

RAMÓN PARADA

Catedrático de Derecho Administrativo

CONCEPTO Y FUENTES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Segunda edición

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2012

ÍNDICE

CAPÍTULO I EL DERECHO ADMINISTRATIVO. CUESTIONES BÁSICAS

	Pág.
1. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO	11
2. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PÚBLICO, DERECHO GARANTIZADOR.....	13
3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELATIVA EXTENSIÓN A LA TOTALIDAD DE LOS PODERES DEL ESTADO	14
4. LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER LEGISLATIVO	18
5. LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES.....	19
A) Las tradicionales defensas de la Administración frente a los jueces	19
B) La formal sumisión de la Administración a los tribunales.	21
6. CARACTERES DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ALTERNATIVA ANGLOSAJONA	24
7. EL DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR EL DERECHO PRIVADO	28
8. CONTENIDOS MATERIALES Y ACADÉMICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO	33
BIBLIOGRAFÍA	35

CAPÍTULO II
LAS FUENTES DEL DERECHO

1. EL SISTEMA DE FUENTES	37
2. LA CONSTITUCIÓN.....	41
3. LAS LEYES Y SUS CLASES.....	45
4. EL PROCEDIMIENTO LEGISLATIVO ORDINARIO	48
5. LAS LEYES ORGÁNICAS.....	49
6. LAS NORMAS DEL GOBIERNO CON FUERZA DE LEY: DECRE- TOS-LEYES Y DECRETOS LEGISLATIVOS	50
A) Los decretos-leyes	50
B) Los decretos legislativos: textos articulados y textos refun- didos	51
7. LOS TRATADOS INTERNACIONALES	53
8. EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA	54
BIBLIOGRAFÍA	58

CAPÍTULO III
EL REGLAMENTO Y OTRAS FUENTES
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

1. CONCEPTO Y POSICIÓN ORDINAMENTAL DEL REGLAMENTO.	59
2. CLASES DE REGLAMENTOS	62
A) Por su relación con la ley	63
B) Por su origen	64
3. LÍMITES Y PROCEDIMIENTO DE ELABORACIÓN DE LOS RE- GLAMENTOS	65
4. EFICACIA DE LOS REGLAMENTOS. LA INDEROGABILIDAD SINGULAR	68
5. CONTROL DE LOS REGLAMENTOS ILEGALES Y EFECTOS DE SU ANULACIÓN.....	69
6. LA COSTUMBRE Y LOS PRECEDENTES O PRÁCTICAS ADMI- NISTRATIVAS.....	73
7. LOS PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO	75

	Pág.
A) <i>Ultra vires</i> y <i>natural justice</i> en el Derecho inglés.....	76
B) Los principios generales en el Derecho administrativo francés.	77
C) Los principios generales en el Derecho administrativo español.....	80
8. LA JURISPRUDENCIA.....	82
BIBLIOGRAFÍA	84

CAPÍTULO I

EL DERECHO ADMINISTRATIVO. CUESTIONES BÁSICAS

SUMARIO: 1. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO.—2. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PÚBLICO, DERECHO GARANTIZADOR.—3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELATIVA EXTENSIÓN A LA TOTALIDAD DE LOS PODERES DEL ESTADO.—4. LA ADMINISTRACIÓN Y LA FUNCIÓN LEGISLATIVA.—5. LA ADMINISTRACIÓN Y LOS JUECES.—A) Las tradicionales defensas de la administración frente a los jueces.—B) La formal sumisión de la Administración a los tribunales.—6. CARACTERES DEL RÉGIMEN DE DERECHO ADMINISTRATIVO. LA ALTERNATIVA ANGLOSAJONA.—7. EL DESPLAZAMIENTO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO POR EL DERECHO PRIVADO.—8. CONTENIDOS MATERIALES Y ACADÉMICOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.—BIBLIOGRAFÍA.

1. CONCEPTO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

Tras innumerables intentos por precisar el concepto del Derecho administrativo con resultados muy aleatorios, se impone un esfuerzo de simplicidad, en la conciencia de que no hay definición cabal, ni sin vicio tautológico, ni un excesivo esfuerzo por intentarlo reportaría una mayor clarificación.

Aceptaremos, como punto de partida, la definición simple y descriptiva de ZANOBINI: «*el Derecho administrativo es aquella parte del Derecho público que tiene por objeto la organización, los medios y las formas de la actividad de las administraciones públicas y las consiguientes relaciones jurídicas entre aquéllas y otros sujetos*».

Las normas administrativas, en efecto, tienen como destinatario a una Administración Pública de forma tal que no se entienden o no son tales sin esa presencia. Pero esto no supone que las administraciones públicas no puedan utilizar o formar parte de relaciones jurídicas reguladas por normas no administrativas, puesto que una cosa es utilizar una determinada normativa y otra, muy distinta, que la normativa se

halle destinada o presuponga, en todo caso, su aplicación a un determinado sujeto.

Las normas del Derecho privado que regulan la propiedad o las obligaciones y contratos afectan a todos los sujetos jurídicos en general, sean personas físicas o jurídicas o administraciones públicas; otras normas del Derecho civil presuponen que sus destinatarios sean personas físicas, como, por ejemplo, las normas sobre matrimonio y familia. Hay normas, pues, destinadas a los sujetos jurídicos en general y otras que presuponen su afectación o destino en todo caso a unos determinados sujetos. Ocurre lo mismo con el Derecho mercantil, cuyas normas están destinadas a determinados sujetos en tanto que comerciantes, o con el Derecho laboral, concebido como un Derecho por y para los trabajadores, y, en fin, con el Derecho administrativo como Derecho de las Administraciones Públicas, porque las normas de unos y otros presuponen que en la clase de relaciones que regulan intervendrán necesariamente esas categorías de sujetos. En este sentido, el Derecho administrativo es un Derecho estatutario, el Derecho de las administraciones públicas, como lo ha denominado GARCÍA DE ENTERRÍA.

Ahora bien, la forma en que una norma administrativa tiene como sujeto destinatario una Administración Pública admite diversas variedades:

En unos casos, la norma tiene como destinatario único y preferente a la Administración Pública, y así acontece con las normas que regulan la organización administrativa, cuya efectividad y aplicación no reclama la presencia de otro sujeto.

Otro tipo de normas administrativas están destinadas a ser cumplidas por la Administración, pero su aplicación y efectividad no se concibe sin la simultánea presencia de los administrados o ciudadanos; así, las normas que regulan los contratos administrativos o la expropiación forzosa, los impuestos o los servicios públicos. Estas normas presuponen siempre una Administración Pública de por medio, pero también un particular: contratante, expropiado, contribuyente o usuario del servicio.

Por último, en un tercer tipo de normas administrativas los destinatarios más directos son los particulares o administrados, pero presuponen la presencia vigilante de la Administración como garante de su efectividad. Son aquellas normas de intervención en las relaciones entre particulares que la Administración no ha de cumplir, pero a la cual se responsabiliza de que las cumplan los particulares destinatarios, atribuyéndole una potestad sancionadora o arbitral para conseguir su efectividad, es decir, asignándole, en cierto modo, el papel del juez penal o civil. A este grupo pertenecen, entre otras, las normas de regulación de precios o de la libre competencia, y cuyos destinatarios in-

mediatos son los particulares, como compradores o vendedores, y que en tal sentido son normas de Derecho privado, pero que afectan también a la Administración, no como sujeto, sino como vigilante y poder sancionador en caso de incumplimiento.

2. DERECHO ADMINISTRATIVO, DERECHO PÚBLICO, DERECHO GARANTIZADOR

En cuanto la norma administrativa está de una u otra manera destinada a una Administración Pública debe ser considerada, obviamente, norma de Derecho público, según la clásica definición de ULPiano, recogida en las *Instituciones* de Justiniano: *ius publicum est quod ad statum rei romanae spectat, privatum quod ad singulorum utilitatem pertinet*. La dualidad Derecho público-Derecho privado sigue teniendo una indudable virtualidad para la caracterización del Derecho administrativo, siempre y cuando no se entienda el Derecho público como conjunto de normas aplicables sólo al Estado o a las administraciones públicas, y el Derecho privado como únicamente aplicable a los particulares.

En efecto, importa insistir en que no es la posibilidad de la aplicación de la norma a unos u otros sujetos, sino el destino de la norma lo que es decisivo.

Normas de Derecho privado son, pues, las que tienen por destinatario a todos los sujetos en general, aunque algunas de ellas sólo puedan ser aplicables a las personas físicas (por ejemplo, las que regulan el nacimiento a las relaciones familiares), y normas de Derecho público, las que presuponen siempre como destinatario al Estado o las Administraciones Públicas, como sujetos de Derecho.

El Derecho administrativo es, por tanto, el Derecho público común y general, el verdadero Derecho público de cuya concepción tradicional, en puridad, habría que excluir aquellas ramas del Derecho que están por encima del Derecho público y del privado. Así ocurre, en primer lugar, con el Derecho «legislativo», es decir, aquella parte del ordenamiento que regula el sistema de fuentes, los modos en que el Derecho se produce y el distinto valor de unas u otras normas; todo lo cual constituye el contenido fundamental del Derecho constitucional, esencialmente vocado al estudio de la «normación sobre la normación» (GIANNINI), o «Derecho que regula cómo se crea y cuál es el efecto del Derecho» (KELSEN).

Por su diferente funcionalidad, deben considerarse también por encima de la clasificación Derecho público-Derecho privado las normas cuya finalidad es simplemente garantizar el cumplimiento del derecho

sustantivo, que regula relaciones *inter partes*, tanto de las que se traban entre particulares como de éstos con el Estado que integran el Derecho penal y procesal. Y es que las leyes procesales y penales, a las que cuadra perfectamente el calificativo de Derecho garantizador (JIMÉNEZ DE ASÚA), no están destinadas al Estado como sujeto de Derecho, sino como garante del mismo, y en garantía de todo el Derecho, tanto del público como del privado. Desde esta perspectiva el Derecho administrativo, a diferencia del Derecho privado (civil, mercantil o laboral) es, de una parte, Derecho sustantivo y público, en cuanto regula relaciones entre el Estado y los particulares y, de otra, Derecho garantizador porque en él se incluye también el estudio de aquellas normas destinadas al Estado en garantía de su cumplimiento, como las que regulan los recursos administrativos, el proceso contencioso administrativo, la ejecutoriedad forzosa de los actos administrativos y la potestad sancionadora o arbitral de las administraciones públicas.

3. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y SU RELATIVA EXTENSIÓN A LA TOTALIDAD DE LOS PODERES DEL ESTADO

Cuestión fundamental que plantea la definición del Derecho administrativo antes propuesta —*conjunto de normas y principios destinados a regir la organización y el comportamiento de las administraciones públicas*— es precisamente la del concepto de administraciones públicas, o de la Administración Pública, como resumidamente se llama al conjunto de todas ellas. A su estudio pormenorizado dedicamos el tomo II de esta obra, que versa sobre la organización administrativa y el empleo público. Cumple pues, aquí formular un resumen abreviado a los efectos de la comprensión de las cuestiones que se tratan en este tomo.

Conceptualmente podríamos decir que administraciones públicas son las organizaciones que se encuadran dentro del poder ejecutivo del Estado, más las estructuras orgánicas que sirven de soporte al poder legislativo y al poder judicial, en los términos que más adelante precisaremos.

Refiriéndose únicamente a las administraciones públicas insertas en el Poder ejecutivo, la Ley 29/1998, de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, de 13 de julio, las enumera de forma sumaria en su art. 1.2: «*Se entenderá a estos efectos por Administraciones Públicas: a) La Administración General del Estado. b) La Administración de las Comunidades Autónomas. c) Las Entidades que integran la Administración local. d) Las Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o a las Entidades locales*».

Se integra, pues, en la noción de Administración Pública, la *Administración del Estado*, en primer lugar, que, bajo la dependencia del Gobierno, integra a éste y los diversos Ministerios, Secretarías de Estado, Subsecretarías, Direcciones Generales, Subdirecciones, Servicios, Secciones, Negociados. Su sede es la capital de España, Madrid, y su organización periférica se despliega en todo el territorio nacional (Delegaciones del Gobierno, en las comunidades autónomas y subdelegaciones en las provincias).

En segundo lugar, son administraciones públicas las *comunidades autónomas* gobernadas por las consejerías y demás organismos dependientes de éstas, establecidos de ordinario en la capital de cada comunidad, así como los organismos periféricos dependientes de los anteriores y desplegados en el territorio (delegaciones autonómicas).

El tercer nivel lo constituyen las llamadas *entidades locales* concepto que comprende tanto a las *provincias*, gobernadas por las diputaciones provinciales como a los, aproximadamente, ocho mil cien *municipios*, a cargo de los ayuntamientos.

De cada una de las administraciones anteriores, que llamamos administraciones territoriales por contar con una población y un territorio definido, dependen los *entes instrumentales o especializados* que responden a la técnica de la descentralización funcional. Se trata de una miríada de organizaciones públicas con personalidad jurídica propia, a las que se encomienda la gestión de un servicio o función específica, en aras de una presunta mayor eficacia en la gestión administrativa. Estos entes instrumentales, creados por, y siempre dependientes, de una administración territorial, forman un conjunto heterogéneo debido a que el régimen jurídico de los creados por el Estado no es el mismo que aplican las comunidades autónomas ni las que rigen para los creados por los entes locales. A su vez, en cada una de estas esferas se han sucedido diversas regulaciones, creándose una gran confusión en cuanto a su denominación y régimen jurídico. Cabe, no obstante, agrupar en diversos grupos los entes instrumentales en función de sus características básicas.

Uno, primero, el más numeroso y originario, constituido por aquellas entidades con personalidad propia y régimen jurídico público, y a las que de ordinario se designa con el nombre de *organismos autónomos*.

Un segundo grupo constituido por aquellas organizaciones a las que se ha disfrazado de *sociedad mercantil*, generalmente anónima, de capital íntegramente público del ente territorial que las ha creado y sujetas, consiguientemente, a un régimen jurídico privado en sus relaciones con terceros, pero no en las que les unen al ente matriz. Lo mismo cabe decir de las *fundaciones públicas*.

Un tercer grupo, ciertamente asexuado, la última moda organizativa, lo forman los *entes públicos empresariales o agencias* cuyo régimen no es ni público ni privado del todo, equidistante de los anteriores. Su personificación es pública, pero en sus relaciones con terceros se rigen por el derecho privado, salvo en las cuestiones que las leyes reguladoras someten expresamente al derecho público.

Especial relieve han alcanzado recientemente las llamadas *administraciones independientes* que, a diferencia de todas las anteriores, disfrutan de un cierto grado de autonomía caracterizado, sobre todo por la imposibilidad para el ente territorial matriz de destituir libremente a los titulares de sus órganos directivos durante un determinado plazo. Estas administraciones, dirigidas por órganos colegiados, tienen atribuidas funciones de control de sectores económicos (energía, telecomunicaciones, mercado de valores, etc.), de aquí la usual denominación de entes reguladores, o bien gestionan servicios relacionados con los derechos fundamentales como la radio y televisión, la protección de datos, la libertad de enseñanza y de cátedra, etc. Caso extremo es el de las universidades, en que la administración territorial de que dependen, Estado o comunidad autónoma, se limita a financiar su actividad pero ni puede nombrar ni destituir a los titulares de sus órganos de gobierno, pues se eligen directamente por los miembros de la corporación universitaria (profesores, alumnos, personal de administración y servicios).

Por último, fuera de las administraciones públicas, que ni son territoriales ni dependen de éstas, hay que situar a los *entes corporativos* que están al servicio de la autogobernación de determinadas profesiones y de los intereses generales con ellas relacionados, como es el caso de las Cámaras de comercio y de los colegios profesionales. Acerca de éstas la doctrina viene discutiendo si, no obstante su naturaleza básica de asociaciones privadas, son administraciones públicas. La Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa las considera tales en relación con los acuerdos adoptados en el ejercicio de funciones públicas; y extiende la misma calificación a las empresas privadas *concesionarios de los servicios públicos*, pero únicamente en relación con los actos de los mismos que puedan ser recurridos directamente en vía contencioso-administrativa, de conformidad con la legislación sectorial correspondiente [art. 2.c) y d)].

Mayores dificultades se han producido para configurar como Administración Pública a las organizaciones burocráticas que sirven de soporte logístico a los poderes públicos distintos de los gobiernos de las administraciones territoriales, como son las Cortes Generales (Congreso de los Diputados y Senado), los Parlamentos autonómicos, el Tribunal Constitucional, la Corona, el Defensor del Pueblo y el Tribunal de Cuentas. Evidentemente, la función específica que constituye la

razón de ser de esos poderes públicos no se rige por el Derecho administrativo, sino por reglas del Derecho constitucional o parlamentario, o por las normas orgánicas propias de cada uno de dichos poderes, pues en ellos, el Estado no actúa normalmente como Administración Pública —esto es, como sujeto de Derecho—, sino como creador de Derecho o garante del mismo. Sin embargo, el Estado se manifiesta también a través de esos poderes públicos como sujeto de Derecho —esto es, como Administración Pública— cuando dichas instituciones desarrollan una actividad materialmente administrativa, ya sea celebrando contratos instrumentales, administrando su patrimonio o gestionando su personal de apoyo. Toda esta actividad accesorio, que no constituye propiamente la función específica que les ha sido atribuida por la Constitución, pero que es absolutamente necesaria para la realización de sus cometidos constitucionales, se rige por el Derecho administrativo.

Esto es así porque ningún sentido tiene que las reglas de actividad de simple gestión de estas instituciones sean diversas de las que rigen para las restantes administraciones públicas en esas mismas materias, ni puede admitirse en un Estado de Derecho que, so pretexto de su naturaleza de poderes constitucionales extra-administrativos, no se domicilien ni en la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, ni en ninguna otra los conflictos que pueda generar dicha actividad instrumental o logística, quedando inmune a todo control judicial, con violación del art. 24 de la propia Constitución, que reconoce el derecho a la protección judicial efectiva frente a todos los poderes públicos. Confirmando todo lo anterior, la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998 sujeta a este orden jurisdiccional el conocimiento de «*los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo*». Asimismo, su competencia se extiende a los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y a la actividad administrativa de los órganos de Gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial [art. 1.3.a), b) y c)].

Lo anterior vale también para el Consejo General del Poder Judicial pero con una matización importante: y es que, no obstante su naturaleza de órgano constitucional, es un órgano o una administración pública plena para el Derecho administrativo dado que en el cumplimiento de su función específica (nombramientos, destinos y sanciones de los jueces y magistrados) está sujeta al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa (Sala 3.^a del Tribunal Supremo).