

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO
DE UN CONSTITUCIONALISMO DE
GARANTÍAS. ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Discurso leído el día 20 de abril de 2018 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

EXCMO. SR.

DON JOSÉ LUIS DE LA TORRE NIETO

y contestación del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Académico de Número



A Coruña, 2018

REAL ACADEMIA GALLEGA DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN

**EL CONTROL DE LEGALIDAD DE LA
ADMINISTRACIÓN EN EL MARCO
DE UN CONSTITUCIONALISMO DE
GARANTÍAS. ALGUNAS REFLEXIONES
SOBRE LA REGULACIÓN DEL PROCESO
CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO**

Discurso leído el día 20 de abril de 2018 en la Solemne Sesión de Ingreso
del Académico de Número

EXCMO. SR.

DON JOSÉ LUIS DE LA TORRE NIETO

y contestación del

EXCMO. SR.

DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

Académico de Número



A Coruña, 2018

© de la edición: RAGJYL
© de los textos: sus autores

Depósito Legal: C 1813-2019

Edita y patrocina la edición: Excm. Diputación Provincial de A Coruña
Imprenta Provincial - A Coruña

ÍNDICE

DISCURSO. SALUTACION	7
I.-EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO	11
I. Precisiones sobre el constructo administración pública.....	12
II. La administración publica como centro de imputación y sujeto jurídico	16
III. Un acontecimiento histórico: l'èvenement de le loi”	18
IV. La ley y el proceso de legitimidad del poder público	19
V. Hegemonía de la constitución sobre la ley.....	24
VI. La legitimidad del poder bajo el modelo del estado social de derecho	25
VII. El concepto de administración pública en la unión europea: administración pública nacional y administración pública comunitaria	37
VIII. Otras modificaciones del posicionamiento funcional de la administración que inciden en el proceso de legitimación y en la actividad de control jurisdiccional	45
IX. Opción por la intervención administrativa mínima. El impacto de la directiva de servicios en el procedimiento administrativo: autorización, declaración responsable y comunicación	49

II.-ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REDEFINICIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE UN CONSTITUCIONALISMO DE GARANTÍAS	56
I. Análisis general.....	56
II. Acciones frente a supuestos de inactividad administrativa. Conflictos contractuales y actos separables. Control de actos transnacionales.....	72
III. La recepción en la CE del proceso de construcción europea y su trascendencia para el proceso contencioso administrativo.....	84
IV. El agotamiento de la vía administrativa como presupuesto del proceso contencioso administrativo	94
V. La pretensión cautelar y autotutela administrativa.....	100
CONTESTACIÓN.....	111

I
DISCURSO
del
EXCMO. SR.
DON JOSÉ LUIS DE LA TORRE NIETO

Excelentísimo señor Presidente de la Academia

Excelentísimo señor Presidente del Tribunal Superior de Justicia

Excelentísimos señores y señoras académicos

Señoras, señores, amigos

Buena tarde:

Quiero que mis primeras palabras, al margen de toda declamación retórica, expresen sincera gratitud hacia los Señores Académicos responsables de que hoy se encuentre mi persona en este honroso e inmerecido trance; gratitud por lo tanto a los miembros de la Academia y que polarizo en la persona de su Presidente, don José Antonio García Caridad, ante cuya decisión de designarme académico no trataré de buscar merecimientos ni razones, sino solo agradecimiento por la altísima consideración que me han manifestado al admitirme en esta prestigiosa, querida y docta Corporación.

No puedo por menos que comprometer mi voluntad decidida de colaborar en las actividades de la Academia, respetados y queridos académicos, deber que asumo con gusto sin afán de protagonismo y de lo que quiero expresar en el presente acto público testimonio.

Mi agradecimiento, asimismo y de modo especial, al académico y amigo don José Luis Seoane Spiegelberg, Magistrado de brillante cu-

rriculum profesional y modelo de bonhomía personal, que ha accedido amablemente a asumir, en nombre de la Institución, la tarea de corresponder a mi discurso de ingreso.

Mi peripecia con el Derecho comenzó hace ya casi 50 años, al optar por iniciar mis estudios en la Facultad de Derecho de Santiago de Compostela, y me agrada ver hoy aquí a algunos compañeros de curso, todos ellos excelentes profesionales.

¿Por qué estudiar Derecho?; era por acaso, entonces, la mía una tibia inclinación por el Derecho fruto de un ambiente familiar con densa manifestación de profesiones jurídicas, a la que no era ajeno mi buen y recordado padre, y en cuya cabeza de estirpe familiar había un Registrador de la Propiedad.

Opté después por opositar al Cuerpo de Abogados del Estado, entonces una profesión que combinaba el Derecho público y el privado, y que permitía, una plataforma de conocimientos propia de lo que entonces era un abogado generalista, categoría hoy acaso muy difícil o casi imposible de sobrellevar por la inconmensurabilidad actual del Derecho; la circunstancia resultó favorable y exitosa al llegar destinado a Galicia donde me acogieron y dieron la alternativa un excelente grupo de profesionales y amigos, algunos ya en el recuerdo entrañable y otros hoy gozosamente presentes.

Estoy agradecido a la experiencia vital en el mundo del Derecho, que me ha dado la oportunidad de experimentar cuanto de cierto hay en las palabras del Quijote: lo mejor de la vida es cuando encuentras personas que hacen de pequeños instantes grandes momentos. Aunque también muchas veces he meditado que no me resultan ajenas las reflexiones de Juan de Mairena, ficticio poeta y docente, heterónimo de

Antonio Machado, cuando hacía a sus alumnos esta aguda reflexión: “leyó y aprendió tanto de tantas cosas que apenas tuvo tiempo de pensar en ninguna de ellas”.

Muchas gracias a los que habéis acudido a este acto y a quienes, deseándolo, no han podido hacerlo, por expresarme el honor, e indudable signo de consideración y afecto, de dedicar a ello parte de vuestro valioso tiempo.

I. EL DERECHO ADMINISTRATIVO COMO DERECHO CONSTITUCIONAL CONCRETIZADO.

El derecho administrativo tiene como objeto de estudio y regulación la Administración pública; afirmación que pese a su sencillez aparente encubre la dificultad de definir con precisión al referente “administración pública”, constructo que, en frase ya consolidada hace tiempo, se deja más fácilmente describir que definir, en parte por los avatares históricos pero también por la inherente e innegable complejidad de la institución referida y su hábil aptitud transformista.

En el trance de abordar un análisis desde la perspectiva de un constitucionalismo de garantías, que es el enfoque último que me propongo emplear, viene muy a propósito la afirmación de Fritz Werner según la cual el Derecho Administrativo es Derecho constitucional concretado o concretizado, es decir, que se da una patente e íntima relación recta vía entre ambos sectores, lo que no supone ni pretende minusvalorar la afirmación, que no cuestiono ni comprometo, de que todos los sectores del ordenamiento han de impregnarse y ser emanación y reflejo de los principios y valores constitucionales. Mas lo cierto es que es el Derecho administrativo, en el más amplio marco del derecho público,

aquel sector en el que se residencia la regulación de las relaciones entre los poderes públicos y los ciudadanos, y en el que, por consecuencia, ha de hacerse patente el adecuado equilibrio y ponderación entre las inexorables potestades exorbitantes del poder público, insoslayables en cuanto que manifestación de la estructura del Estado, y las garantías del ciudadano.

Ajustar esa fórmula y ese equilibrio es el substrato de los valores y principios constitucionales y los derechos fundamentales, materia que, a aparte de la que define la estructura del Estado, constituye el pórtico de cualquier constitución y desde luego la nuestra de 1978.

Soy muy consciente de que, en no pocas ocasiones, el ansia de alcanzar ciertos logros puede llevar al sujeto a establecer propuestas que por ambiciosas pueden ofrecer matices atrevidos y en cualquier caso provocadores; corro con gusto el riesgo de caer en esa crítica que espero que no sea merecedora de reproche.

Esta ecuación de ajuste no es cuestión exclusivamente dogmática sino que estoy convencido de que concierne actualmente muy intensamente a la legitimidad del poder público, como expondremos más adelante.

I. PRECISIONES SOBRE EL CONSTRUCTO ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

El análisis del control de la Administración desde la perspectiva de un constitucionalismo de garantías, requiere en primer lugar conocer el elemento referente. La Administración que nos interesa es aquélla que define la Constitución vigente, una pieza de la arquitectura del Estado, y que la CE describe y define como organización y como actividad, y

Administración que es, a la vez, desde una perspectiva, subjetivamente apreciada, un poder público y, desde otra perspectiva y objetivamente contemplada, una institución/ordenamiento en términos de Máximo Giannini.

Pero esta Administración no ha caído del cielo y creo que no sería comprensible ni haría justicia al personaje contemplar una foto fija del presente, que, pese a lo pudiere parecer, tampoco está inmóvil.

El Derecho público, como el Derecho en su conjunto, es un producto contingente, obra del hombre, un constructo “histórico” que requiere una explicación desde esta perspectiva, y cuyo origen, en la fisionomía referencial con que hoy lo conocemos y se nos aparece, se definió en el siglo XVIII e interactuando en el marco de los movimientos políticos revolucionarios liberales que tuvieron lugar a fines de ese siglo (con la lógica prolongación posterior). Al igual que el Estado, como en la actualidad lo conocemos, que es asimismo una forma también histórica de organización política de la vida social que en el marco de la cultura europea occidental se fraguó lenta pero proscutivamente en un proceso de reintegración del poder, disgregado y fragmentado tras la caída del Imperio romano, primero dispersado en múltiples poderes feudales bajo el criterio de patrimonialización territorial del poder, apoyada en el señorío de la tierra y en el marco de una sociedad estamental, y luego, paulatinamente, mediante la reintegración que fue acotándose y formando cuerpo en los siglos XV y XVI, afirmándose como concentración centrípeta de poderes en torno al príncipe o el rey, todavía bajo el paradigma de la sociedad y la monarquía estamental, en tensión frente al polo feudal que subsistía, apuntándose incipientemente, en torno al monarca reflejos de instituciones actuales, bajo criterios bien dispares que los presentes, tales como los Consejos o las Curias, dietas o Cortes medievales.

Sea como fuere, la evolución económica y social en nuestro país y su entorno, y el empeño y desempeño de la época imperial en lo que a nuestro solar patrio se refiere, debilitaron definitivamente las estructuras señoriales-feudales a la vez que potenciaron firmemente la estructura monárquica, dando pie a la creación de la monarquía absoluta incipiente, que desembocaría en el Estado policía, locución que, como sabemos aunque no está de más recordarlo ahora, no debe entenderse como alusiva al protagonismo de funciones de seguridad y preservación del orden público, según el prístino significado actual de la expresión, sino en términos de “buena *politeia*” en orden a la procura de bienestar de los súbditos a través de una acción conformadora del espacio de la sociedad civil por parte de la organización monárquica, siempre claro está bajo un sistema de confusión de poderes políticos, judiciales y administrativos.

Es en torno a esta acción de policía como surge y se potencia, como ha desarrollado mucho más ampliamente, el profesor Parejo, la “función administrativa” en el marco y en la época de las monarquías absolutas, dando pie a la configuración paulatina de una burocracia gestora, siempre en torno al Rey y sus secretarios o ministros; la confluencia de esa estructura organizativa y de la burocracia profesionalizada que la ocupa, es la primera manifestación de la Administración de la edad moderna, interactuando en alteridad con una sociedad civil en la que emergía una nueva clase protagonista, la burguesía identificada con los postulados de la Ilustración, que demanda una renovación del Estado exigiendo un nuevo orden basado en las tesis contractualistas roussonianas que caracterizaban la nación, substrato del aparato Estado como asociación política de ciudadanos libres cuya razón de ser es la defensa y ejercicio de sus derechos de libertad, sobre la base de en un marco

de relaciones entre la sociedad civil y los individuos, como realidades diferenciadas del Estado, y éste, y partiendo de la diferenciación neta y separación de los poderes y funciones, legislativo, ejecutivo y judicial.

Debe reseñarse la profunda diferenciación de esquemas vigentes entonces, en cuanto al concepto de la Administración en el marco de la monarquía absoluta, y la posterior Administración subsistente y transformada correspondiente al Estado de Derecho tras el proceso de constitucionalización. En efecto, bajo la monarquía absoluta el aparato Estado se hallaba personalizado en el Rey, entendido como institución transpersonal, lo que en el espacio inglés se denominaba *corporation sole* o la Corona, institución constituida como sucesión de personas titulares de la Corona y que se subvienen sucesivamente en el tiempo.

Tras la Revolución francesa y el advenimiento, en su primera modalidad, del Estado de Derecho, el Rey vino a ser sustituido en la soberanía, por un nuevo titular, el pueblo, como proclamó el art 3 de la Declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789 o incluso la constitución monárquica francesa de 1791 pero el incipiente remedo de derecho administrativo de aquellas épocas no manejaba la categoría de persona jurídica en referencia a la administración (ni tampoco concierne al Estado que solo se contemplaba como poder), salvo cuando, tal concepto de persona era requerido por exigencias de los criterios del derecho privado, cuando se trataba de la intervención del Estado en relaciones patrimoniales y contractuales o cuando era el caso de relaciones internacionales. Es posteriormente, a partir de exposiciones de la dogmática alemana, sobre todo Albrech y Gerber, en la tercera década del siglo XIX, cuando se propone por algunos la categorización del Estado como persona jurídica, por cierto con la oposición terminante de nada menos que Otto Mayer, el cual alertó de la inconveniencia de

subjetivizar la totalidad de la corporación “Estado”, ya que nada exigía explicar las distintas manifestaciones de sus poderes, por ejemplo la Ley o la sentencia, como emanaciones de la voluntad de su sujeto.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO CENTRO DE IMPUTACIÓN Y SUJETO JURÍDICO.

Sin embargo, la categoría persona jurídica, andando el tiempo sí se ha perfilado con gran éxito respecto a esa pieza del Estado que es la Administración, ya que a diferencia de la sentencia o la ley, el acto administrativo, el contrato, la responsabilidad patrimonial administrativa, o la misma personación como parte procesal en un proceso son dificultosamente entendibles sin la utilización de esa acepción o categoría jurídica. Es así como solamente la Administración, de entre todas las piezas del Estado, ostenta y evidencia la condición de persona jurídica en la actualidad.

Ello ha posibilitado erigir la noción de relación jurídico-pública, como categoría que explica la relación entre ciudadano o administrado y Administración, reservándose el concepto de ciudadanía o nacionalidad, además un estado civil entre nosotros, para las relaciones concernientes al Estado en su totalidad. En definitiva, la atribución de personalidad jurídica a la Administración buscaba definir jurídicamente un sujeto imputable (mientras que el Estado solo la evidencia en las relaciones internacionales con otros estados u organizaciones internacionales).

Esta configuración de la administración como sujeto imputable constituye un elemento íntimamente relacionado con el constitucionalismo de garantías y con su condición de parte procesal.

Y por cierto, que el debido ajuste entre Constitución y Derecho Administrativo puede tener lugar en un sentido o en el contrario y no se

vea en ello una contradicción; pues, en efecto, lo procedente y correcto, desde un constitucionalismo de garantías, es que el Derecho Administrativo se constitucionalice y no, en sentido contrario, que tenga lugar una administrativización de la Constitución, como después veremos.

Mencionábamos antes la separación de poderes, y ya sabemos que ésta no se llevó a efecto hasta sus últimas consecuencias, y que no adoptó idéntica formulación en los distintos espacios nacionales existentes; coexistiendo así, con sus respectivos desarrollos, el modelo inglés del *Common Law*, con soberanía en el Parlamento, el de la Revolución Francesa, y bajo su influencia el modelo castizo surgido de las constituyentes de Cádiz y la Constitución de 1812, ambos caracterizados por el reconocimiento para la Administración de un estatuto jurídico exorbitante del propio del derecho común, según el paradigma de los postulados de Montesquieu, aunque algo más atenuado en España, de modo que en el sistema continental, por contraposición al modelo inglés, y también por lo tanto en Alemania, nación en la que el proceso no siguió cauces revolucionarios sino de reforma, subsistió el principio monárquico trasunto del principio autoritario del estado absolutista coexistiendo así a la vez que el reconocimiento y protección de los derechos ciudadanos y la restricción del Estado a su cometido de garante de ese espacio social e individual de libertad, con la configuración de la autoridad estatal como estructura conformadora del orden social y a tal fin investida de un régimen jurídico exorbitante como *potentior personae*.

Es decir, que probablemente las connotaciones de la monarquía absoluta y las manifestaciones del principio autoritario del estado absolutista, en prueba de que las evoluciones institucionales históricos son secuenciales y no abiertas normalmente a rupturas radicales pese

a las apariencias contingentes de éstas que muchos eventos históricos pudiere parecer que traslucen, se proyectaron al advenimiento del constitucionalismo, y tamizaron e interactuaron con el constitucionalismo liberal condicionando la implantación del modelo de división y separación de poderes.

III. UN ACONTECIMIENTO HISTÓRICO: L'èvenement de la loi”.

En todo caso, el advenimiento del constitucionalismo, pasando de la monarquía absoluta al Estado de Derecho, implicó a la vez una nueva estructura del Estado y el reconocimiento hegemónico de una legalidad objetiva sobrepuesta; quedando sentadas las bases de un nuevo orden de relación entre la Legalidad y la Administración entendida esta tanto como institución como que aparato burocrático profesionalizado, sobre la base del paradigma del modelo napoleónico; en definitiva, fruto de aquel proceso constituyente apareció, por vez primera, una nueva concepción y funcionalidad de la legalidad, lo que Michelet denominó gráficamente “*l'evenement de le loi*”, todo un acontecimiento histórico de consecuencias ilimitadas que todavía actualmente se proyectan en nuestra vida y experiencia individual e institucional pese a los indudables desarrollos producidos.

Se hizo preciso entonces abordar los perfiles y el régimen de relaciones entre el Poder Ejecutivo y la Administración y el Parlamento, de una parte, y entre aquél y el Poder o función judicial; empezando por el principio de la meditada solución entonces adoptada, debe reseñarse, empero, que la predominante y primaria preocupación de los constituyentes franceses no atendió tanto a conformar el ejecutivo y la Administración cuanto asegurar efectivamente el reforzamiento de la novedosa atribución de soberanía a la nación y vicarialmente al Parla-

mento, para lo que era preciso afirmar sin ambages, como se hizo, la primacía de la Ley y la reconducción funcional de la Administración al cometido subordinado de ejecución de la legalidad y sometimiento a la misma.

Por otra parte y esto provocó consecuencias posteriores, los pensadores franceses, abordaron una singular interpretación de la separación de poderes en lo concerniente al deslinde de esferas entre Ejecutivo y función Judicial, previniendo temores que tenían por ciertos, y relativizando la significación de la garantía de la preservación de los derechos individuales del ciudadano, y no obstante el énfasis en dicha preservación, optaron por sentar la prohibición de interferencia de las funciones judiciales en la esfera y la actuación administrativa. De este modo el modelo nació con una inclinación asimétrica un tanto inconsecuente: prevalencia de la protección del poder ejecutivo frente al judicial en el trance de garantizar simultáneamente la protección del ciudadano frente al poder ejecutivo. Esa asimetría se patentizó, paradigmáticamente, en el modelo continental de derecho administrativo, caracterizado por la sujeción de la Administración a la Legalidad como *potentior personae* dotada de un estatuto especial exorbitante, no parangonable a la situación del ciudadano ante la legalidad misma.

IV. LA LEY Y EL PROCESO DE LEGITIMIDAD DEL PODER PÚBLICO.

Séanos permitido exponer, en trazo grueso, el devenir que deparó eso que Michelet denominó “*l’evenement de la loi*”.

Ante todo, cualquier proceso histórico, tal sea el descrito precedentemente, no pretende exponerse ni puede simplificarse hasta el punto de concluir en una evolución unívoca y lineal, pero sí interesa retener

que el Estado, actualmente y tras esa evolución un tanto intermitente si se quiere, viene connotado por la evidencia de que se apoya en la legitimación democrática, o lo que es lo mismo, el merecimiento de reconocimiento por la ciudadanía, y ello constituye su soporte; por su sometimiento al Derecho y por la evidencia de que constituyen, Estado y Administración, el primer operador, material y jurídicamente hablando, en el ámbito de la sociedad civil respectiva, tanto a nivel nacional como internacional.

Cabe reseñar, analizando “*l’evenement de la loi*” y sus precedentes que el decurso de lo que conocemos como Derecho público y Derecho Privado ha seguido cauces distintos; pues en Derecho público, sin el precedente del Derecho Romano, fue necesario abordar y consumir un proceso de teorización del poder político, Hugo Grocio, J. Bodin y tantos otros, que sentó las bases para la configuración del Estado como constructo abstracto y despersonalizado del rey, que incluye la función de la creación del Derecho, lo que conllevó simultáneamente un proceso de sedimentación y colmatación de técnicas institucionales y de modos de configuración del poder que se han ido acumulando.

En realidad el poder público siempre ha sentido en la historia la necesidad de legitimarse de un modo u otro, por convicción las menos de las veces y por conveniencia pragmática las más, porque, aun en el Estado Absoluto, no identificable con la esclavitud, la fuerza bruta no sirve como justificante estable del *statu quo*, más allá de lo coyuntural o episódico, consideración temporal esta que ha sido compatible con períodos prolongados en la historia de predominio de la fuerza y la autocracia.

Pero actualmente y desde hace decenios, el constitucionalismo exige, ya como derecho positivo, sin ambages, la legitimidad del poder, de todo poder, es decir el merecimiento de reconocimiento por la ciudadanía. Y, a los efectos de lo que ahora nos interesa en el presente análisis, la tutela judicial, y una adecuada conformación y correcto funcionamiento del proceso contencioso administrativo, constituye un componente esencial, no exclusivo desde luego, de esa legitimidad

Lo que sí ha variado es la fuente y la forma y modos de buscar y lograr esa legitimidad. Y en lo que concierne a la Administración en el Estado de la modernidad, su legitimidad puede identificarse y diferenciarse en tres grandes períodos: el primero correspondería al de legitimidad fundada en la naturaleza del poder y su origen; el segundo buscó el fundamento de la legitimidad en la naturaleza de los fines perseguidos por el aparato burocrático, fase que dio pie a la formidable teoría del servicio público que genialmente configuraron autores como Duguit o Jézé en el modelo continental francés, y posterior aunque no definitivamente, estamos en la búsqueda de un nuevo marco legitimador, que ha de atender necesariamente, sin perjuicio de otros parámetros, a la calidad de los métodos empleados en la gestión de las competencias sobre la base, ya innegable, del carácter vicarial y servicial, respecto a los ciudadanos, de la Administración.

No puedo ahora abordarlo pero sí debe enfatizarse que la complejidad social de la edad contemporánea, y la multiplicidad de fines y tareas asumidos por el Estado y la Administración, han propiciado un cuestionamiento de sus aptitudes para servir a la sociedad, lo que constituye un permanente test de la legitimidad misma que actualmente, diríamos, ha de revalidarse cotidianamente.

Lo que sí es innegable es que en ese proceso continuo pero cambiante de búsqueda de la legitimidad, ha tenido un significado de primer orden “*l'évenement de la loi*”, del que hablaba Michelet¹.

Conviene retener otra idea, presente en Locke, que ha tenido consecuencias posteriores aunque bajo otras formulaciones; contraponía Locke la ley general con lo que él denominaba “la prerrogativa” del monarca, y del poder ejecutivo, como conjunto de facultades coactivas de acción retenidas por el ejecutivo, ajenas a las propias del parlamento como emanador de las leyes, y consistentes en la posibilidad de actuar en pro del bien público discrecionalmente sin esperar a los mandatos de la ley y en orden a llevar a cabo “muchas cosas que la ley no ordena”, categorización en la que está presente el precedente de la potestad reglamentaria.

Casi un siglo después, Rousseau en su obra el Contrato social, llevó a término la definitiva configuración de la teoría democrática de la ley, expresión de la voluntad general, hoy diríamos la virtual voluntad general, y en cuya concepción la ley no era solo autorrestricción del espacio individual del estadio anterior de la ley natural, sino delimitación pactada por parte de todo el cuerpo social conforme al imperio de la ley, operando ya ésta entonces en Rousseau no tanto como límite externo a la libertad cuanto que regla conformadora de la libertad misma².

1 Sabemos que el primer modelo de legalidad tuvo su formulación en un sabio filósofo o más bien humanista inglés, Locke, teorizador de la Revolución de 1688, y para el que la Ley, que afirmaba que debía de ser un producto democrático, era manifestación del pacto social en virtud del cual los ciudadanos abandonaban el estado de naturaleza de irrestricta libertad de acción, autorrestringiendo, precisamente mediante ella, sus respectivos espacios vitales en aras a salvaguardar sus bienes y haciendas.

2 A la vez teorizó Rousseau definitivamente la “generalidad de la Ley” norma abstracta en cuanto que, siendo todos iguales ante ella, sería voluntad de todos los

Línea de pensamiento en la que abundaría Kant , ya a fines del siglo XVIII, para quien el Estado era resultado de un pacto entre ciudadanos que autorrestringen su originaria libertad natural para recobrarla de inmediato en forma de libertad jurídica en un estado de seguridad, libertad y justicia.

Finalmente fueron Montesquieu y el abate Sièyes quienes transpusieron la significación y operatividad del principio de legalidad y la legalidad misma desde el plano filosófico al plano político con su reconocimiento en el art 4 de la declaración de derechos del hombre y el ciudadano de 1789, consagrando así el criterio de la legalidad como garantía de la libertad.

L'èvenement de la ley trajo consigo una formidable construcción dogmática cuya exposición no puedo abordar, centrada en dos conceptos esenciales: la categoría de la “reserva de ley” y la institución de la “potestad reglamentaria del ejecutivo”, que han contribuido, en el Estado contemporáneo, a definir la esencia y la sustancia de las relaciones entre el poder ejecutivo y el parlamento, de un lado, y también, y esencialmente, la naturaleza y esencia de la Administración. Estas categorías esenciales han ocupado miles de páginas, alentado debates de altísimo nivel técnico, y han accedido bajo diversas composiciones y definiciones a los textos constitucionales en cuanto que son determinantes de la estructura del Estado moderno y contemporáneo³.

individuos asociados y dirigida al cuerpo de ciudadanos y contemplando las acciones in abstracto.

3 No quiero adentrarme en este espacio, casi insondable y que tal vez desborda mi capacidad limitada como operador jurídico de a pie, y me limitaré a la cita, no exhaustiva, de algunos autores que han contribuido a su formulación: Houriou, Carrè de Malberg, Stahl, Jesch, Jellinek, Giannini , Zanobini, Merkl, Alessi, y entre nosotros, Ballbé, Alfredo Gallego Anabitarte, Eduardo Garcia de Enterría, Ga-

V. HEGEMONÍA DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE LA LEY.

En esta fase y en este marco, ya firmemente en el siglo XX, debe enfatizarse la posición central de la ley en el Ordenamiento como institución esencial y basilar de la estructura y funcionamiento del Estado; ahí llegó “l’evenement de la ley” pero la reina indefectiblemente estaba llamada a ser destronada en esa hegemonía, a partir de la república de Weimar y ya generalizadamente en las décadas posteriores, con el influjo decisivo de la obra de Hans Kelsen, por el reconocimiento de un valor supra-legal a los textos constitucionales, que quedaron de este modo convertidos en canon de validez y criterio de interpretación y aplicación de las leyes, función hegemónica que amparó el nacimiento de otra institución que ha devenido definitiva y definitoria en las estructuras del Estado contemporáneo, los tribunales constitucionales, institución de la que Kelsen era decidido partidario en contraposición a su contemporáneo Carl Schmitt en un conocido debate, con cierta acritud, entre ellos entablado allá por los años 30 del siglo pasado.

No habría de ser este el último de los embates de la hegemonía de la ley como categoría predominante en nuestro derecho patrio; el ingreso en la Unión Europea, ha venido a trastocar el equilibrio de relaciones entre nuestro poder legislativo y el parlamento, ya debido a otras causas precedentes que no abordaremos ahora, a la vez que ha inducido como efecto inmediato la coexistencia de dos sistemas jurídicos dotados, cada uno de ellos, de fuentes de derecho diferentes, sistemas que se articulan

ruido Falla, Alejandro Nieto, Santamaria de Paredes, Colmeiro, Gascón y Marin, García Oviedo, y el magnífico plantel de maestros del derecho administrativo que nos han aleccionado en los últimos decenios. Y no puedo, finalmente, dejar sin mencionar el merecido reconocimiento a la labor doctrinal del Conseil D’Etat.

bajo el principio de primacía del derecho de la Unión en las materias de su competencia, aspecto al que me referiré más adelante.

El aventurado y feliz ingreso de España en la Unión Europea constituye, como veremos, elemento determinante de la urgente necesidad de redefinir el proceso contencioso administrativo, como elemento esencial que, mediante la tutela judicial, está llamado a ejercer el control de la administración conforme a un constitucionalismo de garantías.

VI. LA LEGITIMIDAD DEL PODER BAJO EL MODELO DEL ESTADO SOCIAL DE DERECHO.

A finales del siglo XIX, y seguimos en esta exposición al profesor Parejo Alfonso, el Estado alcanzó su cenit, sus principios y presupuestos se encuentran firmemente asentados y reconocidos, goza del crédito y reconocimiento de la fundamentación democrática del poder, críticas aparte acerca del funcionamiento en la realidad, siempre perfectible, del sistema (críticas patentes en nuestra Restauración), y opera como organización sometida al Derecho y al control de los Tribunales. Sabemos que entonces se trata del Estado Liberal de Derecho, constructo diferenciado y separado de la sociedad civil, ambos con lógicas diferentes, Estado que actúa mediante una Administración provista de imperium, cuya manifestación es el acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, adornado de la prerrogativa de presunción de validez y legalidad de las decisiones y resoluciones de la administración, administración cuyo ámbito de actuación es el modelo de la administración intervención y reguladora al servicio de la preservación de los elementos básicos del buen orden social, el orden público y la seguridad ciudadanos, garantes de un clima bonancible de civismo ciudadano e institucional, con acti-

vismo gestor limitado a la prestación, incipiente entonces, de algunos servicios públicos e infraestructuras de uso general⁴.

Se trata, por entonces, de un estado separado de la sociedad civil, concebidos ambos como sistemas distintos, dotados de lógicas diferenciadas, con puntos de contacto escasos y bien determinados y cuya relación básica es la ordenación: el Estado regula y diseña el marco jurídico de la espontánea vida social y garantiza el respeto de sus criterios básicos, pero se abstiene de intervenir e interferir sin asumir protagonismos gestores a excepción de algunas prestaciones, muy concretas, connotadas de la condición de “servicios públicos” reservados en régimen de monopolio a la esfera pública. Significo que donde hemos empleado en la precedente exposición la palabra Estado, puede sustituirse por administración.

Es el tiempo de la administración-poder, administración aplicadora y ejecutora de la ley mediante actos típicos, unilaterales, jurídicamente definidos por la dogmática administrativa, bajo diversas manifestaciones tales como órdenes, prohibiciones, autorizaciones, concesiones y sanciones represivas, actos dotados de privilegio de autotutela ejecutiva y ejecutoria, sujetos a un peculiar y modalizado régimen de control jurisdiccional.

Esa caracterización o tipología del Estado se ha visto desbordada y superada fundamentalmente a partir de los años 40 del siglo XX tras la desastrosas consecuencias de los conflictos bélicos, que han propiciado la contemplación, primero en los foros de pensamiento y después en la legislación constitucional, de la conveniencia e imprescindibilidad

4 Luciano Parejo Alfonso, Antonio Jiménez Blanco, Luis Ortega Alvarez. Manual de Derecho administrativo. Ariel 1998

de abordar, entre las funciones del Estado, la solución de la “cuestión social” en orden a dar paso al “Estado Social de Derecho”, fórmula que quedó consagrada en la Ley Fundamental de Bonn en 1949 y de donde ha pasado, en traslado literal, a nuestra vigente Constitución de 1978, ante el convencimiento de que “el mercado”, el instrumento más eficaz y evolucionado conocido de asignación de recursos en las sociedades avanzadas, no es capaz, pese a todas las “manos invisibles”, de solucionar algunos de los problemas que indefectiblemente genera.

Hoy sabemos que el Estado social o Estado del bienestar es un concepto en crisis, creemos firmemente que se trata no de una crisis ontológica y existencial, sino de una crisis de crecimiento o adaptación y escapa ahora a nuestra capacidad avanzar en el análisis de las razones contrapuestas que avalan la polémica; nos limitamos a admitir, como cierto, que el debate se halla abierto, sobre todo en algo que nos atañe, en la dimensión profesional que concierne a esta docta y serenísima Institución que nos acoge y a la gran parte sino la totalidad de los presentes, que hemos hecho del servicio al Derecho nuestro afán, y ese “algo” al que aludo consiste en que la justicia puramente formal ha de ahorrar distancias con la justicia material y procurar pegarse a ella como la piel al músculo.

Esa implicación del Estado en la vida real, en palabras de Parejo, rompe la separación liberal entre aparato Estado y sociedad civil, le convierte en un ente gestor y responsabilizado del bienestar de los ciudadanos, ejerciendo ahora con habitualidad e intensidad inusitadas acciones directivas, programadoras, de intermediación e incentivación, y prestacionales de bienes y servicios, funciones estas que desbordan la tradicional Administración intervención o regulación, y ese cambio sustancial ha requerido y conllevado una acomodación de la Administra-

ción puesto que la legitimación del poder adquiere nuevos paradigmas y requerimientos al condicionar el merecimiento de reconocimiento, que no otra cosa es la legitimación, a la satisfacción de nuevos valores o ratios de eficacia y justicia material.

Ello implica el sometimiento del Estado y la administración a un test de eficiencia y coherencia en la pronta adopción de soluciones, que genera una inevitable zozobra e incertidumbre acerca de la corrección del modelo del Estado social, no siendo infrecuente que en periodos cortos de tiempo se alternan clamores de hoy más y mañana menos Estado.

A su vez, esa acomodación de la Administración y la asunción por la misma de esas nuevas tareas, por exigencias de los requerimientos coyunturales y contingentes del día a día, ha provocado un reforzamiento de la esfera de poder del poder ejecutivo alterando el equilibrio hasta entonces existente entre este y el poder legislativo; la demanda social de satisfacción de soluciones a problemas contingentes, complejos e imbricados, que son el insoslayable contenido y la esencia de la vida real ciudadana, ha impuesto y generado la imprescindibilidad de decisiones rápidas, incluso con las llamadas leyes o normas-medida, adoptadas con la intervención previa, en labores de información y asesoramiento, vía consultiva, de órganos colegiados incardinados en la Administración pero en los que se incorporan instituciones y/o sujetos privados con específicos conocimientos técnicos y sociológicos de manejo imprescindible para asegurar un cabal juicio con ponderación de todas las circunstancias. Y ello porque el ritmo trepidante de la vida actual ha alterado el tempo tradicional disponible del proceso prueba/error, cuando en el hoy se demandan con inmediatez soluciones de problemas surgidos en el día de ayer y siendo así que esos problemas por acaso acabarán de definirse en todas sus manifestaciones en el día de mañana.

No solo eso; esa “bajada a la arena” del día a día de la Administración ha demandado la multiplicación de técnicas de colaboración con el ciudadano, cercenando el campo, otrora amplísimo, de la autorización administrativa, netamente incardinada en una relación se supra-infra ordenación, ámbito trocado ahora en relaciones de comunicación previa y declaración responsable.

Y finalmente, la mundialización y globalización de las relaciones sociales, la potenciación del mundo casi inexplorado, pero hoy ya difícilmente aprehensible por cada uno de nosotros, de las nuevas tecnologías, ha demandado la inserción del Estado y hegemónicamente de la administración, en instancias supranacionales, singularmente el ingreso de España en la Unión Europea, cuestión a la que, por sus singulares e intensísimas consecuencias, haremos una referencia posteriormente.

Pero el tiempo del Estado social no ha permanecido inmóvil. Un conjunto de factores de muy diversa naturaleza ha provocado recientemente una recomposición del estado social y la administración prestadora; de entre esas causas creo que, en una visión algo simplificada pero que no desvirtúa el análisis y permite alcanzar conclusiones, conviene centrarse ahora en dos.

De una parte, y en primer lugar, la reformulación del concepto y extensión de la categoría dogmática de los servicios públicos, (me refiero a la configuración técnico jurídica precisa que los regula y no a la realidad material de las prestaciones en que se materializan que subsisten generalizadamente bien que bajo otra arquitectura técnica) categoría la del servicio público -reitero que me muevo ahora en el nivel dogmático- que ha sufrido un adelgazamiento o aligeramiento sustancial desde el ingreso en la Unión Europea, lo que ha obligado a adoptar

en nuestro país un decidido y progresivo proceso de liberalización y retracción de la administración en lo que concierne a su prestación. No podemos ahora detenernos en esta cuestión extensamente, pero el establecimiento de un mercado único a nivel continental ha demandado la devolución al mercado de esas actividades, en régimen de competitividad, decayendo el tradicional modelo de reserva monopolística o preferentemente monopolística de titularidad al sector público (lo que se conoce como *publicatio*) y ello, como no podía ser menos, ha producido inexorablemente la readaptación de las administraciones, que de prestadoras de servicios públicos han pasado a ser garantes de la prestación de los que ahora se conocen como servicios de interés general y servicios económicos de interés general; de modo que actualmente y tras ese proceso, la intervención supervisora y reguladora de las administraciones preserva la consecución de objetivos de disfrute y acceso por la ciudadanía a tales prestaciones en condiciones, abiertas a la competencia, de igualdad, asequibilidad, continuidad y calidad.

De este modo ha decaído el planteamiento tradicional y toda la dogmática de Duguit y Jeze sobre el concepto clásico del servicio público, que, recordemos, fue, como elemento determinante que era en el ordenamiento jurídico, fuente de legitimación, en épocas pasadas, de las administraciones públicas, lo que ha arrastrado a otra categoría capital cual es la de la concesión administrativa de servicio público, otra reina destronada. Con todo queda un eco, importantísimo, de esa dogmática, bajo otros planteamientos, porque el nuevo sistema no se caracteriza por un desentendimiento del Estado respecto a tales prestaciones, ya que el Estado, como veremos de seguido, interviene bajo otro formato.

Interactúa con lo que acabamos de exponer la beligerancia del Derecho de la Unión Europea en orden a declarar aplicable a los servicios

de interés general de carácter económico la densa normativa en materia de libre competencia, prescindiendo de la forma de organización interna de cada Estado miembro y el carácter público o privado del sujeto que provee esas prestaciones a la ciudadanía, dato este de la personificación del prestador que resulta irrelevante a la Unión Europea. Con lo cual la normativa europea sobre competencia, materia de incumbencia directa de la Unión Europea, se erige en parámetro de control de legalidad de la regulación y funcionamientos de los servicios económicos de interés general (pensemos por ejemplo en la trascendencia de aspectos tales como el abuso de posición dominante de algunos proveedores, sean públicos o privados, de tales servicios)⁵.

La segunda de las causas de recomposición y readaptación del Estado social viene constituida por lo que, todavía como categoría jurídica un tanto imprecisa, se ha dado en denominar la Administración o el Estado garantes.

Ello guarda relación con la retracción de la noción clásica de servicio público porque la intervención garante no es sino el reto de mantener la garantía de la consecución de los mismos fines de las actuaciones públicas pero sin disponer, como propios, de los medios hasta ahora aplicados a ello. No se trata ya de ser responsable de la prestación sino garante de la misma, lo que constituye todo un cambio de estrategia absolutamente relevante para entender el comportamiento de la Administración y sus relaciones con el ciudadano⁶.

Aquí la conmoción se ha provocado por la elevada magnitud que han alcanzado los gastos públicos, inducidos a un crecimiento progre-

5 Dictamen del Consejo de Estado 870/2012, emitido sobre la Ley de creación de la Comisión Nacional de Mercados y Competencia.

6 J. Esteve Pardo. Una aproximación a la Administración garante. RAP nº 197.

sivo aparentemente no controlable, debido a la rigidez de la demanda de tales prestaciones y a la evolución adversa de las condiciones macroeconómicas y ante la evidencia, no discutible, de que la economía es la ciencia de la gestión de recursos por definición escasos y susceptibles de aplicaciones alternativas; entonces, renovarse y/o adaptarse o morir –fracasar– ha sido el reto y el Estado social no ha podido soslayarlo.

Es fácil comprender hasta qué punto conmueve este nuevo posicionamiento estratégico el quehacer y significado de las administraciones; basta con ejemplificar que ello ha provocado el repliegue de instrumentos y técnicas de gestión de tan acrisolada entidad como la autorización administrativa o licencia, o la concesión administrativa de servicios, que se han visto, en ese campo, sustituidas por técnicas de comunicación de inicio de actividad o declaraciones responsables de los privados que irrumpen en la actividad.

Esta devolución de ámbitos o actividades a la sociedad civil provoca una redefinición del papel regulador, a través de la potestad reglamentaria, y aunque con manifestaciones de mayor o menor entidad, según los casos en función del grado de compromiso de los intereses generales, va acompañada de un reforzamiento de las técnicas privadas de autorregulación o autonormación (por parte de los operadores actuantes en cada sector de actividad), autonormación que adquiere manifestaciones diversas en cuya exposición no parece ahora oportuno detenernos, sin dejar de ser pertinente la remisión al autorizado parecer que, en el plano doctrinal, sobre estas normas de autorregulación o “códigos de conducta” expuso el Consejo de Estado en su Memoria 2012-2013 a la hora de evaluar su potencial significado como fuentes de derecho y grado de vinculación jurídica.

A su vez, esta contingencia consistente en la apertura al sector privado del protagonismo de la iniciativa en ciertas actividades prestacionales de interés general ubica a los sujetos privados que las asumen como prestadores titulares – que no ya concesionarios- ante exigencias de regulaciones de derecho público tales como la rendición de cuentas (*accountability*), y los deberes de transparencia en la publicación de la gestión, lo que provoca el interrogante de si no conviene dotar a estos sujetos, limitadamente, del carácter de sujetos privados habilitados para el ejercicio de funciones públicas, categoría imprecisa todavía, creo, en nuestro derecho, pero perfectamente definida en el derecho alemán, sistema este el alemán con acreditada experiencia en la labor de definición precisa de categorías jurídico públicas, de modo que el control de su actuación y la solución de los conflictos que eventualmente se susciten con los ciudadanos prestatarios de los servicios hayan de someterse a las pautas materiales y procesales (potencial sujeción a la vía contencioso administrativa) propios del sector público, solución perfectamente compatible, diferenciando espacios y ámbitos, con la aplicación del estatuto del consumidor; no se trata, pues, de sujetar a estos prestadores al régimen del derecho público, que sería un efecto perturbador, sino de una aplicación a los mismos contenida y modalizada de normas jurídico públicas en lo estrictamente necesario para preservar la eficiencia y efectividad de la garantía pública, que, sin perjuicio de la tutela judicial, sede definitiva de la solución de conflictos, debe prevenirse eficientemente por la administración pública competente; se trata, en definitiva, de definir una relación triangular y ya no exclusivamente bilateral entre proveedor del servicio y usuario del mismo, con participación del sujeto garante.

Queda pues dada cuenta de que toda esta variación en el régimen jurídico de los antiguos servicios públicos, ahora servicios públicos de in-

terés general y servicios de interés general económico, no solo afecta a la posición jurídica y el estatuto de las administraciones garantes de su calidad y a los sujetos proveedores de los mismos, sino, fundamentalmente que se ve variada sustancialmente la posición de los ciudadanos receptores, que ven modificada la relación de alteridad con la contraparte y se ven sujetos en múltiples ocasiones y detalles (y el demonio está en los detalles como sentencia el castizo refranero) no a normas reglamentarias administrativas reguladoras del servicio, que también, sino a códigos de conducta, cartas de calidad de la prestación y normas de autorregulación, emanados unilateralmente por el proveedor del servicio, de dificultosa ubicación en el sistema de fuentes del derecho, cuya coercibilidad jurídica, más allá del plano contractual, es harto controvertible.

En la referida autorizada exposición doctrinal del Consejo de Estado a la que antes aludí se alcanzan conclusiones de *lege ferendae*, como opinión doctrinal insisto, conforme a las cuales el control judicial de la eventual infracción de esos códigos de conducta o normas de autorregulación puede residenciarse en la vía contencioso administrativa si las normas reglamentarias del servicio los abarcan, bien sea por referencia explícita o por incorporación, pero no si no existe ese punto de contacto con la administración garante; ello puede contribuir a prevenir o solucionar algunos problemas, ciertamente, pero no todos y, además, creo que la situación así creada por el nuevo régimen de los servicios de interés general crea otros problemas añadidos sin solución clara. Y no me parece satisfactoria la solución actualmente accesible, procesalmente hablando, porque las indefiniciones siempre dan lugar a zonas grises o de penumbra, proclives a la confusión en las que sale beneficiado el más hábil o experto conocedor de la materia, *border line* entre la lábil constricción de la ética y la vinculación jurídica.

En definitiva, la regulación de los servicios de interés general ha de ser una normativa para la ciudadanía y no una superestructura normativa compleja y confusa.

A lo expuesto debe añadirse que el ámbito de estas actividades, en no pocas ocasiones, es el campo operacional de las llamadas “administraciones, agencias o autoridades independientes”, órganos o entes administrativos novedosos en nuestro ordenamiento, dotados de independencia o autonomía funcional, no sujetos a instrucciones o indicaciones de la jerarquía administrativa, dotados de facultades decisorias y punitivas coercitivas e incluso de facultades normativas secundarias de desarrollo, y que operan como organismos reguladores en sectores de mercados relevantes (energético, telecomunicaciones, medios audiovisuales, sector postal o ferroviario, juego,) o que actúan como agentes de ejecución de políticas europeas (competencia en los distintos mercados) y que en cuanto que configurados como saber profesionalizado ejercido colegiadamente y con independencia funcional, tienen un peculiar régimen de sujeción al control de la jurisdicción contencioso administrativa, cual es el propio de las decisiones técnicas.

Y ello porque estas autoridades, agencias o administraciones independientes son precisamente el sujeto que ejerce la novedosa función administrativa de “garante” a la que he hecho referencia antes. Es necesario aproximar al ciudadano usuario de los servicios a la percepción de las potencialidades de la intervención de estas administraciones independientes, ya que su novedad y el desconocimiento de su identidad y significación puede inducir la inhibición del ciudadano en la activa participación en el procedimiento de dilucidación de responsabilidades por vulneración de sus derechos.

Queden apuntados por lo tanto los riesgos y los retos de todo esta variación del régimen de los servicios, sin que proceda ahora apuntar soluciones concretas que en todo caso es necesario abordar desde la perspectiva de un constitucionalismo de garantías en el ámbito del derecho administrativo, lo que necesariamente conlleva, en mi opinión, y también desde este punto de vista, la redefinición del proceso contencioso administrativo, a lo que más adelante aludiremos.

No veamos en lo dicho una exclusiva disquisición doctrinal; está en juego algo tan trascendente como la “legitimidad del poder”, en definitiva la legitimidad de los poderes públicos, todos ellos, y la legitimidad de la Administración.

Y me explico: el debate contemporáneo sobre la legitimidad del poder se inscribe, insoslayablemente, en la tradición sociológica que parte de Max Weber; según este autor la pretensión de legitimidad es inherente a todo constructo social y en el Estado es tan constitutiva como la aspiración a disfrutar, justificadamente, del monopolio de la fuerza.

Toda formación social, véase el Estado o su imagen interna, la Administración, tiende pues a desarrollar y formular normativamente, un conjunto entramado y trabado de justificaciones legitimatorias que den razón del poder o dominación que tal formación ejerce; y en la tesis de Weber como quiera que el Poder está sujeto a leyes y regulado según procedimientos normativizados formalizados, la creencia en la legitimidad, es decir la legitimidad misma, se reduce a la creencia en la legalidad, entendida en la dimensión de corrección formal de los procedimientos de creación y aplicación del Derecho y en un análisis, diríamos positivista pleno.

Sin embargo otros autores, tales como Habermas, Hannah Arendt, o Ferrajoli, ya en el escenario del constitucionalismo contemporáneo,

consideran que la relación entre Derecho y Poder ha de concebirse y entenderse de un modo bidireccional porque el Derecho no solo legitima el Poder sino que el Poder se sirve del Derecho como instrumento de organización y también de legitimación y eso conlleva requerimientos adicionales, desde la perspectiva del Poder, si operamos en el marco de un constitucionalismo de garantías. En esta línea, la Legalidad procura legitimidad sí y sólo sí pueden aducirse y acreditarse razones en el sentido de que los procedimientos formales en el Estado democrático, satisfacen condiciones de justicia material; en suma que la legitimidad significa “merecimiento de reconocimiento” por parte de los sujetos concernidos.⁷

Por eso apelaba yo antes a que la justicia formal y la material han de aproximarse como la piel al músculo.

VII. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA UNIÓN EUROPEA: ADMINISTRACIÓN PÚBLICA NACIONAL Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMUNITARIA.

Siendo cierto que el derecho de la UE es predominantemente derecho administrativo, o más bien, dada la supranacionalidad respecto a los estados miembros, y como ha señalado el TJUE, una comunidad de derecho administrativo, ello requiere de una administración pública que sirva a los fines para los que tal entidad supranacional se ha creado.

El derecho originario de la UE no se había ocupado de ofrecer una noción de Administración pública y son muy pocas las disposiciones de los Tratados que emplean este término, hasta que el Tratado de Lisboa

7 JÜRGEN HABERMAS, Facticidad y validez Trotta. 2000.

ha innovado los artículos 45.4, 46.a), 50.2.b), 73 y 298 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, TFUE.

Los fundadores de las Comunidades Europeas no pensaron y, en consecuencia, no previeron la existencia de una Administración pública europea; antes, al contrario, crearon una organización sencilla y poco burocrática concibiendo la Administración de las Comunidades como un aparato que debía necesariamente actuar a través de las Administraciones nacionales o, dicho en términos que ha utilizado la Comisión, los Estados miembros debían ser los “ejecutores naturales” del Derecho Comunitario⁸.

Por ello, establecieron el principio de ejecución indirecta del Derecho Comunitario en virtud del cual serían los Estados miembros y, más en concreto, sus administraciones nacionales quienes se encargarían —bien sobre la base de la normativa comunitaria o fundándose en las normas nacionales que integran y hacen ejecutivo el Derecho de la Unión Europea y, sobre todo, la transposición de las directivas comunitarias— de ejecutar las disposiciones emanadas de las instituciones comunitarias o, si se quiere expresar en otros términos, serían los aparatos administrativos de los Estados miembros los encargados de la ejecución del Derecho Comunitario.

Simultáneamente, se estableció el principio de autonomía institucional de los Estados miembros que significaba la indiferencia del Derecho de la Unión Europea respecto a la forma de organizarse los Estados miembros, lo que permitió que ante la diversidad de administraciones públicas nacionales cada Estado miembro estableciera un concepto y una realidad de lo que era su administración pública.

⁸ Antonio Calonge Velázquez. Universidad de Valladolid.

Con todo e inexorablemente, el avance en el proceso de integración europeo ha supuesto, entre otras muchas cosas, que los factores intrínsecos que habían propiciado que los Tratados fundacionales no contemplaran una Administración pública europea fueran matizándose cuando no desapareciendo.

De este modo el principio de ejecución indirecta del Derecho Comunitario fue perdiendo la fuerza que tenía en los inicios de las Comunidades Europeas por la necesidad surgida según se iban superando las fases de la integración; la misma lógica del proceso ha exigido cada vez con mayor fuerza que el Derecho Comunitario y sus políticas sean ejecutadas por su propia estructura orgánica siendo paradigmáticamente el sector de la política de la competencia el primeramente incorporando como modelo de gestión directa.

A la par de esta evolución, el principio de autonomía institucional de los Estados miembros ha visto mermado su énfasis como consecuencia de las exigencias de la integración, pues la necesidad de garantizar una aplicación uniforme y efectiva del Derecho Comunitario debida a la ampliación progresiva de las competencias que las Comunidades Europeas irán asumiendo, ha conllevado que los Estados miembros se organicen de la manera que aseguren de la forma más eficaz el cumplimiento de las disposiciones normativas de la Unión, esto es, que las Administraciones nacionales se han ido forzosamente aproximando o, si se quiere, europeizándose.

Es significativo el impacto que ha provocado el derecho derivado, las Directivas, en los ordenamientos nacionales. Y para muestra de ello nos centraremos en la normativa de los contratos del sector público, materia, obviamente muy sensible desde el punto de vista del pilar esencial del

Derecho de la Unión Europea que es el mercado único porque es evidente que la contratación pública constituye un sector determinante para la consecución o el fracaso de la instauración de un mercado único; o existe apertura de mercado en la selección de los contratistas por los diversos Estados o, si prima el discriminatorio criterio de dar trato preferente al contratista nacional, con discriminación de los ofertantes de otros estados miembros de la UE, sencillamente no hay mercado único⁹ ¹⁰.

Así, desde las primeras Directivas en materia de contratación, estas con intensidad y densidad crecientes han abordado una definición funcional de la noción de administraciones públicas, postergando o más bien prescindiendo de la forma de personificación jurídica de las entidades públicas de los Estados miembros, que operan como órganos contratantes, y sentando una concepción mucho más amplia de administración pública al utilizar conceptos o categorías propios acuñados por dichas Directivas cuales son los de organismo público o poder adjudicador, desconocidos en nuestro derecho de contratación pública hasta entonces.

Las directivas vigentes, así la 2014/23/UE y 2014/24/UE de 26 de febrero de 2014, transpuestas recientemente por la ley de Contratos del Sector público vigente, Ley 9/2017 de 8 de noviembre, en línea con otras anteriores y en un proceso extensivo de avance evidente adoptan una definición funcional de poder adjudicador al definir como tales no solo a las Administraciones Territoriales e Institucionales, y los Órganos Constitucionales no personificados (Tribunal Constitucional, Congreso, Senado, Asambleas legislativas autonómicas etc.) sino a otros tipo de

9 Luis Ortega Alvarez, Eva Nieto Garrido, Isaac Martin Delgado. El Derecho administrativo Europeo en el Tratado de Lisboa. Marcial Pons 2010.

10 Jesús Angel Fuentetaja Pastor. La Administración Europea. Thomson 2007

entidades que no son administraciones (partidos políticos, Mutuas colaboradoras de la Seguridad Social, las sociedades mercantiles del sector público o las Corporaciones de derecho público), entidades todas ellas a las que se les aplica el régimen de contratos públicos bien que con intensidad y densidad variable limitada¹¹.

11 Art 3 de la Ley de contratos del sector público 9/2017 de 8 de noviembre: 1. A los efectos de esta Ley, se considera que forman parte del sector público las siguientes entidades:

- a) La Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Ciudades Autónomas de Ceuta y Melilla y las Entidades que integran la Administración Local.
- b) Las Entidades Gestoras y los Servicios Comunes de la Seguridad Social.
- c) Los Organismos Autónomos, las Universidades Públicas y las autoridades administrativas independientes.
- d) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y la legislación de régimen local, así como los consorcios regulados por la legislación aduanera.
- e) Las fundaciones públicas. A efectos de esta Ley, se entenderá por fundaciones públicas aquellas que reúnan alguno de los siguientes requisitos:
 - 1.º Que se constituyan de forma inicial, con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o bien reciban dicha aportación con posterioridad a su constitución.
 - 2.º Que el patrimonio de la fundación esté integrado en más de un 50 por ciento por bienes o derechos aportados o cedidos por sujetos integrantes del sector público con carácter permanente.
 - 3.º Que la mayoría de derechos de voto en su patronato corresponda a representantes del sector público.
- f) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
- g) Las Entidades Públicas Empresariales a las que se refiere la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, y cualesquiera entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo.
- h) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a), b), c), d), e), g) y h) del presente apartado sea superior al 50 por 100, o en los casos en que sin

superar ese porcentaje, se encuentre respecto de las referidas entidades en el supuesto previsto en el artículo 5 del texto refundido de la Ley del Mercado de Valores, aprobado por Real Decreto Legislativo 4/2015, de 23 de octubre.

- i) Los fondos sin personalidad jurídica.
 - j) Cualesquiera entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.
 - k) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.
- 1) A los efectos de esta Ley, se entiende que también forman parte del sector público las Diputaciones Forales y las Juntas Generales de los Territorios Históricos del País Vasco en lo que respecta a su actividad de contratación.
 2. Dentro del sector público, y a los efectos de esta Ley, tendrán la consideración de Administraciones Públicas las siguientes entidades:
 - a) Las mencionadas en las letras a), b), c), y l) del apartado primero del presente artículo.
 - b) Los consorcios y otras entidades de derecho público, en las que dándose las circunstancias establecidas en la letra d) del apartado siguiente para poder ser considerados poder adjudicador y estando vinculados a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas, no se financien mayoritariamente con ingresos de mercado. Se entiende que se financian mayoritariamente con ingresos de mercado cuando tengan la consideración de productor de mercado de conformidad con el Sistema Europeo de Cuentas.
 3. Se considerarán poderes adjudicadores, a efectos de esta Ley, las siguientes entidades:
 - a) Las Administraciones Públicas.
 - b) Las fundaciones públicas.
 - c) Las Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social.
 - d) Todas las demás entidades con personalidad jurídica propia distintas de las expresadas en las letras anteriores que hayan sido creadas específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios de este apartado 3, bien financien mayoritariamente su actividad; bien controlen su gestión; o bien nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.

En cualquier caso es evidente que, fuera del ámbito de la contratación pública una Mutua, una Sociedad de capital público o un Partido político no son administraciones en nuestro ordenamiento ni tienen un estatuto jurídico aproximado o asimilable a éstas.

Se opta pues, en las Directivas de contratos públicos, por el manejo de parámetros funcionales (satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter mercantil, personalidad jurídica, financiación pública mayoritaria y control público de la gestión o dirección), y ello con la finalidad de alcanzar un «efecto útil», es decir, el contenido más adecuado para la consecución de los objetivos de la normativa de que se trate que, en este caso, es la apertura efectiva al mercado único transversal y transnacional de la contratación pública.

e) Las asociaciones constituidas por las entidades mencionadas en las letras anteriores.

4. Los partidos políticos, en el sentido definido en el artículo 1 de la Ley Orgánica 8/2007, de Financiación de los Partidos Políticos; así como las organizaciones sindicales reguladas en la Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, y las organizaciones empresariales y asociaciones profesionales a las que se refiere la Ley 19/1977, de 1 de abril, sobre regulación del derecho de asociación sindical, además de las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con la letra d) del apartado 3 del presente artículo, y respecto de los contratos sujetos a regulación armonizada deberán actuar conforme a los principios de publicidad, concurrencia, transparencia, igualdad y no discriminación sin perjuicio del respeto a la autonomía de la voluntad y de la confidencialidad cuando sea procedente. Los sujetos obligados deberán aprobar unas instrucciones internas en materia de contratación que se adecuarán a lo previsto en el párrafo anterior y a la normativa comunitaria, y que deberán ser informadas antes de su aprobación por el órgano al que corresponda su asesoramiento jurídico. Estas instrucciones deberán publicarse en sus respectivas páginas web.
5. Asimismo, quedarán sujetos a esta Ley las Corporaciones de derecho público cuando cumplan los requisitos para ser poder adjudicador de acuerdo con el apartado tercero, letra d) del presente artículo.

Añadidamente a lo expuesto, pese a que sigue vigente el principio de ejecución indirecta del Derecho comunitario e, incluso, reforzado por la introducción del principio de subsidiariedad y su definición en el TFUE, lo cierto es que la ejecución directa se ha ido extendiendo conforme la Unión Europea ha ido ampliando su ámbito competencial, lo que ha motivado que se dote de una administración pública directa encargada de la gestión de las nuevas competencias.

El punto de partida, han sido las administraciones de los Estados miembros, pero el punto de llegada, ya presente hoy, es un concepto funcional de mega-administración que incluye las instancias de la Unión Europea (el Consejo y la Comisión UE, las Direcciones Generales UE, las Direcciones y Servicios, y las Agencias UE) y las administraciones de los Estados miembros, esto es, una asociación o conjunto interrelacionado que comprenden los dos niveles.

Ese es y está llamado crecientemente a ser el centro de imputación de las actuaciones administrativas, y ese centro de imputación es y está llamado a ser el referente de los procesos contencioso administrativos (o de los procesos de cualquier otro orden jurisdiccional) pues no se trata de espacios administrativos separados y mucho menos estancos, sino que se interrelacionan para la consecución de los objetivos de la integración dando lugar a lo que se denomina el fenómeno de la co-administración.

Por otro lado, el TFUE reconoce, de manera explícita, la existencia de una Administración pública europea directa de la Unión cuando en su artículo 298 establece que «En el cumplimiento de sus funciones, las instituciones, órganos y organismos de la Unión se apoyarán en una administración europea abierta, eficaz e independiente».

El reconocimiento en el Derecho originario de esta Administración pública europea directa significa, en nuestra opinión, la superación definitiva del modelo teórico de ejecución indirecta del Derecho comunitario y promueve, en consecuencia, el desarrollo de lo que ha dado en denominarse como «un conjunto interrelacionado de Administraciones nacionales y europeas que trabajan en común» o, dicho en otros términos como «una asociación o un conjunto interrelacionado que comprende los dos niveles, y ello en el plano del control, de la acción y de la información».

Por último, el reconocimiento del valor jurídicamente vinculante y con el rango de Derecho originario de la Carta de Derechos Fundamentales y, por lo tanto, del Título dedicado a la «Ciudadanía (Título V) y, de manera más específica, su artículo 41, que recoge el «derecho a una buena administración» constituye una novedad que afecta tanto a las funciones que desarrolle de manera directa la Unión Europea como a aquellas que ejecuten los Estados miembros.

VIII. OTRAS MODIFICACIONES DEL POSICIONAMIENTO FUNCIONAL DE LA ADMINISTRACIÓN QUE INCIDEN EN EL PROCESO DE LEGITIMACIÓN Y EN LA ACTIVIDAD DE CONTROL JURISDICCIONAL.

El panorama actual del derecho administrativo ya no aparece monopolizado o siquiera protagonizado por la clásica relación bilateral entre Administración, *potentior personae*, dotada de potestades y prerrogativas exorbitantes, de una parte, y, de otra, el ciudadano administrado sometido, bajo imperio de la ley, por feliz consecuencia de “l’èvenement de la ley” a aquella situación de potestad; hoy se dan muy frecuentemente otro tipo de relaciones entre ellos.

En nuestro ordenamiento, como refiere Parejo, ni la administración ni el ciudadano están articulados, en sus relaciones, en posiciones predefinidas y rígidas, connotadas por el binomio tradicional potestad-sujeción. La definición de la relación jurídico administrativa entre dos sujetos con posiciones jurídicas predefinidas, según el modelo del binomio potestad-sumisión, está desbordada y resulta ser hoy una imagen insuficiente. La consistencia y eficacia recíproca de las posiciones de la Administración y el ciudadano varían y son distintas según los diferentes y diferenciados espacios de la realidad material y social.

Hay un aspecto, múltiple, sobre el que deseo detenerme ahora en particular al tratar la cuestión que nos ocupa. La evolución social y sobre todo la sobrecogedora crisis que hemos padecido en el último decenio, escarnio de nuestra soberbia y delirios de grandeza, merecido por casi todos aunque acaso más imputable a algunos que a los más, ha introducido un reto que afrenta y afecta a la legitimidad del Estado y la Administración, al respecto de categorías jurídicas que configuradas en la CE, a la altura de 1978 como principios rectores de la política económica y social, siguen ahí estabilizadas, en esa división, sin haber accedido a la champions de los derechos plenos (obviamente no me refiero a todos ellos), cuando es lo cierto que la ciudadanía percibe y estima mayoritariamente, que, tecnicismos y matices aparte, que los hay y proceden, son tenidos en la conciencia social como derechos, acaso imperfectos o de contornos por definir.

Esa quiebra de la legitimidad, ante la desafección por lo jurídico, en amplio sectores de la ciudadanía, se manifiesta lógicamente en los foros políticos y electorales, pero también, a la hora de ejercitar la tutela judicial. La Justicia es víctima y causante, a la vez, de ese sentimiento deslegitimador.

Es preciso llamar la atención sobre esas categorías un tanto congeladas en su evolución legal, porque su desatención, no obstante algunos avances reconocibles, está provocando una indudable crisis de legitimidad del Estado y las administraciones ya que los mandatos constitucionales del Estado social obligan a la Administración a adoptar un papel activo en la configuración del orden social (arts. 9.2, 39, 40, 45, 47, y 103 CE), y no solo impone la CE un deber de actuar sino a hacerlo eficazmente, alcanzando soluciones prácticas y que resuelvan contingencias. El Derecho es para la ciudadanía no solo como destinataria de sus mandatos sino como beneficiaria de los mismos¹².

Se trata en esos casos y respecto a esas categorías, de derecho constitucional *in fieri* o en expectativa, pero la instalación acomodaticia en la foto fija de partida, desvirtúa el valor normativo de esos mandatos constitucionales, que pudieren entonces parecer meramente declamatorios y sin valor vinculante; el art 53 CE no es un precepto que admita el mantenimiento indefinido del *estatu quo* sino todo lo contrario.

Hace tiempo que parciales contenidos de algunas de esas categorías, tipificadas en la CE como principios rectores, han dejado de pertenecer al mundo de lo que se ha dado en llamar, un tanto despectivamente, el “derecho entrañable”; y ahí adquiere significado el reproche social a actitudes administrativas y del legislador, poco decididas y tolerantes cuando no se reputan incidentes en la lenidad, en materias tales como el ruido, las conductas incívicas en perjuicio ajeno, la depredación del suelo, la destrucción del medio ambiente, la indisponibilidad de un techo, la atención preferente y eficaz en las contingencias de la mar-

12 La CE diseña y quiere una administración eficiente y así se pronuncia explícitamente el art 103.

ginalidad o la dependencia, la desesperación ante el desempleo prolongado o la falta de empleo que impide hacer un proyecto de vida, etc. etc.; la cordialidad o confortabilidad no es parámetro directamente determinante de la eficacia del actuar de las administraciones, sino desatención de los mandatos del art 9.2 de la CE en los que la persona del ciudadano y sus atributos vitales más esenciales, es y ha de ser el centro de la CE y del Derecho.

No propongo un acrítico trasvase, por aluvión, de los principios rectores de la política social y económica a la categoría de derechos fundamentales, sino una aplicación modalizada de ciertos criterios que les aporten “densidad jurídica”.

Actúan como acicate en este ámbito los avances producidos en el seno del Consejo de Europa, que proyecta sus actuaciones, según la índole del derecho concernido, a través del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (que aplica el Convenio Europeo de derechos civiles y políticos de 1950), de una parte, y el Comité Europeo de Derechos sociales, que aplica la Carta Social Europea de 1961, si bien es cierto que el primero es un Tribunal en tanto que el Comité opera por vía de “informes”. Sucede que desde hace veinte años aproximadamente, se está dando una aproximación y mixtificación y existe complementariedad entre los pronunciamientos de ambos organismos con lo que el Tribunal incide en decisiones sobre derechos sociales. Es así como se va consolidando, paulatina pero perceptiblemente, a la hora de efectuar un control de la vulneración de un derecho de esa categoría, una doctrina que asienta los conceptos de “exigibilidad de la aplicación reforzada de medios” y de “obligación de proporcionar una protección mínima o umbral mínimo” –no plena y colmada- en sede de derechos sociales, conceptos más exigentes que el de la simple obligación del Estado de

proveer medios, ya que en tal caso ya no estamos ante una obligación de medios sino ante una obligación de resultados tangibles en la protección, a la par que se va pergeñando una noción de “contenido esencial de los derechos sociales”.

El Derecho es y ha de ser un constructo para los ciudadanos, y no un conjunto ingente y desmesurado de preceptos en donde predominan las palabras y los signos sobre las soluciones de justicia y equidad; como reseñaba, en un trance en todo semejante a aquel en el que me hallo, un querido amigo y compañero, al ingresar en la para nosotros hermana Real Academia Sevillana, cuando el derecho se desenvuelve íntegramente en el mundo de las palabras, el sistema jurídico, cual, entonces, sistema jurídico verbal, adquiere energía y movimientos espasmódicos propios, a modo de autómatas, manifestando su querencia a expandirse hasta el infinito, llegando, añadido, a una hipertrofia en calidad y cantidad cuasi similar a la inflación del universo pero ya desconectado de la realidad de la sociedad civil y la comunidad de ciudadanos.

IX. OPCION POR LA INTERVENCIÓN ADMINISTRATIVA MÍNIMA. EL IMPACTO DE LA DIRECTIVA DE SERVICIOS EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO: AUTORIZACIÓN, DECLARACIÓN RESPONSABLE Y COMUNICACIÓN.

Finalizo esta exposición del escenario de las actuaciones de la Administración, referente del control jurisdiccional en un constitucionalismo de garantías, con el análisis de la siguiente cuestión.

No es el servicio público bajo el régimen tradicional de *publicatio* la única institución desplazada; conviene referirnos, para poder tener una visión más amplia y certera del nuevo escenario, a otra reina des-

tronada. Nos referimos a la autorización administrativa, paradigma de la administración-intervención y elemento esencial definitorio del derecho administrativo convencional.

La evolución de esta institución, constituye un ejemplo paradigmático del cambio en el modelo de relaciones entre la Administración y el ciudadano, cambio que desplaza categorías de tanta raigambre y capacidad de conformación del contenido del derecho administrativo como la antes analizada del servicio público en régimen de *publicatio* y reserva al sector público, y tal es lo acontecido con la autorización administrativa.

Está roto el monopolio del esquema acción autoritaria unilateral, vía acto administrativo y derechos públicos reaccionales en el ciudadano, desbordado por un amplio abanico de derechos y deberes recíprocos del ciudadano y de la administración; la Administración ha asumido funciones de asesoramiento, información, recomendación, en un papel activo de funciones de organización, programación, dirección y conducción de procesos y situaciones sociales y ciudadanas. Quiebra así el modelo tradicional de la relación esporádica plasmada en el expediente administrativo contingente, ya que además de la declaración concretizada de lo que es derecho en el caso, mediante la emanación de un acto administrativo, se trata de alcanzar soluciones de problemas y contingencias que representen el óptimo social posible lo que requiere en muchas ocasiones la aquiescencia o participación del ciudadano o los grupos de ciudadanos concernidos y protocolos menos formalizados que el procedimiento administrativo.

Hablábamos antes de otra reina destronada: la tradicional y sempiterna autorización administrativa. En efecto, estamos ante otra insti-

tución desplazada; aquí la conmoción vino provocada por la Directiva Bol-kenstein, directiva 2006/123, del Parlamento y del Consejo, enmarcada en el contexto de la estrategia del Tratado de Lisboa, y que obligaba a eliminar los obstáculos que se oponían a la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios en los Estados miembros, garantizando a los prestadores y destinatarios de los mismos la seguridad jurídica necesaria para el ejercicio eficaz de las libertades de establecimiento y libre prestación de servicios, sin barreras legales de acceso.

El grado de impacto de esta ambiciosa Directiva, con efecto transversal en nuestro ordenamiento, puede calibrarse si se percibe que su transposición al derecho patrio implicó la modificación de hasta 48 leyes estatales, a lo que deben añadirse las modificaciones legislativas inducidas en las regulaciones autonómicas y las reglamentarias y ordenancistas locales; todo un auténtico tsunami normativo¹³.

La Directiva de servicios establece un marco general que altera el actual modelo de intervención administrativa en el sector servicios en sus principios y en sus formas. Su finalidad de eliminar las barreras injustificadas o desproporcionadas, reducir requisitos, obligaciones y documentos e impulsar la simplificación y la transparencia, desemboca en la reconfiguración del sistema de intervención administrativa en la actividad privada presidida por el principio de proporcionalidad, con la

13 Se produjo dicha transposición mediante un proceso complejo sobre la base de dos leyes, la Ley básica estatal 17/2009, la llamada ley paraguas, y la ley ordinaria 25//2009, apelada ley ómnibus. Y entre otras leyes fue preciso modificar con innovaciones profundas aspectos de la entonces vigente Ley de Procedimiento administrativo 30/1992, una ley básica en la definición del contenido del derecho administrativo general, no solo en la supresión de la autorización como técnica sino en la configuración de la castiza institución del silencio administrativo positivo.

reconversión del modelo tradicional de intervención previa y su sustitución por un control a posteriori¹⁴.

Su grado de impacto ha sido de tal calibre que algún autor ha llegado a expresar que su incidencia ha provocado una “mutación constitucional”¹⁵.

La Directiva parte de la afirmación de que todo régimen de autorización administrativa, como fórmula apriorística de control de actividades, constituye una barrera de acceso al mercado respectivo lo que contraría los criterios básicos del mercado único europeo, uno de los pilares de la UE, y por ello tal régimen de autorización ha de reservarse con excepcionalidad reforzada para supuestos justificados en los que circunstancias de extrema importancia demanden un control previo al inicio del ejercicio de las actividades por demostrarse que el control a posteriori, el querido y diseñado por la Directiva, se estime y justifique que devendría ineficaz.

De modo que queda arrumbada de este modo la autorización administrativa que era una categoría consolidada, conformadora de todo un modelo de las relaciones entre administración y ciudadano, cual técnica tradicional de intervención limitativa de carácter preventivo a cuyo través se realiza un control previo por la administración del ejercicio de actividades privadas para comprobar su ajuste a la normativa correspondiente.

No entraré en el análisis de normas de ajuste en sede de Entidades Locales y sus competencias, tales como la Ley 2/2011; la Ley 27/2013; la Ley 12/2012; o la Ley 20/2013.

14 Así lo ha analizado entre otros, Jose Antonio Razquin Lizárraga, *Revista Jurídica de Navarra* nº 49, 2010.

15 Para un conocimiento preciso de este concepto remito al trabajo de Miguel Herrero de Miñón, *Tres conferencias sobre la reforma constitucional*. Tirant lo Blanch, 2016.

Y sucede entonces que así como las autorizaciones administrativas eran actos administrativos favorables para los interesados, por lo que su revisión se ajustaba al régimen general previsto para los actos administrativos, el cambio del sistema de intervención administrativa en la actividad privada desde un control previo o preventivo a un control a posteriori, pone en primer término nuevas formas de intervención como la declaración responsable y la comunicación; declaración responsable y comunicación que son actos de sujetos privados que sustituirán a la decisión administrativa previa de la autorización, desbordando el supuesto tradicional en el que los actos jurídicos privados consistían generalmente en actos iniciadores o de trámite en el procedimiento administrativo, prefigurando limitadamente la relación entre ciudadano y administración, que ahora refleja un nuevo semblante en esta materia.

Sin entrar ahora en aspectos relevantes de la innovación jurídica analizada, es lo cierto que la inclusión de estas nuevas técnicas en la Ley 30/1992 (ahora ley 39/2015) supone una cierta sensación de “cuerpos extraños”, pues nuestra ley de Procedimiento administrativo continúa girando sobre la actuación administrativa tradicional, el expediente y el acto administrativo, porque la declaración responsable y la comunicación, son, reiteramos, actos de sujetos privados y no provienen de las Administraciones públicas que se formulan por los interesados en ejercicio de la facultad que les confiere el ordenamiento jurídico en los supuestos en que estén previstas o establecidas dichas figuras para el acceso a una actividad, sin que se supediten a la conformidad o consentimiento de la administración y no son propiamente solicitudes o actos iniciadores de un procedimiento, sin perjuicio de que la administración, en ejercicio de sus facultades de supervisión, pueda impedir su eficacia cuando se incumplan, ab initio o sobrevenidamente, los requisitos esenciales establecidos en la normativa sectorial correspondiente.

Se trata, pues, de declaraciones de voluntad por las que los particulares interesados manifiestan el cumplimiento de los requisitos legalmente establecidos para el reconocimiento o ejercicio de un derecho (declaración responsable) o comunican los datos identificativos y requisitos exigibles para ejercicio de un derecho o el inicio de una actividad (comunicación).

Y aunque su procedencia es privada, por su producción en el seno de relaciones jurídico-administrativas, se rigen por el Derecho Administrativo, pero no podrá aplicárseles el régimen propio de los actos administrativos por carecer de esa condición al ser actos jurídicos del administrado (con las consecuencias que ello conlleva). Así pues, la declaración responsable y la comunicación son actos reguladores de carácter privado con eficacia externa, que habilitan para el ejercicio de un derecho o actividad, con eficacia propia y jurídico-pública, sin precisar de ulterior confirmación administrativa, sustituyendo a las decisiones administrativas autorizatorias.

El nuevo régimen suscita problemas que ahora no podemos analizar en cuanto a la seguridad jurídica en la protección de los terceros y en orden a los remedios reactivos de estos, en vía contencioso administrativa, frente a la declaración responsable y la comunicación, que -insistimos- no son ya ahora actos administrativos.

Pues bien, esta europeización del Derecho Administrativo español derivada de la Directiva de servicios tiene un impacto estructural, que lleva a su remodelación con cambios en aspectos básicos como son la posición de la Administración (de la intervención previa al control), el procedimiento administrativo (simplificación y nuevas técnicas con una delegación a los ciudadanos) y en el sistema de relaciones entre las administraciones públicas y de estas con los ciudadanos.

El nuevo paradigma de control ex-post supone un cambio radical con consecuencias de todo orden para las administraciones públicas, que han de pasar del modelo tradicional de intervención administrativa previa a un régimen de supervisión posterior.

En el trance de implantar esta transformación, como recoge Razquin Lizárraga, las normas son importantes, pero no por sí solas suficientes, son necesarias medidas organizativas y procedimentales; esto es, un tercer nivel de transposición consistente en la aplicación efectiva o puesta en práctica de la nueva regulación. Ello exige la revisión de los procedimientos con la configuración de actos reglados a través de modelos normalizados, la plena normalización de la administración electrónica para asegurar el derecho de los ciudadanos a su utilización en el acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y la reconstrucción o reconversión de las administraciones públicas orientada a la supervisión.

En fin, estamos ante una mutación administrativa no exenta de relevantes problemas jurídicos por resolver. Un cambio de enorme complejidad, por afectar a la cultura administrativa y por su carácter general y horizontal, que exige la renovación y recolocación de importantes piezas del sistema administrativo.

Todo esto impacta y volveremos más tarde sobre ello, en la configuración del recurso y el proceso contencioso administrativo, pensado para tiempos pasados, los de la administración-intervención, regulado desde 1998 en la ley vigente, que constituyó un indudable avance en el despegue del modelo de la magnífica, para su tiempo, Ley de la Jurisdicción contencioso administrativa de 1956, un modelo impugnatorio de revisión del acto unilateral tradicional. Los nuevos planteamientos

demandan un cambio de paradigma del control de la administración, partiendo de que en el Estado de derecho la actuación de la administración, toda la actuación, y sin zonas opacas, está sujeta al ordenamiento y al control de la tutela judicial.

II.- ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE LA REDEFINICIÓN DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO EN EL MARCO DE UN CONSTITUCIONALISMO DE GARANTÍAS.

I. ANÁLISIS GENERAL.

Si el derecho administrativo es derecho constitucional concretizado, de suyo resulta que el contencioso-administrativo constituye un orden jurisdiccional imprescindible en un constitucionalismo de garantías.

El Derecho, las normas jurídicas en particular, y desde luego el proceso constituyen “instrumentos” para la solución de conflictos, y esta connotación atañe, reforzadamente, a la regulación del proceso o recurso contencioso administrativo ya que en dicho orden jurisdiccional se imparte tutela judicial nada menos que con la pretensión -entendida esta locución no como mera expresión de un *desideratum* sino como firme y explícita afirmación de un deber insoslayable- de conjugar los privilegios de las Administraciones con las garantías del ciudadano, mediante la constricción a sus justos términos de las potestades atribuidas por el ordenamiento, y singularmente la CE a aquéllas.

En la exposición que ha precedido se ha dado cuenta de los profundos cambios operados en el escenario o escenarios en el que se desenvuelve la actuación de la Administración y sus relaciones con los ciudadanos.

La reforma operada en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa por la Ley 29/1998, derogó en una incisión profundísima la vieja Ley de 27 de diciembre de 1956, y vino condicionada, bien es cierto que con notorio retraso, por la imprescindible adecuación del proceso contencioso administrativo a la vigente CE de 1978.

Sea pues rendido mi personal tributo a la positiva e innegable significación de la Ley de 1998, desde la perspectiva de que la misma constituyó una respuesta adecuada al entonces compartido criterio de la insuficiencia de la ley de 1956, la cual, a su vez, había manifestado un excelente esfuerzo de judicialización del control jurisdiccional de las Administraciones.

Para evitar tediosas reiteraciones, remito a ustedes al texto ilustrativo de la Exposición de Motivos de la ley de 1998, que enmarca la tutela jurisdiccional en este orden jurisdiccional al nuevo paradigma de preceptos de la CE que por conocidos no es preciso ahora reproducir, y que singularmente, por citar algunos, son los art 1.1; 9; 24.1; 97; 103.1; 106.1 y 117, sobre la base de configurar la garantía constitucional de los derechos e intereses legítimos del ciudadano, dimanantes de las relaciones jurídico administrativas como un derecho subjetivo público conferido a aquéllos.

Muchas fueron, en verdad, las innovaciones que necesitaban ser producidas y que se abordaron entonces, que permitieron, en lema de impacto, superar la noción tradicional del “proceso revisorio al acto administrativo”, un modelo procesal si bien no absolutamente objetivo sí tendencialmente objetivo, trocado en 1998 en un sistema de concepción subjetiva imbricado en el concepto procesal de la “pretensión”.

En realidad, juzgado con la perspectiva que ofrecen sus dos décadas de vida, la Ley 29 tan solo se orienta hacia el modelo subjetivo del proceso, basado en la estructura de pretensiones procesales, por lo que no logra desconectarse intensamente, como sería de desear, del anterior modelo de proceso de revisión de actos administrativos; como ha señalado doctrina autorizada, no se trata de sustituir la fórmula de revisión de actos por la fórmula revisión de actuaciones administrativas. La Ley 29, como digo, apuntó en esa dirección subjetiva pero no alcanzó en gran parte su objetivo.

Ha de valorarse en su justa medida la dificultad que conllevaba la aplicación del nuevo esquema a un proceso contencioso-administrativo que, en el caso del sistema jurídico español, había utilizado la concepción francesa de la jurisdicción retenida y más adelante delegada, paradigma que ya colisionaba con la requerida razonable y fundada explicación que demandaba el Estado de Derecho y las nuevas exigencias sociales.

Era así insoslayable la revisión de las prerrogativas posicionales de la Administración, a fin de insertarlas coherentemente en un orden constitucional en el que debe armonizarse aquella garantía de efectividad del contenido constitucional con la persistencia en la concepción técnica de la Administración como un poder público al que puede resultar inherente la atribución de una posición jurídica de desigualdad.

No existe una imagen constitucional precisa de la Administración que incorpore como elemento necesario la doble autotutela declarativa y ejecutiva pero su dotación no es contradictoria con el orden constitucional, plenamente conforme con el mismo, si se construye desde la caracterización de la Administración como un poder público vicario

que no puede predicar de sí mismo sin más, por el mero dato formal de serlo, y de forma indiscriminada, tal condición, sino en la medida en que así proceda como manifestación de la autoridad social encargada del interés general. Volveremos sobre ello posteriormente al analizar las orientaciones novedosas que creo que procede adoptar en el proceso contencioso administrativo, que, ya lo anticipo, imprecisa y brevemente debe dejar de ser un modelo básicamente impugnatorio.

Pero instalarse en la confortabilidad no es criterio que asegure el acierto.

Casi veinte años después de la Ley 29, con pleno respeto para actitudes potencialmente discrepantes, a las que reconozco de antemano su debida *auctoritas*, creo que los operadores jurídicos nos hemos instalado en la inercia de la venturosa normalidad de la situación constituida, otorgando a la Ley 29/1998 el taumatúrgico efecto de la definitiva solución y la condición de modelo de perfección. Y no es así, o al menos personalmente estoy convencido de ello.

En efecto, en la praxis jurisdiccional y desde un constitucionalismo de garantías no estoy seguro de que más que una constitucionalización de nuestro Derecho Administrativo hayamos procedido a lo que antes denominaba una administrativización de la Constitución, es decir, una Constitución improcedentemente “ahormada” a nuestro tradicional Derecho Administrativo.

Toda constitución es una norma para la convivencia, pero la constitución no es una norma más, ni siquiera afirmando su condición de norma primera y hegemónica y fuente de las fuentes; la CE es así ella misma fuente de Derecho, y como tal, como norma hegemónica, dotada

de proyección inexorable *ad futurum*, palanca irrefrenable en el enunciado y la definición de derechos y obligaciones, y su contenido.

La CE aparte de la enunciación y definición de derechos fundamentales y de la configuración de garantías institucionales, paradigmáticamente por ejemplo la autonomía de las Comunidades Autónomas, enuncia fines, valores y principios y establece mandatos al legislador en orden a la consecución y logro efectivos y permanente de esos otros conceptos enunciados: principios, valores, derechos y garantías.

Adquiere así sentido lo que Luigi Ferrajoli, en su espléndida obra “Derechos y garantías” enuncia como instauración del nuevo paradigma del “modelo garantista de la democracia constitucional”, que requiere y exige una permanente revalidación de las normas, cuya evaluación de legitimidad no depende solo del respeto de procesos formales de su elaboración parlamentaria, que también, sino fundamentalmente de la coherencia de sus mandatos y contenidos con valores imperativos de orden sustancial¹⁶.

Dicho modelo garantista implica la vocación de un cambio en los cometidos que el modelo atribuye a la jurisdicción y a la ciencia jurídica, que han visto cambiar su papel de racionalización acrítica de la legalidad unidimensional del Estado legislativo de Derecho por el papel de verificar la legitimidad y validez de la norma en función de términos de racionalidad material constitucional como conviene al Estado constitucional de Derecho.

Y la expectativa en el presente momento temporal de una necesidad de reforma de la Ley 29/1998, no produce como resultado inexorable el criticado “activismo judicial” entendido como labor creativa *extra*

16 Luigi Ferrajoli, Derechos y Garantías. Editorial Trotta 2001.

legem, sino que abordar esa actualización creo que sería la terapia necesaria para evitar dicho activismo. La emergencia de la perspectiva constitucional en la interpretación y aplicación de las normas no da paso al decisionismo voluntarista ya que la necesaria argumentación y fundamentación de la sentencia constituye un formidable límite técnico que enerva ese indeseable efecto. En todo caso es este un reto que hay que enfrentar y que sin duda superaremos sin contratiempos.

Siguiendo a Ferrajoli, convengo personal y modestamente en que asistimos en los países de democracia avanzada a una crisis profunda y creciente del Derecho como sistema de garantías; el eco de la “calle” y la conciencia social nos lo pone en evidencia y no tiene mucho sentido perder tiempo en desautorizar la realidad del dato.

Pero sí interesa acaso brevemente analizar, como ha abordado el citado autor, los síntomas y las adversas contingencias que ello provoca en el “paciente Derecho” séame permitida la licencia. Síntomas que son no solo funcionales sino también de orden estructural y cuyas manifestaciones han quedado apuntadas en la exposición que hemos realizado en la primera parte de este mi parlamento.

No son, o eso creo, síntomas patológicos de ninguna infección o enfermedad sino más sencillamente tensiones de crecimiento y que demandan un cambio de modelo de instituciones, y en nuestro caso un cambio en el recurso o proceso contencioso administrativo.

Síntoma es la evidenciada limitación, cuando no incapacidad estructural, de las manifestaciones y formas del Estado de Derecho a la crisis del Estado Social, crisis que se formula las mas de las veces asociada a una evidenciada contradicción entre el paradigma clásico del modelo del Estado de Derecho, consistente, como sabemos, en un con-

junto de límites y prohibiciones impuestos a los poderes públicos para tutela de los derechos de libertad de los ciudadanos, y el Estado social de Derecho que demanda a los propios poderes públicos la satisfacción de derechos sociales mediante prestaciones positivas no siempre pre-determinables prospectivamente, con contenidos muchas veces ajenos a los principios de certeza y legalidad, y en cuya concreta configuración interviene la discrecionalidad y apreciación de lo contingente y lo coyuntural que se resiste a la confrontación con criterios abstractos y prefigurados en modo cerrado y preciso en la norma.

Síntoma es la innegable dificultad para la definición precisa de un sistema de garantías en materia de derechos sociales, equiparable al modelo consumado y experimentado con décadas de aplicación, vigente en lo tocante a los derechos de libertad y propiedad, que, en nuestro modelo constitucional podemos atisbar si analizamos las dificultades y limitaciones que rigen el ámbito de los principios rectores de la política económica y social contemplados en el capítulo tercero del Título Primero de la CE.

Ello va anudado a la ya tradicional crisis de la generalidad y abstracción de las leyes; la creciente emanación de leyes-medida o leyes-acto, la aparición de normas convencionales o códigos de conducta emanadas en determinadas organizaciones sociales, espléndidamente analizada por la memoria del Consejo de Estado de 2012/2013, que pone en evidencia y confronta el tradicional principio del monopolio de la estatalidad del Derecho.

Síntoma es también, a la hora de abordar la regulación de no pocas materias, la opción adoptada por enunciar los mandatos normativos no por medio de reglas jurídicas precisas, susceptibles de ser explíci-

tadas abstractamente, sino de principios o estándares estimativos, es decir pautas generales, abiertas e imprecisas avaladas por un cierto consenso social; porque nuestro sistema jurídico ha sido por decenios o siglos, un sistema de reglas enunciadas por el legislador, cuando al presente prolifera la opción alternativa. Lo que provoca, a poco que profundicemos, que el par regla-legislador, se ve sustituido por el par principio/estándar-juez y ello no por extralimitación de los miembros del poder judicial sino porque el legislador predefine para ello las condiciones de no pocas instituciones prestacionales al ejercer su legítima opción de emanar sus mandatos no vía reglas sino vía estándares.

A lo expuesto, y siguiendo al autor al que vengo refiriéndome, se anuda otro efecto que creo incontestable; la crisis de la capacidad regulatoria del Derecho, provocada por las más diversas causas convergentes y que se potencian entre sí, tales como la complejidad de las sociedades contemporáneas, la pluralidad de fuentes normativas, la legiferación mecanizada, la multiplicidad de funciones y ámbitos atribuidos al Estado social, y, como no, la complejísima relación de supra/infraordenación entre la actividad política legislativa y los imponderables de orden económico y tecnológico.

Ello, quiérase o no implica un debilitamiento de la función normativa del Derecho y la relativización de sus funciones de límite y vínculo para la política y el mercado, instituciones básicas y esenciales para la sociedad civil destinataria del ordenamiento y que constituye su campo de aplicación.

Debe añadirse en este elenco de síntomas la crisis del Estado nacional y de la internalidad y complitud de los ordenamientos nacio-

nales, lo que resulta evidente desde el ingreso y pertenencia de nuestro país a la Unión Europea como expuse más ampliamente en una modesta aportación al libro homenaje que el Colegio Notarial de A Coruña y los Colegios Notariales de España dedicó en el año 2002 al añorado Ildefonso Sánchez Mera, al considerar la trascendencia de la apertura a la acción y penetración del acervo jurídico comunitario.

En la exposición que ha precedido se ha dado cuenta de los profundos cambios operados en el escenario o escenarios en el que se desenvuelve la actuación de la Administración y sus relaciones con los ciudadanos.

Es evidente así que, desde una perspectiva de un Estado democrático dotado de un constitucionalismo de garantías el proceso contencioso administrativo no puede ser un verso suelto so pena de afrontar, más bien pronto que tarde, un juicio severamente adverso de tutela judicial ineficiente, con la consiguiente quiebra de la legitimidad o merecimiento de reconocimiento. Si la función del derecho administrativo es cohonestar, bajo el imperio de la CE, el equilibrio entre potestades de la administración y derechos del ciudadano, y si la tutela judicial del orden contencioso administrativo radica en asegurar el control de la legalidad de la actuación, toda la actuación sin zonas opacas, de la Administración, se comprende lo esencial de un proceso contencioso administrativo ajustado a un constitucionalismo de garantías, sin conformismos inerciales.

Debo poner de relieve que en el marco de la Comisión General de Codificación se creó en su día una sección especial dedicada a analizar y proponer una reforma de la LJ de 1998. Mi reconocimiento y estima para el contenido de las excelentes aportaciones y conclusiones dignas

de consideración que los expertos y acreditados miembros de dicha sección especial alcanzaron en marzo de 2013¹⁷.

La aludida ponencia realiza un profundo análisis de problemas y soluciones y estudia aspectos que desbordan la finalidad de la presente exposición, entre otros abordar la acuciante cuestión de número de litigios que penden por resolver y la abrumadora carga de trabajo que pesa sobre este orden jurisdiccional; estudia la litigiosidad repetitiva, los litigios testigo, y la extensión de efectos de las sentencia, apuntando diversas soluciones.

Nuestro legislador abordó en 1998, mediante la Ley 29/1998, una ambiciosa reforma de la excelente ley de dicho orden jurisdiccional de 1956; sin dejar de reconocer los avances que ello produjo, ya que el contencioso es abierto y generoso en cuestiones como la legitimación, temo que nos hemos instalado en el continuismo conformista respecto al modelo tradicional del proceso contencioso administrativo.

No pretendo tratar, sin olvidarlos, problemas tales como la masificación litigiosa o la necesidad de proveer medios técnicos y humanos, y centraré mi atención en algo que creo imprescindible desde la perspectiva de un control de la administración en el marco de un constitucionalismo de garantías: la regulación del objeto del proceso contencioso-administrativo, que creo que es necesario cambiar mediante una reforma profunda de la LJ.

Pues bien, en torno a esta cuestión, algún autor, señalaba que, en su opinión, las novedades introducidas en 1998 (recurso contra la vía

17 Puede consultarse el texto del informe de la Sección Especial en www.mjusticia.gob.es. Informe explicativo y propuesta de anteproyecto de ley de eficiencia de la Jurisdicción contencioso administrativo

de hecho y, sobre todo, recurso contra la inactividad) habían sido des-
acertadas y que la solución no consistía en añadir nuevos elementos,
sino, sencillamente, quitarlos, aprovechando la suplencia de la Ley de
Enjuiciamiento Civil¹⁸.

En todo proceso judicial, como señala Huergo, la determinación del
objeto es una cuestión de la máxima importancia, porque a través de
ella se precisa qué están discutiendo las partes y qué debe ser decidido
por el Tribunal. Si la tutela judicial es promovida por un sujeto, con
plena capacidad jurídica y de obrar, dejemos que dentro del marco de
las normas procesales el sujeto configure lo que cree que le conviene y
asiste a su derecho e interés legítimo.

La clave obviamente y lo sabemos desde la excelente aportación del
maestro Jaime Guasp, está en aprehender y configurar adecuadamente
las pretensiones.

Y en este punto debe subrayarse la asimetría y el contraste concu-
rrentes entre el contencioso-administrativo y los demás órdenes juris-
dictionales. Por mucha que es y sea la relevancia procesal del objeto
procesal, en los órdenes distintos del contencioso-administrativo, y,
en especial, en el civil, su regulación no supone un límite al ámbito
de conocimiento de los Tribunales ni a las posibilidades que tienen
las partes de pedir la tutela de éstos; dicho de otra forma, estos Tri-
bunales son competentes para conocer de cualesquiera cuestiones que
se planteen en su respectiva rama del Derecho y, del mismo modo,
los particulares tienen derecho a llevar ante ellos cualquiera de estas
cuestiones y a obtener una respuesta jurídicamente fundada sobre ella.
Naturalmente, para que este derecho se haga efectivo será necesario

18 Alejandro Huergo Lora, RAP nº 189. 2012

que la «cuestión» se formule de forma concreta como pretensión admisible, pero ello no supone obstáculo alguno porque el sistema de pretensiones es abierto en el sentido de que da cabida (tiene que dar cabida, si se quiere respetar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva) a toda cuestión que se plantee en el ámbito jurídico de que se trate en ese orden jurisdiccional. De ahí que las pretensiones carezcan, en general, de regulación legal, y que, en todo caso, ésta no sea constrictiva, exhaustiva o excluyente (conclusión a la que no se opone el tenor del art. 5 Lec, que no es un precepto cerrado llamado a embridar limitativamente las posibles pretensiones tasadas susceptibles de utilización).

Sin embargo, por contraposición, el proceso contencioso-administrativo contempla una serie cerrada de acciones que no tienen por qué recoger —y no recogen— todas las posibilidades de aplicación práctica del Derecho administrativo, muchas de las cuales sólo pueden llevarse a los Tribunales, como expone Huergo, utilizando de forma desviada cauces procesales pensados con otras finalidades; debe ello su razón al origen del modelo histórico del contencioso español, el recurso por exceso de poder, en un contexto hoy superado. La LJ no establece un cauce que sirva para el planteamiento de cualesquiera pretensiones basadas en el Derecho administrativo, sino que articula una serie cerrada de acciones dirigidas a la impugnación de distintas formas de actuación administrativa, que dejan fuera la protección de múltiples derechos o intereses legítimos, y que constriñen indebidamente la facultad conformadora de la tutela judicial que cumple reconocer a los justiciables. No se trata de desvirtuar la tutela judicial como derecho de conformación legal sino de poner de relieve que no vale cualquier modelo de conformación de pretensiones.

Por otra parte, y como ha quedado dada cuenta precedentemente, la evolución social y del contexto de la UE ha provocado un cambio radical en el contenido del derecho administrativo y sus instituciones (servicio público, autorización administrativa, concesión administrativa de servicio, administración garante versus administración interventora, principio de intervención mínima etc. etc.), y el esquema del proceso contencioso administrativo se halla en desajuste con el nuevo escenario del modelo de relaciones actualmente existente entre los ciudadanos, la administración española y la mega-conglomerado constituido por la administración nacional y la de la UE.

La ley 29/1998, no ha logrado despegarse plenamente y con la debida intensidad del esquema sustancial de la de 1956, nuestro modelo que ya podemos reputar “castizo”, ni siquiera ampliando el catálogo de la actividad impugnabile, al incorporar la inactividad administrativa y la vía de hecho; se ha orientado en otra línea, ciertamente, pero sigue en cierta convergencia con el modelo anterior, y por lo tanto no resuelve, a la altura de 2018, los problemas que suscita el nuevo escenario de relaciones entre la administración y el ciudadano, muy variables en el lapso que ha transcurrido en los veinte años desde su entrada en vigor. Hay un desajuste así entre los potenciales conflictos jurídicos de la vida real actual y el instrumento procesal que encauza la prestación de tutela judicial¹⁹.

19 De esta falta de despegue acentuado entre la Ley 29/1998 y la precedente de 1956 ya se hizo eco el Consejo de Estado cuando, en su dictamen sobre el anteproyecto de 29 de mayo de 1997, reseñó “es perceptible, por tanto, el tránsito moderado desde el sistema objetivo del contencioso-administrativo francés, que pone su acento en el acto –como también la LJCA vigente- hacia un sistema subjetivo, propio del derecho alemán, cuyo centro lo constituye la pretensión o la acción.”

El mantenimiento del proceso contencioso administrativo bajo la inspiración basilar del modelo de proceso impugnatorio no se conviene con las actuales necesidades y los novedosos escenarios de la vida relacional de los ciudadanos y las administraciones, española y europea, y suscita y pone en evidencia numerosos problemas que abocan, entre otras eventualidades, a que el particular que no pretende ni le interesa, en ocasiones, impugnar un acto, se ve obligado a utilizar el recurso contra actos administrativos, el instrumento básico del modelo siendo así que este no es el plenamente adecuado a sus deseos y necesidades.

Si entendemos que las actuaciones jurídicas no son, según creo, sino formas de concreción de relaciones jurídicas entre sujetos, en nuestro caso la administración y los ciudadanos, lo que identifica sustancialmente a una relación jurídica no son tanto las actuaciones, que ciertamente constituyen su manifestación externa, cuanto los derechos y/o intereses contrapuestos que ostentan los sujetos concernidos, llamados a ser partes procesales al ponerse en marcha el proceso.

De este modo, tendrán que existir definidas o habilitadas las pretensiones precisas para encauzar y dar salida procesal a esos derechos e intereses, por evidente razón de tutela judicial, lo que se contraviene y no se logra si los ciudadanos han de ver ahormada forzosamente su estrategia más allá de la carga razonable de que sus peticiones superen la dimensión y el planteamiento del conflicto real para adaptarse al lenguaje formal del proceso.

Pero no es adecuado a la tutela judicial y menos en un constitucionalismo de garantías que los derechos e intereses tengan que acomodarse forzosamente, en todo caso, al esquema de una pretensión anulatoria de actos, pretensión, se insiste, cuya finalidad es solamente

la impugnación de un concreto modelo de actuación administrativa, de entre los varios posibles: el acto administrativo tradicional.

Por lo tanto, en un contexto, que creo cierto, de falta de desarrollo adecuado del elenco de pretensiones, el ejercicio de ciertos derechos o intereses puede verse impedido o dificultado y eso no se conviene con la tutela judicial en un constitucionalismo de garantías.

Dicho lo anterior, evidentemente que debe subsistir el recurso contra actos administrativos y contra reglamentos, que tienen y deben conservar una naturaleza necesariamente impugnatoria, porque actos y reglamentos constituyen formas típicas del actuar administrativo y porque acto administrativo y reglamentos tienen una serie de características sustantivas propias que requieren un específico trato cuando pasan a ser objeto de una pretensión procesal. De lo que se trata es de que el recurso impugnatorio contra actos administrativos no es ya hoy el molde único de cualquier acción que se ejercite ante los Tribunales contencioso-administrativos y ello no por convicción académica, sino por pura necesidad de adecuada eficiencia de la tutela judicial y su ajuste a la vida real, que o es eficaz o, sencillamente se frustra y no es tal.

Lo precedentemente expuesto a lo largo de esta exposición, ya ha puesto de relieve que actualmente el acto administrativo tradicional ha reducido su ámbito, o dicho de otro modo, que hoy la administración nacional y la europea no se manifiestan generalizada y casi únicamente a través de actuaciones con formato de actos administrativos tradicionales (que requieren en caso de conflicto una reacción impugnatoria conforme al esquema tradicional).

Contrariamente, hoy el acto administrativo no es cualquier manifestación del actuar de la administración, sino preferentemente aquel que

se emite con contenido regulador imperativo, en el marco de gestiones del ámbito de la administración-intervención, y que produce efectos imperativos frente a terceros, al constituir el ejercicio de poder público. Pero actualmente el derecho administrativo está plagado de actos de los particulares, y también de actuaciones de la administración que no obedecen a ese modelo tradicional, sino que son manifestación del ejercicio de los derechos y facultades integrados en la esfera jurídica de quien los produce, también la administración actuaria.

De aquí se deriva una diferencia esencial entre la posición que ocupa la Administración cuando dicta actos administrativos y cuando, por ejemplo, celebra contratos; ya sabemos que el contrato administrativo conlleva facultades exorbitantes, pero cuando se aplican en tal caso se está ejercitando un contrato y no otra cosa, de modo que el órgano de contratación, siendo un órgano administrativo y sin dejar de serlo, no deja ni puede dejar de ser una pieza del sujeto contratante y que necesariamente actúa como tal sujeto contratante; no nos referimos a los actos, estos sí, emanados en la fase preliminar y antes de la adjudicación, incluida esta misma, sino a los producidos durante el cumplimiento del contrato. ¿Por qué en esta fase de cumplimiento de las prestaciones las decisiones del órgano de contratación tienen que identificarse con actos de imperio unilaterales?. ¿No es acaso cierto que, también en los contratos administrativos, rige la regla de que la validez y el cumplimiento del contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes contratantes?

Si los contratos administrativos son contratos modalizados, y enfatizo la locución “modalizados”, hagamos que funcionen como tales y seamos coherentes con la categoría.

El acto, pero no necesariamente otras actuaciones, proclama autoritariamente el derecho del caso concreto y por razones de seguridad jurídica, adquiere si no es impugnado en breve plazo, firmeza, deviniendo inamovible. He ahí la razón de sujetar su impugnación a un breve plazo preclusivo; pero esta preclusión tan exigente no tiene necesariamente que alcanzar la condición de regla general y ello con el efecto de obtener una declaración judicial de inadmisibilidad *ad limine*.

No pretendo ahora realizar un rediseño completo, a modo de pretencioso legislador negativo, del conjunto de pretensiones que deberían contemplarse en un texto de la LJ alternativo, ni procede abordar un estudio comparativo de las posibilidades procesales bajo el imperio de la anterior ley de 1956 y la actual. Centraré mi exposición en la institución novedosa, que creo desacertada, y que es la pretensión frente a la inactividad, posteriormente abordaré los que creo que son déficits en orden al posicionamiento del juez nacional, y en concreto el contencioso administrativo, como juez natural y ordinario del Derecho de la UE, y finalizaré con alguna consideración en torno a la tutela cautelar.

II. ACCIONES FRENTE A SUPUESTOS DE INACTIVIDAD ADMINISTRATIVA. CONFLICTOS CONTRACTUALES Y ACTOS SEPARABLES. CONTROL DE ACTOS TRANSNACIONALES.

Constituye una de las novedades introducidas por la LJ 29/1998, pero en la situación actual el recurso contra los actos administrativos no sólo entra en juego en estos supuestos en que siempre se emitieron y se siguen emitiendo, típicos y tradicionales, sino también en otros que, o tienen por objeto medidas administrativas que no constituyen verda-

deros actos administrativos, o no se dirigen, en realidad, a la impugnación de acto alguno, sino que constituyen el vehículo forzado para la formulación de pretensiones declarativas o de condena.

Se trata de unas ampliaciones del ámbito propio del recurso contra actos, surgidas por necesidades procesales creadas por el legislador (al limitar las pretensiones que cabe formular en el contencioso) y de las que conviene destacar, por de pronto, su carácter ficticio, que tiene, o puede tener, efectos jurídicos importantes, además de poner en evidencia la deficiente construcción del sistema de acciones del contencioso-administrativo.

La reacción contra esa “otra” actividad administrativa debe articularse a través de otro tipo de pretensión, no impugnatoria, ni siquiera por reflejo, porque si existe el reflejo del modelo impugnatorio nos instauraremos en la opción de haber pasado del proceso (aun en un modelo evolucionado) revisorio al acto al proceso revisorio a la actuación (entendiendo por una actuación, aunque suene paradójico, la inactividad administrativa), y que desde luego creo que la pretensión frente a la inactividad no debe estar sometida a plazos preclusivos de impugnación, sino únicamente a los plazos generales de prescripción.

Del mismo modo no es procedente forzar la utilización del recurso impugnatorio contra actos como cauce para las pretensiones de condena no relacionadas con la anulación de un acto administrativo; valga el caso en que lo que se propugna es obtener una sentencia que condene a la Administración a otorgar al particular la prestación que éste busca o, por utilizar la terminología más usual, que declare el derecho del particular a obtener esa prestación. Es el caso de la reacción frente a la inactividad administrativa que contemplan los art 29 y 32.1 de la LJ.

Aquí no se impugna un acto expreso (no lo hay), sino la denegación presunta de la solicitud (escrito de petición) presentada por el particular.

Este proceso del art 29 no debería de ser un proceso sobre la validez del título jurídico en que el particular funda su pretensión, sino un proceso prevalentemente ejecutivo centrado en el enjuiciamiento de los motivos, cuales sean, que haya tenido la administración para no atender el deber del cumplimiento de la obligación que le viene legalmente impuesta. No se trata o debe tratarse en este cauce acerca de la validez del título soporte, sino a dilucidar si existe o no obligación de prestación exigible.

Más clamoroso es el caso del art 29.2, supuesto en el que la inactividad conlleva ya no una prestación no atendida sino la no ejecución de un acto o resolución administrativos firmes. ¿Por qué la pretensión en este caso no es ejecutiva y ha de ser declarativa?; es cierto que en este caso el cauce procesal se abrevia pero el diseño defectuoso de la pretensión, déficit debido al seguimiento del modelo impugnatorio, pone de relieve, de nuevo, un desenfoque de la cuestión, que no es dilucidar la validez del acto o resolución no ejecutado, que siendo firme ya no debe hallarse en cuestión, sino su inejecución, lo que es bien distinto.

Por otra parte, la pretensión por inactividad no cubre todos los supuestos, dados los presupuestos que el art 29 establece, y así lo reconoce la Exposición de motivos de la LJ; pues bien, para tal caso, la única solución es la retorcida fórmula artificiosa de provocar una resolución denegatoria de la administración, mediante la oportuna petición, a fin de obtener expresa o presuntamente (por silencio) una resolución contra la que actuar por el cauce de la pretensión impugnatoria tipo.

En definitiva, que la LJ al configurar la pretensión novedosa frente a la inactividad, en sus dos versiones, se ha dejado arrastrar por la atracción del modelo impugnatorio tipo, y ello no tiene razón de ser, de forma que la pretensión de inactividad finaliza con una sentencia asimilable a las que recaen en el mencionado modelo general.

Así, y por consecuencia, siendo que el control de la actividad prescricional se convierte en un proceso al acto jurídico (norma, resolución o contrato) en que se apoya el derecho a la prestación, el resultado podría llegar a ser paradójico, como señala con acierto Menéndez Rexach, ya que si la sentencia declara inválido el citado acto el derecho a la prestación quedaría sin cobertura, o acaso se anularían actos respecto a los que habría precluido la posibilidad de ser impugnados por el procedimiento común o pretensión impugnatoria tipo.

En todos estos casos, se insiste, el diseño de la LJ es artificioso puesto que en realidad el particular no pretende impugnar ningún acto ni obtener su anulación, sino que su verdadera pretensión es otra (normalmente declarativa o de condena), que se ve forzado a deducir «en relación con» la anulación del acto o denegación presunta impugnados. El procedimiento altera, por tanto, la verdadera naturaleza de la pretensión procesal, enmascarándola.

Existe otra dimensión de la cuestión que contribuye a descentrar, como hemos visto que sucede, el planteamiento técnico correcto; consiste en que se transforma lo que es y no puede dejar de ser una mera reclamación previa (similar a las que se exigían tradicionalmente con carácter previo al ejercicio de acciones civiles o laborales), asimilándola al peticionado de un acto administrativo, lo que provoca a su vez que la respuesta a la misma se transforme en un aparente acto administrativo.

Es razonable la exigencia de ese trámite de reclamación, como fórmula *in extremis* de evitación del litigio y como medio de advertencia e interpelación a la administración, pero la misma, como trámite accesorio e instrumental, no debería contribuir a descentrar el diseño de la pretensión y su naturaleza, introduciendo notoria confusión en el proceso. Pesemos que en el ámbito civil nadie pretende ni a nadie se le ocurre propugnar que las acciones contra la Administración sean pretensiones contra la denegación de la reclamación previa.

En la regulación de la Ley 29 es claramente distorsionante al respecto de mantener indiferenciadamente el modelo impugnatorio para denegación de solicitudes del ciudadano; contrariamente deberían de haberse discriminado los supuestos, asignando muchos de ellos a la categoría de “pretensiones en orden a obtener un acto –o resolución” en vez de englobarlos en la más amplia y omnicomprensiva de “pretensión de anulación de una resolución denegatoria de una solicitud”.

Por otra parte, la desubicación del legislador al contemplar la pretensión de inactividad, provoca situaciones confusas que pueden redundar en denegaciones de tutela por pérdida injustificada de litigios inducida por el complejo y confuso sistema diseñado y la falta de perfil adecuado en el modelo legal. Es el caso del art 199 de la Ley de Contratos del sector público 9/2017 que ya hemos mencionado precedentemente por otras razones.

Aquí de lo que se trata es de que el contratista que no cobra la certificación que articula el pago total o parcial ha de interpelar al órgano de contratación (el órgano competente para todas las actuaciones concernientes al contrato) instándole al pago; hasta aquí conformes; pero de inmediato surge el contratiempo provocado por el diseño legal ya que

el legislador se deja arrastrar, nuevamente, por el señuelo de la entidad y significación de la interpelación efectuada por el contratista, y define diversas salidas procesales en función de la actitud que adopte la administración.

Y así, si el órgano de contratación interpelado no contesta en el plazo de un mes, el precepto previene que se entenderá (parece) *ex lege* reconocida la procedencia del pago y cabrá ejercitar la vía de la inactividad del art 29 LJ. Pero con todo, y por eso hemos utilizado la locución “parece” hace un instante, la pretensión vuelve a configurarse declarativa, porque el art 199 señala que cabe a la administración oponerse a la procedencia del pago sin limitación de motivos oponibles.

Y ahora viene la cuestión confusa ¿qué sucede si la administración contesta estereotipadamente a la intimación del contratista con el formulario al uso y, por supuesto, no le paga la certificación?. Pues contrariamente a lo que pudiere creerse, no cabe la acción de inactividad en este caso sino que hay que optar por la pretensión impugnatoria tipo, lo que puede provocar que habiendo optado por la vía de la inactividad y perdido el asunto por ese cauce, ya no quepa recuperar la acción tipo por haber precluido, sin perjuicio de volver a plantear la cuestión en vía administrativa.

Por otra parte, ¿Por qué ha de ser preclusivo el plazo para ejercitar esta pretensión si la premura solo concierne al contratista acreedor y siendo así que la administración, al callar, muestra una actitud nada consecuente con la apremiante preclusividad?.

Creo que no caben más tergiversaciones en un metro cuadrado de derecho administrativo; se convierte una intimación del contratista particular en solicitud de un acto administrativo tipo, lo que no procede

porque estamos en sede de cumplimiento contractual y aquí no debería de haber actos administrativos tipo sino actuaciones contractuales de las partes contratantes, en este caso un conflicto sobre el pago del precio. En segundo lugar ese “acto señuelo”, artificioosamente creado condiciona la institución procesal, obligando a llevar, con modelo confuso, el asunto por uno u otro cauce, siempre declarativo en vez de ser el ejecutivo y en función de la actitud de una de las partes. Y al final, la administración silente se reserva la facultad de poder oponerse con toda la munición a la pretensión del contratista sin limitación de motivos porque no se trata de una pretensión ejecutiva.

La única previsión positiva del caso estudiado recién expuesto, parece, de nuevo parece, radicar en que si la administración calla y no paga, la medida cautelar, si se pide, habrá de ser positiva, y el tribunal ordenará el pago; pero ni aun así, y de ahí la reserva que implica la locución “parece” que hemos explicitado, porque la plena artillería vuelve a desplegar entonces sus efectos y la administración puede oponer, con plenitud de argumentos, la pertinencia del pago de la anhelada certificación y el juzgado podrá denegar la medida.

Y hablando de conflictos en el seno de relaciones contractuales o al menos de signo bilateral y con origen convencional, cabe considerar otra solución legislativa reciente, que tampoco parece acertada.

Me refiero al caso contemplado por el art 51 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, sobre Régimen Jurídico del sector público, que ha venido a sustituir, en parte, a la ley 30/1992. El precepto aborda el supuesto de conflicto al respecto de los convenios administrativos, institución que si bien no es técnicamente contractual, sí define una relación bilateral de naturaleza negocial. Pues bien, en caso de incumplimiento

por alguno de los entes convenientes de las obligaciones contraídas pactadamente que le incumbieran, la contraparte habrá de requerirle el cumplimiento, y de no obtenerlo, dice el precepto, se entenderá resuelto el convenio y procederá su liquidación. Decreta el precepto que “se entenderá resuelto el convenio”, y podemos preguntarnos ¿es esto una resolución atípica ya ejecutiva de por sí?. Creo que lo procedente es entender que el precepto habilita implícitamente una pretensión, en la vía contencioso administrativa, para alcanzar un pronunciamiento de condena al cumplimiento o a la resolución en otro caso, y desde la perspectiva de la otra parte, una pretensión para debatir la concurrencia o no del incumplimiento reprochado. Pero, una vez más, la regulación se queda a medias y configura una situación indefinida, en vez de crear una pretensión contractual asimilable a las existentes en la LEC (no impugnatoria ni atinente al modelo tipo de anulación de actos o reglamentos). ¿Es que el incumplimiento de una parte no es susceptible de ser variado forzosamente por una sentencia a instancias de la otra parte, si interesa a esta mantener el contrato y que se cumpla en sus propios términos en vez de resolverlo? ¿O acaso el ente requerido, reputado de supuesto incumplidor, habrá de utilizar la acción tipo impugnatoria de la ley 29/1998 para enervar judicialmente el efecto resolutorio y la liquidación?. Quede apuntada la duda y mi personal perplejidad acerca de cuál haya de ser el cauce a seguir.

Otra técnica que creo que conviene acaso reconsiderar, actuando con precaución, es la de los llamados “actos separables” en lo concerniente a su operatividad en la institución que permitió la implantación de esta técnica, precisamente la institución contractual, y que como se sabe constituyó una creación del Conseil d’État, incorporada a la doctrina patria a raíz de una aportación trascendente e innovadora de García

Trevijano en el ya lejano año de 1956 y que adoptó el TS a inicios de la década de los años sesenta del pasado siglo, pero en todo caso en un escenario bien distinto al régimen de tutela judicial vigente en el orden jurisdiccional contencioso administrativo.

Concurren, en la tesis apuntada de reconsideración de la mencionada técnica, varias razones en cuya exposición no puedo ahora extenderme; en primer lugar que el modelo contencioso administrativo patrio se apartó del modelo francés a partir de la Ley de 1956 y la mencionada técnica era tributaria del contencioso francés; en segundo lugar que la actual legislación de contratos del sector público constituye un modelo de simetría variable o de ecuación de “n” variables, en la que las distintas soluciones dependen de la conjunción cruzada e intercambiable de diversos conceptos subjetivos y objetivos: contratos privados, contratos administrativos, contratos armonizados, entes que son Administraciones, entes que son poderes adjudicadores, sean o no administraciones, lo que se complica en los llamados sectores especiales de contratación, entidades formalmente privadas incluidas en sector público.

Añadidamente, hemos de recordar que la vigente Ley 9/2017 refuerza la penetración de su aplicación a ámbitos relevantes de la vida contractual de los contratos privados concertados por sujetos que, siendo poderes adjudicadores, no son administraciones públicas.²⁰

Y finalmente, como tercera razón, que en nuestro derecho de la contratación pública la perfección del contrato público no se produce

20 Debe enfatizarse que a los poderes adjudicadores que no sean administración pública, a tenor de la vigente Ley 9/2017 de Contratos, les resulta de aplicación ésta no solo en sede de actos de preparación y adjudicación, sino también en diversos ámbitos de la fase de cumplimiento y ejecución del contrato, sea paradigmáticamente lo concerniente a la modificación del contrato, no obstante que tales contratos son contratos privados.

ahora bajo un único formato y en el mismo instante del iter procedimental de la gestación del contrato, pues el art. 36 de la ley sectorial ya citada fija la perfección del contrato unas veces y según el caso en la adjudicación y otras en la formalización; disparidad de régimen que, y solo lo apuntamos, incide en la definición del ámbito del concepto de “actos separables”.

Todavía más, procede apuntar otros recientes ajustes legislativos de detalle, cual es el art. 321.5 de la Ley 9/2017 que introduce en el ámbito de aplicación de la teoría de los actos separables decisiones, en materia contractual, de órganos societarios de administración de entidades del sector público (pensamos en entidades con forma societaria) que no tengan condición de poderes adjudicadores (y que no son Administraciones) y que conciernan a trámites de preparación o adjudicación de sus contratos; porque a tenor del art. 41.2 en relación con el 27 de la Ley esas decisiones, “a los exclusivos efectos de esta ley...” nada menos que “... tendrán la consideración de actos administrativos...”; se trata de una previsión novedosa respecto a la legislación anterior que provoca que tales decisiones, con el trámite previo de un recurso de alzada denominado “impropio”, quedan sustraídas a la jurisdicción civil en cuanto que se han convertido, por lo dicho, en actos administrativos, con lo que se produce una incidencia de calado en el ámbito de juego de la teoría de los actos separables.

Pretendo poner de relieve y a ello intento limitarme ahora en el tratamiento de este punto, que la doctrina del “acto separable”, de larga tradición y con grandes implicaciones jurisdiccionales y procesales, y por esa relevante significación, sería de desear que quedara sustraída a la interferencia sucesiva de tanta legislación sobrevenida de detalle que introduce variables en aspectos que, en mayor o menor medida com-

plican su funcionamiento, el cual debería seguir pautas más sencillas sin dar ocasión al resurgimiento del denostado “peregrinaje jurisdiccional.

Concluimos sobre el particular que conviene reflexionar sobre el hábito normativo de flexibilizar al extremo categorías jurídicas consolidadas, y ello con importantes efectos, ya que con tal proceder se introduce inestabilidad en la definición de la sede jurisdiccional, ordinaria o contencioso administrativa, de conflictos contractuales, materia que con las variables expuestas que comporta ahora la Ley de contratos del sector público constituye algo parecido a un jeroglífico proclive al denostado resultado del peregrinaje de jurisdicciones.

Finalmente, la confusión e indefinición de pretensiones, provocada por la vis atractiva y el predominio de la pretensión impugnatoria en el esquema de la Ley 29, se manifiesta claramente en los arts. 71, 72 y 73, cuando se regulan los pronunciamientos-tipo de las sentencias, patentizando insuficiencias e incertidumbres.

Añadidamente, esta nueva definición de la pretensión en el orden contencioso-administrativo viene demandada por la creciente frecuencia de los llamados “actos transnacionales”.

No podemos soslayar ni posponer los retos que implica la aparición, de los llamados “actos administrativos transnacionales”, fenómeno creciente cuantitativa y cualitativamente, entendiendo por tales aquellos dictados por una administración nacional de uno de los Estados de la Unión que están llamados directamente a producir efectos en otro, varios o todos los demás Estados; y no me refiero a efectos eventuales o incidentales, sino directos; en definitiva un acto, el llamado transnacional, que despliega efectos en el espacio o la jurisdicción de otro

ordenamiento, distinto tanto procedimental como sustantivamente al ordenamiento del Estado de origen.

Constituyen tales actos manifestación de un nuevo tipo de Administración, diríamos una administración integrada o europea, distinta propiamente a las administraciones nacionales y a la Administración de las Instituciones de la Unión, que interactúa con ambas en una labor de cooperación que sirve directamente a la aplicación del Derecho europeo, sirviendo a la idea final de que cada órgano de cualquier Estado, cualquier órgano, puede estar llamado a ser funcionalmente un órgano de la función administrativa europea.

Sabemos que estos actos razonablemente surgen en marcos jurídicos sectoriales en los que precede una regulación a nivel secundario del Derecho Europeo, procedimental y sustantiva, que provoca una armonización de las distintas legislaciones sectoriales nacionales concernidas; pero como quiera que armonizar no equivale a uniformar siempre pueden darse normativas diferenciadas en los territorios de emanación y de destino del acto transnacional e incluso pueden incentivarse prácticas de “deslocalización” por parte de los operadores jurídicos transnacionales, en estrategias de buscar el ordenamiento más idóneo para sus intereses sin poner en riesgo la eficacia del acto provocado por tal operador, prácticas que no cabe descalificar como fraudulentas ya que operamos en el marco de un mercado único y se trata de actos amparados por respaldo legal.

Es cierto también que en ocasiones, esa normativa armonizadora reconoce cláusulas de salvaguardia de los distintos Estados, que condicionan la eficacia transnacional de los actos, interponiendo la exigibilidad de actos nacionales, en el Estado o Estados de destino, de reconocimiento de efectos, pero lo más frecuente será, por razón de prevenir instrumentos de las denostadas “barreras” tan laceradas por el Derecho

europeo, que la normativa europea que ampara los actos transnacionales no permita dicho acto de “reconocimiento o exequatur” de modo que el acto transnacional opere automáticamente.

¿Qué decir de la tutela judicial de los efectos de los actos transnacionales?; ¿es exigible que el control judicial haya de producirse en la Jurisdicción del Estado de la administración emisora y no en la de destino?; ¿no supondría eso un obstáculo o barrera a la tutela judicial, como ya ha manifestado en algún caso el Tribunal de la Unión?; supuesto que admitamos el control en la Jurisdicción del Estado de destino ¿cómo cohesionar el nivel de garantías sustantivas y procesales de los respectivos ordenamientos, tal vez aproximados por la normativa europea armonizadora, pero no uniformes?.

He ahí un reto, ya presente, para el desenvolvimiento de nuestros Tribunales del orden Contencioso administrativo.

III. LA RECEPCIÓN EN LA CE DEL PROCESO DE CONSTRUCCIÓN EUROPEA Y SU TRASCENDENCIA PARA EL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

La inmisión creciente del Derecho de la UE en el ordenamiento patrio ha variado radicalmente la posición del juez nacional, en cuanto que él es el juez natural u ordinario del Derecho de la Unión, como tiene establecido el TJUE.

Obviamente el déficit que observo en la regulación de este aspecto, es predicable de todos los órdenes jurisdiccionales, pero he de centrarme en el orden contencioso administrativo.

La actitud de los españoles ante el proceso de construcción europea evidencia paradójicamente tanto entusiasmo como escasez de criterios

técnicos formalizados. Es sorprendente ello, pero, en todo caso, que no hayamos provocado descarrilamientos importantes en nuestro derecho interno es signo de nuestra capacidad innata de improvisación y creaciónismo jurídico.

Hasta el presente España ha venido participando activamente, y con entusiasmo, en el proceso de construcción europea, bajo el impulso de la CE que evidencia y proclama una decidida vocación internacionalista, manifestada en el preámbulo, y arts. tales como el 10.2, 93, 95 o 96.

En concreto bajo la égida del art 93 España ha ido acudiendo a las sucesivas etapas de integración europea, habiendo asumido dos reformas muy concretas de la CE como ustedes bien conocen.

Existe por lo demás, en la declaración del TC de 1.07.1992 del TC (en el trance de ratificar el tratado de Maastricht) la manifestación, como doctrina del mismo, de que los arts. 93 y 95 de la CE permiten ceder o atribuir a la UE el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución, pero no hasta el punto de que ello implique disponer de la Constitución misma. Hemos intervenido en los procesos de aprobación y ratificación de los Tratados de Ámsterdam, Niza, Lisboa, e incluso el frustrado de la Constitución europea, que votamos favorablemente, (frustrado como sabemos por el fracaso de la ratificación en Francia y Países Bajos) y con estos escasos mimbres disponibles en nuestra Constitución hemos cedido importantísimas competencias a la UE.

Ante todo y como ha señalado el tratadista Luis Martín Rebollo, un elemento esencial de la socialización o permeabilización del principio de primacía del Derecho de la UE concierne a la actuación de los jueces ordinarios llamados a tutelar que el Derecho de la Unión, cuando proceda y en los ámbitos materiales en que proceda, sea efecti-

vamente el derecho común de preferente aplicación, porque es al juez nacional, a quien compete la tutela del Derecho de la UE y que puede plantear cuestiones prejudiciales al TJUE para dilucidar los conflictos entre normas nacionales y europeas²¹.

Con todo nos interesa ahora precisar las facultades y la posición del juez nacional ante la existencia de un eventual conflicto entre el derecho nacional y el derecho de la UE, no solo el primario, los Tratados, sino el derivados (Directivas y Reglamentos de la UE).

El TC y el Consejo de Estado han ido solucionando las contingencias que se han producido, existiendo un criterio ya explicitado por parte del C de E a partir del Dictamen 2544/2004, en el sentido de recomendar la incorporación a la CE de una cláusula europea o de integración alusiva a la participación de España en el proceso de integración europea, habiendo ofrecido el C de E a modo de sugerencia la redacción de algunos preceptos e indicaciones sobre su mejor ubicación sistemática.

No es mi propósito, por desbordar el ámbito del tema, exponer el planteamiento constitucional y las implicaciones y/o conveniencias de incorporar a la CE una cláusula europea, solamente deseo explicitar que ello tiene, también, implicaciones y consecuencias en el ámbito normativo-ordinamental porque la ausencia de mención en la CE de la cuestión priva de un marco de certeza a la posición del Juez ordinario, de cualquier orden jurisdiccional, como juez tutelante del Derecho de la UE.

Hasta la fecha operamos en esta materia con criterios interpretativos, de origen jurisprudencial y doctrinal, muy valiosos y autorizados, sin duda, pero carentes de la auctoritas normativa.

21 Luis Martin Rebollo. Sobre el papel del juez nacional en la aplicación del derecho europeo y su control. RAP nº 200. 2016

Como ya conocen ustedes, la LO 7/2015 ha incorporado un art 4 bis a la LOPJ, en el que tras declarar tautológicamente que los jueces y tribunales habrán de aplicar el Derecho de la UE con respeto y de acuerdo con la doctrina del TJUE (lo que era evidente incluso sin el precepto) añade, dicho art 4 bis, que la cuestión prejudicial se planteará, previa audiencia de las partes, por medio de Auto. Constituye una regulación insuficiente y que no aborda las cuestiones primarias que del legislador debería resolver.

Y tampoco da respuesta sistemática y organizada a la problemática que estamos exponiendo la reforma en la mencionada LO 7/2015 del recurso de casación en materia contencioso administrativa que permite redefinir como motivo de interés casacional en el nuevo art 88, el hecho de que la sentencia recurrida suscite debate sobre la aplicación del derecho de la UE en confrontación con el derecho interno.

Es cierto que el proceso de integración en la UE es predominante y principalmente político, pero tiene trascendentales incidencias en el marco jurídico ordinario y tal pareciera que hasta ahora, más de 30 años después de nuestro ingreso, ese aspecto nos pasa desapercibido.

Ante todo es evidente que la cesión de competencias a la UE no puede ser ilimitada y tiene límites materiales derivados, de momento y ante la ausencia de la cláusula constitucional, implícitamente de la CE, pero esta afirmación actualmente solo ostenta matices doctrinales o interpretativos (por lo tanto no dotados de fijeza).

La proyección del derecho comunitario o de la UE radica en coexistir dos órdenes jurídico políticos, imbricados muy estrechamente pero no reducidos a la unidad. De una parte el orden constitucional interno basado en la soberanía nacional, y de otra el ordenamiento de

la UE que implica una limitación de la soberanía de los Estados miembros, si bien es cierto que esa limitación tiene un importante contrapeso en la afirmación explícita del derecho originario o primario de la UE del reconocimiento pleno de los Estados integrantes de la Unión y la preservación de su esencia e identidad sustancial, y el respeto de sus instituciones respectivas nacionales.

La primacía del derecho de la UE sobre los derechos de los estados miembros, no solo del Derecho comunitario primario sino también del derivado, proclamado por la doctrina del TJUE, y la incidencia que la integración tiene en las funciones de los distintos órganos constitucionales de cada Estado, requieren analizar el reposicionamiento, en ese escenario de primacía del Derecho de la UE, de la función constitucional y la judicial en orden a la solución de conflictos jurídicos.

Desde el punto de vista de la función de los órganos judiciales del orden contencioso administrativo la cuestión no es baladí, ya que, probablemente por razones cuantitativas y no afirmo que cualitativas, son los llamados a ejercer, con mayor frecuencia el cometido de jueces del derecho de la UE, en un marco definido cuya esencia radica en la coexistencia de dos ordenamientos comunitario y nacional distintos, obvio, cada uno de los cuales tiene sus propios sistemas de fuentes, (establecidos en los Tratados de la UE y en la CE), con la singularidad de que ambos van dirigidos parcialmente a los mismos destinatarios (y por ello no se trata de un esquema federal ni internacional clásico y propiamente tal sino supranacional – de ahí la singularidad de la UE–) y por lo tanto hay que alcanzar soluciones al margen del principio de jerarquía y más próximas al principio de competencia.

Nuestro TC, en esta línea, ha diferenciado dos cualidades que han de tenerse presentes al analizar cualquier potencial conflicto normativo: primacía del derecho de la UE y desde la perspectiva de la UE y supremacía de la Constitución desde la perspectiva del derecho interno. Así en su Declaración 1/2004, matizando anterior doctrina, sentó el criterio de que la primacía permite ratificar tratados con contenido eventualmente contrapuesto a la CE mientras que no se desautorice el criterio de la supremacía de la CE, para lo que fija como límites de la primacía el que las competencias transferidas y la adopción de tratados de la UE no impidan salvaguardar la intangibilidad a los valores, principios o derechos fundamentales reconocidos en nuestro ordenamiento.

Pero no para ahí la cosa, en la contemplación del derecho primario de la UE, los Tratados; se trata de un ordenamiento dinámico y sus normas derivadas, las Directivas y Reglamentos de Bruselas, no constituyen un conjunto de normas llamadas a ser recibidas y transpuestas de un golpe y en acto consuntivo, sino que al tratarse de un ordenamiento, me refiero al comunitario, cuando se autoriza la celebración de un Tratado lo que se hace propiamente no es insertar esa norma, el tratado, en nuestro ordenamiento interno sino abrir el ámbito material regulado interno doméstico a un ordenamiento en constante cambio y cuyas normas sucesivas de desarrollo han de aplicarse en España con plena validez y eficacia y bajo el referido principio de primacía (al que no es invulnerable la ley nacional interna como es sabido, concernida también por el citado principio).

En suma, el TJUE no solo afirma la primacía del derecho de la UE sino que apodera a los jueces ordinarios nacionales para hacerla efectiva, disociando el juicio sobre la aplicabilidad de la norma interna en conflicto del juicio de su validez, con lo que, simultáneamente ha

privado a los TC respectivos de la potestad exclusiva de control de las normas con rango de Ley como presupuesto para liberar a los jueces internos del deber constitucional de aplicar la ley interna nacional (que no de anularla), dado que de acuerdo con la doctrina Simmenthal el juez ordinario nacional ha de inaplicar la norma nacional en virtud de su propio criterio razonado, sin la necesidad de plantear cuestión prejudicial al TJUE, salvo si es el tribunal de última instancia en el conocimiento de la cuestión.

Con lo cual la praxis constitucional en España, según doctrina del TC, ha llevado a disociar, como señala el Consejo de Estado en su dictamen sobre eventuales modificaciones de la CE, las cuestiones de inaplicabilidad de normas internas (leyes incluidas reitero) por razón de incompatibilidad con el derecho europeo, de la dimensión constitucional, separando el tratamiento técnico de la inaplicabilidad y el de la invalidez del derecho interno en confrontación con el derecho de la UE. Son testimonio de ello St TC tales como 215/2014, 100/2012; 134/2011. Lo que por cierto no impide a que el propio TC haya planteado cuestión prejudicial en limitados casos de recurso de amparo (St 26/2014; St 232/2015)

No es posible en mi opinión dejar al azar del criterio doctrinal e interpretativo duraderamente, esta posición del juez contencioso, o de cualquier otro orden jurisdiccional, que le faculta, como poder del Estado que es, para inaplicar leyes nacionales ya que ello confronta con el tenor del art 117.1 de la CE que somete al juez al imperio de la ley, lo que genera una situación cuando menos “jurídicamente comprometida” ya que puede poner en riesgo la tutela judicial del art 24 de la CE, cuestión ciertamente no trivial.

Dicho en otros términos, la aceptación obligada del principio de primacía y sus consecuencias, ha provocado en nuestro país, “de facto” una mutación constitucional implícita.

En ausencia de la ansiada norma legal que pergeñe, con valor normativo, los criterios legales que hayan de presidir estas decisiones judiciales, el TC en su St 58/2004, con criterio preventivo, ha sentado la doctrina de que los tribunales internos aunque no sean de última instancia en el conocimiento del asunto, deben formular cuestión prejudicial cuando la discrepancia entre la norma interna y la europea no sea clara, pues ya consta criterio consolidado de que no es preciso suscitar la cuestión prejudicial cuando hay pronunciamientos precedentes aplicables al caso.

En todo caso el TC en su St 28/1991 y 58/2004, ya dejó zanjado que la vinculación de nuestras leyes al Derecho de la Unión, en virtud del principio de primacía ni significa que el art 93 haya atribuido a las normas de la Unión rango constitucional ni significa que la conculcación de la norma europea por la ley interna equivalga a una vulneración del art 93 CE ya que las relaciones problemáticas entre ambos ordenamientos es, literalmente, “un puro problema de selección de la norma aplicable al caso” cuya resolución concierne al juez ordinario que haya de decidir el asunto.

No me parece conveniente ni solución segura la opción de mantener la cuestión en estos términos; es decir de que nos quedemos en el equilibrio inestable e inseguro de un pronunciamiento judicial que declara inaplicable, sin pronunciarse sobre su validez/invalidéz, una norma, incluso de rango legal, y creo firmemente que la seguridad jurídica demanda abordar con la adecuada reforma legislativa estas incidencias

que no son casos de laboratorio. Debe pues el legislador aplicarse a afrontar esta materia pautando procesal y sustantivamente el cauce, la competencia y el contenido de semejantes pronunciamientos, de modo que erga omnes el órgano judicial que se entienda competente depure el ordenamiento interno y despeje la cuestión de la eventual validez de la norma nacional contradictoria del Derecho de la UE.

En la búsqueda de soluciones disponibles a mano, conocen ustedes que en la actual Ley 29/1998, en su título V, arts. 123 y siguientes en relación con el art 27.1, y entre los procedimientos especiales, contempla la llamada cuestión de ilegalidad que permite depurar normas reglamentarias, cuestionadas con ocasión del conocimiento de recursos contenciosos administrativos, y que el juez ha de suscitar al Tribunal competente para conocer de la legalidad de la norma reglamentaria, cuando aquel juez, el que resuelve el asunto, haya dictado sentencia estimatoria que anule la actuación administrativa por estimar que el reglamento aplicado por la administración adolece de ilegalidad.

Pues bien, este cauce no es idóneo obviamente para resolver las incidencias de confrontación de normas internas con el principio de primacía del derecho de la UE, y que en virtud de la apreciación de dicha contradicción hayan de quedar desplazadas en su aplicación; y no lo es, primero porque el tenor de la ley 29/98 no lo permite, en segundo lugar porque la cuestión de ilegalidad se enmarca en un conflicto interno al ordenamiento nacional de supremacía o jerarquía, jerarquía vulnerada por el reglamento reputado ilegal, ya que la supremacía y la jerarquía que no son las categorías que relacionan el derecho interno y el derecho de la UE, añadidamente no es aplicable el procedimiento de ilegalidad porque la cuestión de ilegalidad no se extiende a leyes sino solo a reglamentos, y finalmente porque la cuestión de ilegalidad se suscita

a posteriori de la resolución del caso concreto y además no permite alterar la decisión ya adoptada en el asunto primario.

No es accesible tampoco la solución por vía extensible de la cuestión de constitucionalidad ya que no existe analogía e identidad de razón entre ambos supuestos dado que esta atañe al derecho interno y compete al TC mientras que la tutela judicial del derecho de la Unión concierne, ya lo hemos dicho, al juez ordinario.

Quedan así, desde luego, abiertas las opciones posibles; o bien regular en una Ley orgánica que la cuestión de declarar erga omnes el pronunciamiento sobre la validez de la norma interna vulneradora de la primacía del Derecho de la UE, se residencia ante el TS, en todo caso, o bien diferir la cuestión al TC si se trata de normas con rango de ley, bien entendido que quedan salvaguardados el planteamiento de la cuestión prejudicial, la competencia del TJUE y la intangible competencia del juez ordinario como juez del Derecho de la UE.

Mas aun, ¿qué cabe hacer a nuestro juez nacional cuando, en un malhadado día, se le suscita a la vez duda sobre la constitucionalidad de una norma interna que ha de aplicar y duda sobre la contradicción concurrente de esa norma interna con el Derecho Europeo?. La opción pragmática primaria sería “empezar por ordenar la propia casa” y plantear por ello al cuestión de inconstitucionalidad ante el TC; sin duda una prudente solución, si no fuera porque el TJUE ha declarado terminantemente en la St 22.6.2010, caso Melki, que tal proceder, al postergar la aplicación del derecho de la UE es vulneradora de los Tratados y deviene inadmisibile.

Desborda la materia que tratamos extendernos en esta materia pero remito a la curiosidad de ustedes a analizar el cambio de criterio que el

TC ha evidenciado, al respecto, en sus st 194/2006 y 78/2010, es una cuestión compleja que requeriría una densa digresión que no es ahora procedente.

Recientemente, conviene consultar sobre el particular y al respecto de la ponderación de los conceptos cuestión de inconstitucionalidad versus análisis de compatibilidad de una norma interna con el Derecho Europeo el auto del Tribunal Supremo de 14/06/2016 y varios autos del Tribunal Constitucional de 04/10/2016 y 13/12/2016, resoluciones todas ellas concernientes a la interminable problemática que está suscitando la Ley 15/2012 sobre tributación de la producción de energía para paliar el arraigado déficit de tarifa.

En todos estos casos, tanto cuando se recurre la «denegación presunta» de la solicitud como cuando, haciendo uso de las posibilidades abiertas por la LJ, se interpone un «recurso contra la inactividad», se está transformando una acción de condena en una acción impugnatoria, y el simple requisito de formular una reclamación previa a la Administración convierte el pleito en impugnación de la denegación «expresa o presunta» de esa reclamación.

IV. EL AGOTAMIENTO DE LA VIA ADMINISTRATIVA COMO PRESUPUESTO DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO.

En el dictamen al que antes aludí, emitido por la Sección Especial designada en el seno de la Comisión de Codificación, se alcanza la conclusión de que la fórmula de los recursos administrativos preceptivos está agotada en su eficacia; el dictamen se pronuncia literalmente así: “... la resolución de los recursos de alzada y reposición por los órganos

ordinarios de la Administración no es siempre la forma más adecuada de control de la legalidad administrativa”.

Convengo en el diagnóstico; la experiencia señala demostradamente que los recursos para agotar la vía administrativa no contribuyen realmente a agotarla, ni redundan en un control añadido de legalidad, acierto y oportunidad de la resolución dictada, porque, sencillamente, ya está agotada previamente y, en la generalidad de los supuestos, la cuestión ya se halla decidida.

En este punto hay que ser prudente y soy consciente de ello, pero creo que, o se procede a una revisión total del modelo de recursos administrativos con la adopción de fórmulas que tengan garantizado el resultado anticipado de eficiencia y que, por su contenido, conlleven una prognosis de cambio asegurado de escenario, o habrá que optar por declarar que los recursos administrativos deben tener valor opcional, a apreciación del ciudadano potencialmente recurrente.

Y digo esto conociendo que la legislación contempla la posibilidad de que el recurso de alzada se vea sustituido por otros procedimientos de impugnación, reclamación, conciliación mediación y arbitraje, ante órganos colegiados o comisiones específicas no sometidas a instrucciones jerárquicas. La previsión, por lo tanto, de algún o algunos modelos alternativos, existe pero se halla poco explorada y persistimos al día de hoy en el continuismo más decepcionante. Con lo cual se echa por tierra la opción, sin duda válida y conveniente, bajo ciertas condiciones de garantía, de que se disminuya la carga de trabajo de los desbordados órganos jurisdiccionales, efecto que, sin duda, se conseguiría estableciendo un sistema contrastado de revisión administrativa (o de arbitraje) eficiente y merecedor de legitimidad por su “*auctoritas*”.

En todo caso, un modelo alternativo de recursos administrativos con órganos especializados, aunque no lograrse disminuir la carga de litigiosidad, sí, al menos, permitiría que una buena parte de los asuntos conflictivos llegasen al órgano jurisdiccional dotados de un nivel de estudio y objetividad notablemente superior al que, sin duda, proporciona el modelo vigente de “recursos administrativos mayoritariamente rituarios”.

Y esto no solo facilitaría, según creo, el estudio jurisdiccional del asunto sino que aportaría un estimable elemento de conocimiento en orden al ejercicio de la tutela cautelar, ya que con ocasión de la revisión administrativa, bajo este novedoso modelo, creo factible que podría avanzarse acerca de la formulación de algún criterio sobre la adopción de medidas cautelares, o lo que es lo mismo, reforzar argumentalmente contingentemente al caso y apreciando las circunstancias concurrentes, el mantenimiento de la ejecutividad de la actuación administrativa impugnada, como juicio anticipado que, indefectiblemente, habrá de resolver ponderadamente en su momento el órgano jurisdiccional.

El dictamen de la Sección de la Comisión de Codificación de referencia optaba por otra solución alternativa más precavida y circunspecta; en concreto, la creación de órganos administrativos independientes que colegiadamente, bajo criterios de autonomía funcional y profesionalización y cualificación técnica, se ocupen de resolver la preceptiva vía impugnatoria de agotamiento de la vía administrativa.

El dictamen remite a la exposición de experiencias del derecho comparado y a algunas existentes en nuestro país, singularmente los órganos que conocen de las reclamaciones económicas administrativas en la administración del Estado y respecto a los tributos que son titula-

ridad de este (incluidos naturalmente los cedidos), modelo que ha sido duplicado, sin garantías de independencia, en ciertos entes de la Administración local.

La cuestión, que lleva años y acaso decenios renqueando larvadamente, no admite demoras; en primer lugar porque los recursos administrativos son ya vistos y percibidos en la conciencia social como un “trámite” a despachar en faena de aliño. Mal vamos, en la perspectiva de un constitucionalismo de garantías, si la percepción ciudadana muestra desafección al respecto, porque ello es la antesala de una suerte de solipsismo o ensimismamiento del propio sistema.

Pero es que, añadidamente, el propio legislador tira piedras contra “su modelo”, al definir situaciones discrepantes, si bien es cierto que le vienen impuestas. Me estoy refiriendo al régimen de recursos en materia contractual regulado en la tan citada Ley 9/2017 de Contratos del sector público.

Como ustedes conocen, en años pasados, la reticencia del legislador español a transponer en plazo y puntualmente mandatos de las Directivas de contratos, concitó varias estridentes condenas por parte del TJUE al Reino de España; se trataba de articular un régimen especial de recurso administrativo, que preveían las Directivas, siendo así que el legislador y la Administración españoles se mostraban renuentes a instaurarlo, lo que generó los recursos que acabó resolviendo el TJUE.

El régimen especial de recursos se incorporó en determinado momento a la ley de contratos entonces vigente, sin que sea ahora del caso analizar cómo y cuándo ello sucedió, y actualmente se halla la

materia regulada en los arts. 44 y siguientes de la citada ley 9/2017 hoy vigente.

Aunque no pretendo ahora analizar en pormenor la cuestión, me interesa resaltar que, simplificadaamente dicho, el régimen especial concierne a los contratos armonizados, no solo los adjudicados por entidades con condición de administraciones sino también a los que involucren a poderes adjudicadores (en incluso algunos más, subvencionados y que conciernan a otros entes), y, y ello es lo que interesa, se trata de un recurso potestativo que procede solo respecto a determinadas decisiones del órgano de contratación o el ente contratante y del que no conoce el órgano común competente, el órgano de contratación, sino el Tribunal administrativo central de recursos contractuales, órgano administrativo, pese a su denominación, caracterizado según el modelo de órgano colegiado, con autonomía e independencia técnica funcional.

Contrariamente, las decisiones de los órganos de contratación en los demás contratos, siguen el régimen común de agotamiento, preceptivo, de la vía previa administrativa conforme a la ley de Procedimiento administrativo 39/2015.

Con lo que se constata un trato discriminatorio y diferenciado y basta con comparar el régimen de ambas vías de revisión de la legalidad administrativa. ¿Por qué las Directivas imponen un modelo impugnatorio potestativo y sometido a un órgano especializado, configurado según un perfil indudablemente más garantista?. Dejo a la apreciación del oyente la conclusión que se crea más adecuada.

Pero en todo caso es evidente que cohabitan en nuestro ordenamiento dos modelos; el preceptivo y común de agotamiento de la vía

administrativa previa y el especial de la Ley de Contratos (bien que para algunos de ellos solamente). Y ello no puede soslayarse en el trance de evaluar el estado de la cuestión acerca del mantenimiento o innovación del régimen de recursos administrativos.

Con todo el problema es general y el derecho comparado no ofrece soluciones claras e incluso existen países, caso de Francia, donde la regulación es muy dispersa, y donde la vía administrativa ha de agotarse preceptivamente con carácter general bajo un régimen de recursos mucho más casuístico que el nuestro. En el Derecho de la Unión Europea, el impulso de la administración directa de la Unión, a costa de disminuir la ejecución indirecta a través de las administraciones de los Estados miembros, cuestión que ya tratamos, ha dado lugar a que la regulación de algunas de las Agencias especializadas que se encargan de la gestión de competencias sectoriales, haya abordado la previsión de salas de recursos compuestas por técnicos independientes e imparciales, salas que en algún caso, tras años de funcionamiento, han devenido en el germen de Tribunales especializados, cual es el caso por ejemplo, del art 257 del TFUE, que contempla el Tribunal de la Función pública de la UE, o el previsto Tribunal de la Patente comunitaria.

Resta reseñar que las regulaciones de dichas salas o tribunales administrativos de la UE (recuérdese que en la UE no existe una planta judicial asimilable a la de nuestro país dado que el juez ordinario es el nacional de los Estados miembros) previenen que las Agencias respectivas no pueden alzarse ante el TJUE frente a las decisiones de dichos órganos de control. Con lo cual el modelo tal parece que constituye una alternativa eficiente y garantista que disuade acudir al TJUE.

V. LA PRETENSIÓN CAUTELAR Y AUTOTUTELA ADMINISTRATIVA.

Sabemos que la pretensión cautelar ha recibido un refuerzo determinante tras la CE, ya que el derecho fundamental de tutela judicial se extiende a las medidas cautelares.

No abordaré un análisis de la materia ya que ello justificaría acaso una exposición específica dada su densidad y amplitud y me limito seguidamente a efectuar algunas consideraciones desde la perspectiva que me interesa: el control de la Administración en el proceso contencioso administrativo en el marco de un constitucionalismo de garantías.

La cuestión es sumamente delicada pues ha de buscarse un equilibrio entre dos ideas contrapuestas en su planteamiento inicial: las exigencias de la legalidad que inclinan a prevenir o evitar los perniciosos efectos de decisiones ilegales de modo que tales efectos sean prontamente suspendidos, y la eficacia del actuar administrativo.

En el fondo se trata de paliar o modalizar el juego del principio legal de autotutela; principio que entiendo que es de rango legal puesto que no veo en el art 103 de la CE un reconocimiento expreso de la autotutela o ejecutividad de las resoluciones administrativas, cuando establece el deber de eficacia de las Administraciones como mandato.

No es preciso poner de relieve la relevancia que la autotutela provoca desde la perspectiva de la tutela judicial; por de pronto la tutela deviene a posteriori de las actuaciones de la Administración, una vez modificada por la decisión de ésta la situación jurídica, autotutela declarativa, e incluso posiblemente la situación real tras la ejecución coactiva del acto.

Ello compromete muy severamente el juego y la operatividad de la tutela cautelar, las medidas cautelares en el orden contencioso administrativo, y vista la cuestión sin agobios alarmistas pero en un ejercicio de sinceridad inexcusable, ello pone en riesgo el modelo de control judicial desde la perspectiva de un constitucionalismo de garantías.

No es inoportuno traer nuevamente a colación en este instante la idea de la que hemos dado cuenta en la exposición precedente de que cabe constitucionalizar el derecho administrativo o administrativizar la CE.

La doctrina de nuestros Tribunales, tanto los del orden contencioso administrativo como la del TC es la de que el principio de eficacia justifica y ampara, ergo legitima, la ejecutividad y ejecutoriedad de los actos administrativos, si bien la ejecutoriedad ha de atemperarse con la condición de que el tribunal competente pueda pronunciarse antes de que la ejecución se consume lo cual implica una directriz a la Administración en sentido de que ha de proceder, en la ejecución material me refiero, *allegro ma non troppo*.

Sucede sin embargo que en múltiples ocasiones se concluye jurisprudencialmente que la directriz reseñada se respeta condicionando la ejecución a preservar la posibilidad de la solicitud y presentación de la pretensión cautelar, de modo que esa posibilidad, así dada, equivale a preservar la tutela judicial (sin perjuicio del especial régimen de las sanciones administrativas); es cierto que cabe la opción de la respuesta cautelar en términos de tutela cautelarísima, es decir *inaudita parte*, pero ello no resuelve todos los problemas y persiste un nivel de riesgo cualificado desde la perspectiva de la tutela judicial y la adecuada tutela del interés público.

Por de pronto, la presunción de legalidad del acto no es ni debe ser y quedarse inmóvil en un porque sí apodíctico sin ulteriores exigencias, y es de exigir en las resoluciones, si ha de mantenerse la proclamación legal, una justificación de dicha legalidad desde la perspectiva de una legitimidad de origen y de ejercicio, lo cual no se compadece con la situación actual que ampara esa presunción tanto para resoluciones motivadas como para resoluciones estereotipadas o incluso para sanciones robotizadas; si avanzásemos en esta línea de exigencia de una legitimidad de ejercicio, es decir de merecimiento de legitimidad en el caso, el debate no se circunscribiría, como sucede en la actualidad, a la incidencia de las medidas cautelares.

La presunción de legalidad y la prerrogativa de la autotutela no devienen de una suerte de “gracia santificante”, dicho sea con pleno respeto para el significado propio de esta expresión que ahora tomo metafóricamente prestado.

Por otra parte, la ejecución forzosa de los actos, hablando en términos generales y admitiendo que caben opciones matizadas en ciertos sectores, no es una inexorable consecuencia de la eficacia administrativa sino que, junto a este parámetro bien podría ponderarse la proporcionalidad y el grado demostrado, no presupuesto apodícticamente, del imprescindible requerimiento de la eficacia en la protección del interés público, bien sin duda merecedor de protección en sus justos límites.

Sabemos que el régimen de la Ley 29 contempla un sistema general de tutela cautelar, en sus arts. 129 a 134 y dos supuestos especiales a los que dedica los arts. 135 y 136, de importancia porque en el art 136 (pretensiones de inactividad y contra la vía de hecho) se previene una fórmula de concesión, en principio, de la medida cautelar que

proceda a menos que la Administración justifique y acredite perjuicio grave del interés público. Y también nos consta que la suspensión de la ejecución de la resolución no es la única medida cautelar sino que la jurisprudencia ha admitido, prudentemente, el modelo de medidas positivas.

La ley 29 no atiende para su definición, como punto de partida tanto a la ejecutividad de la resolución y al concepto del potencial perjuicio irreparable, cuanto que a la “pérdida de oportunidad o de utilidad de la finalidad del recurso contencioso administrativo” en caso de no adoptarse la cautela peticionada.

En materia de tutela cautelar aunque el criterio determinante ha variado respecto a nuestro modelo castizo y tradicional, pues ahora no lo es prevenir la producción de perjuicios de imposible o muy difícil resarcimiento, sino evitar que la ejecución de la actuación administrativa pueda hacer perder al recurso su finalidad con ponderación de los intereses en conflicto, concurren dos circunstancias que lastran la obtención de las potencialidades, que creo que existen, del nuevo modelo.

La primera es que la jurisprudencia sigue anclada, por inercia, en los parámetros anteriores, dando valor a la acreditación o no, por parte del recurrente, de los perjuicios que la actuación administrativa pueda irrogar, con lo que la ponderación de intereses vuelve (en realidad se mantiene como siempre) al plano de los términos económicos, siempre relativizables; y no debiera ser así porque la “pérdida de la utilidad del pleito”, el parámetro legal, no presupone de por sí mensurabilidad de perjuicios (no desdeñable) sino verificar si la autotutela es desproporcionada y si la prerrogativa de la Administración, legítima en origen, merece reconocimiento y legitimidad de ejercicio en el caso.

Y este planteamiento posibilitaría ubicar adecuadamente la ponderación de intereses, porque en el pleito el recurrente, si le asiste legitimación, no solo ni prevalentemente hace valer intereses sino un derecho fundamental, derecho que pone en acción valores esenciales de la CE cuales son el control de la arbitrariedad y la legalidad de las actuaciones de los poderes públicos, y la Justicia, mientras que a la contraparte, la Administración, no le concierne un derecho fundamental sino “el interés público”, desde luego un bien jurídicamente protegido y merecedor de protección, pero que no opera al nivel de un derecho fundamental.

La segunda circunstancia de las dos a las que me refería, y que contribuye a enervar, en parte, las potencialidades del modelo, es, si cabe más grave; verán ustedes, como quiera que la resolución administrativa no anticipa la argumentación que aportaría en su favor la, según creo y he afirmado, exigible legitimidad de la autotutela en el caso, legitimidad de ejercicio (testando así la legitimidad de origen), se disloca el foro de debate y se pospone en el tiempo la justificación ya que en vez de la Administración autora del acto se difiere la argumentación a un sujeto distinto (el Abogado de la Administración –ciertamente un órgano de ésta pero distinto al órgano de gestión-). Pues, si me lo permiten y en nombre de la Corporación profesional a la que me honro en pertenecer, muchas gracias por la confianza de la “encomienda”, pero eso no solo no palia ni corrige la distorsión espacio temporal inferida al debate sino que ello contribuye a incrementar el riesgo de no contrarrestar la erosión indudable que la legitimidad de ejercicio de la autotutela padece por la praxis del modelo.

Y esto socialmente, en los tiempos actuales que tanto demandan un constitucionalismo de garantías, no sale gratis socio-políticamente (y no me refiero a la política partidista) sino a la acepción de la politeia griega.

El problema según entiendo no es tanto de definición del modelo, que lo creo correcto, cuanto de las reglas de funcionamiento del sistema.

La cuestión trasciende nuestro ordenamiento, porque incluso en los países que mantienen un modelo en el que la interposición del recurso provoca suspensión de la ejecución de la resolución, caso de la Ley alemana de 1960 (con modificaciones posteriores), Ley de Justicia administrativa VwGO, está exceptuado de dicho régimen el supuesto más relevante y en el que todos pensamos: las liquidaciones tributarias, supuesto en el que rige, por lo tanto la ejecutividad como regla.

Ante todo conviene despejar algunos planteamientos que creo que no son correctos y contribuyen a desenfocar el análisis: la ejecutividad de las resoluciones administrativas no se halla en función de la “infalibilidad” de las mismas, y, más allá de la conciencia sociológica, desde luego respetable, tampoco me parece criterio seguro de aproximación invocar la tesis de la crisis del criterio de la “autoimposición”, autoimposición que obtiene su soporte en la aprobación parlamentaria y representativa de las leyes, so pretexto del predominio del ejecutivo sobre el poder legislativo, vía mayoría parlamentaria y juego de la disciplina partidaria. Invocar las quiebras y limitaciones de la democracia representativa suscita en la mayor parte de las veces más dudas e incertidumbres que soluciones.

Pero, por otra parte, no deja de ser cierto que el acto administrativo lo único que aporta al proceso como cierto e incontestable es el dato de su existencia formalizada y, debe ser así, razonado con el mayor acierto posible.

Pues bien, el sistema no funciona adecuadamente, o eso creo a reserva de opiniones más autorizadas, muchas de ellas presentes en esta

sala, porque la ejecutividad llega al tribunal ayuna de razones y ensimismada en su propia afirmación legal. El acto es y debe ser ejecutivo, en principio, porque lo establece la Ley, Arts. 38 y 39 de la Ley 39/2015 y Art. 233 de la LGT. Desde luego sucede que el defensor de la Administración puede desplegar su buen hacer profesional, y me consta que es así, en los alegatos pertinentes, pero no me refiero a ese instante, sino a otro previo.

La vía del recurso, a excepción de la vía económico administrativa, pasa sobre ascuas sobre este tema, desaprovechándose la oportunidad de que el órgano gestor, que es el llamado a justificar la bondad y pertinencia de la presunción de legalidad de la resolución, se pronuncie casuísticamente, como debe ser, sobre la cuestión; e incluso en la vía económico administrativa no es el órgano gestor quien refuerza argumentalmente la ejecutividad del acto sino el TEAR o TEAC de turno.

No me refiero ahora al eventual trámite de la suspensión con ocasión de la interposición del recurso administrativo, prevista en el Art. 117 de la ya citada Ley de Procedimiento Administrativo 39/2015; porque en este trámite se despeja una pretensión cautelar concreta y cuya finalidad, y el contenido de dicho trámite, es que el recurrente justifique las razones para la suspensión de efectos, en lo que a su persona se refiere; se trata por tanto en esa contingencia de solventar una decisión absolutamente casuística en la que la tipología del acto o resolución tan solo sirve de referencia pero no es el contenido esencial del pronunciamiento.

Y por cierto que en vía administrativa, la ley 39/2015 fija como parámetro el castizo concepto de los “perjuicios de imposible y difícil reparación”.

Contrariamente, y sin perjuicio de ese trámite, desde luego correcto e imprescindible, esa pretensión a la que acabo de aludir, creo que requeriría un marco previo más amplio y ese marco es el que echo en falta.

Me refiero a un trámite en el que la Administración justificase contingentemente la legitimidad y pertinencia de la presunción de validez y eficacia, cualidad genérica que legítimamente reconoce la ley; es decir, que aparte de esa cualidad *ex lege* concurriera una justificación adicional, ponderada en función de la naturaleza del acto de que se trate.

Comprendo la dificultad de abordar una tan plúrima actuación, que, desde luego, no es tan coyuntural y casuística como la del trámite de suspensión del que acabamos de dar cuenta, porque admite un tratamiento más genérico, en función de la tipología de los distintos actos o resoluciones y cuyo contenido no tendría ya que ponderar circunstancias subjetivas concretas a despejar con ocasión de la incidencia de la suspensión.

En todo caso, estoy convencido de que esta revalidación de la legitimidad de la cualidad de ejecutividad y ejecutoriedad del acto sería perfectamente abordable, cuando menos, con ocasión de actuaciones programadas y estratégicas de la Administración, aquéllas que preparan “campañas” estratégicas de actuación futuras y que frecuentemente preceden a la incoación de expedientes administrativos similares y al dictado de resoluciones de contenido sustancialmente repetitivo.

Obviamente, lo deseable sería que ese trámite, con intervención del órgano de gestión concernido (en el caso de las campañas previsiblemente un órgano de la administración central del Estado) se despachase por un órgano técnico cualificado específicamente encargado de dichos cometidos; ya sé que cabe el reproche inmediato de que acaso dicho

trámite acabe connotando el triste fin de la actuación “formularia e inercial” pero esta posibilidad creo que no debería de enervar una reflexión sobre el particular.

Creo que la previsión legal de ejecutividad no justifica un tratamiento tan lacónico y huidizo en la vía administrativa, sino todo lo contrario. La ley guarda a quien se guarda y la Administración no debería soslayar, como se hace, la justificación de la legitimidad de la ejecutividad.

Es evidente que al final es el tribunal quien ha de decidir, y podría argüirse que es mejor concentrar los esfuerzos en unidad de acto y en el proceso y no diluirlos en trámites desarrollados en otros foros que acabarán siendo desvirtuados por la inercia, el formulario habitual o el corta y pega de windows. No comparto esa tesis porque pienso que de este modo habría oportunidad de que la cuestión llegase al tribunal y al proceso más madurada y elaborada, y ello no puede sino facilitar el trabajo jurisdiccional.

Claro es que esta propuesta alternativa que someto a su autorizado análisis se supedita a otra estructura, muy distinta a la actualmente existente, del trance de los recursos en vía administrativa ya que el insatisfactorio modelo actual no permite ni posibilita estas cualificadas actividades complementarias.

Por otra parte, la flecha del tiempo, o sea su avance inexorable, provoca cambios que determinan que cuando se dicta la sentencia la ejecución puede causar un efecto de frustración, o incluso, adoptadas cautelares, efectos contraproducentes o desproporcionados; por ello creo que acierta Santiago González Varas Ibáñez, cuando afirma que acaso la clave, desde luego no de efecto taumatúrgico superador de toda la problemática, radica en que exista un primer enjuiciamiento en el mo-

mento mismo de dictarse la resolución y con ocasión de su dictado, con el efecto preventivo de que la decisión despliegue efectos, en su caso y si el juicio referido así lo indica. Entonces la cuestión es la siguiente: ¿dónde ubicar dicha instancia?.

Para finalizar, una conclusión personal y tal vez un anhelo; la legitimidad de ejercicio de la actuación de la Administración es una exigencia, amén de legal sociológicamente insoslayable y más temprano que tarde habrá que replantearse algunas de las cuestiones expuestas. La justicia material y el mundo del Derecho no pueden ser una realidad virtual distorsionada de la vida real; el inmovilismo conduce, primero a la nostalgia, después a la caducidad trasnochada y siempre a la decepción ciudadana.

Que no nos suceda como rezaba el verso de Espronceda: “hojas del árbol (entiéndase jurídico) caídas... juguetes del viento son”.

II
CONTESTACIÓN
del
EXCMO. SR.
DON JOSÉ LUIS SEOANE SPIEGELBERG

**CONTESTACIÓN AL DISCURSO DE INGRESO DE
D. JOSÉ LUIS DE LA TORRE NIETO
EN LA REAL ACADEMIA GALLEGA
DE JURISPRUDENCIA Y LEGISLACIÓN.**

Por el académico D. José Luis Seoane Spiegelberg

Por expresa designación de nuestra Academia y aceptando, como no podía ser de otra forma, la invitación del recipiendario, constituye para mí un honor, contestar al discurso de ingreso en esta institución de José Luis de la Torre Nieto, cuya incorporación a esta Academia constituye un acto de elemental justicia, por su condición de jurista, con una dilatada trayectoria profesional, marcada por la excelencia.

Decía Ortega que “la vida es un gerundio y no un participio: un faciendum y no un factum. La vida es un hacer”. En su discurrir vital, el nuevo académico nace en Ourense. Vive su adolescencia en Lugo. Desarrolla su trayectoria profesional en Santiago y Pontevedra, y hoy ingresa en esta Academia de Legislación y Jurisprudencia en la ciudad de A Coruña. Su vinculación con esta comunidad autónoma es pues indiscutible.

De familia de juristas a nadie le podrá extrañar, que lo vivido en el ambiente familiar, condicionase su ulterior vocación, cursando José Luis la carrera de Derecho en la Universidad de Santiago, entre 1969 y 1974; pero no fue un alumno más, sino un extraordinario estudiante, del que además sus compañeros de curso lo recuerdan como una persona comprometida y desprendida, que ayudaba a los demás, compartiendo

su excelencia, con quienes tuvieron la suerte de acompañarle en su estancia en la universidad.

Su vocación de servicio determina que José Luis ingrese, por oposición, en uno de los cuerpos de funcionarios más cualificados de la Administración, con antecedentes en los antiguos asesores de la Superintendencia General de Hacienda, creados, durante el reinado de Carlos III, en 1786, me refiero al cuerpo facultativo de Abogados del Estado, fundado por Real Decreto de 10 de marzo de 1881, siendo Ministro de Hacienda D. Juan Francisco Camacho, y, en cuya exposición de motivos, se lee: “La importancia verdaderamente excepcional de los asuntos encomendados al Ministerio de Hacienda, ora por lo que afectan siempre al Tesoro Público, ora por la necesidad de aplicar frecuentemente al despacho de los mismos preceptos de derecho común, han hecho necesario en todo tiempo y en una u otra forma el asesoramiento y demás funciones propias de los Abogados”. Dos meses más tarde se publica el primer Reglamento del Cuerpo de Abogados del Estado de 10 de mayo de 1881.

En la época del franquismo, carentes como estábamos de una Constitución -desde luego, pese a los intentos del régimen, no la constituían las Leyes Fundamentales- los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y LÓPEZ RODÓ tuvieron muy claro, que el Derecho Administrativo podía ser en España, como explica el profesor ALEJANDRO NIETO, el Derecho Constitucional posible en aquel momento histórico, a través de los cambios que en nuestro ordenamiento jurídico supusieron leyes emblemáticas, inspiradas y elaboradas por los profesores de dicha generación, que constituyeron un auténtico estatuto de derechos del ciudadano, que lo protegieron frente al Estado totalitario, como las leyes de expropiación forzosa, contenciosa administrativa, procedimiento ad-

ministrativo, régimen local, entidades estatales autónomas, contratos, tasas y exacciones parafiscales entre otras, que José Luis tuvo que estudiar en la Facultad de Derecho y posteriormente con mayor amplitud en la preparación de sus oposiciones. Se reafirma con ello el Derecho Administrativo como un derecho constitucional concretado, que opera como límite al poder.

Avatares de la vida determinaron que, en el mismo año de ingreso del recipiendario en el Cuerpo de Abogados del Estado, se aprobase la CE de 1978, que restañando las heridas de una sociedad civil fracturada, consagró entre nosotros un régimen de derechos y libertades, que supuso un cambio radical en el ordenamiento jurídico. Ha sido mérito de nuestra generación, en un esfuerzo colectivo en el que todos hemos colaborado, hacer efectivos sus postulados y principios, y, en tal compromiso, participó activamente el nuevo académico.

José Luis es asociado fundador de la Revista Xurídica de Galicia, en la que ejerció como habitual coordinador de la sección de jurisprudencia contencioso administrativa y financiero-tributaria, así como del Libro “Comentario sobre la Ley 29/1998 de la Jurisdicción contencioso administrativa”, editado en 1999, en la sección de monografías de la revista.

Cuenta, el recipiendario, con numerosas publicaciones, y, entre ellas, podemos destacar: “La llamada segunda Transición; las reformas estatutarias de segunda generación y el interminable debate sobre la estructura federal del Estado”. Libro colectivo “Autonomía y Organización territorial del Estado”. Abogacía General del Estado 2006.

“Unión Europea y proceso de privatización. Recomposición del contenido del Derecho administrativo. Implantación de los mercados

competitivos en los sectores de la energía y las telecomunicaciones”, en el Libro homenaje al profesor y notario Idefonso Sánchez Mera, editado por el Colegio Notarial de A Coruña y los Colegios Notariales de España. 2002.

“Responsabilidad patrimonial de concesionarios y contratistas de obras y servicios públicos, por daños a terceros”, en la obra colectiva “La responsabilidad patrimonial de la Administración”, editado por la Escola Galega de Administración pública en 1999.

“El proyecto de Constitución Europea y la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE”, artículo publicado en Revista Xurídica de Galicia. 2001

“Responsabilidad patrimonial de la Administración sanitaria”, ponencia en IV Jornadas de la Administración Consultiva 2004.

La dedicación profesional del nuevo académico, defendiendo los intereses de la Administración en todos los órdenes jurisdiccionales y participando en órganos administrativos, tales como en los Jurados provinciales de Montes Vecinales y Expropiación Forzosa, Tribunal Económico administrativo provincial de Pontevedra; Autoridades Portuarias de Vigo, Pontevedra-Marín, y Vilagarcía de Arousa; Consorcio de la Zona Franca de Vigo, Consello Consultivo de Galicia, del que fue miembro desde su creación en 1996 hasta 2008, le permitió ocupar un lugar privilegiado para el conocimiento del funcionamiento de la Administración Pública; del proceso de descentralización derivado del nacimiento de las Comunidades Autónomas; de los nuevos requerimientos prestacionales exigidos en la gestión de los intereses generales; de las consecuencias derivadas de la integración de nuestro país en la UE y la incorporación en bloque del derecho comunitario a nuestro

ordenamiento jurídico bajo el principio de primacía; del necesario y justo equilibrio que debe de existir entre eficacia pública y garantías de los ciudadanos; así como la compleja y progresiva problemática del sometimiento de la Administración a la fiscalización jurisdiccional, en un continuo y no cerrado debate, dentro de un constitucionalismo garantista.

Sus cuarenta años de ejercicio profesional, la profunda transformación normativa vivida en estos últimos años de la que ha sido testigo privilegiado, dan especial valor a este brillante discurso de ingreso, en el que nuevo académico nos hace partícipes de sus conocimientos y experiencias, que nos permite, al menos, comprender la pregunta ¿quovadis derecho administrativo?.

El Derecho como fenómeno cultural no puede entenderse sin la consideración del entorno social al que sirve. Diría REALE que de la integración del hecho en valor surge la norma. Y, en este sentido, comienza el recipiendario su discurso, con una afirmación que se revela como comúnmente aceptada por la comunidad jurídica, cual es que el Derecho público es un producto contingente, un constructo histórico. No es algo estático, como una foto que refleja para siempre un momento de la realidad, sino algo dinámico, como la sucesión de imágenes de una película que no tuviera fin, sin que tampoco se pueda caer en los excesos, de los que nos advertía ORTEGA, de “convertirse en “el runrún de algo que se va a quitar”, so pena de sacrificar la estabilidad del Derecho en detrimento de la seguridad jurídica.

Se exponen en el discurso hitos evolutivos fundamentales sobre los que se fue construyendo el Derecho Administrativo, desde el poder absoluto del monarca, que concentraba todos los poderes del Estado, hasta

la Revolución francesa, en el que el Rey vino a ser sustituido en su soberanía por un nuevo titular: el pueblo, con la doctrina de la separación de poderes, si bien con la prohibición del control judicial sobre la esfera y actuación administrativa. El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA sostiene que el Derecho Administrativo, como régimen jurídico de la Administración, nace con la Revolución francesa.

“L'événement de la loi” trajo consigo dos conceptos esenciales en la construcción del Derecho Administrativo: la categoría de la reserva de Ley y la institución de la potestad reglamentaria.

Por otra parte, la atribución, en el siglo XIX, en la dogmática alemana, por obra de ALBRECHT, GERBER, y más adelante JELLI-NECK, de personalidad jurídica al Estado en el ámbito interno, implicó el nacimiento de la noción de relación jurídica pública, convirtiendo a la Administración en sujeto de imputación y a los súbditos en portadores de derechos subjetivos públicos ejercitables frente al propio Estado.

Tampoco podemos prescindir de la idea de que el Derecho Administrativo es en gran medida fruto de la elaboración científica del Consejo de Estado francés, cuyos conocidos arrets de los casos Laffite de 1822, Lesbats de 1864, Blanco de 1873 o Cadot de 1889 han contribuido, por su expansión europea, al desarrollo de esta disciplina y al control de la Administración por el Derecho.

Por otra parte, la adecuada y eficaz gestión de los intereses generales condicionó progresivamente la configuración de una Administración pública, revestida de “imperium”, que opera a través de un acto administrativo ejecutivo y ejecutorio, adornado de la presunción de validez y legalidad, que se justificaba mediante la prestación, en régimen de monopolio o mediante concesión administrativa, de los servicios públicos,

hasta el punto que LEÓN DUGUIT, en su obra “Las transformaciones del Derecho Público” escribe que: “la noción de servicio público sustituye al concepto de soberanía como fundamento del Derecho público”, conformando, “una obligación del orden jurídico que se impone a los gobernantes”. Vendría a ser la traducción al Derecho Administrativo de la idea filosófica del bien común.

HAURIUO afirmó, en 1903, que: “El Derecho Administrativo está orientado más hacia la gestión de servicios públicos y de la satisfacción de las necesidades de los administrados, que hacia el ejercicio de la pura policía”.

No obstante, en esta sociedad líquida en la que nos correspondió vivir, como diría BAUMMAN, este tradicional esquema del papel de las Administraciones públicas va sufrir una importante transformación, que exigirá la reformulación del concepto y extensión de la categoría dogmática de los servicios públicos, a consecuencia de un decidido proceso de liberalización, que determinó el abandono del clásico modelo de la “publicatio” en la prestación de lo que ahora se llaman servicios de interés general y servicios económicos de interés general.

En efecto, la aplicación del principio de la libre concurrencia en el mercado, derivado de la normativa europea, determina la aparición de un nuevo servicio público pluralista, prestado por diversos operadores privados, en régimen de competitividad, presidido por el principio de libertad de empresa.

La separación entre las funciones reguladora y la operadora en la prestación de tales servicios ha determinado la aparición de una nueva categoría de sujetos jurídicos, las llamadas administraciones independientes, configuradas como entes institucionales u órganos administra-

tivos, que asumen las funciones de vigilancia en el mercado, siendo buena muestra de ello la Ley 3/2013, de 4 de junio, de creación de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, constituida, con personalidad jurídica propia, como organismo público de los previstos en la Disposición adicional décima de la Ley 6/1997, de 14 de abril, de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, y a la que competen funciones de supervisión y control en los mercados de comunicaciones electrónicas, sector eléctrico, del gas natural, mercado postal, comunicación audiovisual, tarifas aeroportuarias, sector ferroviario, con funciones incluso de arbitraje y resolución de conflictos.

La posibilidad de que estos nuevos órganos dicten disposiciones reguladores del sector plantea el problema de su ubicación en las fuentes del Derecho Administrativo, tema sobre el que se ocupó el profesor PAREJO en su obra: “La potestad normativa de las Administraciones independientes: apuntes para un estudio del fenómeno”.

Ahora bien, como advierte el beneficiario, no es el servicio público la única institución desplazada, sino que la autorización administrativa, paradigma de la administración-intervención, se va a convertir en otra reina destronada, como consecuencia de la Directiva Bolkenstein 2006/123, relativa a los servicios de mercado interior, cuya transposición exigió la modificación de 48 leyes nacionales. Nuevas formas de intervención como la declaración responsable y la comunicación de los sujetos privados sustituyen la autorización administrativa previa, con la consagración del nuevo paradigma del control ex post y la necesidad de la protección de terceros afectados.

En el ámbito de la contratación, la trasposición de las Directivas 2014/23/UE, de 26 de febrero, relativa a la adjudicación de contratos de concesión, y la Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero, sobre contratación pública, que se llevó a efecto por la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, determinaron la definición funcional de un nuevo poder adjudicador, ampliando considerablemente su ámbito a otras entidades que no son administraciones, como los partidos políticos, las organizaciones sindicales y las empresariales, así como las fundaciones y asociaciones vinculadas a cualquiera de ellos, siempre que se cumplan determinadas circunstancias, a quienes se les va a aplicar el régimen de contratos públicos con una intensidad variable y limitada.

En definitiva, cambios radicales que suponen una nueva reformulación de la configuración jurídica de la Administración Pública, a la que se le debe dar respuesta por el Derecho Administrativo y la jurisdicción contenciosa.

Desde luego un Derecho es ineficaz sino puede ser actuado ante los tribunales de justicia, poco vale que se norme que la Administración se halla sometida plenamente a la ley y al Derecho, si el ordenamiento jurídico no brinda a los sujetos afectados la posibilidad de exigir la observancia de los derechos que se consideren desconocidos o vulnerados. A tales efectos, nuestra CE proclama como derecho fundamental el de la tutela judicial efectiva, que se actualiza a través del mecanismo del proceso, definido por EISNER como: «método dialéctico donde se enfrentan las razones. Confronta desde su comienzo la tesis con la antítesis, para obtener la síntesis, que es la sentencia, y, en su caso, la cosa juzgada, que es la paz, el orden, la seguridad».

El proceso contencioso nació en España en 1845, como un proceso civil de primera instancia, que se iniciaba por medio de demanda o memoria de la Administración y que se resolvía por los Consejos Provinciales y Consejo del Reino, sin necesidad de acto administrativo previo y sin limitación de medios de prueba. Fue, no obstante, la propia jurisprudencia administrativa del Consejo Real la que exigió que, para que la demanda pudiera admitirse a trámite, fuese necesaria la existencia de un acto administrativo previo.

Este carácter revisor de la jurisdicción contenciosa se va a consagrar en la Ley de Santamaría Paredes de 1888, el cual, en la defensa de la Ley, señaló “La Administración ha obrado ya; ha vencido las resistencias que se presentaban para el cumplimiento de la Ley; [. . .] ya no se trata de impedir el cumplimiento de la ley, sino de juzgar al acto administrativo”. Este carácter revisor se reprodujo en la Ley de 1956, sin que ello signifique, no obstante, que sea impertinente la prueba en la sustanciación del recurso.

En definitiva, considerado el recurso contencioso administrativo como una suerte de apelación, de la misma manera que no cabe una apelación civil sin sentencia de primera instancia, tampoco un proceso contencioso administrativo, sin acto previo, y la jurisprudencia equiparó los autos de primera instancia civil con el expediente administrativo (SSTS 25 de noviembre de 1985, 10 de octubre de 1989 y 3 de abril de 1994).

La Ley de 1998, tras señalar, en su exposición de motivos, que el “recurso contra actos, el mejor modelado en el periodo precedente, poco hay que renovar”, no obstante introduce dos procedimientos cuya finalidad no es estrictamente revisora de un acto administrativo previo,

como son los recursos contra la inactividad de la Administración y contra actuaciones materiales en vía de hecho.

El nuevo académico señala que debe subsistir el recurso contra actos administrativos y contra reglamentos, que tienen que mantener una naturaleza necesariamente impugnatoria, pero hoy en día la eficiencia de la tutela judicial efectiva, la circunstancia de que el acto administrativo ha reducido su ámbito, que la administración nacional y europea no se manifiestan generalizada y únicamente a través de actuaciones con formato de actos administrativos tradicionales, exige explorar fórmulas, para ajustar el proceso contencioso al nuevo escenario de relaciones existentes entre ciudadanos y Administración, abandonando el sistema predominantemente revisor por otro que admita pretensiones directas de los ciudadanos, no limitadas a las anteriormente referenciadas, más coherente con el derecho fundamental del art. 24.1 CE.

No podemos olvidar, por último, la importancia que igualmente adquieren las medidas cautelares como oportunidad tuitiva ante las demoras de la justicia contenciosa, con la finalidad de evitar la ejecutoriedad del acto administrativo (medida cautelar negativa) o anticipar, en caso de necesidad, la prestación solicitada (medida cautelar positiva), a las que igualmente se refiere el nuevo académico.

Concluyó ya. Gracias José Luis por este apasionante viaje por el pasado y futuro del Derecho Administrativo, en un día de regocijo para esta institución, que ve, con tu incorporación, enriquecido su patrimonio máspreciado, el constituido por sus miembros.

Bienvenido y muchas gracias.



Deputación
DA CORUÑA