



[Ver aviso legal al final del documento](#)

INFORME DE INVESTIGACIÓN CIJUL

TEMA: ADMINISTRACION PUBLICA EN LA BIBLIOGRAFIA DE EDUARDO GARCIA DE ENTERRIA

ÍNDICE:

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

- a. La administración pública como persona jurídica
- b. El concepto de Administración en la evolución del Derecho Administrativo.

2. LA ADMINISTRACION PUBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

- 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

4. LA ESPECIFICIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS CARACTERÍSTICAS: EL EQUILIBRIO ENTRE PRIVILEGIOS Y GARANTÍAS

5. CARACTERES ESPECIFICOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ADMINISTRATIVO

- a) La estructura jerarquizada del Ordenamiento Jurídico
- b) Ordenamiento Secundarios y normas autonómicas
- c) El Papel de la Costumbre
- d) La contingencia y variabilidad del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo
- e) Los principios generales del Derecho



DESARROLLO

1. ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

a. 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 un siglo y medio 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.

b. 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 considerada 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, al 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 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 de este siglo 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", desemplvada en Francia (porque tiene un claro origen absolutista: los derechos del Príncipe exorbitante 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^o, Título V, Libro III, de la Novísima Recopilación, se habla de las Cartas Reales "que las mandamos dar de nuestro propio motu y poderío Real absoluto, con otras exorbitancias") tras la crisis de la doctrina del servicio público, en esta última post-guerra, y que se limita a catalogar en el Derecho Administrativo las regulaciones Estado-súbditos 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." ⁱ

2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

"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 Administración genuinamente privada; por ejemplo, al Regie Renault, que bajo una forma pública, fabrica los automóviles de esa marca). 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 unciones, 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."ⁱⁱ

3. CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

"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.

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 del Estado por



excelencia.

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 jurídicos, que tiende a cubrir todas las posibles zonas en que se mueven las Administraciones Públicas, incluso aquellas que constituyen el objeto de regulación de otras disciplinas. Así, pues, lo mismo que hay un Derecho Procesal o un Derecho Penal generales, hay también un Derecho procesal administrativo o un Derecho penal 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, 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 4º-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 jurídica 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.

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 dictados 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.

(...)

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 ente 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 art. 260 del vigente Reglamento de Montes, de 22 de febrero de 1962.

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 art. 1-2 LJ ("la Administración del Estado, en sus diversos grados; las Entidades que integran la Administración Local y las Corporaciones e Instituciones Públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local"), más las Comunidades Autónomas y sus entidades públicas tuteladas, sino también lo que se dice en el art. 28-4-b) de la misma Ley; esto es, a "los particulares, cuando obraren por delegación o como meros agentes o mandatarios de ella". Ambos preceptos legales se complementan.

c) 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.

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, en las que la Administración del Estado suele aparecer (aunque no necesariamente) en posición de supremacía. Pero también son comunes las relaciones paritarias, en las que ninguna 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 órdenes competenciales diversos, aunque eventualmente colaborativos.

El tercer supuesto (relaciones reflexivas trabadas por una Administración Pública consigo misma) 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 denomina Derecho político).

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 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 fábrica de electricidad o una empresa de telecomunicaciones, por ejemplo). Por la función que realizan o la actividad empresarial que despliegan no hay 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 inserción en el Instituto Nacional de Industria, entidad pública), entonces es ya posible considerarla en cierto modo 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."

4. 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 (HAURIUO). 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 disfrutaban 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. 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 obtenerla 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 revisor, que matiza de forma importante, como en su momento veremos, toda 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 excepcionalmente la suspensión de los mismos. El control jurisdiccional de la actividad de la Administración resulta ser, por consiguiente, un control a posteriori, ex post facto. La actividad de la Administración en el ejercicio de sus propios poderes no puede, en fin, ser turbada, detenida ni obstaculizada por los Tribunales. Contra los actos de la Administración dictados en el marco de su competencia y a través del procedimiento legalmente establecido no caben interdictos. La competencia de la Administración viene, además, asegurada frente a la acción de los Tribunales, mediante un sistema de conflictos que garantiza la separación entre la Administración y la Justicia y la autosuficiencia de la primera.

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, no puede ser embargada, por ejemplo, y, en 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 o equívocos en relación al carácter del Derecho Administrativo. Junto a los privilegios en más mencionados hay también privilegios en menos (RIVERO). La Administración es, en ocasiones, 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. 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 contra los actos de la Administración, control jurisdiccional de éstos).

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

5) CARACTERES ESPECIFICOS DEL ORDENAMIENTO JURIDICO ADMINISTRATIVO



a) La estructura jerarquizada del Ordenamiento Jurídico

“Dentro de las fuentes escritas destaca la extraordinaria peculiaridad del Reglamento. La Administración es el sujeto por excelencia del Derecho Administrativo, como ya sabemos. Pero, por diferencia notable de otros sujetos de Derecho, la Administración no está simplemente infraordenada a las normas jurídicas, sino que ella misma tiene potestad de crearlas. La norma creada directamente por la Administración es el Reglamento. Un problema capital del ordenamiento jurídico-administrativo es el de la coexistencia y articulación de la Ley con esta norma de formulación administrativa. Adelantemos que esa coexistencia y articulación se ordenan alrededor del principio de jerarquía: la Ley vale más que el Reglamento y éste está subordinado a aquélla. Pero, a la vez, no existe un tipo único de Reglamento, sino una pluralidad de formas reglamentarias, pluralidad que se organiza también mediante una disposición jerárquica interna.

El art. 23 LRJAE dice: «1. Ninguna disposición administrativa podrá vulnerar los preceptos de otra de grado superior. 2. Las disposiciones administrativas de carácter general ajustarán a la siguiente jerarquía normativa: Primero, Decretos; Segundo, Ordenes acordadas por las Comisiones Delegadas del Gobierno Tercero, Ordenes ministeriales; Cuarto, disposiciones de autoridades órganos inferiores, según el orden de su respectiva jerarquía.» De es modo, el ordenamiento administrativo se nos aparece, en cuanto a componente de normas escritas, como un sistema plural que se expresa en un orden jerárquico de normas (garantizado como tal por el art. 9, de la Constitución), expresión, por tanto, de una supuesta racionalidad, la racionalidad que deriva de un reparto abstracto de competencias funciones entre los diversos tipos normativos.

Es una notable característica del ordenamiento administrativo esa convergencia sobre un mismo objeto de normas escritas de desigual valor normativo. Por supuesto, también los Reglamentos actúan en otros sectores del ordenamiento; nunca, sin embargo, con tanta intensidad y frecuencia como en el ámbito jurídico-administrativo. Por otra parte, la teoría misma del Reglamento es una teoría jurídico-administrativa, con independencia de que el Reglamento pueda tener un contenido material distinto (Reglamento Hipotecario, materia penal, etc.), porqué se trata de una creación genuina de la Administración que, como tal, sólo el Derecho Administrativo puede regular. A la vez, entre Ley y Reglamento, con independencia de esa disposición jerárquica básica se pueden establecer una serie de importantes relaciones, que complican aparentemente todo el sistema de las fuentes.



Todo ello da al sistema normativo del Derecho Administrativo una suerte de tercera dimensión. En el Derecho Civil, donde se expone normalmente la teoría general de las fuentes del Derecho, al hilo del título preliminar del Código Civil, se habla de la Ley como equivalente de toda norma escrita; hay una suerte de concepción «plana» de la Ley, donde se perpetúan dogmas tan ambiguos como el de la «Ley en sentido material». Frente a esta concepción «plana», el Derecho Administrativo aporta la conciencia de una tercera dimensión que supone una diferenciación esencial entre las distintas normas escritas, la perspectiva en profundidad que proporciona la acumulación sobre un mismo problema de normas escritas de muy distinta procedencia y valor.”^{iv}

b) Ordenamiento Secundarios y normas autonómicas

“Ya hemos avanzado en el capítulo anterior que la Administración se nos presenta descompuesta en una pluralidad de entes diversos. Pues bien, desde la perspectiva de las fuentes del Derecho cada uno de esos entes constituye el centro de verdaderos ordenamientos secundarios, precisamente porque, según hemos notado ya, el ordenamiento es un correlato de la organización y ésta viene a expresarse en centros múltiples.

Pero esos ordenamientos secundarios, integrados en el ordenamiento general como partes de un todo, no alcanzan verdadera entidad, por razones que habremos de examinar más adelante (cap. VI), más que en el caso de las Administraciones territoriales, titulares de competencias y potestades generales y con *imperium* referido a todos los presentes en el territorio que constituye su base. Hasta ahora esas Administraciones territoriales se limitaban a la tradicional Administración Local, y estaban afectadas por la grave crisis que esta padece; por lo cual su peso en el sistema político general resultaba escaso y, en realidad, en continuo repliegue, frente a una Administración estatal poderosa y creciente.

De este modo la «organización territorial del Estado» (epígrafe del Título VIII de la Constitución) se ordena, en esos tres niveles sucesivos, sobre el principio generalizado de autonomía (art. 137), concepto que hemos de precisar más adelante, pero que, por de pronto, implica, correspondiendo así a su etimología, una potestad normativa propia, base de otros tantos ordenamientos singulares, secundarios por relación al ordenamiento general del Estado. Si antes hemos glosado la dualidad normativa entre Ley y Reglamento, ahora nos aparece, desde ese panorama de las autonomías territoriales, una dualidad diferente, la de normas estatales y normas autonómicas, en principio referido a todos los niveles subconstitucionales –Ley del Estado, Ley de las Comunidades



Autónomas, Reglamentos de uno y otro nivel. Reglamentos locales.
(...)

Pues bien, esta dualidad normativa derivada de otros tantos centros organizativos separados y las complejas relaciones internormativas que de ella resultan no pueden ya explicarse sobre el principio de jerarquía, como la dualidad de Ley y Reglamento. Aparece aquí un principio nuevo de relación internormativa, el principio de competencia: las normas autonómicas surgen en ámbitos competenciales que en favor de las respectivas Comunidades ha reservado la Constitución, en primer término, y, en aplicación de la misma, los Estatutos de Autonomía, las Leyes orgánicas de transferencia o delegación de facultades y las Leyes marco; o, en el caso de los entes locales, las Leyes de Régimen Local.”^v

c) El Papel de la Costumbre

“Una cierta tradición dogmática ha pretendido excluirla en base a argumentos de este tenor: que el carácter racionalizado y reflexivo del ordenamiento administrativo excluye las normas de formación espontánea como es la costumbre; que el Derecho Administrativo es por esencia un Derecho del Estado, en tanto que la costumbre es un producto de la sociedad. Estas razones no son concluyentes. Por de pronto, ya sabemos que la racionalización y la reflexión son una tendencia en toda organización social, que es siempre la base de todo ordenamiento, pero que en cualquier organización, de cualquier clase, aun la más alquitarada y más abstracta, operan con mayor o menor amplitud tendencias irracionales y disfuncionales, resistencias y no sólo propósitos formales (esto es hoy un lugar común en la Sociología de la burocracia, frente a la clásica caracterización de Max WEBER); también es un simplismo, por otra parte, identificar costumbre y espontaneidad, cuando es un hecho que al formar costumbres la comunidad opera con una opimo *inris vel necessitatis* que por sí sola la dota de una especial autoconciencia. En fin, justamente en el ámbito del Derecho del Estado, concretamente en el Derecho Constitucional, es donde se produce la más importante y más extensa aplicación de la costumbre como fuente normativa.

(...)

¿Tiene valor normativo de costumbre el llamado *precedente administrativo*, la práctica reiterada por la Administración en la aplicación de una norma? Parece evidente que no. Como ha notado DE CASTRO, nuestro Derecho sólo admite la costumbre *extra legem*, no la *secundum legem*. Cuando existe una Ley que ha de aplicarse, los sujetos se ordenan directamente a ella, sin tener que pasar por la versión que de la misma da uno de esos sujetos, la Administración;



mucho más el argumento es aplicable respecto de los Tribunales, a los que sería absurdo entender vinculados por esa práctica administrativa.

Dicho lo cual, conviene precisar inmediatamente que si no valor normativo estricto, el precedente reiterado puede tener un cierto valor vinculante para la propia Administración, en el sentido de que apartarse de él en un caso concreto puede ser índice de un trato discriminatorio, de una falta de buena fe, de una actitud arbitraria. Este juicio se explica fácilmente, sin necesidad de acudir a la tesis "del precedente como costumbre, por virtud de los principios de la igualdad de los ciudadanos ante la Ley (art. 14 de la Constitución) y de la buena fe (en sus dos vertientes, de protección de la confianza del tercero, que ha podido orientar su actividad sobre el criterio mantenido hasta entonces por la Administración, y de interdicción de la arbitrariedad propia: arts. 7 CC y 9, 3 de la Constitución)." ^{vi}

d) La contingencia y variabilidad del sistema normativo escrito del Derecho Administrativo

"Hemos hecho alusiones bastante explícitas a la multiplicidad y variabilidad de las normas escritas que nutren el Derecho Administrativo y aun a su falta de racionalidad sistemática, de modo que unas se entrecruzan con otras, las innovaciones que las nuevas producen sobre las existentes no son siempre conocidas por la propia Administración que las formula, las vigencias mismas suelen encontrarse en cuestión con normalidad. Los principios formales de jerarquía, de *lex posterior derogat priorem* (el primero para ordenar la concurrencia de normas escritas de diverso origen, el segundo para articular su sucesión en el tiempo), a los que hay que añadir ahora el principio de competencia para delimitar los círculos ordinamentales diversos, según hemos visto, no bastan para imponer la imagen con la que el aplicador del Derecho, sin embargo, ha de trabajar, puesto que está obligado a sostener respuestas unívocas y entre sí articulables a los infinitos problemas que puedan presentarse— de un conjunto normativo cierto y sistemático, que despliega un orden racional que ha de normar la actuación de los sujetos.

(...)

Pues bien, el campo más propio de la «Ley-medida» es, justamente el administrativo. SCHMITT pretendía que era incluso la forma legislativa típica de lo que llama el «Estado administrativo», supuesta fórmula política contemporánea que se caracterizaría por



un predominio de la Administración respecto a las otras funciones tradicionales del Estado. La Administración *s'exerce toujours sur des choses momentanéas*, decía MONTESQUIEU refiriéndose al Poder ejecutivo y a la necesidad por ello de personalizarlo. Y de HAURIUOU es esta otra observación, que viene a expresar la misma dualidad que se ha expuesto: *Le domaine de la vie administrative est le domaine du provisoire, du revocable et du viager* por diferencia de lo propio de *le domaine de la vie civile, qui est, au contraire, le domaine du pefpetuel et du définitif*. Y ocurre que la contingencia y la provisionalidad y la singularidad de las situaciones con qué la Administración ha de enfrentarse no se abordan sólo con actos que se limitan a aplicar un orden general, sino también, y especialmente, mediante la definición de órdenes normativos singulares, provisionales y contingentes para afrontar las situaciones concretas contempladas. En este sentido tan particular puede acogerse el principio rousseauiano (aunque en su autor tenga un sentido justamente opuesto) *gouverner c'est légiferer*.

Hemos de aclarar inmediatamente que cuando hablamos de «Ley-medida» no nos referimos sólo, ni siquiera primordialmente, a las Leyes en sentido formal, sino que incluimos también, y sobre todo, al Reglamento. Es ésta la norma por excelencia de ese carácter contingente y concreto. Y es él también el que, sobre esa actuación respecto de situaciones específicas, añade una tendencia intrínseca hacia la ocasionalidad y la circunstancialidad que es ya menos justificada y, propiamente hablando, degenerativa. Ello ocurre como consecuencia de que el Reglamento es un producto de la Administración, ella misma, como ya sabemos, un sujeto de Derecho que goza del formidable privilegio de crear, en una gran medida, las propias normas que han de vincularla. Es entonces frecuente que en esa creación retenga intereses propios, intereses corporativos u organizativos y no necesariamente generales, de los que le será difícil hacer abstracción. Como tal organización, además, pretende normalmente alcanzar resultados concretos más que definir un orden tendencialmente permanente. En fin, la Administración está animada por hombres cuya normal voluntad de dominio no aminora, antes bien, exacerba su inserción burocrática; porque si es cierto que la burocracia está teóricamente ordenada hacia una posición instrumental y de servicio, no lo es menos que es consustancial a la misma (frente a la ideal caracterización de Max WEBER) estar como tal afectada de graves e inevitables «disfunciones», entre las cuales se halla la tendencia a la apropiación del aparato, a convertirse en fin y no en instrumento de la organización."^{vi}

e) Los principios generales del Derecho



“La expresión «principios generales del Derecho», empleada un tanto intuitivamente por el artículo 6 CC en su primera redacción (hoy artículo 1. °-4), y más tarde generalizada en casi todos los países, es muy certera para indicar su verdadero contenido. Al decir que se trata de «principios» se está precisando su carácter básico, en sentido ontológico, no sólo lógico, como soportes primarios estructurales del sistema entero del ordenamiento, al que por ello prestan todo su sentido. Son «generales» por lo mismo, porque trascienden de un precepto concreto y organizan y dan sentido a muchos, y, a la vez, porque no deben confundirse con apreciaciones singulares y particulares que pudieran expresar la exigencia de una supuesta «justicia del caso concreto» y mucho menos con opiniones subjetivas del intérprete; lo general, lo comunitario, es lo propio del mundo jurídico, aunque por supuesto, el primero de los valores comunitarios, más aún, el fin propio de todos ellos, sea justamente la libertad humana. Pero son, finalmente, principios «del Derecho», esto es, como ya hemos notado, fórmulas técnicas del mundo jurídico y no simples criterios morales, o, menos aún, las famosas buenas intenciones o vagas o imprecisas directivas.

(...)

Si en todos los campos del Derecho el papel de los principios generales es cardinal, y no sólo, como pretendió la antigua redacción del artículo 6 CC, como simple norma subsidiaria aplicable en defecto de Ley o de costumbre, ello es especialmente cierto en el ámbito del Derecho Administrativo. Por la peculiaridad de su sistema de normas escritas, al que ya nos hemos referido, sólo un esqueleto firme de principios puede permitir orientarse en el magma innumerable de dichas normas, en su mayor parte ocasionales e incompletas, sometidas, además, a un proceso de cambio incesante y continuo. La «legislación motorizada» ha hecho simplemente imposible en el orden fáctico una ciencia o una práctica jurídica exegética, que se limitase a exponer y a aplicar asépticamente las variadas, contradictorias, fugaces normas escritas y sus respectivas conexiones.

Hasta tal punto eso es así, que ocurre que muchas de esas normas, no obstante su importancia política y colectiva (por ejemplo, los planes económicos, art. 131, 1, de la Constitución), sólo muy difícilmente y muy fragmentariamente pueden hacerse valer a través de las vías jurídicas ordinarias, como las jurisdiccionales. Las normas han dejado de ser en buena parte expresión de un sistema de relaciones justas para convertirse en meros instrumentos de políticas concretas y cambiantes, que tienden por ello a instrumentalizar también a los ciudadanos y a sus derechos. Ahora



bien, inevitablemente, al introducir esas normas en la trama social y al justificar en ellas decisiones administrativas que afectan en mayor o menor medida a ciudadanos concretos, se producen, necesariamente, problemas de justicia, o, si se prefiere, de ajuste entre situaciones, intereses y derechos. La justicia no es un valor de lujo del que se pueda prescindir más o menos ocasionalmente; es un criterio ineludible para el funcionamiento de la vida social (*ubi societas, ibi ius*). Esos problemas de justicia que plantea la aplicación de la masa de «Leyes-medida» en que la Administración justifica su actividad y sus concretas decisiones no pueden resolverse más que disponiendo de un sistema flexible de principios generales del Derecho capaces de calificar y encauzar toda clase de situaciones, aun las más nuevas e imprevistas.

Todavía más: si la Administración, sujeto de las relaciones jurídico-administrativas, tiene calidad para producir por sí misma normas jurídicas, no será excepcional que en estas normas se sobrevaloren los intereses propios de la Administración como sujeto, o se reflejen en alguna medida, como ya hemos notado, las disfuncionalidades burocráticas que en la Administración inevitablemente alientan. Frente a los riesgos propios de una normación burocrática, con sus tendencias negativas, sólo un sistema de principios generales del Derecho resueltamente aplicados por los jueces puede restablecer los necesarios contenidos de la justicia, que tantas veces es valorada como un simple obstáculo por los administradores.”^{viii}

FUENTES CONSULTADAS

ⁱ GARCIA DE ENTERRIA (Eduardo); y FERNANDEZ (Tomas Ramón); Curso de Derecho Administrativo I; Editorial Civitas S.A. Madrid, 1986. Págs. 21-23 (Localización Biblioteca Facultad de Derecho signatura 344 G216c3 1980)

ⁱⁱ Ibídem. Pag. 23-24

ⁱⁱⁱ Ibídem. Pág. 32-38.

^{iv} Ibídem. Pag. 57-58

^v Ibídem. Pág. 59.

^{vi} Ibídem. Pág. 60-61

^{vii} Ibídem. Pág. 64-65.

^{viii} Ibídem. Pág. 67-68.



AVISO LEGAL

El Centro de Información Jurídica en Línea es un centro de carácter académico con fines didácticos, dentro del marco normativo de los usos honrados realiza citas de obras jurídicas de acuerdo con el artículo 70 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683, reproduce libremente las constituciones, leyes, decretos, acuerdos municipales, reglamentos y demás actos públicos de conformidad con el artículo 75 de la Ley de Derechos de Autor y Conexos número 6683. Elabora compendios de obras literarias o de artículos de revistas científicas o técnicos con fines didácticos dentro de los límites estipulados en el artículo 58 de la Ley de Procedimientos de Observancia de los Derechos de Propiedad Intelectual número 8039.