



UNIVERSIDAD DE JAÉN
Facultad de Ciencias Sociales y Jurídicas

Trabajo Fin de Grado

HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS EN LA ESPAÑA DEL SIGLO XXI: UN ESTUDIO EXPLORATORIO

Alumno: FRANCISCO DE ASÍS LÓPEZ VELÁSTEGUI

Junio, 2014



**La huida del derecho administrativo de las Administraciones
Públicas en la España del siglo XXI:
Un estudio exploratorio
Curso 2013-2014**

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN

2. METODOLOGÍA

2.1. Objetivos

2.2. Preguntas

3. JUSTIFICACIÓN

4. DE LA GÉNESIS A LA EXÉGESIS

4.1. Los comienzos del Derecho Administrativo

4.2. La evolución del Derecho Administrativo

4.2.1. La Revolución Francesa, del sometimiento al Rey al sometimiento a la Ley

4.2.2. El Estado Liberal: una aproximación desde la España decimonónica.

4.2.2.1. La Administración de la España Liberal

4.2.3. El Estado Social, la nueva cara del Estado Liberal

4.2.4. El Estado Social, de la obediencia y la homogeneidad a la discrecionalidad y los principios

4.2.5. La crisis del Estado Social, la historia de una huida legal

4.3. La exégesis doctrinal, las dos caras de una misma moneda

4.3.1. La exégesis preconstitucional, la RENFE en el punto de mira

4.3.2. La exégesis preconstitucional. Constitucionalidad o inconstitucionalidad, dos opciones válidas

5. CONCLUSIONES, LAS REFLEXIONES DEL ESTUDIO

6. BIBLIOGRAFÍA

Resumen

En el presente estudio se lleva a cabo un análisis del fenómeno denominado huida del Derecho Administrativo y va a hacerse mediante dos perspectivas bien diferenciadas, una histórico-evolutiva y otra doctrinal consistente en una exégesis. La conjunción de estas dos perspectivas nos permitirá comprender las nefastas consecuencias de este fenómeno sobre el conjunto de la Administración Pública y la sociedad en general.

Palabras clave

Derecho, Derecho Administrativo, huida, empleado público, ciudadano.

Abstract

In the present study, an analysis of the phenomenon called the escape of Administrative Law is carried out by means of two well different perspectives, a historical evolutionary one and a doctrinal one consisting of an exegesis. The conjunction of these two perspectives will allow us to understand the terrible consequences which this phenomenon brings to both Civil Service and Society in general.

Keywords

Law, Administrative Law, escape, Civil Servant, citizen.

1. INTRODUCCIÓN

En este estudio se pretende llevar a cabo una exposición del fenómeno que ha dado lugar a la aplicación del Derecho Privado en el ámbito de la Administración Pública, así mediante la evolución del Derecho Administrativo y la exégesis doctrinal mostraremos la trascendental importancia de los acontecimientos que están teniendo lugar como consecuencia de dicho fenómeno y cuya repercusión social es inexistente.

Se hace necesario a nuestro entender, comenzar hablando de la fundamentación propia del derecho, la cual sirve como base al estudio que aquí se pretende realizar. Definiremos por tanto el derecho como: *“...un condicionante social de carácter coactivo, genérico, que expresa tipos de comportamiento y se comunica generalmente de forma escrita y por medio de un lenguaje especializado y que es producido por unos órganos especializados para establecer un orden social justo.”*¹

Atendiendo a esta definición, podemos observar como el Derecho es un objeto cultural que va a permitir tanto de un conocimiento científico como de un conocimiento filosófico. El primer tipo de conocimiento se debe a la propia consideración del Derecho que lleva al nacimiento de una ciencia del Derecho, la cual es conocida como la dogmática jurídica o, en los países sajones, como jurisprudencia. Por su parte el conocimiento filosófico va a dar lugar a la aparición de la denominada filosofía del Derecho, que pretende establecer una doctrina de todo lo que pueda ser considerado como derecho universal, esto es, que tenga validez en todos aquellos Estados que se someten a los principios del Derecho, mediante el pensamiento. Este tipo de conocimiento tuvo su auge en el siglo XX de la mano de grandes autores como Stammler, Del Vecchio, Croce, Radbruch, Kelsen y Cossio, quienes con sus estudios permitieron acabar con esa mala concepción que anteriormente se tenía de este conocimiento.

El Derecho va a poder ser dividido en dos grandes ramas, las cuales serían el Derecho Público y el Derecho Privado y dentro del primero en el que encontramos el denominado Derecho Administrativo, que se presenta como aquel derecho que pretende estructurar y

¹ López Calera, N. (2004), *Teoría del Derecho*, Editorial Comares, p.24

organizar la Administración Pública, así como dirigir y controlar las actuaciones de la misma y dotado de carácter sancionador para así poder hacer cumplir sus mandatos.

Tras siglos de consolidación del Derecho Administrativo, comenzó, en la década de 1980, a aparecer el fenómeno de la “huida del Derecho Administrativo” (el cual puede encontrar su origen en las políticas neoliberales de la Escuela de Chicago en la década de 1950). Este fenómeno suponía la existencia de una dispersión normativa y una serie de atribuciones genéricas e inconcretas que las normas hacían con respecto a las funciones y competencias que las empresas públicas iban a poseer, de manera que se favorecía que estas pudieran llevar a cabo todas sus actuaciones dentro del ámbito del Derecho Privado, a pesar de que fueran titulares de auténticas potestades administrativas.

Partiendo de estos hechos, el uso de la expresión “huida del Derecho Administrativo” va a suponer hacer referencia a las consecuencias que tienen lugar cuando se crean fórmulas organizativas dentro del ámbito del derecho público que se rigen en mayor o menor medida por el derecho privado, incluso cuando hablamos de organismos públicos.

2. METODOLOGÍA

Este trabajo, como ya hemos señalado anteriormente, se centra en el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo que debido a sus características requiere de un tipo de estudio que nos permita obtener una visión general del mismo, por lo tanto, el análisis metodológico consistirá en un estudio exploratorio basado en la hermenéutica². La elección de este tipo de estudio se debe al hecho de que este tema ha sido poco tratado y es bastante desconocido a nivel social, lo cual exige una metodología flexible que el estudio exploratorio es capaz de ofrecer y esto unido a la exigencia de comprensión que se desprende de la propia hermenéutica puede ayudarnos a responder las preguntas que en este estudio nos haremos.

El diseño que se va a seguir en este estudio es secuencial, esto es, una información nos llevará a la siguiente, de manera que la comprensión que de esa información se haga marcará la evolución de este estudio ergo, marcará la reflexión final que cada cual haga.

² En este trabajo entenderemos por hermenéutica la ciencia que determina los principios y métodos de la crítica y la interpretación de textos, siendo en filosofía aquella ciencia que se presenta como una doctrina espiritual que busca interpretar los acontecimientos sociales e incluso los hechos naturales, acogiendo tanto una dimensión objetiva como una dimensión subjetiva. Para poder comprender este amplio concepto véase a autores como Friedrich Schleiermacher o Martin Heidegger.

2.1. Objetivos

Todo estudio que se precie debe de marcar un camino que conste de un principio y de un fin, esto es, de un punto de partida desde el que se inicia y de un punto de llegada que se pretende alcanzar mediante el mismo.

De esta manera, el punto al que pretendemos llegar, esto es, los objetivos que queremos alcanzar son los siguientes:

- a) **Objetivo general:** Este coincide con la pregunta con la que comenzábamos este trabajo de si la implantación del principio de eficacia en la Administración Pública supone eludir los procedimientos de control así como las garantías propias del Derecho Administrativo.
- b) **Objetivos particulares o secundarios:**
 - i) Entender que evolución han sufrido las Administraciones Públicas desde que aparece este fenómeno y cuál será su posible evolución.
 - ii) Observar qué consecuencias tiene sobre el ordenamiento jurídico y cómo influirá en el propio Derecho dicho fenómeno si llegase a culminarse.
 - iii) Descubrir su repercusión en el empleado público³, haciendo especial hincapié en la figura del funcionario⁴.
 - iv) Descubrir como este fenómeno afecta a los ciudadanos y en qué posición los sitúa.

³ El empleado público es definido en el Estatuto Básico del Empleado Público (EBEP) como toda persona que desempeñe funciones retribuidas en la Administración Pública al servicio del interés general y va a distinguir entre los funcionarios de carrera, los funcionarios interinos, el personal laboral y el eventual.

⁴ El artículo 9 del EBEP versa que son funcionarios de carrera quienes, en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente.

2.2. Preguntas

Al comienzo de este apartado hemos señalado la importancia que tiene el paradigma metodológico escogido para desarrollar este estudio debido a que nos ofrece las herramientas adecuadas para poder encontrar respuestas en el mismo. No obstante, se presenta de vital importancia hacer las preguntas adecuadas para poder distinguir la respuesta, presentándose, de esta manera, como una de las partes fundamentales del estudio.

Al igual que ocurre con los objetivos, las preguntas van a ser diferenciadas entre una pregunta cardinal y las preguntas secundarias estableciéndose así una prioridad en la búsqueda de las respuestas que este estudio pretende dar.

- a) Pregunta esencial: rompe el fenómeno de huida del Derecho Administrativo las garantías constitucionales que en virtud del mismo han sido establecidas, provocando un debilitamiento de la propia Administración Pública frente al sector privado.
- b) Preguntas secundarias:
 - i) El concepto de servicio público se desvirtúa pues queda sujeto a la obtención de unos resultados, normalmente económicos, perdiendo de vista la verdadera razón de ser del servicio público, el servicio a España y al interés general⁵.
 - ii) La figura del funcionario está siendo desplazada hacia la figura del empleado o trabajador laboral, lo que conllevaría un auténtico atentado contra la propia esencia de la Administración Pública y contra la propia Constitución Española de 1978.
 - iii) La figura del ciudadano es minusvalorada y empobrecida mediante este fenómeno que establece la noción de cliente en la Administración Pública y que intenta que el concepto de ciudadano como tal desaparezca.

⁵ El interés general será definido en este estudio como la definición y proyección llevada a cabo por el Poder Legislativo de la voluntad general, siempre que dicha definición sea aceptada por la sociedad.

3. JUSTIFICACIÓN

El principal motivo que nos ha llevado a la elección de este tema para este Trabajo de Fin de Grado, fue el hecho de que cuando escuchamos por primera vez el concepto de huida del Derecho Administrativo nos quedamos perplejos, pues no podíamos entender esas palabras, como iba a ser posible que ese Derecho estuviese huyendo y, además, “¿de qué huye y hacia dónde?”.

Nunca habíamos escuchado tal expresión, y era un fenómeno que llevaba ocurriendo desde 1980 y el cual había supuesto un gran cambio en la Administración y en la sociedad, siendo este desconocimiento sobre el tema otro de los motivos que me llevo a su elección, se trata de la necesidad de conocimiento en este caso.

Otro momento clave que nos llevo a esta decisión fue cuando vimos por primera vez el documental “La doctrina del shock”, en el cual se analizan algunas de las consecuencias de que tienen lugar cuando el Derecho Administrativo se marcha.

Debemos mencionar, también, a los diferentes profesores que a lo largo del Grado de Gestión y Administración Pública nos han ido informando sobre este fenómenos y han ido acrecentando nuestro interés por el mismo, pues creemos que es necesario comprenderlo en toda su amplitud, sus luces y sus sombras, de manera que se pueda decir si el mismo mejora o deteriora la situación que se pretende cambiar.

4. DE LA GÉNESIS A LA EXÉGESIS

En numerosas ocasiones ocurre que nos incorporamos a un grupo ya sea de amigos, compañeros, colegas, en el que se está desarrollando una conversación y nos resulta muy difícil entender lo que se está hablando en ella pues nos falta información sobre la misma, esto es, como no estuvimos en el comienzo de la conversación es complicado poder comprender que se está hablando exactamente.

Partiendo de este planteamiento, para poder comprender la exégesis que se produce en torno a la Huida del Derecho Administrativo es necesario conocer la evolución de este pues puede facilitarnos numerosas respuestas a preguntas que en dicha discusión puedan surgirnos.

4.1. Los comienzos del Derecho Administrativo

Responder a la pregunta sobre dónde ubicar el nacimiento del Derecho Administrativo es algo de extrema complejidad, encontrándose en la doctrina una multitud de respuestas quedando muy lejos la posibilidad de llegar a una respuesta unitaria.

La teoría clásica nos habla de la Revolución Francesa como nacimiento del Derecho Administrativo, por lo tanto, sus orígenes estarían ligados al constitucionalismo moderno y, por lo tanto, no dando cabida a la existencia del Derecho Administrativo en época anterior a la de estos acontecimientos. Parte de la doctrina sostiene la posibilidad de que el nacimiento del Derecho Administrativo se produjera unos pocos años antes de que tuviera lugar la Revolución Francesa, concretamente en la Revolución Gloriosa en Inglaterra la cual supuso la implantación del Imperio de la Ley en un Estado, esto es, la división de poderes y el sometimiento de la “common law”⁶ a la Ley, poniéndose así los cimientos del constitucionalismo moderno. De esta manera, la Revolución Gloriosa vino a resolver dos cuestiones políticas que requerían ser tratadas con urgencia, pues se referían a sí el Rey se encontraba por encima de la Ley o sometido a esta y, por otro lado, si el “common law” tenía una posición jerárquica superior a la ley emanada del Parlamento. En lo referente a la primera cuestión debe señalarse que las teorías defendidas por el juez Coke y por Selden fueron las

⁶ El “common law” se identifica con el derecho consuetudinario de los países anglosajones, mientras que en este estudio será definido como el sistema jurídico que aparece en Inglaterra tras la conquista normanda y que presenta un derecho de eficacia general que acabaría dándole su nombre. Es esta característica del sistema jurídico anglosajón la principal diferencia que encontramos con respecto al sistema continental, esto es, el primero es un sistema jurisdiccional (basado en la common law) mientras el segundo se presenta como un sistema legal (basado en la Ley). Para conocer más ver a E.C.S. Wade, A.W. Bradley o Coke.

que finalmente se impusieron⁷, esto es, tras el “Bill of Rights” se reconoce la subordinación de la Corona a la Ley. La segunda cuestión viene determinada por la primera ya que el apoyo que el “common law” ofreció al Parlamento frente a la Corona va a suponer la superioridad del mismo sobre aquel, perdiendo el “common law” su posición ventajosa con respecto al Parlamento.

Debe señalarse que para los defensores de la teoría de la Revolución Gloriosa, el éxito de la Revolución Francesa con respecto a la inglesa fue de un lado, el acontecer de los hechos (revolución silenciosa y pacífica en Inglaterra mientras que en Francia estalla una revolución popular) y la difusión al resto del continente europeo. No obstante, estas dos visiones diferenciadas tienen un nexo, el cual es la consideración de que el origen del Derecho Administrativo tiene lugar en el Estado de Derecho no pudiendo ser negado que el origen del Derecho Administrativo moderno se encuentra en ese periodo.

Otra teoría es la sostenida por autores como Villar Palasí⁸ y Nieto⁹, quienes van a considerar que el nacimiento de este Derecho se pudo producir en el Antiguo Régimen, época en la que pueden apreciarse normas dirigidas a ciertas autoridades llegando su influencia hasta el Príncipe¹⁰, algo que puede servir para indicar la importancia de este tipo de normas que observadas de manera conjunta no parecen ser normas independientes sino que se pueden reunir todas bajo el concepto de Derecho Administrativo.

En nuestra opinión, tal vez debería de considerarse la opción de que el origen del Derecho Administrativo se encuentra en el Derecho Romano, ya que este gozo de un amplio derecho público y, sin duda, influyó el Derecho de la Edad Media. También cabría plantearse también la posibilidad de que se encuentre dicho origen en el Antiguo Egipto, ya

⁷ Véase Sabine, G. (1988), *Historia de la teoría política, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires*.

⁸ Villar Palasí nació en Valencia en el año 1922 y murió en Madrid en 2012 consiguiendo la licenciatura en Derecho y en Filosofía y Letras por la Universidad de Valencia a la edad de 23 años. Fue autor de numerosos trabajos así como de varios libros relacionados con el Derecho Administrativo, su especialidad, llegando a ser Ministro de Educación y Ciencia (1968-1973).

⁹ Alejandro Nieto nació en el año 1930 en Valladolid y llegó a ser Doctor de Derecho a la edad de 29 años por la Universidad de Valladolid. Como Catedrático de Derecho Administrativo gran parte de su obra se centra en esta rama del Derecho y en la Historia de la Administración en la España contemporánea.

¹⁰ Según Maquiavelo el Príncipe ha de ser una persona con la virtud de tomar las decisiones idóneas que permitan a su pueblo prosperar y la fortuna necesaria para alzarse victorioso en la batalla. En el caso de que la persona del príncipe sea cruel e inmoral, este deberá de cambiar su carácter con respecto al pueblo que tiene en sus manos el futuro mismo del propio Príncipe. Según el propio Maquiavelo en su obra “El Príncipe” dice que “...aquel príncipe que se apoya íntegramente en la fortuna, cae según ella cambia. Aún más: creo que es prospero aquel que armoniza su modo de proceder con los caracteres de los tiempos.”

que para muchos es el primer Estado de la historia y sin duda contó con leyes que rigieron su “burocracia” y que, tal vez, puedan ser consideradas como el primer Derecho Administrativo de la historia aunque no ha influenciado el Derecho Administrativo actual. No obstante, esta discusión doctrinal parece estar centrada en los orígenes del Derecho Administrativo moderno, el cual, como ya señalamos con anterioridad, encuentra su origen en el Estado de Derecho¹¹.

Con todas las posibles respuestas que podemos encontrar a una misma pregunta se hace obvio que no podrá llegarse aquí a ninguna conclusión a tal respecto, pues no cabe duda de que el origen del Derecho Administrativo es una cuestión que requiere de un trabajo propio para poder dar una respuesta con más o menos fundamento.

4.2. La evolución del Derecho Administrativo

Al comienzo de este estudio, hemos señalado el papel básico que juega dentro de nuestra investigación la propia historia del Derecho Administrativo pues marca los acontecimientos que hoy día tienen lugar a nivel mundial.

Partiendo del hecho de que no existe un origen único del Derecho Administrativo y que solo podemos afirmar que tuvo que nacer en algún momento histórico concreto, se hace necesario observar la evolución que este Derecho ha ido sufriendo a lo largo de la historia para poder comprender con mayor precisión el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, pues es esa evolución la que ha dado lugar a tal fenómeno.

Las etapas mediante las que vamos a analizar esta evolución son el Estado Liberal, que surgió con la Revolución Francesa, y el Estado Social.

¹¹ Los defensores de la teoría clásica sostienen que el origen del Derecho Administrativo viene determinado por los acontecimientos que tuvieron lugar en la Revolución Francesa, siendo en ese momento histórico en el que se crea la Administración Pública. Esta teoría del origen se basa en el hecho de que si no existía una Administración Pública no podía existir un Derecho Administrativo ya que este se crea para regular a dicha Administración. En nuestra opinión, el origen de una “cosa” concreta no tiene por qué coincidir en el tiempo con el momento de la evolución concreto que nos hace percibir dicha “cosa” de una manera determinada. Así, a pesar de que no existiera una Administración Pública propiamente dicha y un Derecho Administrativo propiamente dicho, no puede concluirse que el origen de los mismos se halle en el momento en el que se presentan al mundo de esa “forma”, pues no puede obviarse la evolución propia de cada “cosa” a lo largo de la Historia. En definitiva, pensamos que la búsqueda del origen del Derecho Administrativo debe hacerse teniendo en cuenta la teoría de la evolución, la cual demuestra que el origen de una “cosa” puede ser totalmente diferente a la “cosa” que hoy en día es percibida.

La importancia de esta evolución para nuestro estudio radica en el hecho de que es dentro de la misma donde encontramos el origen del fenómeno que tratamos de analizar, la Huida del Derecho Administrativo, ergo, el conocimiento de estos acontecimientos es crucial para poder realizar una reflexión correcta sobre la discusión doctrinal que más adelante presentaremos.

4.2.1. La Revolución Francesa, del sometimiento al Rey al sometimiento a la Ley

El Antiguo Régimen, cuya premisa fundamental era que la persona del Rey se presentaba como la figura básica dentro del Estado y como dijera el Rey de Francia Luis XIV “El Estado soy yo”, encontró en las ideas liberales su final y cumpliéndose aquello que dijo Maquiavelo sobre la dependencia directa del Príncipe con respecto al pueblo pues, si cien años antes había podido la Monarquía francesa construir el Palacio de Versalles tras la Revolución Francesa dicho palacio fue saqueado.

Desde el pensamiento liberal se ampara la libertad de comercio y se apoya el crecimiento de una incipiente industria, mientras que en lo político se va a defender el reconocimiento de la soberanía nacional, de la separación de poderes, de la igualdad ante la Ley y de derechos como la propiedad. Esta serie de principios se corresponden con el denominado liberalismo originario o radical, el cual se da en la primera época de esta corriente ideológica que irá evolucionando con el paso del tiempo hasta dar lugar al “liberalismo doctrinario”¹², que fue impulsado por los liberales que apoyaban la Monarquía francesa de Luis Felipe de Orleans (1830) con el fin de agrupar en torno al Rey tanto a los defensores del liberalismo originario como a los defensores del absolutismo.

Las principales diferencias del liberalismo doctrinario con respecto al originario son:

- a) Restricción de la interpretación del principio de soberanía nacional.
- b) Se acuña el concepto de Constitución histórica o interna que expresa el conjunto de instituciones históricamente consolidadas en el país.
- c) Se coloca a la Monarquía como poder moderador de los poderes clásicos el cual se encontrara inmerso y por encima de estos al mismo tiempo, teniendo como objetivo mantener el equilibrio entre ellos.

¹² En este sentido véase Thiers (1839), Périer (1838), Guizot (1822) y B. Constant.(1815)

- d) El Poder Legislativo debe articularse en torno a un Parlamento bicameral, de manera que exista una Cámara alta de carácter hereditario que sirva de reflejo a la Monarquía mientras que la Cámara baja puede ser electiva.

Si observamos de una manera global esta corriente ideológica podemos ver como uno de los dogmas del liberalismo es el hecho de que la soberanía reside en la Nación, idea que fue promulgada por Locke y, más intensamente, por Rousseau, quien considera que solo la ley que emana del Poder Legislativo puede recoger la voluntad general y por tanto, el individuo sólo tendrá que someterse a la ley y a toda autoridad cuyo origen y legitimidad sea la soberanía de la Nación. El peligro de esta idea radicaba en la posibilidad de que surgiera un poder absoluto similar al que tenían los reyes en el Antiguo Régimen, siendo la solución a este problema el dogma de la división de poderes que se presenta como un complemento indispensable de la soberanía de la Nación y que da lugar a la presencia de contrapesos para los distintos poderes evitando una concentración de poder. Esta división de poderes se va a hacer jerárquicamente, esto es, el Poder legislativo se sitúa en una posición dominante con respecto al Poder Judicial y al Poder Ejecutivo por lo que son poderes derivados y subordinados a aquel.

Todos estos cambios van a suponer, en cuanto a la Administración, su sometimiento a la Ley y la necesidad de que sus actos estén embestidos de legalidad mediante las denominadas potestades, no siendo posible la actuación de la Administración fuera de ese ámbito. Por tanto, esta vinculación de la Administración con la Ley puede ser relacionada con la llamada vinculación positiva señalada por Santamaría Pastor¹³, esto es, las potestades de la Administración deben derivar necesariamente de la Ley y será esta la que defina no sólo las condiciones de la actuación sino también la propia actuación.

Ese sometimiento a la Ley no se va a traducir en un control judicial de los actos de la Administración debido a que en el Antiguo Régimen eran los Tribunales¹⁴ los encargados de impartir la justicia y los cuales habían llegado a convertirse durante la Monarquía en importantes obstáculos tanto para la política como para las propias decisiones del Rey. Esos

¹³ Siguiendo a este autor la norma puede considerarse, por un lado, como fundamento previo y necesario de la actuación del sujeto, de manera que solo podrá actuar lícitamente cuando una ley le habilite para ello no pudiendo actuar si esta habilitación no existe (vinculación positiva) y, por otro lado, la norma se presenta como un límite externo a la actuación del sujeto pudiendo este actuar sin habilitación siempre que respete ese límite (vinculación negativa).

¹⁴ En aquella época se conocía a dichos Tribunales con el nombre de Parlamentos Judiciales.

acontecimientos dieron lugar a una estricta separación de los poderes con el fin de que el poder judicial no pudiera obtener un poder tan grande como para hacer peligrar el equilibrio entre los diferentes poderes. Esta idea de la Revolución Francesa es plasmada en los diferentes escritos legales de la primera época mediante los cuales va a levantarse un muro entre los jueces y la Administración, impidiéndose de esta manera que la justicia pueda actuar sobre los actos que lleve a cabo aquella dentro de la legalidad. Algunos de los ejemplos legales que nos encontramos son la Ley 16-24 de agosto de 1790¹⁵, el código penal de 1791¹⁶ y la propia Constitución de 1791¹⁷.

El muro entre la justicia y la Administración traía la consecuencia de que esta podía actuar sin ningún contrapeso que limitará su poder, lo que atentaba contra el principio de legalidad y la propia esencia del principio de división de poderes dando lugar a lo que alguna parte de la doctrina ha llamado “separación de poderes”. Con esta peligrosa consecuencia amenazando lo conseguido se llevo a cabo la creación de un derecho subjetivo de los particulares que consistía en la posibilidad de que los mismos pudieran reclamar actos ilegales de la Administración que les afecten, produciéndose esa reclamación ante la propia Administración. Es esta la manera en que se crea la institución denominada administración-juez que va a desembocar, a través de la obra de Napoleón y mediante la Constitución de 1799, en el Consejo de Estado¹⁸ al que se le asignan las facultades propias del Consejo del Rey, que fue suprimido por la Ley 27 de abril de 1791. Así, ejercerá en un primer momento las funciones de consulta, de casación y las contenciosas, pudiéndose destacar también que la elaboración de los proyectos de toma de decisiones del Jefe de Estado correspondía a esta institución.

¹⁵ Esta norma estableció que “las funciones judiciales son y seguirán siendo separadas de las funciones administrativas. Los jueces no podrán, bajo pena de prevaricación, inmiscuirse de ninguna manera en las operaciones de los cuerpos administrativos, ni citar ante ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones.”

¹⁶ El Código Penal viene a establecer una garantía penal al principio que rige esta estricta división, garantía que consiste en la consideración de delito el hecho de que los jueces se entrometan en los asuntos de la Administración.

¹⁷ En su Título III, Capítulo V, artículo 3º estableció que “los tribunales no pueden inmiscuirse en el ejercicio del poder legislativo, o suspender la ejecución de las leyes, ni en las funciones administrativas, o citar antes ellos a los funcionarios de la administración por razón de sus funciones.”

¹⁸ El Consejo de Estado guarda grandes analogías con el denominado Consejo del Rey del Antiguo Régimen que puede compararse con un consejo de gobierno, el cual tenía funciones de asesoramiento que servían al Gobierno para tomar sus decisiones políticas y administrativas. Otra función de vital importancia de este Consejo era la de administrar justicia siempre que así fuera autorizado por el Rey. No obstante, siguiendo al Profesor Ramón Parada estaba más cerca de parecer un “Cuartel General con su Estado Mayor” que un “Conseil du Roi”.

La creación del Consejo de Estado¹⁹ como una institución caracterizada por su función de asesoramiento del poder ejecutivo presentaba la consecuencia de que los actos llevados a cabo por este Consejo no van a ser más que una guía de lo que el ejecutivo debe de hacer, pudiendo este seguirla o no ya que, en materia de justicia, el ejecutivo podía no actuar en cuanto a la toma de decisiones propuesta y paralizar la justicia de esta manera. Este esquema va a ser seguido hasta el año 1872, año en el que el Derecho Administrativo pasará por una etapa de expansión con la denominada justicia delegada.

El proceso que llevo a este cambio paradigmático comenzó en el año 1806 cuando en el seno del Consejo de Estado nace la denominada Comisión Contenciosa que va a conocer de los asuntos de carácter contencioso que fueran presentados al Consejo de Estado. Con el transcurrir lento e incesante del tiempo, se comenzó a considerar que era este Consejo el que administraba justicia y no el jefe de ejecutivo aunque en la teoría era este quién ejercía dicha función, todo debido a que en la práctica aquello que decía el Consejo de Estado era lo que decía, o tal vez repetía, el jefe del ejecutivo.

La cada vez mayor importancia de esta institución dentro del esquema planteado, dio lugar a que la Ley de 24 de mayo de 1872 apostara por la justicia delegada al reconocerle su carácter jurisdiccional. Esta nueva característica supone que será el Consejo de Estado el que conozca de los asuntos de la Administración, no en calidad de asesor sino en calidad de juez que actúa en el nombre del pueblo. Estos cambios obligan a la creación de un nuevo tribunal, el denominado Tribunal de Conflictos, que entenderá de los conflictos competenciales que puedan surgir entre los tribunales comunes y los nuevos tribunales administrativos, siendo este el último paso para la división efectiva entre una jurisdicción común (que incluye la jurisdicción civil y la penal) y un jurisdicción administrativa que va a conocer de los litigios de la Administración.

Cabe en este punto mencionar las diferentes libertades políticas y civiles de las que gozaban los individuos a nivel individual, ante las cuales el poder del Estado se encontraba estrechamente limitado hasta el punto de que en la propia Constitución de 1971, en su Título I se establecía que, *“el poder legislativo no podrá hacer ley alguna que lesione y suponga*

¹⁹ Al mismo tiempo eran creados dentro de los departamentos los Consejos de Prefectura que tenían la misma función de asesoramiento que el Consejo de Estado pero en un nivel inferior, esto es, asesoraban al gobernador que era conocido en aquella época como prefecto.

*obstáculo al ejercicio de los derechos naturales...garantizados por la Constitución*²⁰". Es así como las libertades se configuran como un derecho subjetivo que emana de la Constitución y cuya eficacia es erga omnes, esto es, no sólo frente a cualquier otro individuo sino también frente al Estado²¹. Estas libertades que se establecen como límites y oposición²² al poder vienen determinadas por la necesidad de seguridad y de libertad intelectual así como por la necesidad de limitar la acción del Estado que entorpecía el progreso económico.

El Derecho Público anterior a estos acontecimientos partía de la premisa de que el orden social establecido era justo y tan sólo se iban a requerir una serie de medidas que ayudarían a preservarlo, pero tras los acontecimientos descritos y el florecimiento del Derecho Administrativo el punto de vista va a cambiar de una manera notable. Así, se le reconocen a la Administración una serie de prerrogativas que le servirán para proteger a la sociedad cuando acontezcan situaciones de peligro o inestabilidad, siendo lo más destacado la posibilidad de establecer mandatos y prohibiciones²³ cuyo incumplimiento podrá conllevar una sanción. No obstante, con el objetivo de que la Administración no lleve a cabo abusos de poder, se establecen una serie de limitaciones a dichas prerrogativas concedidas por el propio Derecho Administrativo o, incluso, se establecen medidas incentivadoras de la actividad económica cuando esta guarda relación con el interés general.

4.2.2. El Estado Liberal: una aproximación desde la España decimonónica.

Como señaláramos anteriormente la ideología liberal dio lugar a dos tendencias opuestas las cuales son el liberalismo originario o radical y el liberalismo doctrinario. Será esta última rama de la ideología liberal la que acabe calando en la España del siglo XIX y que se conocerá con el nombre de moderantismo, el cual supuso fuertes restricciones al liberalismo clásico no produciéndose nunca una política que pudiera ser clasificada como liberal.

²⁰ Los antecedentes de esta serie de libertades se encuentran en la Carta Magna de 15 de julio de 1215 (Inglaterra), en la Petición de Derechos de 7 de junio de 1628 y en el Bill of Rights de 13 de febrero 1689 (Inglaterra), y cabe mencionar también la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 12 de junio de 1776 (Estados Unidos) y la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 (Francia)

²¹ García de Enterría, E. (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid, pp. 192 y ss.

²² Durverger, M. (1962), *Instituciones políticas y de Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona, p.210

²³ Parada Vázquez, R. (1997), *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid, pp.430 y ss.

4.2.2.1. La Administración de la España Liberal

Fueron muchos los cambios que se dieron en esta época a lo largo de todo el país debido a la nueva ideología que alimentaba las mentes del pueblo, siendo uno de los más significativos el cambio que se realizó en la Administración Pública española.

Pues bien, los Ministerios sustituyeron a los Departamentos de la Administración Central del Estado. Estos Ministerios tenían, por un lado una función integradora que estaba enfocada a la necesidad de reconducción de la unidad de este gran organismo y, por otro lado de especialización que ayuda a modificar la propia actividad de la Administración.

Estos Ministerios van a conocer de las relaciones con otros Estados, de las necesidades internas del propio Estado y tendrán atribuido una serie de objetivos básicos que deben de alcanzar, los cuales estarán determinados por la mediación social o la tutela jurídica, mientras que los medios con los que cuentan estos Ministerios son de carácter económico o militar. Estos Departamentos ministeriales incrementarán su número de manera significativa a medida que se intensifica el intervencionismo de la Administración.

La cúspide del Ministerio estará ocupada por personas que obran como delegados del Jefe de Estado que es la persona encargada de nombrarlos y serán denominados Ministros.²⁴ Será en el siglo XIX cuando se comience a llamar de esta manera a los jefes de los Departamentos de la Administración que como jefes superiores tienen encomendadas funciones directivas. No obstante, la posición que ocupen los Ministros dentro del esquema político va a depender directamente del régimen que se encuentre establecido.

Otro órgano de gran importancia es el Consejo de Ministros²⁵ que fue creado en Francia en 1791 y en Prusia en 1808. Este Consejo se creó en España como un órgano poco institucionalizado que acaba percibiéndose como una mera reunión de personas que contaban con la confianza del Jefe de Estado. Las competencias del Consejo de Ministros son inferiores en España que en Francia y se va a encontrar presidido por un Primer Secretario de Estado y de Despacho que se presenta en el siglo XIX como cargo autónomo.

²⁴ La elección del término Ministro se debe a que estos administraban en nombre del Jefe de Estado.

²⁵ El origen del Consejo de Ministros en España se encuentra en el Consejo de Gabinete de Felipe V que contaba con los denominados Secretarios de Despacho (Real Decreto de 30 de noviembre de 1714), y también en la Junta Suprema de Estado que fue impulsada por Carlos III (Real Decreto de 8 de julio de 1787)

El último gran órgano dentro de esta Administración General es el Consejo de Estado que en su organización y procedimiento era flexible pues no se encontraba sujeto a reglamentación específica, siendo considerado por parte de la doctrina que el Soberano guiaba este Consejo a su antojo y de ahí que se haya identificado con una suerte de consejo particular de este. Mediante las constituciones políticas se va a desarrollar el Consejo de Estado como único Consejo atribuyéndosele las competencias propias del resto de Consejos existentes con anterioridad, creándose a partir de la Constitución de Cádiz de 1812 un nuevo Consejo de Estado que se inspiraba en el que se había configurado en Francia.

Tras algunos años convulsos el Consejo de Estado pasa por un periodo de florecimiento a partir de 1858, el cual está basado en la intervención que este Consejo hace en lo contencioso y en las nuevas funciones que le son atribuidas, destacando entre ellas la preparación de proyectos de Ley, la intervención en los tratados internacionales, la definición de las potestades, siendo todo esto posible solamente mediante un lanzamiento uniforme de todos los servicios. El Consejo de Estado será definido como un Órgano Consultivo del Gobierno y de la Administración por la Ley de 17 de agosto de 1860 que se encargó también de reconocer las facultades no sólo las concernientes a lo contencioso sino también para asuntos de Gobierno y Administración.

Hemos comentado hasta el momento se refiere a la Administración General del Estado pero se hace necesario hacer algunos apuntes sobre la Administración Territorial y la Administración de Justicia de España en el siglo XIX.

En cuanto a la primera, el gran acontecimiento en esta materia de este siglo es la división Provincial de Javier de Burgos del año 1833 que dio lugar a la existencia de 49 provincias, entre las que las vascongadas y Navarra seguirían conservando su antigua estructura político-administrativa. El gobierno político de las Provincias se encontraba en un jefe político superior establecido por la Constitución de Cádiz, denominado posteriormente Gobernador Civil, figura que alcanzará su apogeo a partir del año 1849 cuando es suprimida la figura del Intendente siendo aquel, por tanto, la única y principal autoridad de la Provincia que actúa en representación de los intereses de dicha Provincia y también puede actuar como agente de la jurisdicción administrativa ejerciendo competencias que son propias de los Ministerios de Gobernación y Fomento. La decadencia de esta figura se produce en la última

parte del siglo XIX quedando relegado el Gobernador Civil a una figura de representación del gobierno.

Por su lado la Administración de Justicia es una administración a la que se han referido todos los textos constitucionales utilizando alguno de sus títulos para versar sobre las directrices que deben de marcar la justicia y su administración, siendo siempre diferenciada del poder ejecutivo y legislativo ya fuera de manera expresa o implícita. La reforma de esta Administración se llevo a cabo a través de varias normas entre las que cabe destacar el Real Decreto de 17 de octubre de 1835 que se basa en la Constitución de Cádiz y que acabo cediendo la administración de justicia a los Juzgados Municipales y de Primera Instancia, las Audiencias Territoriales, las Audiencias y el Tribunal Supremo de España y las Indias.

La Ley más importante para la Administración de Justicia será la Ley Orgánica del Poder Judicial de 1870 que dividió el territorio nacional desde el punto de vista judicial en distritos y estos en los diferentes partidos judiciales, que se subdividen en circunscripciones fraccionadas en términos municipales. El Tribunal Supremo fue denominado así a partir de esta Ley el cual estaba compuesto por cuatro salas de Justicia que conocerían de los temas civiles y penales y una sala de gobierno cuyo objetivo era velar por la recta administración de justicia en todo el territorio nacional.

4.2.3. El Estado Social, la nueva cara del Estado Liberal

El Estado Liberal destacaba la idea de la libertad de los individuos dentro de un orden social establecido que se presenta como perfecto, esto es, una vez había sido implantado el sistema de libertad e igualdad formal de los individuos en el que cada uno asegura su propio bienestar, únicamente debían de crear las leyes necesarias para mantenerlo en funcionamiento.

La realidad a la que tuvo que hacer frente el Estado Liberal fue muy diferente, pues lejos de que ese idílico sistema fuera eterno por su lógica y coherencia, en la última mitad del siglo XIX, de la mano del capitalismo industrial²⁶, aparecen dos clases sociales bien diferenciadas. De un lado, la clase burguesa que controla los medios de producción y que saca rédito del sistema económico establecido, así como del propio sistema político, y de otro lado, la denominada clase proletaria que se dedica a producir aquello que necesita el sistema

²⁶ Para saber más sobre el capitalismo industrial seguir a como Karl Marx o Adam Smith

económico y político, aunque su lejanía del control de los medios de producción le hace quedar en una posición similar en el reparto de beneficios que esa producción ocasiona. Para Montalvo Correa²⁷ esa coincidencia en el tiempo de la industrialización y el sistema liberal propicio la explotación de la clase proletaria²⁸ y esta explotación acabo dando lugar al declive del Estado Liberal, ergo, de la propia ideología liberal originaria.

El siglo XIX trajo consigo uno de los mayores aumentos de la población de toda la historia gracias, sin duda, a la industrialización, pero este importante crecimiento, así como el abandono del mundo rural de manera masiva, provoco la existencia de un excedente en la mano de obra a disposición de los empresarios que tenían como objetivo principal la obtención de beneficios mediante la reducción de los costes productivos. Por otro lado, en lo referente a la contratación, existía una libertad absoluta en el establecimiento de los términos que conformasen el contrato pues se partía de la igualdad de todo individuo, ergo, un contrato se celebra entre iguales en igualdad de condiciones no teniéndose en cuenta la posición social que cada parte del contrato, como individuo, ocupa y que sin duda da lugar al quebrantamiento de esa igualdad necesaria para poder celebrar el contrato, ya que una posición social sustentada por una posición económica elevada permite encontrarse en situaciones de ventaja con respecto a quienes no ostentan esa misma posición. Debemos señalar también el impacto negativo que los ciclos económicos tenían sobre los trabajadores, quienes no gozaban de ningún tipo de seguridad con respecto a su propio trabajo, siendo frecuentes en el tiempo los períodos en los que el mercado requería un menor número de mano de obra y, por lo tanto, en los que el trabajador se encontraba en paro y no obtenía ningún tipo de ingreso.

Esta situación coloco a la clase obrera en una posición de indigencia que resultaba prácticamente incorregible debido a la propia ideología liberal que se oponía a cualquier tipo de intervención del Estado en el mercado, lo que hacía prever una prolongación temporal de esta situación demasiado desmesurada que podría desembocar en una revolución cuyo principio marcaría el fin del propio Estado Liberal²⁹.

²⁷ Jaime Montalvo Correa es Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid y catedrático de Derecho del Trabajo, ostentando hoy día el puesto de rector de la Universidad Nacional de Educación a Distancia (UNED).

²⁸ Montalvo Correa, J. (1997), *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, p.116

²⁹ Dice García Pelayo que la fortaleza del Estado dependerá del nivel moral y material de sus propios ciudadanos, lo cual contradice las situaciones de miseria económica y humana que se da en la población,

La clara posibilidad de desaparición de lo creado y conseguido consiguió que el Estado considerase la integración de la clase obrera a la sociedad mediante su intervención, surgiendo así la promulgación de leyes que protegen a los trabajadores en ámbitos como los accidentes, invalidez, enfermedad e incluso referentes a lo que nos permitiremos llamar jubilados. Diferentes países se hicieron eco de esta política y aumentaron mediante el derecho positivo la seguridad de los trabajadores, siendo uno de los casos paradigmáticos la legislación civil establecida por Otto Von Bismarck³⁰ en Alemania. Otro paradigma fue la legislación establecida por el Reino Unido que iba a suponer una de las primeras regulaciones referentes al trabajo que ejercían dos colectivos tan castigados como eran las mujeres y los niños, aunque tal vez uno de los hechos más recordados a día de hoy sea la reducción de la jornada laboral.

El Estado Liberal en su afán de supervivencia da con este tipo de leyes un cambio en su imagen que permite atisbar, al final del camino, el denominado Estado Social³¹. No obstante, será la Gran Depresión de 1929 la que haga del cambio una necesidad acuciante pues la inoperancia del liberalismo clásico impedía dar solución al grave problema que se había presentado en el libre mercado y que iba a requerir de un tratamiento que sólo una novedosa teoría podía ofrecer. John Maynard Keynes³² es quién planteará esa necesaria teoría siguiendo los planteamientos que habían sido hechos por autores como Hegel³³ o Lorenz Von Stein³⁴, la cual considera posible la existencia de un equilibrio económico junto a desequilibrios como el desempleo mediante la intervención del Gobierno, con el objeto de compensar esos desequilibrios aunque esto pueda suponer un aumento tan elevado del gasto público que este incluso llegue a superar los ingresos que obtiene el Estado.

mientras que su estabilidad se encuentra “amenazada por el movimiento hacia la revolución”. Para saber más véase García Pelayo, M. (1977), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

³⁰ Otto Von Bismarck, también conocido como el canciller de hierro, nació en 1815 y murió en 1898 siendo Canciller de Alemania durante el período que va de 1871 a 1890. Cabe señalar que se trataba de un militar, burócrata, político, estadista y prosista que ha sido considerado padre del Estado alemán.

³¹ El Estado Social coincide en el tiempo con el llamado Estado del Bienestar que va a surgir, también a raíz de exigencias sociales. Para saber más sobre el Estado del Bienestar y su origen seguir a P. Baldwin, Douglas Ashford.

³² John Maynard Keynes, economista británico, fue uno de los grandes personajes del siglo XX, destacando sobre todo como el campo de la economía en el que sus ideas gozaron de una gran repercusión.

³³ Georg Whihelm Friedrich Hegel nació en Stuttgart en el año 1770 y murió en 1831, fue un filósofo alemán cuya grandeza fue tal que es considerado por algunos como el último de los grandes metafísicos.

³⁴ Lorenz Von Stein fue un influyente economista y sociólogo alemán que se le atribuye la introducción del concepto de la sociología como ciencia.

Las nuevas teorías que surgen en esta época en el ámbito de la economía se van a encargar de analizar las imperfecciones del mercado³⁵ y concluirán que el libre mercado no tiende a satisfacer el interés general y que sus deficiencias deben de ser corregidas mediante el intervencionismo estatal en el mercado. Habrá que esperar al final de la Segunda Guerra Mundial para que este intervencionismo acabe siendo una realidad, aunque basado en la libertad que siempre había sido promulgada.

Son todos estos cambios mencionados los que ayudaron al Estado Liberal a cambiar su imagen, esto es, a evolucionar hacia la forma del Estado Social que va a tener como base los valores del Estado Liberal los cuales van a ser reforzados mediante el derecho positivo que los transforma en derechos subjetivos y que obliga al Estado a tomar todas las medidas necesarias para asegurar a las personas las posibilidades de existencia que por sí mismas son incapaces de obtener.³⁶ En este sentido, Hegel decía que la sociedad no podía ser observada como un fin pues la propia estructura de la misma basada en los interés particulares de cada individuo, no dio lugar a una actuación colateral que tuviera por bandera el interés general ya que las propias contradicciones internas del sistema lo impidieron, esto es, la libertad, base de toda acción humana es solapada por la economía, la nueva ciencia del poder³⁷, que posiciona a cada individuo como potencial enemigo del resto de individuos.

Con la nueva cara del Estado Liberal, esto es, con la aparición del Estado Social se va a partir de la premisa de que la población, en su inmensa mayoría, no podrá por sus propios medios facilitarse los elementos básicos que le permitan asegurar su bienestar y, por lo tanto, el Estado tiene que incorporar a sus funciones la dirección económica y social con el fin de salvaguardar el bienestar de la sociedad. Estas nuevas funciones del Estado van a requerir de una ampliación de la Administración acompañada de un complejo sistema organizativo con la complicación que todo ello conlleva.

³⁵ Arthur Pigou señaló que el libre mercado, en su peculiar funcionamiento, producía una serie de externalidades que perjudican a la sociedad, como era el caso de la contaminación.

³⁶ García Pelayo, M. (1977), *Las transformaciones*, p.27

³⁷ La utilización del concepto “poder” referido a la economía la hacemos para resaltar el cambio producido en poco más de un siglo, del dominio absoluto de un monarca al dominio absoluto de la plata. Las tradiciones se rompieron, los escudos de familia bien podían esconder otra, es la magia de la plata, donde ella está, no importa nada.

4.2.4. El Estado Social, de la obediencia y la homogeneidad a la discrecionalidad y los principios

La nueva cara con la que se presenta al mundo el Estado Liberal va a suponer un cambio en la actuación del Estado ya que va a intervenir activamente en el la sociedad y todos los ámbitos que rodean a esta, lo que traerá consigo, como apuntáramos en el aparatado anterior, un proceso de cambios dentro de la Administración Pública que van a tener su reflejo en el Derecho Administrativo.

Una de las consecuencias más perceptibles de la aparición del Estado Social fue la ampliación de competencias y potestades de la Administración, ergo, se promueve la intervención de esta en la sociedad con el objeto de asegurar las necesidades socioeconómicas que permitan a la propia sociedad en su conjunto así como a cada individuo que la conforma, obtener unos niveles de bienestar mínimos para poder llevar a cabo, por parte de cada persona, un desarrollo a nivel social y personal.

Con el nuevo papel que juega la Administración dentro del Estado parte de la doctrina va a considerar que la vinculación negativa de la misma a la legalidad puede suponer una puerta abierta a los abusos de poder que puedan provenir de la Administración Pública dejando, de esta manera, a los ciudadanos en una clara posición de desventaja en el ámbito de las relaciones administrativas. Para hacer frente a un problema tan delicado como es la posición de privilegio que ocupa la Administración, la teoría kelseniana³⁸ apuesta por un cambio radical, esto es, la vinculación positiva de todas las actuaciones administrativas a la legalidad que se traducirá en un instrumento de garantía de los ciudadanos con el que contrarrestar, en cierta medida, el poder de la Administración.

El pasar del tiempo acabaría demostrando que es más fácil plasmar sobre el papel una idea que implementar esta con éxito, esto es, la vinculación positiva de todas las actuaciones administrativas acabo convirtiéndose en una utopía, pues la realidad impedía tan estrecha relación entre la Administración y el principio de legalidad³⁹. De esta manera, la Ley pasará

³⁸ La teoría kelseniana no concibe la existencia de poder si este no se encuentra sustentado por el derecho, esto es, solamente mediante la Ley podrá otorgarse un poder determinado a una institución u órgano determinado. Por tanto, la Administración actuará siempre bajo el manto habilitador de una norma. Para saber más sobre este tema véase a Merkl, A. (1980), *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Nacional, México.

³⁹ Parejo nos dice que los cambios producidos en la propia naturaleza de las leyes a dado lugar a la aparición de nuevos tipos de Ley por un lado y, por otro, a una diversificación del propio mandato legal que ha facilitado una

de ser una orden directa que marca el camino que debe andarse, a una Ley, en muchos casos, que simplemente se limitará a señalar el objetivo que debe de alcanzarse quedando a la discreción de la Administración la elección de las medidas que habrán de ser tomadas para lograr dicha meta, lo que hace del control judicial de las actuaciones emprendidas por la Administración una tarea hercúlea.

Como podemos observar, el Estado Social tiene como consecuencias el aumento de las potestades estatales y la pluralidad en el ámbito político, hechos que van a suponer el final de ciertos valores que habían sido propios del Estado Liberal, sirva de ejemplo las características de la Ley Liberal, esto es, leyes generales, abstractas y que dan como resultado un ordenamiento jurídico homogéneo, ergo, el Derecho de esa época se presenta sin contradicciones internas lo que aumenta la seguridad jurídica que de dicho ordenamiento pueda observarse sin obviar, claro está, que dicha estabilidad se encontraba basada en el sufragio⁴⁰ censitario que servía como barrera para impedir la entrada de individuos a las esferas de poder sin la aprobación de la clase que lo ostenta. A partir del momento en el que es establecido el sufragio universal el dominio de la clase burguesa de las posiciones de privilegio que permitían dictar la Ley llega a su fin, produciéndose el denominado pluralismo político. Este pluralismo va a suponer que por primera vez iban a coexistir en el Parlamento fuerzas antagónicas que junto a las funciones cada vez más numerosas del Estado acabarían provocando la pérdida de homogeneidad del Derecho, esto es, la homogeneidad característica del Derecho Liberal es sustituida por la heterogeneidad a la que da lugar el juego político cuándo existe una pluralidad de fuerzas.

Según Nieto el Derecho moderno⁴¹ funciona sobre las bases de un sistema inservible, al que ha hecho perder toda coherencia interna que en el mismo pudiera existir. La corrección de este efecto negativo se realizó mediante la incorporación de una serie de valores y principios en las Constituciones que se muestran como un instrumento que ayudará a solucionar los problemas que surjan por la heterogeneidad del ordenamiento jurídico. Así, el Derecho va a guiarse, no por normas rígidas, sino por principios que obligarán a los jueces y

vinculación negativa que no era deseada. Para ver más Parejo Alfonso, L. (1991), *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid, p.23.

⁴⁰ La palabra sufragio proviene de la lengua latina, concretamente del vocablo “suffragium” cuya traducción al castellano sería “voto”. Existen dos tipos de sufragio que son: el censitario, que se caracteriza por restringir el acceso al voto a parte de la población partiendo de una serie de requisitos para poder ostentar tan gran derecho; y el sufragio universal, mediante el cual se va a considerar el voto como un derecho subjetivo de todo nacional sin más limitación que la edad, en relación a la cual se establece un mínimo para poder votar.

⁴¹ Nieto, A. (1986), *Estudios históricos de Administración y de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, p. 239

magistrados, en numerosas ocasiones, a realizar juicios de valor en base a dichos principios y a cada caso concreto, con el claro riesgo que esto supone para la seguridad jurídica del propio ordenamiento. Este Derecho basado en los principios se va a proyectar sobre el Derecho Administrativo llevando a este la incertidumbre e inseguridad jurídica características de ese tipo de Derecho. La necesidad de actuar sobre un problema tan grave como era la falta de protección de la libertad que le es innata al individuo, obligaron a buscar una solución radical que se reflejaría sobre el control de la actividad administrativa por parte de los órganos judiciales no sólo en el ámbito de los derechos subjetivos de las personas sino también extendida a toda la legalidad que se encuentre relacionada con la Administración.

El protagonismo adquirido por los principios en el Estado Social va a suponer para los ciudadanos una mayor protección jurídica ante los abusos que puedan provenir de la Administración o, incluso, para prevenirlos. Sirvan de ejemplo los principios de arbitrariedad, de menor lesividad⁴², de coherencia, de proporcionalidad. No obstante, podemos apuntar que por su propia naturaleza rechazan la objetividad que la seguridad jurídica requiere para reforzar, de manera adecuada, el ordenamiento jurídico pues según Posner⁴³ las normas cuyo contenido es difuso para la comprensión tienden a ser inútiles en lo referente a la prevención de conductas ilegales y suelen venir acompañadas de grandes costes para el Estado⁴⁴. Debemos de señalar también que la gran virtud de estos principios presenta ciertos aspectos negativos, esto es, la posibilidad que tiene el ciudadano de recurrir a las instancias judiciales con el propósito de que estas controlen la actuación de la Administración pueden conllevar, según Nieto, a una degradación de la propia actuación administrativa que pasaría a ser considerada como un simple trámite dentro de un proceso que inevitablemente desembocará en los Tribunales. Uno de los grandes problemas que se presentan con esta actuación judicial es la posibilidad de que sean confundidos en un momento determinado los poderes judicial y legislativo algo que, en base a los principios que sustentan el Estado, no es posible, ergo, debe de impedirse.

⁴² En este estudio entenderemos por ‘menor lesividad’ el menor perjuicio hacia una persona determinada, esto es, entre un abanico de posibilidades de acción sancionadora deberá de escogerse aquella que produzca un menor daño o perjuicio a la persona sobre la que se proyectará dicha potestad de la Administración.

⁴³ Richard Allen Posner es un jurista, teórico del Derecho y economista que nació en el año 1939. Es un personaje destacado tanto en el mundo jurídico como en el mundo económico. Profesionalmente ejerce la labor docente en la Universidad de Chicago Law School y es juez del Tribunal de Apelaciones de los Estados Unidos en Chicago.

⁴⁴ Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-London, pp. 543-544

Acabaremos este apartado haciendo hincapié en la apuesta que supone para el Estado Social impulsar los principios generales como soporte vital de todo el ordenamiento jurídico, pues las ventajas y desventajas deducidas de la propia naturaleza de cada principio supondrán la perpetuidad en el tiempo del propio Estado o, por el contrario, su desaparición inevitable ya que, no hay que obviar que imperios más grandes han caído por el hecho de que sus bases, sólidas en sus inicios, se debilitan si no van evolucionando con el pasar del tiempo⁴⁵.

4.2.5. La crisis del Estado Social, la historia de una huida legal

La falta de eficacia por parte de la Administración Pública en su actuación unido a las restricciones excesivas que la Ley imponía a esa actuación administrativa, provocó un movimiento legal, esto es, la aparición de nuevas leyes que se encontraban orientadas a solucionar el problema de la gestión pública introduciendo la gestión privada en la Administración, la cual otorgaba buenos resultados a los entes privados que se movían en el Mercado.

Las primeras manifestaciones⁴⁶ que encontramos en España⁴⁷ de esa gestión privada son de principios del siglo XX, más concretamente en el año 1903 cuando se creó el Instituto de Reformas Sociales, en el año 1904 con la creación del Instituto Nacional de Previsión y en el año 1914 en el cual nace el Instituto Español de Oceanografía. La creación de estos Institutos se realiza bajo los postulados de Antonio Royo Villanova⁴⁸, los cuales se encuentran en su discurso dado en la Universidad de Valladolid para la inauguración del curso 1914-1915 y al que distinguió con el título de “La nueva descentralización”.

⁴⁵ El Imperio Otomano es uno de los ejemplos más simbólicos que podemos encontrar, ya que, el que fuera el más poderoso imperio que el mundo había conocido acabo siendo repartido por las potencias de principios del siglo XX, como consecuencia de que los Otomanos decidieran obviar el acontecer de la Historia y mientras el mundo entraba en nuevo siglo ellos seguían sumergidos en pleno siglo XIX, el retraso que como sociedad y potencia suponía eso llevo al Imperio Otomano a su destrucción.

⁴⁶ Debe señalarse que el origen de este fenómeno tal vez ahonde sus raíces en las Fábricas Reales del siglo XVIII, aunque en referencia al concepto actual de la utilización de fórmulas societarias se encuentra en el siglo XX, es, en cierta manera, un caso similar al del origen del Derecho Administrativo.

⁴⁷ Como tantas veces en la Historia, las acciones que se llevan a cabo en España tienen su origen en Francia, pues fue Maurice Hauriou (político, jurista, sociólogo y educador francés) quien en 1895 habló sobre la descentralización mediante establecimientos públicos como una alternativa de la descentralización territorial, concretamente en la *Reveu Politique et Parlementaire* bajo el título de “La décentralisation par établissements publics”.

⁴⁸ Antonio Royo Villanova nació en Zaragoza en el año 1869 y murió en Madrid en el año 1958. Fue catedrático de Derecho Internacional Público y Privado en la Universidad de Valladolid, político y periodista, llegando a ser director del periódico *El Norte de Castilla* y presidente de su Consejo de Administración.

A pesar de estas primeras manifestaciones, podemos decir que el punto de inflexión en el avance hacia las fórmulas de la gestión privada en el ámbito público lo encontramos en el periodo que comprende la Dictadura de Primo de Rivera⁴⁹, especialmente con el Estatuto Municipal de Calvo Sotelo⁵⁰ que introduce las fórmulas societarias como posible opción a la que pueden acogerse los Ayuntamientos para la gestión de los distintos servicios municipales. Durante el periodo de esta dictadura la fórmula societaria se abre paso con la creación de la Compañía Arrendataria del Monopolio de Petróleos, Sociedad Anónima, conocida como CAMPSA, o la Compañía Telefónica Nacional de España, Sociedad Anónima (CTNE).

Uno de los años cruciales en el avance legal del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo fue el año 1941, pues, por un lado, se lleva a cabo la creación del Instituto Nacional de Industria a través de la Ley de 25 de septiembre de 1941 cuyo artículo 2 permitía la utilización de procedimientos de la gestión privada por parte de este Instituto, ergo, se autoriza a la adopción de métodos desarrollados en el Mercado. Por otro lado, es en este año en el que se sujeta por primera vez la actividad de un ente público al Derecho Privado, procedimiento que comenzó con la nacionalización de las concesiones ferroviarias mediante la técnica de la reversión y que acabó con la formulación de la Ley de 24 de enero de 1941 en virtud de la cual se creó la RENFE. La naturaleza de esta entidad pública que actúa como una empresa mercantil suponía que la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 no sería aplicable a la misma pues su gestión, como cualquier otra empresa del sector privado, debía de hacerse conforme al Derecho Privado, esto es, tanto las relaciones que la RENFE tiene con sus clientes como los contratos de obras, servicios y suministros que pueda celebrar quedan excluidos de los procedimientos y garantías del Derecho Administrativo.

⁴⁹ Miguel Primo de Rivera y Orbaneja nació en 1870 en Jerez de la Frontera y murió en 1930 en la ciudad de París. Fue un militar, político y dictador español a lo que debe de unirse la Presidencia del Consejo de Ministros de España del año 1923 hasta principios del año 1930.

⁵⁰ José Calvo Sotelo nació en el año 1893 y murió en el año 1936. Fue un político y jurista español que ocupó la cartera del Ministerio de Hacienda entre los años 1925 y 1930. Antes de ser Ministro estuvo ejerciendo las funciones de director general de la Administración desde el cual realizaría su obra más conocida, esto es, el Estatuto Municipal que fue publicado el 8 de marzo de 1924. Calvo Sotelo presenta el Municipio en este Estatuto como un *"hecho social de convivencia anterior al Estado y anterior también, y además superior, a la ley. Esta ha de limitarse, por tanto, a reconocerlo y ampararlo en función adjetiva [...] Afirma, pues, el nuevo Estatuto, la plena personalidad de las entidades municipales, y, en consecuencia, reconoce su capacidad jurídica integral en todos los órdenes del derecho y de la vida"*. Mediante este Estatuto se concedió a los municipios una serie de competencias y obligaciones que no habían tenido hasta entonces, como era la posibilidad de organizarse como considerasen oportuno o la posibilidad de emitir deuda que la reforma de la Hacienda Local había dado a los Ayuntamientos.

La actividad industrial de la Administración basada en los paradigmas de las Sociedades mercantiles fue teorizada de manera magistral por el profesor Villar Palasí⁵¹, quien en 1950 publicó “La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo”⁵², obra en la que señalará la alteración de la realidad administrativa y a la diferente consideración de los procedimientos jurídicos a utilizar por la Administración como causas de la crisis existente con respecto a los conceptos clásicos del Derecho Administrativo. Una de las conclusiones a las que llega el profesor Villar Palasí es la necesidad de distinción entre la actividad industrial dirigida a la producción de bienes, la cual debería de someterse al Derecho Privado, y las demás actividades puramente comerciales o consistentes en la prestación de servicios, las cuales tendrían que sujetarse al Derecho Administrativo. De esta manera se establecen limitaciones a la aplicación del Derecho Privado evitándose posibles abusos en base al mismo.

Este acercamiento a la gestión privada de la Administración Pública se vio reforzado en el año 1951 con la reforma de la Ley de Sociedades de 17 de julio, la cual estableció una excepción a la regla general de la necesidad de tres socios como mínimo para poder constituir una sociedad. La excepción, recogida en el artículo 10, concedía la posibilidad a la Administración Pública de constituir una Sociedad Anónima con un solo socio, esto es, si la constitución es fomentada por organismos estatales, provinciales o municipales podrá la sociedad constar de un solo socio⁵³, ex tunc, fueron creadas numerosas sociedades por parte de la Administración Pública sujetas al Derecho Privado.

Hasta la década de los cincuenta del siglo XX la huida del Derecho Administrativo tan solo se había proyectado sobre las actividades económicas de la Administración⁵⁴ dándose un importante paso hacia adelante con las Leyes de Régimen Local y Reglamentos de Servicios, de 17 de junio de 1955, y, especialmente, con la Ley de Entidades Estatales Autónomas de

⁵¹ José Luis Villar Palasí nació en Valencia en el año 1922 y murió en Madrid en el año 2012. Fue un intelectual y político español que ocupó los cargos de subsecretario del Ministerio de Comercio, Ministro de Educación y Presidente del Consejo Superior de Investigaciones Científicas. A modo de apunte debe señalarse que fue el padre de la denominada EGB y la obligación de escolarizar a los menores hasta los 14 años.

⁵² Villar Palasí, J. (1950), *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, Núm. 3, pp. 54 a 130.

⁵³ Parada Vázquez, R. (2008), *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons, p.249

⁵⁴ Como señalan los profesores García de Enterría y Fernández en su obra “Curso de Derecho Administrativo I” la opción de la gestión privada en este ámbito podía justificarse por motivos de igualdad con respecto a las empresas que se encuentran en el Mercado, por motivos de flexibilidad que la propia naturaleza de las actividades industriales requiere, o por motivos de necesidad por ser la contabilidad pública demasiado rígida para ser aplicada en este ámbito. No obstante, estos motivos solo parecen justificar la irrupción de la gestión privada en el ámbito de las actividades económicas pero no así en las puramente administrativas.

1958, pues en ellas no solo se trataba los aspectos económicos de la actividad de la Administración, sino que también se trataban aspectos referidos a la actividad administrativa propiamente dicha. La Ley de Entidades Estatales Autónomas cobra una importancia vital, ya que es mediante ella como se consagra la fórmula societaria y la sujeción al Derecho Privado, pues, junto a los organismos autónomos clásicos definió otra categoría de entes, denominados Empresas Nacionales y que se presentan como entidades cuyo objetivo es la realización directa de actividades industriales, de transporte, mercantiles y cualquier otra que pueda considerarse equivalente a estas por su naturaleza. Según el profesor Martín-Retortillo⁵⁵ esta Ley debe de ser percibida como el primer resultado de los intentos orientados a reordenar la administración institucional y con la cual tenía un doble objetivo: de un lado, se intenta acabar con la excesiva creación de organismos autónomos que se regían por una regulación propia, y de otro, acabar con la caótica regulación que regía las empresas públicas para otorgarlas una regulación homogénea.

En este periodo histórico existía la percepción de que la actividad empresarial de la Administración era armonizable con las garantías y transparencia que la sujeción al Derecho Administrativo obligaba. Esta visión es plasmada en el Reglamento de Contratos del Estado de 1967 que impone la obligación a las Empresas Nacionales de respetar y actuar conforme a la normativa de contratos del Estado aunque no consigue acabar con las dudas suscitadas por la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, la cual versaba⁵⁶ que los organismos autónomos debían de contratar según los términos de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública pero no mencionaba nada sobre las empresas nacionales. Esta incertidumbre será resuelta por el Reglamento General de Contratación del Estado que fue aprobado el 25 de noviembre mediante el Decreto 3410/1975⁵⁷, en él se van a excluir a las empresas nacionales de la sujeción al Derecho Administrativo en materia de contratación

⁵⁵ Sebastián Ricardo Martín-Retortillo Baquer nació en Huesca en el año 1931 y murió en la ciudad de Madrid en el año 2002. Fue un jurista, catedrático y político español que destacó en la etapa de la transición democrática española durante la cual ocupó cargos de responsabilidad entre los que destaca el cargo de Ministro Adjunto al Presidente del Gobierno en la primera legislatura de Adolfo Suárez.

⁵⁶ El artículo 41 de esta Ley versaba: “La contratación y ejecución directa de obras y servicios por los Organismos Autónomos se acomodará a lo establecido en el Capítulo V de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública y demás disposiciones aplicables al Estado, con excepciones y modificaciones que se establecen en los artículos siguientes”.

⁵⁷ Este Decreto en su Disposición Transitoria Segunda versaba: “Las Empresas Nacionales, aquellas entidades en las cuales la participación del Estado sea mayoritaria y los entes públicos que se rigen por el Derecho Privado en sus relaciones con terceros se sujetarán en materia de contratación de obras y suministros a sus normas administrativas especiales y a las que puedan dictarse sobre régimen jurídico de la Empresa pública, aplicándose en su defecto los principios de la presente legislación, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con aquéllos”.

limitándose, simplemente, a aconsejar a dichas empresas que en su actuación respeten los principios de publicidad y concurrencia esgrimidos desde la Administración Pública.

Esta huida hacia el Derecho Privado, que un principio solamente era una excepción a la regla general, acabo transformándose en Derecho Positivo⁵⁸ y adquiriendo la característica de general debido a la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 que, a través de sus artículos 4 y 6 abrirá una puerta para el distanciamiento de las Administraciones Públicas del Derecho Administrativo. Dos son las vías que se establecen en esta Ley y son, por un lado, la sujeción de la actuación de varios entes citados en la Ley al Derecho Privado; y por otro, se encomienda el ejercicio de funciones administrativas a entidades de carácter mercantil con forma societaria.

Las diferentes leyes aprobadas provocaron una intensificación del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo a lo que se unió en el año 1988 la modificación de la Ley General Presupuestaria mediante la Ley de Presupuestos, modificación consistente en la creación de un nuevo ente público denominado ente apátrida, esto es, los restantes entes del sector público estatal que no se encuentren recogidos en esta Ley. El paradigma que se desprende de la Ley General Presupuestaria es el que toman ciertas entidades creadas tras la aprobación de la misma. Algunos ejemplos de esa proliferación de dicho modelo son, la Comisión Nacional del Mercado de Valores⁵⁹ que realiza una serie de funciones relacionadas con la supervisión, inspección y vigilancia del Mercado de Valores, el Consejo Económico y Social⁶⁰ que se presenta como órgano consultivo del Gobierno en temas del ámbito laboral y del socioeconómico, la Agencia de Protección de Datos⁶¹ y el Banco de España⁶². Todos estos

⁵⁸ En este estudio entenderemos por Derecho Positivo el derecho escrito, esto es, aquellas palabras que han sido plasmadas sobre el papel bajo el formato de una norma.

⁵⁹ Esta Comisión fue creada por la Ley 24/1988, de 28 de julio, del Mercado de Valores, la cual en su artículo 14 versa que este ente estará sujeto al Derecho Privado cuando actúe en el campo de la contratación y de las adquisiciones patrimoniales. Además, este mismo artículo señala que el personal que se encuentre al servicio de la Comisión de Valores quedará vinculado a la misma en base a las normas de Derecho Laboral, apartando de los mecanismos de selección pública al personal directivo.

⁶⁰ El Consejo Económico y Social fue creado por la Ley 21/1991, de 17 de junio y en ella se va a establecer que el personal al servicio del Consejo tendrá una relación contractual con el mismo, esto es, una relación sujeta al Derecho Laboral. Al igual que ocurre en la Ley 24/1988, se exceptúa la selección del personal directivo con respecto a los mecanismos del Derecho Administrativo.

⁶¹ Esta Agencia se creó en virtud de la Ley 5/1992, de 29 de octubre, de Regulación del Tratamiento Automatizado de los Datos de carácter personal, en la cual se va a permitir la contratación de personal laboral en base a su artículo 34.4 que versa: "Los puestos de trabajo de los órganos y servicios que integran la Agencia de Protección de Datos serán desempeñados por funcionarios de las Administraciones Públicas y por personal contratado al efecto, según la naturaleza de las funciones asignadas a cada puesto de trabajo."

⁶² Esta institución fue creada mediante la Ley 13/1994, de 1 de junio, de Autonomía del Banco de España y coloca al Banco de España como autoridad monetaria y de supervisión de las distintas entidades crediticias.

entes son considerados entes apátridas⁶³ pero de todos los entes creados bajo este modelo el caso más impactante por la naturaleza del propio ente, es el de la Agencia Estatal de Administración Tributaria que tiene asignadas las funciones de gestión, inspección y recaudación tributaria, esto es, el paradigma de la potestad pública. Esta configuración de la Agencia Tributaria tiene como objetivo liberar a la Administración de la Hacienda Pública, de las normas del presupuesto de los órganos centrales y de las normas de selección de contratistas, además de permitir a la misma participar en el capital de cualquier entidad mercantil cuyos fines se encuentren ligados con los de la propia Agencia, de esta manera podrá crear un régimen autónomo y departamental en la gestión de su personal laboral y funcional⁶⁴. Mutatis mutandis, lo que se hace es dar a la Agencia Tributaria un régimen especial en lo referente a la gestión de su personal con el objetivo de que pueda desarrollar un política de personal adecuada a las características del Mercado, lo que se suele traducir en un aumento de las retribuciones con el que se pretende que no haya una fuga de cerebros. A tal respecto, el profesor Arroyo Yanes⁶⁵ señala que tal recurso no tiene porque ser considerado como una ruptura con el régimen funcional sino, más bien, como un elemento que rompe con la uniformidad mal entendida de la función pública⁶⁶.

Podemos observar como los diferentes entes públicos que son creados, únicamente someten al Derecho Privado su actividad logística con el objetivo de escapar a los rigurosos controles que existen sobre el gasto público y sobre el ámbito de la contratación, mientras que en el ámbito referido a las relaciones directas con los administrados y a las potestades públicas siguen sujetando su actividad al Derecho Administrativo pues beneficia a sus intereses particulares, de manera que cabe preguntarse si alguna vez renunciarán a esta posición privilegiada, siendo tal vez la respuesta aquella que daba Augusto⁶⁷ cuando le

⁶³ Otros ejemplos de este tipo de entes es el Consejo de Seguridad Nuclear, el ente público Radio Televisión Española, el Consorcio de la Zona Especial de Canarias, la Comisión del Sistema Eléctrico Nacional, la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones, entre otros.

⁶⁴ Parada Vázquez, *Derecho Administrativo II*, p.246

⁶⁵ Luis Miguel Arroyo Yanes es catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de Cádiz.

⁶⁶ Arroyo Yanes, L.M. (1994), *La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la Función Pública*, en AAVV, *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, I, Madrid, Civitas, p.227

⁶⁷ Caius Iulius Caesar Augustus (Cayo Julio César Augusto) nació en Roma en el año 63 a.C. y murió en Nola en el año 14 d.C. Fue el primer emperador del Imperio Romano y gobernó entre los años 27 a.C. y 14 d.C. convirtiéndose su mandato en el más longevo que conocería el Imperio. Cabe señalar que fue el propulsor de la denominada Paz Romana o Pax Augusta ganándose, también, el derecho a decir que llegó a una Roma hecha de ladrillo y dejaba una Roma hecha de mármol.

preguntaban sí los morosos cumplirían su deuda, ad calendas graecas⁶⁸. De esta manera, podemos decir que la personificación a través de la creación de entes apátridas supone seguir un camino que deja atrás al Derecho Administrativo común y da lugar a una multitud de regímenes especiales que nos hace pensar, a fortiori, que el final de este camino es la sujeción, en exclusiva, al Derecho Privado. Se hace necesario señalar en este punto que han sido más los caminos usados para huir del Derecho Administrativo, sirva de ejemplo la creación de sociedades públicas⁶⁹ a las que se atribuyen funciones de gestión de infraestructuras públicas o incluso de la realización de obras públicas; o la fórmula de la fundación privada la cual, con el endurecimiento de los controles procedentes de la legislación de sociedades y del Mercado de Valores, se presentó como una forma de gestión que otorga mayor discrecionalidad al ente en sus actuaciones que si este se disfrazaba de sociedad⁷⁰.

Esta intensificación⁷¹ del proceso de la huida hacia el Derecho Privado parecía indicar que este camino escogido se realizaría ab ovo usque ad mala y, además, parecía que sería recorrido de plano, pero, en el año 1997 es aprobada la Ley 16/1997, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, con la que se pretende simplificar, racionalizar y actualizar la dispersa normativa existente referida a la Administración institucional. Esta Ley derogó la Ley de Entidades Estatales Autónomas y parte de la Ley General Presupuestaria dando una nueva clasificación de organismos públicos estatales a los cuales define como entes creados bajo la vinculación de la Administración General del Estado y cuyas funciones se encontrarán relacionadas con actividades de ejecución o gestión. Esta

⁶⁸ Según Suetonio, historiador y biógrafo romano del siglo I, cuando el emperador Augusto trataba el tema de los deudores y morosos que no cumplían con sus deudas decía que pagarían ad calendas graecas, esto es, nunca.

⁶⁹ Algunos de los ejemplos más significativos son la empresa Barcelona Holding Olímpico, S.A. y la Sociedad Estatal para la Exposición Universal de Sevilla, que fueron creadas para llevar a cabo las funciones de contratación de las obras públicas que debían de acometerse para los Juegos Olímpico y la Expo 92. Cabe destacar también la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A. que se encarga de la contratación de los suministros y obras necesarias para los centros penitenciarios del país.

⁷⁰ Esta posición de las fundaciones privadas se consigue mediante la Ley 30/1994 de Fundaciones mediante la cual se liberalizó el régimen patrimonial y fiscal de estas fundaciones para, posteriormente, otorgar la posibilidad a la Administración Pública de crear este tipo de entes. Este argumento es ápuod por el profesor Parada en su obra Derecho Administrativo II, p.252.

⁷¹ En 1992, por ejemplo, se aprueba la Ley 27/1992, de 24 de noviembre, de Puertos del Estado y de la Marina Mercante, la cual va a crear dos entes públicos, el de Puertos del Estado y el de las Autoridades portuarias ambos entes se rigen por el Derecho Privado en su actuación, ya sea en la contratación de obra y servicio público, o en la contratación de personal.

En el año 1994 se aprueba mediante el Real Decreto de 28 de enero de 1994 el Estatuto de la RENFE en el que se intenta evitar la aplicación de la Ley de Contratos del Estado y los procedimientos que en ella se describen para la selección de contratistas a través de una simple omisión de este punto en el propio Estatuto. Lo más llamativo tal vez sea la posibilidad que la RENFE tiene de sustituir sus órganos por entidades que tomarán forma societaria y adquirirán personalidad jurídica, cambio que sólo requerirá de la previa autorización del Ministerio oportuno.

Ley va a distinguir dos tipos de organismos públicos estatales: los organismos autónomos que tienen encomendadas funciones de gestión, de prestación o de fomento de servicios públicos y van a vincular su actividad al Derecho Administrativo; y las entidades públicas empresariales que tienen encomendadas funciones de gestión de servicios, prestacionales y la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación y se rigen por el Derecho Privado salvo en la creación de voluntad de sus órganos y en el ejercicio de potestades administrativas, así como aquellos aspectos específicamente recogidos en la Ley. A parte de estos dos organismos públicos esta Ley crea tres entes más: las sociedades mercantiles estatales, que no pueden ejercer funciones que impliquen autoridad pública y se rigen por el Derecho Privado; las entidades apátridas, si bien este tipo de entes ya existía la Ley vuelve a nombrarlos señalando, que se regirán por sus propias legislaciones; y las Administraciones Independientes que se rigen por su normativa específica únicamente para aquellos aspectos que den eficacia a su autonomía.

No obstante, no podemos afirmar que la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado supusiera, en la práctica, un cambio significativo en el devenir de los acontecimientos ya que el personal directivo sigue ligándose al Derecho Privado, mientras que en lo referente al personal laboral se establece que su selección se hará conforme al Derecho Administrativo aunque no se establecen los medios necesarios para asegurar que dicha selección se haga conforme a esa premisa. Además, en su disposición transitoria tercera se prevé la posibilidad de iniciar un proceso de adecuación de los organismos y entidades de Derecho Público de manera individualizada, señalando que en el caso de que se lleve a cabo mediante una ley, podrán realizarse modificaciones del régimen general establecido por la Ley 6/1997.

Esta Ley 6/1997 supuso, como indicara el profesor Martín-Retortillo, un paso hacia adelante en la necesaria corrección del camino emprendido⁷² y, además, se sumaba a los pasos dados desde las instancias europeas que obligaron a una adaptación del ordenamiento jurídico español al Derecho Comunitario, adaptación que se realizaría mediante la Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas, la cual se proyecta sobre todas las entidades públicas, esto es, sobre las Administraciones principales, los organismos públicos y las entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia que lleven a cabo

⁷² Martín-Retortillo Baquer, S. (1997), *Reflexiones sobre las privatizaciones*, Revista de Administración Pública, n.144, p.14

actividades relacionadas con el interés general⁷³. Esta Ley va encontrar un importante apoyo en el año 1998 con la aprobación de la Ley 29/1998, de 13 de julio, sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa que versaba sobre el sometimiento, no solo de los contratos administrativos, sino también de los actos separables de preparación y adjudicación de los demás contratos sujetos a la Ley 13/1995 a la jurisdicción contencioso-administrativa⁷⁴.

Tal vez, estos pasos suponen una recuperación del terreno perdido del Derecho Público frente al Derecho Privado, la percepción por parte del legislativo de un fenómeno que no puede ser ignorado, pero con la multitud de actuaciones que se realizan para eludir estos avances⁷⁵, no cabe duda de que puede ser tan sólo un espejismo, esto es, una mera puesta en escena que oculte la realidad existente.

Con el paso de los años y el llegar del siglo XXI parecía que el camino hacia la recuperación del Derecho Público se había iniciado pero dos hechos iban a provocar un giro de tuerca en esta situación, concretamente nos estamos refiriendo a los atentados del once de septiembre de 2001⁷⁶ y a la crisis económica mundial iniciada en el año 2007 y cuyo final, por desgracia, aun no podemos indicar. Consecuencia de las políticas nacidas con estos acontecimientos es la legislación que encontramos en este siglo, en el que queremos destacar la aprobación del Estatuto Básico del Empleado Público⁷⁷ y la reforma constitucional del año 2011.

⁷³ Debe señalarse que aquellas entidades de Derecho Público que no se encuentran dentro de la definición establecida por la Ley 13/1995 en su artículo primero, quedan sujetas a la misma en lo concerniente al campo de la contratación de obras cuyo importe exceda el límite establecido, mientras que las sociedades mercantiles deberán de ajustar su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

⁷⁴ En lo referente a los contratos del sector público, podemos afirmar aquí que todos los avances producidos se deben al impulso que desde la Unión Europea se da en este ámbito con el objetivo de conseguir una contratación común para todos los miembros de la misma. De esta manera la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público aparece para dar respuesta al Derecho Comunitario además de modificar ciertas cuestiones relativas a la contratación administrativa que requerían de tratamiento. No obstante, esta Ley no ha sabido adaptarse a los nuevos tiempos y poco a poco se ha ido reformando por exigencias de la Unión Europea hasta el punto de que se hizo necesario realizar un texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público en el año 2011 (Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre) debido a la dispersión normativa existente en este ámbito. Este pedregoso camino, en nuestra opinión, se debe al intento incesante de España por no adaptar su legislación contractual pública a las directivas europeas ya que estas dificultan la huida hacia el Derecho Privado e incluso, en cierta medida, luchan contra este fenómeno.

⁷⁵ Martín-Retortillo, S. (1996), *Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, p.225

⁷⁶ Nos estamos refiriendo a los atentados llevados a cabo por la organización terrorista ALCAEDA en suelo estadounidense, concretamente en la ciudad de Nueva York estrellando dos aviones contra uno de los símbolos del capitalismo estadounidense, las Torres Gemelas. Este atentado, unido a los de Londres y Madrid, dio lugar a que la Seguridad ocupará un lugar que nunca había tenido, hasta tal punto de que se coloca por encima de la Libertad. Sirva de ejemplo el reciente caso de las presuntas escuchas ilegales por parte de Estados Unidos en todo el mundo.

⁷⁷ El Estatuto Básico del Empleado Público fue aprobado mediante la Ley 7/2007, de 12 de abril.

En lo referente al Estatuto Básico del Empleado Público podemos decir que este tiene el objetivo de regular los principios generales que serán de aplicación a todas las relaciones del empleo público, y pretende establecer los nexos y diferencias que dicho empleo tiene con respecto al que encontramos en el sector privado. En este Estatuto se consagra el régimen laboral dentro de la Administración Pública pues la permanencia del modelo laboral así lo indica, justificándose dicha permanencia en la ingente cantidad de personal laboral que se encuentra al servicio de las Administraciones Públicas y en las características de flexibilidad y proximidad del modelo laboral, las cuales se presentan como necesarias en determinados ámbitos de la Administración Pública. En cuanto a la justificación que hemos señalado en primer lugar, podemos decir que llama nuestra atención como una de las consecuencias derivadas del proceso de la huida hacia al Derecho Privado no solo no se intenta dar una solución al problema, sino que se ponen los cimientos para que este modelo se asiente dentro de la Administración, además dicha cimentación se ve reforzada por la equiparación que el Estatuto hace de los regímenes funcionarial y laboral. Esta igualdad entre uno y otro régimen puede ser observada en la inamovilidad⁷⁸ que en principio únicamente poseen los funcionarios, pero si partimos del hecho de que la Administración no puede despedir sin causa y en caso de despido improcedente se prevé la readmisión del trabajador y esto lo unimos a la tutela de la jurisdicción laboral, observamos como la inamovilidad parece ser, también, una garantía del empleado laboral aunque no se consagre en el propio Estatuto⁷⁹. En lo que se refiere a la flexibilidad del contrato laboral debemos de apuntar que se presenta más rígido de lo que pudiera parecer en un principio, esto es, en el caso de que un expediente disciplinario fuera anulado por una sentencia judicial la Administración Pública siempre estará obligada a readmitir al despido⁸⁰, sin posibilidad de hacer efectivo el despido mediante una indemnización como ocurre en el sector privado.

Por otro lado, el Estatuto señala que aquellas funciones que impliquen la participación en el ejercicio de potestades públicas o la salvaguardia de los intereses generales serán desempeñadas en exclusiva por los funcionarios. Esta afirmación encuentra, dentro del propio Estatuto, ciertos matices, como el de la disposición adicional quinta, que señala que a los

⁷⁸ Entenderemos por “inamovilidad” aquella garantía que tienen los funcionarios de no ser retirados del desempeño de sus funciones, al tiempo que es una garantía funcional del sistema público para que los funcionarios queden fuera de las presiones políticas y puedan desempeñar sus funciones con imparcialidad, objetividad y atendiendo al interés general.

⁷⁹ Parada, *Derecho Administrativo II*, p.409

⁸⁰ El artículo 96.2 del Estatuto Básico del Empleado Público versa: “Procederá la readmisión del personal laboral fijo cuando sea declarado improcedente un despido acordado como consecuencia de la incoación de un expediente disciplinarios por comisión de una falta muy grave”.

organismos reguladores de la Ley 6/1997 les será de aplicación el Estatuto en los términos que sus leyes de creación hayan previsto, de manera que sus empleados escapen al mismo por estar sujetos, en virtud a esas leyes, al derecho laboral; o el matiz contenido en el artículo 9 que hace una remisión a las leyes de desarrollo de las diferentes Administraciones Públicas, lo que da lugar a que tanto una ley estatal como una ley autonómica puedan cambiar esta reserva o incluso suprimirla.

Cabe señalar también que en ciertos aspectos incluso podría decirse que la condición de empleado laboral aporta mayores ventajas que la de funcionario. Así, por ejemplo, el funcionario debe de adquirir una serie de conocimientos y demostrarlo en una prueba de gran dificultad denominada oposición⁸¹, mientras que los empleados laborales podrán acceder a la Administración sin la necesidad, en ocasiones, de realizar una prueba. También puede ser destacada en este punto la disposición transitoria segunda que permite a los empleados laborales fijos que desempeñen funciones propias del personal funcionario que sigan desempeñándolas, además de otorgarles el derecho a participar en los procesos de promoción interna que se llevan a cabo mediante el formato concurso-oposición⁸².

Teniendo en cuenta todo esto, podemos advertir como los contratos laborales se asientan en la Administración Pública⁸³, especialmente en los organismos reguladores, para dar entrada a la legislación laboral, la cual aporta, como indicáramos anteriormente, una mayor protección del empleado laboral que lo equipara al personal funcionario y además se pueden establecer retribuciones y ventajas a las que el personal funcional, por su naturaleza, no puede acceder. En palabras del profesor Parada: *“La huida al derecho laboral*

⁸¹ En este estudio entenderemos por oposición aquellos procesos selectivos (suelen ser varios exámenes) que se realizan para acceder a los diferentes puestos de trabajo que oferta la Administración Pública.

⁸² Para definir el concurso oposición se hace necesario definir lo que entendemos por concurso. Así, el concurso es un procedimiento selectivo en el que no se realizan exámenes ya que las actitudes se valorarán en base a la titulación y la selección se hará realizando una valoración de los méritos aportados por los diferentes candidatos. De esta manera, podemos definir el concurso-oposición como la combinación del modelo de oposición y de concurso, en el que se llevarán a cabo unas pruebas de actitud y se tendrán en cuenta los méritos aportados por cada candidato.

⁸³ Según el profesor Barrio (Moisés Barrio Andrés es letrado del Consejo de Estado y profesor de Derecho Administrativo ICADE), esta dualidad de regímenes por la que se decanta el Estatuto viene determinada por la mayor libertad en la contratación de personal y por el hecho de que así se pueden eludir los principios constitucionales que envuelven al personal funcional. En su opinión, estamos ante *“...una auténtica contravención de las exigencias constitucionales en toda regla...”* más que ante una huida. Para conocer más sobre las reflexiones del profesor Barrio Andrés véase Barrio Andrés, M. (2011), *La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas*, Diario La Ley, n.7664, Editorial La Ley.

tiene además de esta explicación la de facilitar el nepotismo⁸⁴ en los nombramientos de los empleados públicos, la marginación de las oposiciones como sistema selectivo de mayor rigor. Así de claro.”⁸⁵.

Junto al Estatuto Básico del Empleado Público hemos destacado la reforma constitucional del año 2011 consistente en la introducción de una nueva redacción del artículo 135 mediante el cual se va a someter la actuación de todas las Administraciones Públicas al principio de estabilidad presupuestaria mediante el que se establece la prioridad en el pago de la deuda pública frente a otras partidas presupuestarias. Mediante este sometimiento al principio de estabilidad presupuestaria se propugna que la gestión de los recursos públicos ha de guiarse por la eficacia, la eficiencia, la economía y la calidad⁸⁶, principios propios del sector privado que se incorporan al sector público. De esta manera se consigue que los criterios seguidos en el sector privado no solo sean usados en el sector público sino que estos rijan toda la actuación pública allanándose así el camino para la huida del Derecho Administrativo, pues si la actuación de la Administración Pública se guía por los criterios de las empresas privadas, ¿Cuánto tardará esta en someterse al mismo derecho al que se someten las empresas privadas, el cual se ajusta mejor a los criterios que le sirven de guía en su actuación?

Por tanto, con la excusa de dar confianza a los Mercados Internacionales en nuestra economía, hemos sometido toda actividad pública al principio de estabilidad presupuestaria, el cual se presenta como una puerta abierta para el Derecho Privado en la Administración Pública, *mutatis mutandis*, se somete lo público a lo privado.

Para finalizar este apartado debemos señalar, también, que durante el siglo XXI se han seguido creando multitud de entes que tienen encomendadas auténticas funciones públicas y

⁸⁴ Definimos ‘nepotismo’ como el abuso de poder o reparto de cargos en favor de parientes o amigos. Por desgracia, no nos cabe duda de que dentro de la Administración exista esta práctica, pues durante las Prácticas de Empresa, realizadas en el cuarto curso del Grado en Gestión y Administración Pública de la Universidad de Jaén, pedimos a un ayuntamiento poder realizar las mismas en él a lo que la respuesta fue no, debido, según dijeron, a que nuestra titulación no era la más adecuada para un Ayuntamiento, algo ilógico si se piensa. Con el transcurrir de los días, aquella persona que baso su no en nuestra falta de conocimientos nos dijo que de haber sabido los apellidos que seguían a nuestro nombre nos hubiesen permitido realizar las prácticas en el Ayuntamiento. Es este hecho el que nos lleva a hacer nuestras las palabras del profesor Parada, pues si hemos podido presenciar el nepotismo en un nivel tan superfluo como es el de las Prácticas de Empresa seguramente se encuentre en niveles de mayor transcendencia, con el peligro que ello conlleva.

⁸⁵ Parada, *Derecho Administrativo II*, p.433

⁸⁶ Artículo 7.2 de la Ley 2/2012, de 27 de abril, de Estabilidad Presupuestaria y Sostenibilidad Financiera.

que se encuentran sujetos al Derecho Privado, como es el caso de la Comisión Nacional de la Competencia⁸⁷, la Comisión Nacional del Sector Postal⁸⁸ o el Consejo Estatal de Medios Audiovisuales⁸⁹. Observamos pues como la tendencia legal es la profundización en el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo haciéndose ciertas las palabras del profesor Martín-Retortillo a la que hacíamos referencia anteriormente, esto es, aquella oposición legal que parecía hacerse a este fenómeno, no resulto más que un espejismo que al acercarnos desaparece.

4.3. La exégesis doctrinal, las dos caras de una misma moneda

El trabajo realizado hasta el momento nos permite observar la existencia del fenómeno de la huida del Derecho Administrativo de las Administraciones Públicas y el largo camino que este ha recorrido, lo que ha dado lugar a una exégesis doctrinal, esto es, una confrontación de ideas dentro de la doctrina que luchan por imponerse, de manera que encontramos autores que defiende fervientemente la aplicación del Derecho Privado mientras que otra parte de la doctrina se opone con rotundidad a dicha aplicación. Cabe destacar también una posición intermedia que entiende que una aplicación conjunta del Derecho Público y el Derecho Privado a la Administración Pública sería la opción más lógica para atender las necesidades que impone el momento actual.

Por tanto, abordaremos en este apartado las diferentes posiciones surgidas con respecto a la huida hacia el Derecho Privado, centrándonos en dos debates clave que han tenido lugar alrededor de este fenómeno, nos estamos refiriendo al debate surgido a raíz del estatuto jurídico de la RENFE⁹⁰ aprobado en el año 1964 y al debate sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de esta huida, lógicamente, este debate se produce tras la aprobación de la Constitución Española de 1978.

⁸⁷ Esta Comisión fue creada mediante la Ley 15/2007, de 3 de julio

⁸⁸ A través de la Ley 23/2007, de 8 de octubre, se crea la Comisión Nacional del Sector Postal

⁸⁹ Este Consejo se crea en virtud de la Ley 7/2010, de 31 de marzo.

⁹⁰ A través del Decreto 2170/1964 se aprueba el estatuto jurídico de la RENFE

4.3.1. La exégesis preconstitucional, la RENFE en el punto de mira

Como pudimos ver en el apartado anterior, la RENFE se presenta como el primer ente público que sujetó su actividad al régimen de empresa mercantil, el paradigma inicial de la expansión del Derecho Privado llevado a la práctica, para bien o para mal, uno de los símbolos del fenómeno que en este estudio tratamos.

Partiendo de esta premisa, no llama la atención que la doctrina eligiera el simbólico caso de la RENFE como núcleo central de la exégesis que suscitó la huida del Derecho Administrativo. No obstante, esta elección también viene marcada por los acontecimientos que tuvieron lugar en torno a dicha entidad, esto es, tras la aprobación en el año 1964 del nuevo estatuto jurídico de la RENFE, el Presidente del Consejo de Administración de la entidad encarga al profesor García de Enterría la confección de un Dictamen⁹¹ en el que examine dicho estatuto.

En su estudio, el profesor García de Enterría señala que todas las ventajas que puedan darse en la empresa privada pueden ser perfectamente trasvasadas a los entes públicos sin necesidad de transformarlos en sociedades anónimas, abordando cuantas reformas sean necesarias para alcanzar un funcionamiento eficaz ya que no existen barreras técnicas que impidan esas reformas. Esta reflexión la realiza tras observar que la Ley de Entidades Estatales Autónomas lleva a cabo una sujeción a Derecho algo particular, así, la forma jurídica de la sociedad anónima se sujetará al Derecho Privado mientras que la forma pública de personificación quedará ligada al Derecho Administrativo. Dicha particularidad será definida como simplismo por parte del profesor García de Enterría.

Uno de los autores que apoyará esta visión de crear una casa a partir de las bondades de las existentes, esto es, crear nuevas entidades que cogerán de cada Derecho concreto aquello que más les beneficie para la consecución de sus objetivos, será Arauz De Robles⁹² quien considera que se ha producido una fusión del los ámbitos público y privado quedando fuera, simplemente, aquellas funciones que por su naturaleza quedan aisladas y no pueden ser fusionadas. No obstante, la inexistencia de fronteras entre lo público y lo privado puede

⁹¹ García de Enterría, E. (1965), *Estudio para el proyecto de estatuto de RENFE*, Revista de Administración Pública, n.46, pp.431-444.

⁹² Santiago Arauz De Robles es un jurista y escritor español que ha llevado a cabo parte de su carrera en la Administración Pública.

conllevar, según señala Arauz De Robles, la inoperancia de instituciones que son consideradas básicas para la seguridad jurídica⁹³.

Las críticas sobre el paradigma empleado para el estatuto jurídico de la RENFE llegarían en el año 1972 de la mano del profesor Ariño Ortiz⁹⁴, quien denunció un sistema carente de garantías y control externo en la adjudicación de contratos valorados en cantidades ingentes de dinero con la excusa de otorgar mayor flexibilidad en su actuación a entidades consideradas diferentes del Estado. Este autor va a considerar que el hecho de que entidades como la RENFE queden exentas del régimen general del Derecho Público a favor de un régimen específico de libre elección, es algo inaceptable, estando la solución en la formulación de normas solemnes que establezcan una serie de garantías a posteriori y que permitan una mayor agilidad en la actuación de esas entidades⁹⁵.

Más duro será en sus críticas el profesor Bermejo Vera⁹⁶ que rechaza con rotundidad la sujeción al Derecho Privado de la RENFE, señalando que, como esta es un ente público encaja por lógica en la definición de Administración Pública además de llevar a cabo una actividad de servicio público en la celebración de sus contratos, no se puede negar que también queda sujeta a la Ley de Contratos del Estado y si tenemos en cuenta que *lex posterior derogat priori* cuando son contrarias y del mismo rango, no puede haber lugar a dudas en que la RENFE debe de ligar su actividad contractual al Derecho Administrativo⁹⁷.

No puede negarse que, a pesar de que han pasado décadas desde el inicio de esta discusión doctrinal, hoy en día sigue estando de rabiosa actualidad debido a la práctica de la privatización, esto es, transferir una empresa o actividad pública al sector privado⁹⁸. Esta privatización se va a proyectar de tres formas diferentes: una de ellas será el uso de los procedimientos establecidos en el Derecho Privado así como de las personificaciones por parte de la Administración Pública, transferir al sector privado una función pública y

⁹³ Arauz De Robles, S. (1965), *Notas sobre el régimen jurídico del patrimonio de la RENFE*, Revista de Administración Pública, n.46, pp.321-368.

⁹⁴ Gaspar Ariño Ortiz es un abogado y político español y ha sido catedrático de Derecho Administrativo de varias universidades como puedan ser La Laguna, Barcelona, Valladolid, para acabar finalmente en la Universidad Autónoma de Madrid desde 1988.

⁹⁵ Ariño Ortiz, G. (1972), *La Administración Institucional. Bases de su régimen jurídico*, Madrid,

⁹⁶ José Bermejo Vera es catedrático de Derecho de la Universidad de Zaragoza desde el año 1983 y entre todos los posibles méritos que pueden ser nombrados señalaremos su condición de miembro de la Real Orden de Alfonso X el Sabio en la categoría de cruz desde el año 1971.

⁹⁷ Bermejo Vera, J. (1975), *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de RENFE*, Tecnos, pp.293 y ss.

⁹⁸ Esta definición se encuentra recogida en el Diccionario de la Real Academia de la Lengua.

transferir a ese mismo sector una actividad comercial o mercantil que es llevada a cabo por la Administración Pública⁹⁹. No obstante, como los tiempos han cambiado la discusión también lo ha hecho, de manera que en nuestros días el núcleo de la misma es la constitucionalidad o inconstitucionalidad no sólo de la privatización sino también del propio fenómeno de la huida hacia el Derecho Privado, lo cual nos a la exégesis preconstitucional.

4.3.2. La exégesis preconstitucional. Constitucionalidad o inconstitucionalidad, dos opciones válidas

Los motivos que han dado lugar a la huida del Derecho Administrativo son, según el profesor Troncoso¹⁰⁰, el hecho de que se considere un instrumento inútil o incluso un obstáculo para conseguir una actuación eficaz y eficiente por parte de la Administración Pública, los rígidos e incorrectos procedimientos así como la multitud de controles alejan el objetivo de la eficacia y a esto tenemos que sumar una regulación y procedimientos de selección referentes a la contratación que carecen de la flexibilidad que es requerida y un régimen funcional que se presenta como la causa de la fuga de cerebros al sector privado¹⁰¹.

No obstante, el Derecho Administrativo no sólo tiene que establecer una serie de prerrogativas a favor de la Administración Pública que le permitan desempeñar sus funciones con eficacia, esto es, su único objetivo no es la eficacia sino que también debe de proteger al ciudadano frente a la Administración Pública de posibles abusos y garantizar que todos los poderes públicos quedan sujetos a los principios de actuación pública. Esta característica de derecho garantizador se presenta como fundamental ya que es a través de ella como se aseguran esos principios de actuación que se recogen en la Constitución española y que velan por una relación ciudadano-poderes públicos apropiada, protegen el interés general frente a los intereses particulares y frente a los propios administradores de la Administración Pública¹⁰².

⁹⁹ Martín-Retortillo, *Reflexiones sobre las privatizaciones*, pp.7-43

¹⁰⁰ Antonio Troncoso Reigada es profesor titular de Derecho Constitucional de la Universidad de Cádiz y Doctor en Derecho por la Universidad de Bolonia. Entre sus logros quisiéramos destacar el premio “Nicolás Pérez Serrano” a la mejor tesis doctoral de Derecho Público del año 1993.

¹⁰¹ Troncoso Regeida, A. (1997), *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid, p.50

¹⁰² Leguina Villa, J. (1995), *Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo*, Revista Jurídica de Navarra, n.19, p.12

Estas características exclusivas del Derecho Administrativo que lo posicionan como derecho garantizador, según Sala Arquer¹⁰³, no se encuentran en el Derecho Privado, lo que hace pensar que no estamos ante una huida hacia el Derecho Privado sino ante una huida del Derecho¹⁰⁴. En este sentido, el profesor Martín-Retortillo señala que la flexibilidad y la eficiencia no son más que cortinas de humo con las que se intenta tapar el verdadero objeto de esta huida del Derecho Administrativo, esto es, eludir las garantías y controles de dicho derecho, ergo, eludir el Derecho Constitucional¹⁰⁵, mientras que Villar Palasí considera que lo que se pretende con este camino emprendido hacia el Derecho Privado no es otra cosa que el intento de huir de todo derecho¹⁰⁶. El profesor Troncoso, por su parte, va a relacionar la huida del Derecho Administrativo con el nepotismo¹⁰⁷, esto es, se huye del Derecho Administrativo con el objetivo de poder llevar a cabo la práctica del clientelismo, de atender a intereses particulares y de aumentar la ya considerable inmunidad del poder.

Estos autores se centran en la crítica al uso del Derecho Privado que se da en la Administración Pública, pero al margen de estas críticas está la cuestión de la constitucionalidad de ese recurso. De un lado vamos a encontrar una posición que entiende que la Constitución española no hace una reserva general del Derecho Administrativo. En este sentido, el profesor Borrajo¹⁰⁸ entiende que la Constitución otorga al legislador, prácticamente, una plena potestad para determinar la actuación y modo de organización de la Administración Pública, de manera que este puede, si lo desea, establecer técnicas jurídicas novedosas si considera que las actuales no cumplen con los objetivos establecidos¹⁰⁹. Además, este autor no considera que se produzca una desaparición de las garantías y los controles pues el Derecho Privado en sus ramas civil, laboral y mercantil impone controles a la actuación de la Administración, lo que supone que no pueda hablarse de una huida del Derecho en general ya que, para hablar de esa huida, es conditio sine qua non que no existan dichos controles y garantías. De esta manera, se aplicaría a la Administración Pública los preceptos del Derecho Civil referidos a los administradores de bienes ajenos mediante los que

¹⁰³ José Manuel Sala Arquer es abogado, catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Rey Juan Carlos de Madrid y letrado de las Cortes Generales.

¹⁰⁴ Sala Arquer, J.M. (1992), *Huida al Derecho Privado y huida del Derecho*, REDA, n.75, pp.399-406

¹⁰⁵ Martín-Retortillo, *Reflexiones sobre la "huida"*, p.215

¹⁰⁶ Villar Palasí, J.L. (1994), *Tipología y Derecho Estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*, en AAVV, *Administración instrumental: Libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*

¹⁰⁷ Troncoso, *Privatización...*, p.56

¹⁰⁸ Ignacio Borrajo Iniesta es licenciado en Derecho y Doctor en Derecho por la Universidad Complutense de Madrid. Es profesor de la IE University y letrado del Tribunal Constitucional de España.

¹⁰⁹ Borrajo Iniesta, I. (1993), *El intento de huir del Derecho Administrativo*, REDA, n.78, p.235

se establece un abanico más amplio de limitaciones que el que se encuentra para los administradores de bienes propios, mientras que en el Derecho Mercantil encontramos las limitaciones dadas a través de la protección de los consumidores, de los preceptos de la competencia, de las auditorías externas, entre otras. Otro aspecto importante es el hecho de que la actuación de la Administración Pública está sujeta a las normas que provengan del Derecho Comunitario y a la Constitución, esto es, a los principios constitucionales por lo que no podrá aplicársele el Derecho Privado en el mismo sentido que se le aplica a las empresas, así, los Tribunales tendrán que crear un Derecho adaptado a las peculiaridades de la Administración Pública a través de la jurisprudencia¹¹⁰.

A *contratio sensu* se pronuncian otros autores que van a considerar que existe una reserva general del Derecho Administrativo en la Constitución española, lo que da lugar a la inconstitucionalidad del fenómeno que está teniendo lugar. Esta corriente de opinión es la que sigue el profesor Parada que considera inaceptable que la Administración Pública vaya hacia el Derecho Privado pues existe la consagración de un régimen administrativo dentro de la Constitución siendo el mismo investido de una garantía institucional, además de establecerse una Jurisdicción contencioso-administrativa encargada de aplicar el Derecho Público¹¹¹. Esta conclusión se ve apoyada por lo que el profesor Parada denomina “principios connaturales” que desde la Constitución se establecen al régimen jurídico-administrativo, de manera que la actividad de la Administración Pública queda sujeta a los mismos sea cual sea su forma¹¹². Estos principios a los que se refiere el profesor Parada son el de legalidad, el de prohibición de la arbitrariedad¹¹³, el de objetividad, mérito y capacidad¹¹⁴, el de igualdad¹¹⁵, el de imparcialidad¹¹⁶, y la necesidad de actuar mediante procedimientos previamente establecidos¹¹⁷.

¹¹⁰ Borrajo, *El intento de huir*, p.242

¹¹¹ Según el profesor Parada “...la imposibilidad de escapar del régimen de Derecho Administrativo derivaría de esa correlación constitucionalmente establecida entre administraciones públicas y sometimiento a la justicia administrativa.”. Parada Vázquez, R. (2008), *Concepto y Fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons, p.25

¹¹² Parada, *Concepto y Fuentes*, p.25

¹¹³ Este principio se encuentra recogido en el artículo 9.3 de la Constitución española.

¹¹⁴ El artículo 23 de la Constitución recoge estos principios.

¹¹⁵ Este principio queda recogido tanto en el artículo 14 como en el artículo 23 de la Constitución.

¹¹⁶ Principio consagrado en el artículo 103 de la Constitución.

¹¹⁷ El artículo 105.3 de la Constitución española versa sobre este principio.

Otra autora que defiende la reserva general constitucional de Derecho Administrativo es la profesora Del Saz¹¹⁸ que considera que el artículo 103.1¹¹⁹ de la Constitución española está haciendo referencia al Derecho Administrativo al señalar esa sujeción a la Ley y el Derecho, conclusión que se apoya en la expresa mención que la Constitución realiza en su artículo 153.c) de la jurisdicción contencioso-administrativa a la cual se encomienda el control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas en lo referente a la administración autónoma y sus normas reglamentarias. Esta mención nos permite comprender que el artículo 106.1 de la Constitución al versar que: “Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.”, se está refiriendo a los Tribunales contencioso-administrativos y a la legislación administrativa¹²⁰. Al igual que el profesor Parada la profesora Del Saz señala la importancia de los principios connaturales del régimen jurídico-administrativo a los que la Constitución somete a la Administración y es de esta manera como la constitución establece la conexión entre el régimen jurídico administrativo, la jurisdicción contencioso-administrativa y la actividad de la Administración Pública, lo que da lugar a la inconstitucionalidad de la huida del Derecho Administrativo¹²¹. En la opinión de la profesora Del Saz, a la reserva constitucional debe sumarse una serie de contras con respecto a la aplicación del Derecho Privado en las Administraciones Públicas. Así, el Derecho Privado actual no puede garantizar el sometimiento a los principios constitucionales ya que no dispone de procedimientos a posteriori que den legitimidad a la actuación administrativa, de manera que los principios de selección a los que someten a su personal laboral no se traducen en procedimientos que garanticen los mismos y si relacionamos esto con la jurisdicción social a la que se someten los contratos que se celebren, observamos como son burlados los derechos y principios constitucionalmente establecidos¹²², produciéndose los mismos hechos en la selección de contratistas. El Derecho Mercantil, por su lado, no ofrece garantías de que la Administración Pública quede sujeta a los principios constitucionales ya que el Derecho de competencia solo entiende de relaciones entre empresas productoras o distribuidoras dentro del Mercado, además las normas que protegen a los accionistas, consumidores, usuarios y

¹¹⁸ Silvia Del Saz Cordero es profesora titular de Derecho Administrativo de la UNED.

¹¹⁹ El artículo 103.1 versa: “La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo a los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.”

¹²⁰ Del Saz Cordero, S. (1992), *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, en *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, p.174

¹²¹ Del Saz, *Desarrollo y crisis*, pp.174-186.

¹²² Del Saz Cordero, S. (1994), *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, Revista de Administración Pública, n.133, p.69

competidores no están proyectadas en ocasiones al interés general y en otras ni si quieren pueden aplicarse porque la Administración Pública es el único socio existente¹²³.

Otra corriente de pensamiento dentro de la doctrina que podríamos caracterizar por su posición intermedia, es la defendida por la profesora Desdentado¹²⁴ que observa reservas parciales de Derecho Administrativo en el texto constitucional que se traducen en límites y principios que toda actuación administrativa debe respetar pues en caso contrario podría incurrirse en la inconstitucionalidad de dicha actuación. Los principios que indica la profesora Desdentado son el principio de igualdad ante la Ley y los poderes públicos, la garantía de audiencia del interesado en los procedimientos de los diferentes actos administrativos, los principios de imparcialidad y objetividad, el principio de mérito y capacidad en la selección de personal al servicio de la Administración Pública y el respeto a la interdicción de la arbitrariedad así como a los derechos fundamentales¹²⁵.

Este tipo de reservas parciales también son percibidas por la profesora Carazo¹²⁶, quien va a observar la existencia de una reserva constitucional de la Administración Pública en la cual confluyen la función de dirección política y las funciones ejecutivas de policía y de fomento, de manera que se obtiene una doble consecuencia, de un lado se establece un límite a la aplicación del Derecho Privado en la Administración Pública y, de otro lado, se delimita el ámbito material que va a poder desligarse de la misma¹²⁷. Según la profesora Carazo la reserva constitucional de Administración Pública es perfectamente observable en la denominada actividad de policía, de manera que *“la función de garantizar la seguridad ciudadana y la misión de proteger el ejercicio de los derechos y libertades, es competencia exclusiva de la Fuerzas y Cuerpos de Seguridad del Estado.”*¹²⁸. Esta atribución de funciones se realiza mediante el artículo 104¹²⁹ de la Constitución y el artículo 1.1 de la Ley Orgánica

¹²³ Del Saz, *La huida del Derecho Administrativo*, p.84

¹²⁴ Eva Desdentado Daroca es profesora titular de Derecho Administrativo en la Universidad de Alcalá.

¹²⁵ Desdentado Daroca, E. (1999), *La crisis de identidad del Derecho Administrativo. Privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*, Tirant lo Blanch, p.117

¹²⁶ María José Carazo Liébana es doctora en Derecho por la Universidad de Jaén. En la actualidad ejerce como profesora contratada doctora y titular acreditada del Área de Derecho Constitucional, así como de Vicedecana de Comunicaciones y Relaciones Institucionales.

¹²⁷ Carazo Liébana, M^oJ. (2011), *Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, n.27, p.54

¹²⁸ Carazo, *Algunos apuntes sobre*, p.54

¹²⁹ Este artículo versa en su punto primero que: *“Las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, bajo la dependencia del Gobierno, tendrán como misión proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana.”*

2/1986, de 13 de marzo, de Fuerzas y Cuerpos de Seguridad¹³⁰ y se presenta como consecuencia del Estado democrático de Derecho.

En nuestra opinión, la respuesta a sí es constitucional o inconstitucional el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo, dependerá de cómo sean interpretados los preceptos constitucionales y, de la misma manera, la existencia de una reserva general constitucional así como la existencia de reservas parciales también quedará sujeta a esa interpretación subjetiva que cada lector haga de la Constitución española. Por tanto, partiendo de esta premisa, podríamos considerar que todos los argumentos aquí expuestos son ciertos o, por el contrario, son erróneos, pues ese juicio dependerá de nuestra propia percepción de los argumentos y la convicción individual que de cada autor haga el lector. Esta sujeción a la subjetividad en el análisis de un fenómeno tan trascendental como es la huida al Derecho Privado, concretamente sobre la cuestión de su constitucionalidad, se debe a una característica de la Constitución española de 1978 que impregna el grueso del texto constitucional, nos estamos refiriendo a la ambigüedad del propio texto que tiene como consecuencia lógica la necesidad de interpretación de sus preceptos y el problema de toda interpretación es que se hace desde la subjetividad¹³¹, sobre todo si hablamos de interpretación constitucional.

Teniendo presente lo anterior, la interpretación que nosotros hacemos de los preceptos constitucionales y de esa característica tan propia de nuestra Constitución nos lleva a observar que, no solo es constitucional el camino emprendido hace más de un siglo, sino que la propia Constitución española mediante esa ambigüedad favorece el camino que lleva a la Administración Pública a su sujeción al Derecho Privado. Por tanto, no existe en la Constitución una reserva general de Derecho Administrativo y tampoco, reservas parciales del mismo.

La afirmación de una reserva general constitucional se basa en una conexión de preceptos constitucionales que encuentran en el artículo 153.c) de la Constitución su nexo, por ser en este en el que se realiza una mención expresa de la jurisdicción contencioso-administrativa. No obstante, no podemos obviar la otra cara de esa mención única, esto es, el

¹³⁰ El artículo 1.1 dice que: *“La seguridad pública es competencia exclusiva del Estado. Su mantenimiento corresponde al Gobierno de la nación.”*

¹³¹ Debemos señalar que no entramos aquí a considerar si la subjetividad es buena o perjudicial en este caso, pues simplemente lo que pretendemos es dejar constancia de que el Ser Humano cuando analiza e interpreta es subjetivo aunque ponga todo su empeño en ser objetivo.

hecho de que el constituyente obviase mencionar la jurisdicción contencioso-administrativa en los demás artículos de la citada conexión (estos artículos son el 103.1 y 106.1) salvo en uno, en aquel que se refiere al control de las Comunidades Autónomas, puede significar que este no pretendía establecer una reserva general del Derecho Administrativo a nivel constitucional pues, teniendo en cuenta esa mención expresa, parece intencionado ese silencio por parte de la Constitución, es decir, usa palabras ambiguas con el objetivo de permitir la irrupción del Derecho Privado en la Administración Pública y por ello es por lo que establecen los denominados principios de actuación del artículo 103.1 como límite a esa irrupción, límite que si se encontraba en entredicho su funcionalidad, con la reforma constitucional del artículo 135 queda derruido pues, como dijéramos al tratar esta reforma anteriormente, la actuación de la Administración Pública queda sujeta a los principios de estabilidad presupuestaria y sostenibilidad financiera, principios del Mercado que empujan a la Administración Pública al Mercado. Por tanto, el sometimiento pleno a la Ley y al Derecho y el control judicial de las actuaciones administrativas, no pueden ser entendidos como sujeciones al Derecho Administrativo, que al no ser expresamente mencionado queda como una de las posibles opciones que el ordenamiento jurídico ofrece.

Teniendo en cuenta lo anterior, parece claro que no existe una reserva general de Derecho Administrativo que frene de alguna manera el fenómeno de huida hacia el Derecho Privado pero, lo más alarmante, es el hecho de que no parece existir ningún tipo de reserva hacia ese derecho¹³² en la Constitución española. De esta manera, comenzaremos hablando del artículo 103.3 de la Constitución referido a los funcionarios públicos en el cual se menciona la regulación por parte de una Ley del estatuto de los mismos pero, en ningún momento prohíbe la incorporación de personal laboral a la Administración Pública o expresa que el régimen funcional sea el que exista en exclusiva dentro de ella lo que junto a la ambigüedad del artículo 103.1 nos lleva a entender que no existe una reserva funcional en la Constitución. En este sentido, la sentencia del Tribunal Constitucional 99/1987 no reconoce una reserva constitucional del régimen funcional admitiendo la contratación laboral, aunque esta opción se presenta como la excepción¹³³, de alguna manera se establece una

¹³² La única vez que se menciona la jurisdicción contencioso-administrativa es en el ya citado artículo 153.c) de la Constitución, pero si tenemos en cuenta que las Comunidades Autónomas han emprendido ese camino hacia el Derecho Privado desde hace décadas, parece lógico pensar que dicha mención no es más que un espejismo con el que ocultar aquello que no se quiere mostrar.

¹³³ Partiendo del análisis del Estatuto Básico del Empleado Público que realizamos anteriormente parece que no se tuvo en cuenta esa sentencia del Tribunal Constitucional ya que equipara ambos regímenes en prácticamente todos los aspectos.

reserva parcial del régimen funcional, reserva cuanto menos cuestionable pues no parece que dicho régimen se encuentre blindado realmente de ninguna manera desde el texto constitucional. En lo referente al artículo 104 ocurre lo mismo que en el artículo anterior, esto es, en un principio puede parecer que existe una reserva en este ámbito, pero, si tenemos en cuenta que no es una competencia exclusiva del Estado, sino que las Comunidades Autónomas pueden crear sus propias policías si así lo determinan sus respectivos estatutos¹³⁴, y a eso asociamos el silencio de este artículo con respecto al tipo de personal que debe de integrar en los Cuerpos y Fuerzas de seguridad, así como al novedoso anteproyecto de seguridad ciudadana que permitía a trabajadores de la seguridad privada detener a personas, potestad que aparentemente correspondía a los Cuerpos y Fuerzas de seguridad, parece cuanto menos cuestionable la reserva constitucional sobre la actividad de policía¹³⁵.

Otro artículo que podemos observar desde nuestro punto de vista es el que versa sobre el derecho a la educación, ergo, nos estamos refiriendo al artículo 27 de la Constitución española en el que se establece que todos tienen derecho a la educación (artículo 27.1) el cual deberá de ser garantizado por los poderes públicos (artículo 27.5), siendo la enseñanza básica (artículo 27.4) por un lado, obligatoria y, por otro, gratuita. En este caso concreto tal vez pueda observarse una reserva parcial de la enseñanza básica aunque la Constitución no describe dicha enseñanza, que bien podría establecerse entre los seis y diez años y bajo ningún concepto sería inconstitucional, lo que nos lleva a entender que dicha reserva parcial se presenta como una cortina de humo, además, nada dice sobre el tipo de personal que habrá de ser el personal docente de los centros educativos públicos. Volvemos aquí a observar una ambigüedad en el texto constitucional cuando parece obvio que hubiera sido más eficiente ser más claros y directos en tema tan complejo como es la educación, ocurriendo exactamente lo mismo con el artículo 41 referido a la Seguridad Social, esto es, se produce una reserva parcial pero únicamente referida a la asistencia y prestaciones en situaciones de necesidad siendo solamente nombrado el desempleo, de manera que en el caso de establecerse un

¹³⁴ En este sentido encontramos a las Comunidades de Cataluña y País Vasco como máximo exponente de creación de una policía autonómica. Debe señalarse que el Estatuto de Andalucía llegó a plantear esa posibilidad.

¹³⁵ A todo ello podemos sumar la potestad de los rectores de Universidad de permitir a la policía llevar a cabo una detención dentro de su propia Universidad o negarse a la misma (en el caso de producirse una detención dentro de la Universidad sin la autorización del Rector esta será considerada ilegal), otorgándose de esta manera una potestad de la actuación policial a una persona que nada tiene que ver con dicha actuación y que se basa en la garantía institucional que otorga la Constitución a las universidades (artículo 27.10). Parece razonable pensar que si existiera una verdadera reserva constitucional de un ámbito tan importante, esa concesión en base a una garantía institucional no habría sido posible.

sistema de Seguridad Social residual¹³⁶ como ocurre en Estados Unidos, no podríamos hablar de inconstitucionalidad y no debemos obviar que esto favorecería el mercado de los seguros.

Con todo¹³⁷, podemos concluir que el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo es constitucional y no porque se consiga eludir la Constitución sino porque esta misma así lo prevé, esto es, la característica ambigüedad de la Constitución es la manera que esta tiene de permitir el fenómeno de huida hacia el Derecho Privado sin la necesidad de recogerlo expresamente, se trata, por lo tanto, como ya hemos indicado en otras ocasiones, de un espejismo que nos hace percibir una cosa determinada mientras realmente acontece otra distinta.

Este espíritu de la Constitución española se entiende, a fortiori, si tenemos en cuenta que en el momento de su promulgación, occidente se encuentra bajo el influjo de las políticas neoliberales que apoyan el fenómeno objeto de este estudio, lo que lleva al constituyente, a nuestro entender, a seguir la tendencia occidental con el objetivo de presentar una España moderna. Además, no podemos olvidar que la huida del Derecho Administrativo lleva teniendo lugar más de un siglo y no parece extraño que la Constitución quisiera continuarlo aunque fuera mediante un ‘camino oculto’.

Debemos de señalar, que el hecho de que consideremos constitucional esta huida hacia el Derecho Privado no es un apoyo de la misma¹³⁸, sino todo lo contrario, una advertencia de que no existen límites reales a ese fenómeno de huida que nos permitan garantizar la existencia del Derecho Administrativo¹³⁹, esto es, no se está produciendo una evolución del

¹³⁶ Al decir sistema residual nos estamos refiriendo a cuando el propio sistema solo actúa en casos de necesidad y no de bienestar. Es, en cierto modo, una diferencia entre el Estado social y el Estado del bienestar.

¹³⁷ Mencionaremos en este punto la peculiar concepción que se establece del ciudadano en virtud de la huida del Derecho Administrativo. Esta concepción se basa en la introducción del concepto cliente en la Administración Pública para referirse a los ciudadanos con la consiguiente degradación de los mismos, pues no cabe duda que un cliente es menos que un ciudadano aunque en apariencia resulten similares. Además, los ciudadanos no se presentan como meros clientes de la Administración Pública sino que se presentan como lo que en términos empresariales se denomina accionista y aun así seguiría ese concepto quedando corto ante el concepto de ciudadano, el cual no puede ser cambiado por un concepto extrapolado del sector privado en donde lo trascendental suele ser el beneficio económico y no social.

¹³⁸ Usaremos en este punto la conclusión a la que llegan los profesores García de Enterría y T. R. Fernández que señalan que únicamente quedará justificado el recurso al Derecho Privado cuando la Administración Pública lleve a cabo actividades industriales o mercantiles, implicando el uso de este recurso plus ultra de aquellas un abuso de la personalidad jurídica con el objetivo de escapar del Derecho Público. Esta reflexión está recogida en García de Enterría y Fernández, *Curso*, p.391

¹³⁹ No puede haber dudas sobre la extraordinaria importancia del Derecho Administrativo dentro del Estado de Derecho y el papel que juega como derecho garantizador. No obstante, si es cierto que este debe de evolucionar de manera que se presente más flexible y eficiente, esto es, adaptado a los nuevos tiempos en los que le toca

Derecho Administrativo sino que este está siendo, como dijo el poeta¹⁴⁰, invisibilizado inclemente por el Derecho Privado.

5. CONCLUSIONES, LAS REFLEXIONES DEL ESTUDIO

Es evidente que el fenómeno de la huida del Derecho Administrativo está teniendo lugar desde hace décadas y, desde que inicio su andadura, no ha hecho más que avanzar hacia adelante provocando la sustitución progresiva de ese derecho situando en su lugar el Derecho Privado, sin que se deje opción a la evolución del propio Derecho Administrativo de manera que pueda adaptarse a los nuevos tiempos. De esta manera, en los últimos cien años cada vez que algo ocasionaba problemas que encontraban su base en el Derecho Administrativo, en vez de darle una solución desde la propia legislación administrativa apoyando así su evolución, lo que se ha hecho, ha sido recurrir al Derecho Privado ahogando toda esperanza de adaptación por parte del Derecho Público a los nuevos tiempos. Además, puede observarse como a medida que avanzamos en ese camino de huida se hace más difícil y requiere de un mayor esfuerzo el volver a dar al Derecho Administrativo la consideración que este derecho se merece como derecho garantizador, en cierta manera, *abyssus abyssus invocat*.

Las consecuencias de este fenómeno son de lo más variado ya que afectan a todos los ámbitos de la Administración Pública. De esta manera, hemos podido observar como en el nombre de principios propios del sector privado se eluden las garantías del Derecho Administrativo, aunque quien hace la Ley hace la trampa, esto es, se eluden las garantías y controles pero se conservan las prerrogativas que ese mismo derecho concede dando lugar a una mayor inmunidad del poder, de forma que acaban prevaleciendo los intereses de la propia Administración Pública frente al interés general y si tenemos en cuenta el nepotismo existente dentro de la propia Administración, podemos llegar a la conclusión de que esta atiende a intereses particulares.

Por otro lado, la equiparación de los regímenes funcionarial y laboral en el seno de la Administración Pública ha provocado que la figura del funcionario se vea desvirtuada e

desenvolverse pero, para poder llevar a cabo dicha reforma del Derecho Administrativo se presenta como necesaria una reforma constitucional que permita establecer, cuanto menos, reservas parciales de este derecho mediante preceptos claros y sencillos que no den lugar a la interpretación, que como dijimos, siempre es subjetiva.

¹⁴⁰ Alcalá-Zamora Queipo de Llano, J. (2007), *Versos del Amor Muerto, poema: Invisible poseedor de ti*, Sial Ediciones, p.79.

infravalorada, pues la posición que las nuevas legislaciones dan al personal laboral permiten prescindir del personal funcionarial en ciertas actuaciones además de otorgar claras ventajas a aquel personal, lo que ha acabado con el tópico de que la mejor vida es la de un funcionario público pues, hoy en día, es preferible ser personal laboral fijo al servicio de la Administración Pública. Teniendo en cuenta la posición en la que queda el funcionario, no cabe duda de que es una figura cuestionada en los últimos tiempos, entre otras razones, por no tener cabida en el Derecho Privado, de manera que cuanto mayor sea el avance de este derecho mayor será su presión contra la figura del funcionario público, se trata, simplemente, de una incompatibilidad lógica pues, qué empresa va a querer a su servicio una clase de personal que no puede ser despedido cuando la misma lo necesite y el cual no puede mirar por los intereses de la propia empresa ya que está obligado a atender el interés general, suponemos que ninguna ya que sería un acto *ab re* según el Derecho Privado, claro.

Otra de las consecuencias de este fenómeno de la huida del Derecho Administrativo ha sido el poco tratado tema del ciudadano, siendo cuanto menos curioso el poco trato por parte de la doctrina de este ámbito tan delicado del Derecho Público y su situación en base a este fenómeno. Tal vez este sea, desde nuestro punto de vista, uno de los ámbitos en los que mejor pueden percibirse las consecuencias negativas de este fenómeno tan peculiar, pues la reducción del ciudadano a un simple cliente se presenta como uno de los grandes logros de esta huida hacia el Derecho Privado, el cual no puede conciliar con la figura del ciudadano ya que esta no puede ser extrapolada a ese derecho y tampoco puede ser creada una figura similar ya que la misma va contra los principios del Derecho Privado, de esta manera, la solución que se da es lo que podríamos comparar con un redondeo a la baja, esto es, buscar de entre las figuras existentes en el Derecho Privado aquella que se adapte mejor a la figura del ciudadano, además, no somos vistos como accionistas, socios o algún puesto de propiedad de lo que sería la gran empresa española, sino como meros clientes a los que se atenderá en función de su capacidad económica. La pérdida de garantías y derechos por el simple cambio de un concepto demuestra de la importancia que las palabras tienen en Derecho.

Todo este fenómeno de la huida del Derecho Administrativo se encuentra apoyado, como hemos podido observar en el apartado anterior, por la propia Constitución española en donde la ambigüedad se hace grande para dar lugar a enormes silencios que confunden la razón y ante lo que debe de actuarse de manera inmediata estableciendo preceptos que recojan expresamente la reserva del Derecho Administrativo pues, la

ambigüedad ha demostrado en los últimos 36 años favorecer la huida hacia el Derecho Privado, en la cual se ha profundizado de manera espectacular durante la etapa democrática, en especial en etapas de crisis las cuales otorgan mayor aceptación de este fenómeno sobre todo en su vertiente conocida como privatización. Es necesario no retroceder, sino avanzar hacia la recuperación del Derecho Administrativo y hacia su adaptación a los nuevos tiempos en los que debe de desenvolverse con agilidad en una realidad extremadamente cambiante que se proyecta sobre un marco global.

En definitiva, se trata de impedir que el Derecho Administrativo desaparezca definitivamente (algo posible si tenemos en cuenta que otra de las características de nuestra Constitución es la posibilidad de reformar cualquier precepto de la misma, esto es, en la Constitución no existen reservas absolutas) tras diluirse poco a poco en el Derecho Privado, pues como decía Cicerón “tenemos que ser esclavos de la Ley para ser libres”, mutatis mutandis, para asegurar la libertad del ciudadano la Administración Pública debe de ser ‘esclava’ del Derecho Administrativo.

6. BIBLIOGRAFÍA

Allen Posner, R. (1992), *Economic Analysis of Law*, Boston-Toronto-London

Arauz De Robles, S. (1965), *Notas sobre el régimen jurídico del patrimonio de la RENFE*, Revista de Administración Pública, n. 46, pp. 321-368

Ariño Ortiz, G. (1972), *La Administración institucional. Bases de su régimen jurídico*. Instituto de Estudios Administrativos, Madrid.

Arroyo Yanes, L.M. (1994), *La Agencia Estatal de la Administración Tributaria y la reforma de la función pública*, en AA.VV, *Administración instrumental: libro homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo I*, Civitas, Madrid.

Barrio Andrés, M. (2011), *La huida del Derecho Administrativo y sus nefastas consecuencias para las Administraciones Públicas*, Diario La Ley, Editorial La Ley, n. 7664.

Bermejo Vera, J. (1975), *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974). Estudio específico de la RENFE*, Tecnos.

Borrajo Iniesta, I. (1993), *El intento de huir del Derecho Administrativo*, REDA, n.78, pp. 233-250.

Carazo Liébana, M.J. (2011), *Algunos apuntes sobre la constitucionalidad de la privatización de los servicios públicos*, Cuadernos de Derecho Local, Fundación Democracia y Gobierno Local, n. 27, pp. 51-62.

Del Saz Cordero, S. (1992), *Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional*, en, *Nuevas perspectivas del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

Del Saz Cordero, S. (1994), *La huida del Derecho Administrativo: últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, Revista de Administración Pública, n. 133, pp. 57-98.

Durverger, M. (1962), *Instituciones políticas y de Derecho Constitucional*, Ariel, Barcelona.

García de Enterría, E. (1965), *Estudio para el proyecto de estatuto de RENFE*, Revista de Administración Pública, n. 46, pp. 431-442.

García de Enterría, E. (1994), *La lengua de los derechos. La formación del Derecho Público Europeo tras la Revolución Francesa*, Alianza, Madrid.

García de Enterría, E. y Fernández Rodríguez. T.R. (1997), *Curso de Derecho Administrativo I*, Civitas, Madrid.

García Pelayo, M. (1997), *Las transformaciones del Estado contemporáneo*, Alianza, Madrid.

Leguina Villa, J. (1995), *Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho Administrativo*, Revista Jurídica de Navarra, n. 19, pp. 9-13.

López Calera, N. (2004), *Teoría del Derecho*, Editorial Comares.

Martín-Retortillo, S. (1996), *Reflexiones sobre la "huida" del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid.

Martín-Retortillo, S. (1997), *Reflexiones sobre las privatizaciones*, Revista de Administración Pública, n.144, pp. 7-43.

Merkel, A. (1980), *Teoría general del Derecho Administrativo*, Editorial Nacional, México.

Montalvo Correa, J. (1997), *Fundamentos del Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid.

Nieto, A. (1986), *Estudios históricos de Administración y de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid.

Parada Vázquez, R. (2008), *Concepto y fuentes del Derecho Administrativo*, Marcial Pons.

Parada Vázquez, R. (1997), *Derecho Administrativo I*, Marcial Pons, Madrid.

Parada Vázquez, R. (2008), *Derecho Administrativo II. Organización y Empleo Público*, Marcial Pons.

Parejo Alfonso, L. (1991), *Crisis y renovación en el Derecho Público*, CEC, Madrid.

Sabine, G. (1988), *Historia de la teoría política*, Fondo de Cultura Económica, México-Madrid-Buenos Aires.

Sala Arquer, M. (1992), *Huida al Derecho Privado y huida del Derecho*, REDA, n.75, pp. 399-406.

Troncoso Reigada, A. (1997), *Privatización, empresa pública y Constitución*, Marcial Pons, Madrid.

Villar Palasí, J. (1950), *La actividad industrial del Estado en el Derecho Administrativo*, Revista de Administración Pública, n.3, pp. 54-130.

Villar Palasí, J.L. (1994), *Tipología y Derecho Estatutario de las entidades instrumentales de las Administraciones Públicas*, en AA.VV, *Administración instrumental: libro homenaje Manuel Francisco Clavero Arévalo I*, Civitas, Madrid.

