la Constitución misma, de modo que su superioridad sobre el Derecho Administrativo, como sobre cualquier otra rama del ordenamiento, no es discutible; por otra parte, su ámbito material es también más extenso, puesto que abarca a los aspectos del Estado que exceden de los propiamente administrativos. Ahora bien, esas diferencias materiales no concluyen en separación de ambas ramas, antes bien postulan una relación permanente entre las mismas, como se manifiesta en el tratamiento conjunto de las dos por los mismos especialistas, que es común en todo el mundo occidental. La superioridad normativa de la Constitución no es

un postulado abstracto, como habremos de ver en el capítulo siguiente, sino que penetra todas y cada una de las demás normas, y específicamente de las administrativas, pauta de la actividad ordinaria y más extensa del Estado, que expresan, por ello, un «Derecho Constitucional concretizado» (Werner); todas las instituciones del Derecho Administrativo están marcadas por la regulación básica del poder y de la libertad que se contienen en la Constitución. Por otra parte, es un hecho que, especialmente en el mundo europeo, la teoría de las fuentes, la de los límites de la acción del Estado, la de la justicia aplicada a la actividad de éste, la de los derechos individuales disputando al poder áreas de respeto y protección, la de la organización pública, etc., se han formado en el Derecho Administrativo, sin cuyas aportaciones la ciencia del Derecho Constitucional sería difícilmente concebible. Una y otra ciencia resultan por ello indisociables como capítulos del mismo Derecho del Estado.

B) El Derecho Administrativo es el Derecho común de las Administraciones Públicas

El carácter estatutario del Derecho Administrativo supone, como hemos dicho ya, que es un Derecho referido a un tipo determinado de sujetos, las Administraciones Públicas. Esto quiere decir, por lo pronto, que el Derecho Administrativo tiene que atender básicamente a las exigencias que estos sujetos presentan para su desenvolvimiento jurídico normal. Dicho con otras palabras, el Derecho Administrativo es un microcosmos jurídico, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otros Derechos. Así pues, lo mismo que hay un Derecho Procesal o un Derecho Penal generales, hay también un Derecho procesal administrativo o un Derecho sancionatorio administrativo. El proceso, las penas o sanciones, los contratos, la propiedad, la responsabilidad, las servidumbres, la delegación, etc., todas las instituciones y técnicas propias de los Derechos comunes sufren, cuando inciden sobre sujetos administrativos, un proceso de modificación o de modulación para adaptarse a las especiales características de estos sujetos y de las funciones que cumplen, dando así lugar al contrato administrativo, la responsabilidad administrativa, la delegación administrativa, etc. El Derecho Administrativo resulta ser, de este modo, el Derecho común de las Administraciones Públicas. Esta afirmación hay que entenderla como opuesta a la expresión Derecho especial. El Derecho Mercantil, por ejemplo, no es un Derecho común, sino un Derecho especial, ya que en las materias que él mismo no regula se aplica el Derecho Civil. En el Derecho Administrativo, por el contrario, la situación es completamente distinta: cuando en él hay una laguna, ésta se integra con sus propios principios sin necesidad de acudir a otros Derechos. Así lo viene declarando sistemáticamente el Tribunal Supremo.

Como bien se comprende, esta observación tiene un valor práctico de

primera importancia, en relación a lo dispuesto en el artículo 4.3 (antes 16) del CC, según el cual «las disposiciones de este Código se aplicarán como supletorias en las materias regidas por otras leyes». En contra de la opinión tradicional de los civilistas, hay que decir que el artículo citado se refiere sólo a las leyes especiales del ordenamiento civil, pero no a las leyes especiales del ordenamiento administrativo, que es capaz de autointegrar sus propias lagunas sobre la base de sus mismos principios generales, sin perjuicio de que estos principios remitan con frecuencia a los criterios jurídicos generales formulados o desarrollados en el Derecho Civil.

El Derecho Administrativo, en cuanto Derecho común de las Administraciones Públicas, no está formado solamente por normas positivas, sino también por principios generales, que sirven para articular, interpretar y completar esas normas, a las que acompañan, formando en torno a ellas un aura inseparable. Sobre ello hablaremos más despacio en el capítulo siguiente.

C) La presencia de una Administración Pública es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa

El carácter estatutario del Derecho Administrativo comporta una última y decisiva consecuencia: para que exista una relación jurídico-administrativa es preciso que, al menos, una de las partes en relación sea una Administración Pública. Esta afirmación requiere, sin duda, algunas precisiones.

a) *La actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado*

Al no ser referibles a la Administración Pública en cuanto persona, es claro que no están sujetas al Derecho Administrativo, como antes ya notamos, las supuestas «funciones administrativas» que realizan los órganos o entidades situadas fuera de la misma. Así, por ejemplo, la actividad de jurisdicción voluntaria que realizan los jueces y Tribunales, la policía de audiencia, los tratados internacionales, las pensiones extraordinarias concedidas por las Cortes, etc. Recordemos, no obstante, la extensión analógica que hace la LJ (art. 1.3) respecto de actos afectantes a terceros de las organizaciones de apoyo de ciertos órganos constitucionales independientes.

b) *La llamada actividad administrativa de los particulares*

Con todo, para ser rectamente entendido el requisito de la presencia de una Administración Pública para que una relación jurídica pueda ser calificada de administrativa es preciso tener en cuenta las observaciones que siguen.

La Administración Pública no gestiona por sí misma todos los servicios públicos de que es titular. Bajo el imperio de la ideología liberal se impuso el dogma de la incapacidad del Estado para ser empresario y, para satisfacer las exigencias que en ocasiones se le presentan para la organización de servicios que suponen explotaciones industriales, se acudió a la técnica de la concesión, por virtud de la cual la gestión del servicio se entrega a un empresario privado bajo ciertas condiciones, reteniendo la Administración la titularidad última del servicio concedido y con ella las potestades de policía necesarias. En ocasiones, sin embargo, la Administración concedente delega en el concesionario el ejercicio de estas potestades de policía sobre los usuarios del servicio. Este ejercicio por el concesionario de las potestades de policía delegadas se traduce en actos (imposición de multas, por ejemplo, al usuario que infringe los reglamentos del servicio), cuya virtud y eficacia es la misma que si hubieran sido dictadas por la Administración delegante. Se trata, pues, de verdaderos actos administrativos, en la medida en que el concesionario actúa *en lugar* de la Administración Pública como delegado suyo.

Es explícito en este sentido el artículo 126.3 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955 (RSCL), según el cual «los actos de los concesionarios realizados en el ejercicio de las funciones delegadas serán recurribles en reposición ante la Corporación concedente, frente a cuya resolución se admitirá recurso jurisdiccional con arreglo a la Ley».

Este fenómeno de delegación se produce también fuera del campo de la concesión de servicios públicos con los mismos efectos. El delegado (que puede ser otra Administración Pública o, incluso, un simple sujeto privado) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración Pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque este último sea formalmente un sujeto privado. Así, por ejemplo, los actos dictados por las Asociaciones administradoras de concentraciones y agrupaciones de fincas forestales —sociedades civiles, mercantiles o cooperativas— para la ejecución de los planes de aprovechamiento de las fincas agrupadas son recurribles ante la Administración Forestal, como si hubiesen sido dictados por ésta, según dispone el artículo 260 del todavía vigente Reglamento de Montes de 22 de febrero de 1962. Un régimen análogo en materia urbanística, cuando la ejecución de los Planes se realiza por el sistema de compensación. Las Juntas de Compensación, que componen los propietarios que hayan asumido la función de urbanizar (art. 126 LS de 1976), dictan actos administrativos que son recurribles en alzada «ante la Administración actuante» (art. 127).

En consecuencia, cuando se dice que para que exista una relación jurídico-administrativa es necesario que esté presente en la relación una Administración Pública, habrá que comprender dentro de esta expresión no sólo lo que se señala en el artículo 1.2 LJ (la Administración del Estado;

las Administraciones de las Comunidades Autónomas: las Entidades que integran la Administración Local y las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas a las anteriores), sino también a los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de cualquiera de estas Administraciones [aludidos en el art. 2.*d)* LJ].

Debe retenerse finalmente, sin perjuicio de que dediquemos a ello una atención particular más adelante (*vid.* capítulo VII), que la Administración puede crear y crea con toda frecuencia sociedades mercantiles para la gestión directa de los servicios públicos de su incumbencia [*vid.* art. 85.3.*c)* LRL, 3 LGP, 166 y sigs. LPAP, 154 LCAP y 53 y sigs. LOFAGE], lo que, en principio, remite al Derecho Privado la actividad de dichas sociedades y las relaciones que traben con terceros por razón del servicio público que gestionan.

La jurisprudencia contencioso-administrativa, aplicando la doctrina del levantamiento del velo de la personalidad jurídica *(disregard of legal entity, lifting the veil)* surgida en los Estados Unidos con ocasión de la primera guerra mundial para hacer frente al problema que planteaba la aplicación de las normas dictadas en el curso de la contienda a sociedades de nacionalidad norteamericana cuyo capital estaba en manos de nacionales de las potencias enemigas, no duda en ciertos casos en prescindir del dato de la personalidad jurídico privada de las sociedades creadas por la Administración y en calificar como administrativos los actos por ellas dictados en el marco de la gestión de los servicios públicos que tienen confiados para evitar que esa personalidad separada se traduzca en un fraude a la Ley o en un escudo para eludir su responsabilidad en perjuicio de los terceros de buena fe con los que se relacionan. Las Sentencias de 3 de junio de 1991, relativa a la convocatoria por Mercamadrid, S. A., sociedad dependiente del Ayuntamiento de Madrid, de un concurso para la adjudicación de las operaciones de carga en el mercado de frutas y hortalizas de la capital, y de 31 de marzo de 1992, referente a un acuerdo de la Empresa Municipal de la Vivienda de Madrid, S. A., que resolvió un contrato de arrendamiento de una vivienda de protección oficial de su propiedad a causa del incumplimiento por el arrendatario de la misma de las condiciones establecidas para el caso por la legislación reguladora de ese tipo de viviendas, ofrecen dos ejemplos muy expresivos de aplicación de dicha doctrina, que es forzoso por ello tener muy presente desde ahora.

c) *La intermediación de la Administración en relaciones materialmente privadas y la correlativa competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa*

Con frecuencia encontramos relaciones que se traban entre particulares, pero que una intervención en ellas de la Administración las hace entrar en el ámbito del Derecho Administrativo —parcialmente, al menos— y, correlativamente, de la jurisdicción contencioso-administrativa. Es el caso de la actividad administrativa que PARADA ha llamado «arbitral» (por ejemplo, la inspección laboral, referente a contratos y relaciones laborales, el derecho de rectificación de informaciones en cualquier medio de comunicación social —Ley Orgánica de 26 de marzo de 1984—, atañente a los derechos fundamentales de libertad de expresión y de protección del honor). Un caso especialmente llamativo es la Ley de 30 de diciembre de 1998, que regula los procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y las comunicaciones, en trasposición de la Directiva Comunitaria 93/38 del Consejo. Esos contratos, que cuentan entre los de más volumen que tienen lugar en el tráfico mercantil, son contratos materialmente privados, salvo alguna posible excepción, pero la Ley los somete, por encima de cierto volumen económico, a procedimientos de contratar análogos a los que son comunes a la contratación administrativa propiamente dicha (pliegos, prescripciones técnicas, clasificación de empresas contratantes, y, especialmente, los procedimientos de adjudicación por sistemas licitatorios, con publicidad de las licitaciones, incluso en el «Diario Oficial de las Comunidades Europeas»), todo ello en interés de los principios de concurrencia o libre competencia que imponen en el mercado europeo los Tratados de la Unión. Pero, no obstante el carácter sustancialmente privado de estos contratos, la Ley habilita a la Administración, arts. 51 y ss., a resolver las reclamaciones atañentes a esos procedimientos tasados, tanto por vía principal como cautelar, e incluso a fijar las indemnizaciones que puedan proceder por su infracción. Esta intervención administrativa que, como se ve, no atañe al fondo de la relación contractual, determina la competencia correlativa para enjuiciar la legalidad de esa intervención a la jurisdicción contencioso-administrativa (art. 64). Es un caso paradigmático de administrativización parcial de una relación jurídica privada de base, sin perjuicio de que sobre el fondo de esta relación, una vez formalizada, se mantenga la competencia de la jurisdicción civil.

d) *El segundo término de la relación jurídico-administrativa: clases de relaciones*

Si uno de los términos de toda relación jurídico-administrativa tiene que ser necesariamente una Administración Pública, en el sentido que acabamos de exponer, el otro puede serlo bien un administrado, bien otra entidad administrativa o bien, incluso, la misma Administración Pública en una relación reflexiva o interna.

El primer supuesto (relación Administración-administrado) es el más común, el más importante incluso, desde una perspectiva política elemental, pero no el único.

El segundo supuesto (relaciones inter-administrativas) es también frecuente. Todas las técnicas de engarce entre la Administración del Estado y las múltiples Administraciones Públicas infraestatales (territoriales, corporativas o institucionales) resultan de este tipo de relaciones, bien con la supremacía de la primera, bien en relaciones paritarias, en las que nin-

guna de las Administraciones afectadas ostenta una posición superior; así será común en la relación entre Administración del Estado y Comunidades Autónomas, ordenadas alrededor del principio constitucional de separación o competencia, en órdenes competenciales diversos, aunque eventualmente colaborativos, como hoy regulan los artículos 4 y siguientes de la LPC. El Título I de la LPC regula formas específicas de este tipo de relaciones (Conferencias Sectoriales, Convenios de Colaboración, Consorcios).

El tercer supuesto (relaciones reflexivas trabadas en el seno de una Administración Pública entre sus partes integrantes, que se funcionalizan como relaciones jurídicas a través de los titulares de los órganos respectivos; por ejemplo, la relación de jerarquía; las del régimen de funcionarios públicos) alude al ámbito de la organización, a las relaciones de organización. El tema de la organización es polémico, sin embargo. Una importante corriente doctrinal estima que la organización queda fuera del Derecho Administrativo, ya sea por razones dogmáticas (al entender que la relación jurídico-administrativa sólo puede establecerse entre la Administración y los administrados), ya por razones sistemáticas (por ejemplo, en Alemania, donde tradicionalmente se han venido estudiando dentro del llamado Derecho estatal o *Staatsrecht*, parcialmente equivalente a lo que en España se incluye en el Derecho Constitucional).

Para los autores que conciben la Administración Pública como una función es claro que los temas de organización no pueden integrarse en el Derecho Administrativo, ya que, obviamente, la organización no es una función. La utilidad y conveniencia de estudiar esta materia dentro del Derecho Administrativo indujo, sin embargo, a algunos de estos autores a justificar la inserción de la misma en su sistemática con argumentos más o menos forzados. Así, se ha dicho que la organización, aunque no es propiamente actividad administrativa, es un presupuesto de ésta o una subespecie de la función administrativa, o bien que, al estar dirigida a la actividad, puesto que lo que pretende la organización es asegurar una acción eficaz, existe una íntima interdependencia entre ambas. Muchos autores, aun estimando que, en rigor, la organización no pertenece al Derecho Administrativo, la estudian dentro de él por razones simplemente didácticas, históricas o de pura inercia.

Frente a estas actitudes hay que sostener, sin embargo, que el Derecho de la organización tiene un lugar dentro del Derecho Administrativo, e incluso un lugar preeminente, ya que se refiere a su parte más estable, mientras que la actividad administrativa propiamente dicha varía mucho con el tiempo y las circunstancias.

Por otro lado, el criterio de la organización, de la integración en la estructura administrativa, es fundamental, como veremos, a la hora de determinar si una entidad pertenece o no a la Administración Pública. Así ocurre, por ejemplo, con las empresas públicas (una empresa de transporte o una empresa de telecomunicaciones, por ejemplo). Por la función que

realizan o la actividad empresarial que despliegan no habría posibilidad de integrarlas en la Administración Pública, ni de someterlas, al menos en ciertos aspectos, al Derecho Administrativo. Si se toma en consideración el aspecto organizativo, en cambio (por ejemplo, el hecho de su adscripción en una entidad pública), entonces es ya posible considerarla parte de la Administración Pública y aplicarle, en lo que proceda, el Derecho Administrativo.

La concepción estatutaria del Derecho Administrativo justifica sobradamente, y aun prioritariamente, la inclusión en su ámbito del derecho de la organización en tanto que ésta determina la constitución de las Administraciones como sujetos, que es el primer tema de todo derecho estatutario.

3. La especificidad del Derecho Administrativo y sus características: el equilibrio entre privilegios y garantías

Definido ya el Derecho Administrativo, corresponde ahora dar una idea de sus características principales. Dichas características giran en torno, naturalmente, a la singularidad de los sujetos que el Derecho Administrativo regula. La Administración Pública personifica el Poder del Estado; es por ello una *potentior persona*, un personaje poderoso, cuyo comercio jurídico aparece penetrado por la idea de poder público (HAURIOU). La Administración Pública, que, como hemos visto, asume el servicio objetivo de los intereses generales, de acuerdo con el principio de eficacia (art. 103.1 de la Constitución), dispone para ello de un elenco de potestades exorbitantes del Derecho común, de un cuadro de poderes de actuación de los que no disfrutan los sujetos privados.

Así, por ejemplo, puede crear, modificar o extinguir derechos por su sola voluntad mediante actos unilaterales (por ejemplo, adquirir de los particulares bienes o derechos sin contar con la voluntad de éstos mediante la expropiación forzosa) e, incluso, ejecutar de oficio por procedimientos extraordinarios sus propias decisiones —*privilegio de decisión ejecutoria y acción de oficio*— (por ejemplo, cobrar una multa por la vía de apremio, llegando, si es necesario, a enajenar los bienes del deudor para satisfacer de ese modo su crédito).

Para producir estos extraordinarios efectos no necesita ni siquiera acudir al Juez. Sus actos constituyen verdaderos títulos ejecutivos sin necesidad de declaración judicial al respecto. No tiene necesidad, por tanto, de acudir a los Tribunales en juicio declarativo para obtener una sentencia favorable que sirva de título a una posterior realización material de sus derechos. Desde este punto de vista, el acto administrativo vale tanto como la propia sentencia del Juez, aunque sea finalmente controlable por éste. Por otra parte, a diferencia también de lo que ocurre con los simples particulares, la Administración no necesita acudir a los Tribunales en juicio ejecutivo para obtener la ejecución de sus títulos ejecutivos, de sus actos.

Dispone, como hemos dicho, de medios propios de ejecución. Puede, en consecuencia, hacerse justicia por sí misma, sin necesidad de pedirla a los Tribunales *(privilegio de autotutela)*.

La virtud ejecutiva de sus actos arrastra también otra importante consecuencia: el traslado a los particulares afectados por dichos actos de la carga de impugnarlos jurisdiccionalmente. El control jurisdiccional de los actos administrativos tiene así en principio un carácter impugnatorio, que matiza de forma importante, como en su momento veremos, la mecánica procesal. Este control de los actos administrativos se lleva a cabo a través de un orden jurisdiccional diferente al civil, de carácter judicial, pero especializado: la jurisdicción contencioso-administrativa, en la que la Administración comparece, como regla general, en la más cómoda posición de demandada, adoptando los particulares que impugnan sus actos la posición de demandantes.

Por lo demás, la simple impugnación ante los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa de los actos administrativos no priva a éstos de su fuerza ejecutiva. El recurso contencioso-administrativo no suspende por sí mismo, como regla general, la eficacia del acto impugnado, que, a pesar del proceso trabado, puede desplegar todos sus efectos, salvo que los Tribunales acuerden la suspensión de los mismos, o dispongan otras medidas cautelares. El control jurisdiccional de la actividad de la Administración resulta ser, por consiguiente, sin perjuicio de otras posibilidades, un control *a posteriori, ex post facto*. La actividad de la Administración en el ejercicio de sus propios poderes, cuando se ejercita a través del procedimiento legalmente establecido, no puede ser turbado ni obstaculizado por los Tribunales fuera del ámbito de la justicia administrativa o de las formas procesales de los demás procesos cuando resulten procedentes contra la Administración. Un Tribunal de Conflictos resuelve los problemas que puedan suscitarse al respecto.

Los bienes de la Administración cuentan también con un *status* privilegiado. Los de dominio público, es decir, los afectados a la utilidad pública, son inalienables, imprescriptibles e inembargables, y la Administración titular de los mismos puede recuperar su posesión perdida sin necesidad de ejercitar acción judicial alguna. La misma propiedad privada de la Administración (bienes patrimoniales) es una propiedad privilegiada, y caso de perderse su posesión, puede ser recuperada de oficio en el plazo de un año sin acudir tampoco a los Tribunales.

Esta sumaria descripción de privilegios no debe, sin embargo, inducir a equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los *privilegios en más* mencionados hay también *privilegios en menos* (RIVERO). La Administración es, con toda frecuencia, menos libre que los particulares. No puede, por ejemplo, contratar con quien desee, como puede hacerlo un particular. Tiene que seguir un procedimiento determinado de selección de contratistas establecido por la Ley y atenerse a sus resultados. No puede tampoco formar libremente su voluntad. No puede ser arbitraria

o parcial, como puede serlo cualquier particular con su patrimonio. La Ley la obliga a observar un procedimiento de formación de la voluntad cuya infracción puede determinar la nulidad de la decisión final. Esta decisión, si es favorable para terceros, si declara derechos, no puede ya ser modificada por la Administración que la ha adoptado, que queda vinculada a ella en términos muy estrictos.

Por otra parte, el Derecho Administrativo coloca, junto a los privilegios, las garantías. Unas, de carácter económico (el pago del justo precio es requisito previo a la ocupación del bien expropiado, toda lesión en los bienes o derechos de un particular que resulte de la actividad de la Administración debe ser indemnizada); otras, de carácter jurídico (necesidad de observar un procedimiento, sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales para controlar la legalidad de su actuación).

El Derecho Administrativo, como Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas, está hecho, pues, de un equilibrio (por supuesto, difícil, pero posible) entre privilegios y garantías. En último término, todos los problemas jurídico-administrativos consisten —y esto conviene tenerlo bien presente— en buscar ese equilibrio, asegurarlo cuando se ha encontrado y reconstruirlo cuando se ha perdido. En definitiva, de lo que se trata es de perseguir y obtener el eficaz servicio del interés general, sin mengua de las situaciones jurídicas, igualmente respetables, de los ciudadanos.

III. LÍMITES DE APLICACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. La cuestión a resolver y las respuestas tradicionales

Cuando se habla de límites de aplicación del Derecho Administrativo no se alude al tema académico tradicional de las fronteras del Derecho Administrativo con otras disciplinas más o menos afines, sino al problema de *cuándo ha de aplicarse el Derecho Administrativo y cuándo otros Derechos*.

El problema surge en razón del carácter estatutario del Derecho Administrativo, que, como todos los de su clase, no cubre la totalidad de las actividades de los sujetos que regula. Es, pues, posible siempre que los entes administrativos puedan quedar, en ocasiones, sometidos a otros derechos (Civil, Laboral, etc.).

El problema, así planteado, ha sido resuelto de muy diversas maneras según los tiempos y países. Hay que notar, al respecto, que en Francia, y en los países como el nuestro, que en este punto se mueven en su órbita (sistemas llamados de *régime administratif*, frente al modelo anglosajón), el problema no es, ni mucho menos, de carácter simplemente teórico. La dualidad de jurisdicciones, civil ordinaria y contencioso-administrativa, daba a las respuestas un especial dramatismo, porque de ellas dependía

la competencia de las dos jurisdicciones en conflicto. Debe retenerse también que en el campo del Derecho Administrativo todo problema técnico-jurídico suele tener detrás un problema de poder. La opción por una u otra jurisdicción no era baldía, ya que durante mucho tiempo la jurisdicción contencioso-administrativa ha aparecido como sospechosa de ser un fuero privilegiado de la Administración y más benigno frente al fuero común de los Tribunales ordinarios. Al margen de estas sospechas, resta en pie, sin embargo, el problema técnico del reparto de competencias entre ambas jurisdicciones.

Tras este excurso, con el que ha querido subrayarse la trascendencia práctica del problema, conviene ahora dar noticia de las diversas respuestas que se han dado a éste a lo largo del tiempo.

A) La distinción entre actos de autoridad y actos de gestión

Durante casi todo el siglo XIX se pretendió que el Derecho Administrativo ha de aplicarse a las Administraciones Públicas siempre que —y sólo cuando— actúan con «poder» o «autoridad», revestidas de *imperium*. Sobre esta idea se realiza la primera gran sistematización del Derecho Administrativo.

Según esta teoría, la Administración Pública realiza dos clases de actos: unos, de autoridad, realizados con *imperium;* otros, de simple gestión, actuando como un mero particular. El Derecho Administrativo se aplicaría así a los primeros, en tanto que los segundos quedarían sometidos al Derecho Privado.

Este criterio todavía tiene su reflejo en alguna jurisprudencia e, incluso, en la propia legislación (cfr. art. 2.2 LPC) y, de acuerdo con él, se pretende precisar la naturaleza de algunas instituciones —responsabilidad, contratos, propiedad— que pueden ser, en principio, reguladas tanto por el Derecho Administrativo como por el Derecho Civil. De esta manera se dijo que si la Administración Pública contrata como poder, el contrato es administrativo; mientras que si lo hace como una simple persona jurídica privada, el contrato es civil o mercantil, sometido, por tanto, a estos Derechos (y a los Tribunales ordinarios).

B) El criterio del servicio público

La teoría de los actos de autoridad y de los actos de gestión entra en crisis a fines del siglo pasado, cuando se descubre un *tertium genus* que complica el esquema, la gestión pública, diferenciada de la gestión privada. Se descubre entonces que aquélla, a pesar de no revestir un carácter autoritario y no poder incluirse por ello entre los actos de imperio (el equivalente de lo que los autores alemanes han llamado *schlichte nicht obrigkeitliche Hoheitsverwaltung:* alta Administración no autoritaria o simple), debía ser enmarcada necesariamente en el Derecho Administrativo.

Para salvar estas dificultades se acudió al criterio material del servicio público, afirmándose al efecto que cuando la Administración Pública gestiona servicios públicos está sin más sometida al Derecho Administrativo, con independencia de que en tal gestión actúe con autoridad o sin ella.

Este nuevo criterio, sobre el que se desarrolló la llamada Escuela de Burdeos (Duguit, Jèze, Bonnard), entró, a su vez, en crisis en el segundo tercio del pasado siglo como consecuencia, fundamentalmente, de la ola de nacionalizaciones (la primera en 1936 por obra del gobierno frentepopulista de León Blum, y la segunda en 1945, una vez terminada la segunda Gran Guerra). Se comprobó entonces, por un lado, la existencia de servicios públicos gestionados no ya por la Administración Pública (incluso con medios privados), sino por empresas de derecho privado (la Telefónica, por ejemplo, y más claramente, los que se llamaron Bancos Oficiales), e inversamente, que había casos en los que actividades que no eran servicios públicos (fabricación de automóviles, de barcos o de aviones, por ejemplo) eran gestionadas por una entidad pública con aplicación de inequívocos elementos publicísticos.

El resultado, complicado, según veremos, en la actualidad, es que parece imposible separar con claridad grandes bloques de actividades, unas sometidas al Derecho Administrativo y otras al Derecho Privado. Ambos Derechos se entrecruzan inextricablemente en muchos actos y actividades de la Administración Pública, por lo que, incluso, dentro de un mismo acto unos elementos pueden estar sometidos al Derecho Administrativo y otros al Derecho Privado.

C) El criterio de la prerrogativa

La polémica con la Escuela de Burdeos llevó a Hauriou a formular un nuevo criterio que, en cierto modo, significa una revalorización de la vieja distinción entre actos de autoridad y actos de gestión. Según este autor, lo que provoca la aplicación del Derecho Administrativo es la actuación dotada de prerrogativa, entendiendo por tal la realizada con medios jurídicos excepcionales o exorbitantes respecto de los propios del Derecho Civil.

Sin embargo, la tesis en cuestión es susceptible de graves reparos.

Por lo pronto, todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento —que, junto con la de policía y la de servicio público, forma el tríptico clásico de las formas de acción de la Administración—, se realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder. La Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas (fiscales, financieras, crediticias, etc.), que son libres de aceptar o no. Toda la «filosofía» de la planificación indicativa responde a este

esquema. La Administración no trata de imponerse, sino de persuadir, de llegar a un concierto con los particulares.

2. Las zonas de fricción y su limitación: carácter instrumental de la utilización del Derecho Privado por la Administración

Para resolver correctamente el problema planteado más atrás hay que comenzar recordando la definición ya dada del Derecho Administrativo: Derecho propio o estamental de unos sujetos singulares, las Administraciones Públicas.

En efecto, si se parte de esta definición y se tiene en cuenta que el Derecho Administrativo no es otra cosa que el Derecho común de la Administración Pública como tal sujeto singular, habrá que convenir en que tal Derecho se aplica a la Administración siempre y por principio, salvo cuando actúe en su condición genérica de sujeto sometido a los Derechos generales. El problema no es, pues, el de determinar los límites positivos de aplicación del Derecho Administrativo, sino el inverso, sus límites negativos: cuándo y por qué se aplican a la Administración los Derechos generales, cesando así la aplicación de su ordenamiento estatutario específico.

Así planteada la cuestión, es fácil comprobar que la aplicación de algunos Derechos generales no suscita dificultad alguna. Hay, en efecto, Derechos generales que agotan las materias sobre las que recaen de forma que éstas sólo son reguladas por ellos. Así, el Derecho Procesal o el Derecho Penal. El mecanismo de aplicación de estos Derechos a la Administración es muy sencillo: cuando la Administración Pública incide en su campo propio (un proceso, un delito) se ve afectada por ellos.

Hay, sin embargo, otros Derechos generales que regulan las mismas materias que las que son objeto del Derecho Administrativo. Así sucede, por ejemplo, con el Derecho Civil. Las figuras civiles del contrato, mandato, responsabilidad, propiedad, etc., tienen su paralelo y su réplica en el Derecho Administrativo. Conviene advertir, no obstante, que este paralelismo no es total, que no todas las materias del Derecho Civil son comunes con todas las materias del Derecho Administrativo. Hay zonas de uno y otro Derecho en las que no es imaginable la fricción (la familia en el Derecho Civil, la organización municipal en el Derecho Administrativo, por ejemplo). Si se representaran ambos Derechos como dos círculos, el conflicto aparecería localizado en la zona secante en que ambos se entrecruzan, concretamente en una parte del Derecho de la organización y en el Derecho Patrimonial. Fuera de esa zona común, en los ámbitos propios de cada uno de ellos, rige pacíficamente uno u otro Derecho.

Examinemos a continuación esas dos zonas polémicas en que se produce la fricción.

En lo que se refiere al *Derecho de la Organización*, puede observarse

que la Administración Pública utiliza en ocasiones formas organizativas que son propias del Derecho Privado. Así, por ejemplo, la forma de sociedad mercantil, concretamente de sociedad anónima, para muchas empresas públicas. Así, también el contrato de trabajo (obreros y empleados) y no la relación de función pública a la hora de configurar la relación de trabajo en alguno de sus servicios. Lo mismo ocurre con las formas privadas de contabilidad, para evitar los rigores de la contabilidad pública que dificultan gravemente la realización de ciertas actividades.

¿Qué significan todos estos fenómenos? Sencillamente, que las formas del Derecho Privado se han objetivado y constituido en técnicas independientes que pueden utilizarse de una manera puramente *instrumental* por los entes públicos.

Este carácter instrumental de la utilización por la Administración de formas y técnicas privadas se pone de relieve por el hecho de que siempre encontramos en el fondo de dicha utilización un núcleo público, una previa decisión de carácter público. Así, por ejemplo, aun cuando las llamadas sociedades estatales estén constituidas como sociedades anónimas y actúen en el tráfico de acuerdo con el Derecho Privado (Disposición adicional 12 LOFAGE), es siempre preciso para poder constituirlas que se tome previamente una decisión, un acto de carácter público, administrativo (un Decreto del Gobierno o de los órganos de gobierno autonómicos o locales), al que se llega después de haber seguido un procedimiento también administrativo (art. 61 LOFAGE). A la hora de organizar sus servicios se ofrece al legislador o a la Administración Pública una alternativa, que, en principio, puede resolver libremente, optando por utilizar medios y formas públicas o formas y técnicas privadas (aunque las sociedades estatales mercantiles no podrán disponer de «facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública»: Disposición adicional 12.ª LOFAGE). La decisión en que se plasman estas opciones tiene siempre, sin embargo, carácter público. La eventual utilización de formas privadas es, pues, un arbitrio puramente instrumental, práctico.

La existencia de este fondo o núcleo constante e irreductible de carácter público (que se manifiesta incluso en el seno de la propia «entidad pública empresarial», ya que «la formación de la voluntad de sus órganos» se rige por el Derecho Administrativo: art. 53.2 LOFAGE) demuestra el error de aquellas corrientes doctrinales para las que la aplicación de técnicas de Derecho Público o de Derecho Privado carece hoy de contenido sustancial, siendo algo completamente accidental. Algún autor ha llegado a decir, incluso, que ni siquiera podemos acogernos a un criterio cuantitativo para distinguir el Derecho Público del Privado, ya que es probable que la Administración utilice hoy cuantitativamente más técnicas de Derecho Privado que de Derecho Público.

Estas afirmaciones son, por lo menos, gravemente equívocas, ya que entre unas y otras técnicas hay una diferencia fundamental, que consiste precisamente en que ese núcleo primero irreductible de Derecho Público

que acompaña o precede inexcusablemente a toda actuación de Derecho Privado de la Administración es la expresión del centro subjetivo último de la Administración como organización política, como «poder público» en el sentido de la Constitución (art. 9), el que somete, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración, de modo que en la aplicación al mismo del Derecho Administrativo podemos y debemos hablar de un verdadero límite sustancial. Por otra parte, el Derecho Administrativo es el Derecho necesario para la actuación del «poder público» que la Administración inexcusablemente es, y que como tal poder sólo puede justificarse en la Ley y no en el arbitrio de ninguna persona individual (art. 103.1 de la Constitución), más todas las reglas que la Constitución impone a la actuación de estos poderes (interdicción de la arbitrariedad y responsabilidad, art. 9.3; procedimiento debido y participación de los interesados, art. 105; control judicial de la legalidad y del fin de la actuación, art. 106; inclusión en los Presupuestos Generales de sus finanzas, art. 134.2, y censura de cuentas por el Tribunal de Cuentas, art. 136), reglas que sólo el Derecho Público puede articular de manera efectiva.

En el supuesto del *Derecho patrimonial* el planteamiento y la solución son semejantes. Conviene, sin embargo, realizar al respecto algunas aclaraciones previas: a primera vista parece que las instituciones del Derecho Administrativo se presentan como una transformación o adaptación de las instituciones del Derecho Privado, de tal manera que a la propiedad corresponde el dominio público; a la contratación civil una contratación administrativa; a la responsabilidad civil, una responsabilidad administrativa, etc. En realidad, todas estas instituciones administrativas se han ido formando de una manera contingente en función de las circunstancias, como puede comprobarse en el Derecho comparado, donde se ve que algunas figuras civiles carecen de su correlativo administrativo. Así, en Alemania, por ejemplo, se desconoce la teoría del dominio público. El contrato administrativo sólo existe en los Derechos francés, belga y español. La responsabilidad administrativa no aparece en España hasta la LEF, regulándose hasta entonces por el CC. Esto significa sencillamente que las instituciones administrativas han ido formándose a medida que en determinados países y en determinados momentos empezaron a ser insuficientes las instituciones civiles para atender las necesidades de la Administración Pública. Sólo cuando llega a notarse esta insuficiencia, el legislador (y, a veces, la jurisprudencia) se ven obligados a crear la correspondiente figura administrativa paralela a la del Derecho Privado.

A esto hay que añadir que, una vez creada una técnica administrativa especial para atender una necesidad determinada, dicha técnica se objetiviza y empieza a emplearse para casos distintos de los previstos, en ocasiones por simple comodidad de la Administración o por razones prácticas. Tal ocurre con frecuencia con el dominio público. El dominio público es —dicho en breves palabras— una propiedad pública afectada al funcionamiento de una utilidad pública y por ello protegida por un régimen

jurídico especial (por ejemplo, una carretera, un embalse, etc.). Pues bien, esta institución, así configurada inicialmente, pasa a ser utilizada en ocasiones como un simple régimen jurídico aplicándose a ciertos bienes que no tienen, propiamente, esa funcionalidad y que por ello no tienen caracteres de tal (las minas, por ejemplo), sencillamente porque la Administración comprende que, considerados como de dominio público (pese a no estar afectados a un uso o a un servicio público), van a quedar mejor protegidos frente a las posibles usurpaciones de los particulares o va a permitirse una distribución pública por medio de concesiones, más útil socialmente que la que resultaría del libre comercio de las cosas privadas.

Hay que tener también presente que, en ocasiones, la aplicación de uno y otro régimen varía con el transcurso del tiempo. Las minas, al menos en algunas de sus manifestaciones, las aguas subterráneas, fueron consideradas durante mucho tiempo como propiedad privada, mientras que ahora son de dominio público. Los contratos de arrendamiento de locales para instalaciones administrativas fueron considerados hasta fechas relativamente recientes como contratos administrativos, pero desde que se ha desarrollado la legislación especial de arrendamientos urbanos son considerados contratos privados, sometidos, por tanto, al Derecho y a la jurisdicción civil.

En último extremo, conviene retener que, aunque exista una distinción entre las instituciones administrativas y las civiles, ello no significa, ni mucho menos, que unas y otras se encuentren en radical oposición. Esta puntualización es importante para salir al paso de quienes por un excesivo afán de garantizar la autonomía e independencia del Derecho Administrativo han pretendido separar dogmáticamente de una manera radical sus instituciones respecto de las de otros Derechos, viniendo a oponer, por ejemplo, la responsabilidad administrativa a la responsabilidad civil y el contrato administrativo al contrato civil, como si unos y otros no tuvieran nada en común y hubieran de regirse por normas o principios absolutamente diferentes.

Evidentemente, esto no es así, ya que en el fondo no hay un contrato administrativo distinto al civil. Lo que ocurre es que el Derecho Administrativo, con objeto de resolver los problemas de sus sujetos, adopta el contrato en cuanto institución lógico-jurídica general, y lo modula o modifica hasta convertirlo en un contrato administrativo. Este viene así no ya a oponerse al contrato civil, sino a constituirse en una variedad del supraconcepto contrato, del cual sería otra variedad el propio contrato civil (S. MARTÍN-RETORTILLO).

Hechas estas aclaraciones, puede decirse ya que, en el ámbito del Derecho patrimonial, la utilización por la Administración de formas y técnicas de Derecho Privado tiene normalmente el mismo carácter *instrumental* que antes hemos visto a propósito del Derecho de organización. La utilización del Derecho patrimonial privado por la Administración Pública es una utilización técnica, en cuanto este Derecho ofrece esquemas téc-

nicos objetivos susceptibles de ser usados en vista de la consecución de los fines propios del sujeto. También en este caso existe un núcleo último irreductible de carácter público (la decisión de celebrar un contrato privado, la selección del contratista, la inserción del patrimonio privado en la organización pública a los fines de su servicio instrumental). En el campo de la organización la Administración Pública cuenta con una cierta libertad (dentro de los límites legales, por ejemplo, los que establece la LOFAGE) para optar entre las técnicas de Derecho Privado y las técnicas de Derecho Público que tiene a su disposición, en tanto que en el ámbito del Derecho patrimonial carece, por lo general, de esa libertad y tiene que someterse, como regla general, a una norma de Derecho Público o a una de Derecho Privado. Así, por ejemplo, en ciertas materias (contratos de obras y servicios), la Administración Pública no puede contratar conforme a las reglas del Derecho Privado, sino que tiene que sujetarse a las del Derecho Administrativo y realizar preceptivamente contratos administrativos. Tratándose de bienes patrimoniales, cuando éstos han sido usurpados y poseídos por los particulares durante más de un año, la Administración no puede recuperarlos conforme a las vías del Derecho Administrativo, sino que tiene que acudir a los Tribunales ordinarios.

En el capítulo VII, *infra*, estudiaremos más detenidamente este tema por lo que hace a la creación por la Administración de entes total o parcialmente sometidos al Derecho Privado. Veremos allí que últimamente esta posibilidad ha sido utilizada en buena parte como un intento de «huida del Derecho Administrativo» (CLAVERO), lo que, por las razones ya apuntadas más atrás, no es posible totalmente sin atentar a reglas y principios constitucionales.

¿Cuál será entonces el criterio para saber cuándo la Administración Pública ha de someter sus actividades al Derecho Administrativo y cuándo al Derecho Privado en la zona concreta de conflicto así localizada? En respuesta a esta pregunta puede darse la siguiente regla general: se han de aplicar las instituciones propias del Derecho Administrativo, aparte de en los puntos nucleares de la organización, como hemos visto, en los casos en que la Administración Pública realiza una «función típica», es decir, una actividad propiamente administrativa.

A continuación explicaremos esto con mayor detalle.

3. El «giro o tráfico administrativo» como función típica de la Administración regulada por el Derecho Administrativo

En el Derecho español hay una expresión tradicional que caracteriza la acción típica que la Administración Pública realiza en cuanto tal: la expresión «obras y servicios públicos» (empleada, por ejemplo, por el art. 106.2 de la Constitución, art. 5.2 de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, Texto Refundido de 16 de junio de 2000, LCAP, etc.).

La expresión debe tomarse no en sentido técnico, sino en sentido material, como «giro o gráfico» del instituto administrativo en cuanto tal, aplicando el concepto que el Derecho Mercantil —que es hoy, básicamente, de carácter estatutario también, como el Derecho Administrativo (Derecho de los comerciantes y de las empresas mercantiles)— ha acuñado para fines análogos [por cierto, que la expresión misma de «giro o tráfico específico de la Administración» aparece hoy recogida en el art. 5.2.*b)* de la LCAP]. Se trata, pues, no ya de servicios públicos en el sentido estricto que intentó categorizar la Escuela de Burdeos, es decir, de una variedad de la actividad administrativa caracterizada por la entrega directa de prestaciones a los particulares, sino de algo mucho más amplio, comprensivo de toda la actividad que los particulares no pueden realizar en cuanto tales.

Las dificultades se plantean al tratar de pasar de este principio general a la solución de los casos concretos.

La primera de ellas radica en el hecho de que no hay una norma apriorística que nos diga qué actos quedan comprendidos en el giro o tráfico administrativo y, mucho menos, qué actos quedan sometidos al Derecho Administrativo. En consecuencia, la respuesta al caso concreto habrá que buscarla en las normas propias del mismo según el Derecho positivo.

La segunda dificultad estriba en que, aun suponiendo que se haya podido localizar una materia bajo el imperio del Derecho Administrativo (o del Derecho Privado), siempre resulta, como hemos advertido ya, que en esa actividad se insertan y entrecruzan elementos de otros Derechos, incluso dentro de un mismo acto o negocio singular.

En la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas (LPAP) de 13 de noviembre de 2003, reguladora de la propiedad o patrimonio privado de la Administración, se utilizan predominantemente técnicas de Derecho Privado, pero, junto a ellas, los elementos de naturaleza pública son constantes. Otro tanto ocurre en materia de contratos, tanto de contratos privados de la Administración como de contratos administrativos *stricto sensu*, en que bajo la cobertura jurídico-pública alienta una relación causal sólo comprensible en términos del Derecho privado de obligaciones. En cualquier caso, como ya se dijo, siempre hay un último núcleo de carácter público en toda actuación de la Administración regida por el Derecho Privado. La separación de este núcleo público del bloque de actividad o del acto o negocio en cada caso considerado es siempre posible. De este modo, la segunda de las dificultades antes apuntadas puede ser superada.

4. El problema del entrecruzamiento del Derecho Administrativo y del Derecho Privado: la técnica de los actos y cuestiones separables y las cuestiones prejudiciales o incidentales

La doctrina de los actos separables surgió en Francia como arbitrio para delimitar la competencia de las jurisdicciones civil y administrativa

a propósito de los contratos celebrados por la Administración y en la actualidad ha sido plenamente recibida en nuestro Derecho, primero por la jurisprudencia del Tribunal Supremo (a partir del célebre asunto del arrendamiento —privado— por el Ayuntamiento de Sevilla del Hotel «Andalucía Palace», Auto del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1961 y Sentencia de 4 de febrero de 1965, que confirmó en apelación la de la Audiencia Territorial de Sevilla de 13 de noviembre de 1962), y después, por la propia legislación (hoy por la LCAP, art. 9.3).

Sin perjuicio de analizar más adelante esta técnica con mayor detalle cuando se estudien los contratos de las Administraciones, conviene dar ahora una breve explicación de su mecanismo. Sumariamente, consiste en lo siguiente: la Administración puede en ciertos casos (concretamente, cuando no actúa en el ámbito de su «giro o tráfico específico» y cuando el objeto del contrato no es la ejecución de obras, la gestión de servicios públicos, la consultoría o asistencia y la prestación de ciertos servicios: *vid.*, art. 5 LCAP) contratar de acuerdo con el Derecho Privado. Pero la Administración es una organización pública cuyo proceso de formación de la voluntad se rige por un procedimiento (público) tasado. Por lo demás, la Administración, en cuanto maneja unos fondos públicos, debe atenerse a los presupuestos en cada caso aprobados. No puede, en definitiva, gastar sino cuando existe crédito bastante en el presupuesto, ni puede contratar con quien desee, sino sólo con quien resulte vencedor en una licitación pública por ofrecer condiciones más ventajosas, desde el punto de vista económico o cualquier otro. Todo esto supone que, antes de llegar al contrato y a su contenido, por muy privado que éste sea, hay que pasar por una fase preparatoria que se traduce en una pluralidad de actos de inequívoco carácter administrativo y rigurosamente regulados por el Derecho Administrativo: decisión de contratar, autorización del gasto, convocatoria de la licitación pública, adjudicación del contrato, etc.

Todos estos actos preparatorios y el acto de adjudicación son, pues, perfectamente separables del contrato mismo que se perfecciona después de ellos, y, por supuesto, de su contenido. Si éste es de Derecho Privado, las cuestiones que se planteen se ventilarán ante los Tribunales ordinarios; si, aun siéndolo, se ha infringido el procedimiento previo, se ha omitido indebidamente la licitación, se ha admitido una oferta que no era de recibo o se ha adjudicado el contrato a quien no hizo la propuesta más ventajosa, todas estas cuestiones, inequívocamente públicas en cuanto trascendentes del propio interés de las partes y afectantes al orden general, al orden público, son revisables, separada e independientemente del contrato, ante los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Análoga disección o separación cabe realizar en otras muchas cuestiones o actividades fuera del ámbito contractual. Piénsese en el ejemplo, antes ofrecido, de la creación de una sociedad estatal (sociedad anónima por su forma) que exige, según la Ley, un acuerdo previo del Consejo de Ministros, tras un procedimiento legalmente tasado.

Así ocurre, en suma, en todos los casos de utilización por la Administración del Derecho Privado. Siempre existe un último núcleo de carácter público que puede y debe separarse, para su más correcto tratamiento, del bloque del acto del negocio privado en el que aparece mezclado.

El artículo 2.2 LPC así lo precisa cuando se refiere a las Entidades de Derecho Público al afirmar que «estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de sus actividades a lo que dispongan sus normas de creación». Más expresivo, incluso, es el artículo 53.2 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997 (LOFAGE), cuando en relación a las entidades públicas empresariales establece que se regirán por el Derecho Privado, «excepto en la formación de la voluntad de sus órganos», esto es, en lo que respecta a la toma de decisiones, y, por supuesto, en lo que concierne al ejercicio de potestades administrativas en el caso de que tengan expecíficamente atribuida alguna.

El entrecruzamiento del Derecho Administrativo y del Derecho Privado en una determinada relación jurídica tiene, todavía, otro modo de producirse, exactamente el inverso del que la técnica de los actos separables pretende resolver. Nos referimos, concretamente, al supuesto de la existencia de elementos no administrativos incidentes en un acto administrativo. Es el caso, por ejemplo, de la imposición de una sanción administrativa a un empresario por incumplimiento de la legislación laboral o el de un deslinde administrativo de una finca, que implica, naturalmente, una cuestión civil de posesión o de propiedad de la misma. En estos casos hay, por tanto, una cuestión laboral o civil que incide sobre el acto administrativo y sobre la que hay que tomar postura a los efectos de valorar correctamente la legalidad de dicho acto. Para saber si la sanción ha sido bien impuesta es preciso decidir primero si se ha producido o no la infracción de la legislación laboral que es presupuesto de la misma. A este tipo de cuestiones se las denomina prejudiciales o incidentales y su conocimiento y resolución se encomienda por la Ley a la propia jurisdicción contencioso-administrativa, competente para revisar el acto administrativo en causa. Esta regla sólo cede en el supuesto de que la cuestión prejudicial tenga carácter penal [por ejemplo, averiguar si ha existido o no delito a los efectos de declarar la nulidad de pleno derecho de un acto administrativo, prevista en el art. 62.1.*d)* LPC], en cuyo caso sólo la jurisdicción penal tiene competencia para pronunciarse sobre si el delito se ha producido o no.

La regla expuesta está enunciada en el artículo 4.1 LJ: «La competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa se extiende al conocimiento y decisión de las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al orden administrativo, directamente relacionadas con un recurso contencioso-administrativo, salvo las de carácter constitucional y penal.» La LJ formula el principio respecto a la extensión de la jurisdicción contencioso-administrativa, pero presupone análoga competencia en el acto administrativo previo que le corresponde enjuiciar.

Hay que hacer, finalmente, una observación a este respecto, y es la siguiente: la decisión que los Tribunales de la jurisdicción contencioso-administrativa adopten respecto a la cuestión incidental planteada (la existencia de infracción de la legislación laboral o el estado posesorio de la finca, en los ejemplos antes propuestos) lo es solamente *incidenter tantum*, es decir, produce efectos exclusivamente en el concreto proceso en el que tiene lugar (si es o no correcta la sanción, si está o no bien fijada la línea de deslinde) y no impide el posterior planteamiento de la cuestión ante la jurisdicción competente por razón de la materia (la jurisdicción laboral o civil ordinaria), ni vincula a los Tribunales de dicha jurisdicción. Así lo precisa el artículo 4.2 LJ.

IV. RECAPITULACIÓN

Tras cuanto ha quedado expuesto en las páginas precedentes pueden establecerse las siguientes afirmaciones a modo de recapitulación final:

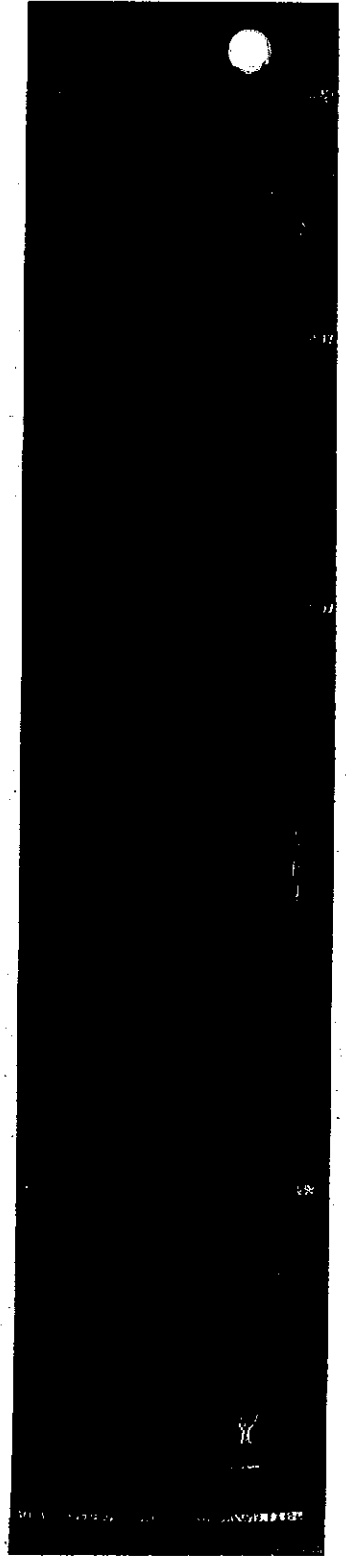
— La Administración Pública es, ante todo, una persona jurídica —y no un simple conjunto de órganos o, menos aún, una función abstracta— para el Derecho Administrativo. Su presencia es requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa, si bien hay que entender a estos efectos por Administración Pública no sólo las entidades a que se refiere el artículo 1 LJ, sino también sus delegados y agentes, como prevé el artículo 2.*d)* de la misma Ley.

— El Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos. Tiene carácter estatutario y constituye para sus singulares sujetos un verdadero Derecho común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes.

— El Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junto a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las Administraciones Públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicadas en último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configura una situación de equilibrio.

— Sin perjuicio de la existencia de este Derecho propio y específico, es posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, en principio con carácter instrumental. Las posibilidades de fricción sobre la aplicación de uno u otro Derecho no se extienden, sin embargo, a todas las materias o sectores de actividad, sino solamente a una zona polémica intermedia: una parte del Derecho de la Organización y el Derecho patrimonial.

— En todo caso, aun en las materias que aparentemente son sólo objeto del Derecho privado, hay siempre un núcleo insoslayable perteneciente al Derecho Público, perfectamente separable, en cuanto a su tratamiento, del bloque negocial.

— Lo contrario, es decir, la existencia de elementos privados en una relación jurídico-administrativa, es también posible pero no necesario. El conocimiento y resolución de estas cuestiones incidentales o prejudiciales, salvo que tengan carácter penal, corresponde, *incidenter tantum*, a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

NOTA BIBLIOGRÁFICA: S. CASSESE, *Crisis y transformaciones del Derecho Administrativo*, «DA», núms. 250-251, págs. 215 y ss.; M. F. CLAVERO ARÉVALO, *Consecuencias de la concepción del Derecho Administrativo como ordenamiento común y normal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», noviembre de 1952, págs. 544 y sigs.; T. R. FERNÁNDEZ, *Derecho Administrativo, Sindicatos y autoadministración*, IEAL, Madrid, 1972, y *Panorama del Derecho Administrativo al comienzo de su tercera centuria*, La Ley, Buenos Aires, 2002; A. GALLEGO ANABITARTE, *Constitución y personalidad jurídica del Estado*, Tecnos, 1992; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Revolución Francesa y Administración contemporánea*, Taurus, 2.ª ed., 1981, y *Verso un concetto de Diritto Amministrativo come Diritto statutario*, en «Rivista Trimmestrale di Diritto Publico», año X, 1960, págs. 317 y sigs.; *El concepto de personalidad jurídica en el Derecho Público*, en «RAP», núm. 129, págs. 195 y sigs.; P. GARCÍA ESCUDERO, *Los actos de la Administración parlamentaria*, en «Cuadernos de Derecho Público», 4, 1998; F. GARRIDO FALLA, *Sobre el Derecho Administrativo y sus ideas cardinales*, en «RAP», núm. 7, págs. 11 y sigs.; y *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*, en «RAP», núm. 97; L. LÓPEZ GUERRA, *La personalidad jurídica del Estado*, en «RDPol», núm. 6; R. MARTÍN MATEO, *La sustantividad del Derecho Administrativo*, en «RAP», núm. 53, págs. 35 y sigs.; L. MARTÍN-RETORTILLO, *La configuración jurídica de la Administración Pública y el concepto de «Daseinsvorsorge»*, en «RAP», núm. 38, págs. 35 y sigs.; S. MARTÍN-RETORTILLO, *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y sus instituciones*, Sevilla, 1960, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1996, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, en «RAP», núm. 26, págs. 11 y sigs., y *Fragmentos de derecho administrativo*, Ed. Marcial Pons, Madrid, 2002; J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *El concepto de Administración Pública en la Ley de lo contencioso, tras la Constitución de 1978*, en «RAP», núm. 96; O. MIR PUIGPELAT, *El concepto de Derecho Administrativo desde una perspectiva lingüística y constitucional*, en «RAP», núm. 162, 2003; L. MORELL OCAÑA, *El critérium de la Administración Pública y el Derecho Administrativo contemporáneo*, en «REDA», 29; S. MUÑOZ MACHADO, *Las concepciones del Derecho Administrativo y la idea de participación en la Administración*, en «RAP», págs. 84 y sigs.; L. ORTEGA, *La concepción subjetiva del Derecho Administrativo tras la Constitución Española de 1978*, Ed. Bomarzo, Albacete, 1989; J. R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho Administrativo, Derecho Privado y Derecho garantizador*, en «RAP», núm. 52, págs. 57 y sigs.; J. A. SANTAMARÍA, *Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas*, en «RDPol.», núm. 9; F. SAINZ MORENO, *La representacion y defensa en juicio de las Cortes*, en «Cuadernos de Derecho Público», 4, 1998; S. DEL SAZ, *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, en C. CHINCHILLA, B. LOZANO y S. DEL SAZ, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo. Tres estudios*, Ed. Civitas, Madrid, 1992.