

REFLEXIONES SOBRE LA «HUIDA» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO (*)

Por

SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO
Universidad Complutense de Madrid

SUMARIO: 1. Introducción: planteamiento del tema.—2. El marco orgánico y operativo que permite a la Administración eludir la aplicación del Derecho administrativo.—3. Recalificación de las distintas entidades públicas y ejercicio de funciones administrativas mediante fórmulas de Derecho privado: alcance del fenómeno.—4. El mito de la eficacia, como pretexto; la exoneración de controles como objetivo.—5. El debate doctrinal.—6. Breve excursus sobre los contratos de la Administración y sobre la llamada laboralización de la función pública.—7. Obligada referencia a la STS de 4 de diciembre de 1995.—8. Hipótesis y alternativas a considerar.—Nota bibliográfica.

1. INTRODUCCIÓN: PLANTEAMIENTO DEL TEMA

Una de las cuestiones a las que mayor atención dedica la doctrina jurídico-administrativa española de nuestros días es a la que, recordando las palabras de F. FLEINER, aunque de forma un tanto equívoca, viene calificándose como «huida del Derecho administrativo por parte de la Administración pública». Formalizado el ejercicio de las funciones de esta última, tras un largo proceso al que después aludiré, fundamentalmente a través de cauces jurídico-públicos, en los últimos años se abandonan estos procedimientos de actuación para dar paso a la utilización de fórmulas de Derecho privado. Se trata de un proceso reiterado y creciente, referido —y es el dato a destacar— a actuaciones típicamente administrativas, en relación con el que va siendo difícil encontrar autor que, de una u otra forma, no haya terciado en estas cuestiones.

La temática que refiero tiene, desde luego, raíces antiguas. Es también bastante común en distintos ordenamientos del Derecho comparado. La peculiaridad que ofrece en el nuestro es la de la extensión que alcanza, su referencia a actuaciones que suponen el ejercicio de auténticas funciones administrativas, así como las conse-

(*) El presente trabajo responde a la invitación para colaborar en el *Festschrift Klaus Stern* que en fecha próxima publicará la Universidad de Colonia. Explique esta circunstancia el carácter fundamentalmente expositivo de su primera parte al referir la situación que ofrece el Derecho español en relación con el tema que se estudia.

cuencias a las que da lugar. Es esto lo que precisamente habremos de considerar. Un análisis que requiere comenzar por precisar, aunque sea de forma en extremo somera, el punto de partida del fenómeno que se refiere.

El nacimiento, evolución y desarrollo del sistema jurídico-administrativo español desde el XIX supone un reiterado afirmarse del Derecho administrativo como derecho propio y común de las Administraciones públicas; derecho también de la actividad administrativa. Es conclusión que se alcanza tanto se asuma una perspectiva subjetiva como material de lo administrativo. Y, a través de un largo proceso —insisto en ello—, se irá eliminando el ordenamiento jurídico-privado como cauce para el actuar de la Administración. Una realidad, es fácil constatar, que coincide con la fijación de los perfiles del Estado y de la Administración de nuestros días y que, como es lógico, conlleva también, pues aquí encuentra su explicación, un afirmarse de lo contencioso frente a lo judicial.

La evolución que señalo de nuestro régimen jurídico-administrativo ha sido ampliamente estudiada en su detalle. No es, pues, preciso detenernos en su exposición. Baste referir, muy en síntesis, sus trazos más generales, recordando que en sus planteamientos *iniciales* están muy presentes las huellas del Derecho francés, si bien el desarrollo habido en el mismo a lo largo de los años, en los términos que ha demostrado E. GARCÍA DE ENTERRÍA, difiere muy mucho del experimentado en el sistema español. En éste, además, pivotará de modo fundamental en torno al régimen jurídico de la Hacienda pública. Se afirma así de modo progresivo lo contencioso-administrativo —el papel de la Jurisprudencia de conflictos será también importante, aunque no alcanzará nunca la relevancia del Tribunal de Conflictos francés— y se afirma, también, la existencia del mismo Derecho administrativo, cuya amplitud va progresivamente consolidándose.

Los autores clásicos se han referido con reiteración al tema. En su misma elementalidad, señalan que el fenómeno que refiero responde, lisa y llanamente, a que el Derecho privado resulta institucionalmente inservible a la Administración pública en cuanto *Poder público* que actúa —concepto que a la postre será siempre determinante— para el cumplimiento de sus fines. Insuficiencia de las instituciones civiles para alcanzar y atender los objetivos que la Administración debe desempeñar. El Derecho administrativo, el derecho adecuado para ese obrar, en buena parte, en principio, no será sino un ordenamiento derogatorio del Derecho común. Son conceptos por todos conocidos: derogaciones en más, según la formulación ya clásica de J. RIVERO, que otorgan a la Administración un poder

que no tiene cabida en las relaciones *interprivatos*. Pero también, junto a ello, derogaciones en menos, que la someten a mayores vinculaciones y sujeciones —recordemos, por ejemplo, la que se deriva del principio de legalidad—, cuyo alcance es obligado en todo caso tener también muy en cuenta.

Este es el planteamiento al que esquemáticamente responde en el Derecho español el desarrollo del Derecho administrativo. Este, además, aparece tendencialmente abocado a regular la práctica totalidad de las relaciones jurídicas en las que la Administración pública interviene. El ordenamiento jurídico-administrativo tiende también a autointegrarse, y el Derecho privado sólo se aplicará cuando aquél lo reclame de modo expreso.

La situación que refiero hay que valorarla en todo su alcance, en cuanto difiere muy sustantivamente de la que presentan otros ordenamientos: allí queda, como algo distante y, sobre todo, distinto, la alternativa anglosajona; también, la del Derecho alemán, en la que el proceso no rupturista de desarrollo de su sistema administrativo hará que en las formas de actuar de las Administraciones públicas continúen teniendo un significado muy notable las jurídico-privadas; incluso la del propio Derecho italiano, en el que la incorporación de una figura tan característica en relación con lo que se dice como es la del contrato administrativo será notablemente tardía.

En la realidad que señalo, progresivamente ampliada, lo contencioso se presenta con una notable *vis* atractiva; diríase, incluso, que en términos casi absorbentes. El recurso al juez civil tendrá de modo creciente caracteres residuales, de auténtica excepción. Es en el ámbito contencioso en el que se sustancia, básicamente, el enjuiciamiento de lo actuado por las Administraciones en el ejercicio de sus funciones. Recuérdese al respecto que en el Derecho español no se da, por ejemplo, el reparto de ese conocimiento que pueda corresponder, según los casos, al Consejo de Estado o a los Tribunales de Justicia. El juez ordinario reducirá sus cometidos, básicamente, a las cuestiones sobre propiedad —no sobre su utilización—, a las de responsabilidad patrimonial y a las relacionadas con algunos contratos civiles que la Administración puede suscribir. Son razones históricas las que explican este planteamiento: es la jurisdicción *ordinaria* la que debe conocer de esas materias y no una jurisdicción *especial*, como hasta 1956 era la contenciosa.

Carácter expansivo de la jurisdicción contenciosa que recibirá un notable impulso con la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956 (LJ). Esta lleva a cabo la judicialización total de la jurisdicción contencioso-administrativa. El orden contencioso-administrativo es uno más,

con el civil, el penal y el laboral; uno de los órdenes jurisdiccionales que se integran en el Poder judicial. La jurisdicción contencioso-administrativa es ya, también, una jurisdicción *ordinaria*. Diríase, incluso, que no hay ya razón para hurtarle el conocimiento de determinadas materias, en cuanto de ellas deban conocer los jueces, pues jueces son, y sólo jueces, los que integran los Tribunales de lo contencioso.

Es cierto que el artículo 1 LJ somete a la jurisdicción contencioso-administrativa los actos de la Administración pública sometidos al Derecho administrativo. Principio que, desde luego, fija el ámbito de la jurisdicción, si bien cabe advertir que la Jurisprudencia lo ha venido interpretando, más que como un límite al conocimiento por parte de aquélla, como principio determinante de las actuaciones de la Administración que deben someterse al Derecho administrativo. Es cierto también que el artículo 2.a) LJ excluye del ámbito de la jurisdicción las cuestiones de índole civil, penal y laboral. Tal exclusión, sin embargo, de modo principal en relación con las cuestiones de índole civil, es obligado relativizarla en los términos que después se verá, al referir la aplicación habida de la doctrina de los actos separables. Aparte que, incluso en relación con estas *materias*, es fácilmente perceptible cómo el propio ordenamiento positivo ha sancionado con fórmulas jurídico-administrativas tales formas de actuar de la Administración.

El afianzamiento de la línea que señalo por la LJ se logrará, en primer lugar, básicamente, aparte de por lo dicho, por la afirmación del orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo a través del conocimiento y decisión que el artículo 4 le atribuye de todas las cuestiones prejudiciales e incidentales no pertenecientes al mismo que puedan estar relacionadas con los recursos planteados, excepción hecha de las penales. En la misma línea hay que recordar también la atribución que la ley hace al orden de lo contencioso-administrativo (art. 3 LJ) de las cuestiones que se susciten sobre responsabilidad patrimonial de la Administración pública y en materia de los contratos que la Administración celebra, *cualquiera que sea su naturaleza*, «siempre que tengan por finalidad obras y servicios públicos de toda especie». Diríamos, en cierto sentido a modo de retruécano, que la jurisdicción contencioso-administrativa pasa a enjuiciar actuaciones de la Administración aunque en principio no estén sometidas al Derecho administrativo y que por ello mismo pasan a estarlo.

Carácter expansivo de la jurisdicción contencioso-administrativa. La doctrina lo ha destacado con reiteración: aquélla deja de ser una jurisdicción especial para ser la jurisdicción ordinaria, la jurisdic-

ción habitual para el enjuiciamiento de las Administraciones públicas. El Derecho administrativo se define así como el derecho *común* de esos sujetos que son las Administraciones públicas, en los términos señalados por E. GARCÍA DE ENTERRÍA, quien advierte cómo aquél ordena, domina e instrumentaliza todas las manifestaciones orgánicas y funcionales de la Administración en cuanto centro subjetivo que es. Y ello hasta el extremo que, superadas desde la LJ las reticencias que pudo haber en el pasado, al ser ya jueces, y sólo jueces, los que se integran en el orden jurisdiccional de lo contencioso-administrativo, un sector importante de la doctrina, en relación con las cuestiones marginales que quedaban excluidas de la jurisdicción contenciosa, excepción hecha, naturalmente, de las penales, ha venido postulando de forma reiterada la unidad de jurisdicción para el enjuiciamiento de todo lo actuado por las Administraciones públicas. Planteamiento no alcanzado en su integridad, es cierto, pero razonable por demás. No es preciso insistir ahora en sus ventajas. Evidentemente, habría de facilitar muy mucho la tutela efectiva de las situaciones jurídicas de los administrados que garantiza el artículo 24 de la Constitución, en vez de someterlos al peregrinaje, no fácil en ocasiones, de la búsqueda de la jurisdicción competente.

La expuesta es, en síntesis, la situación que a lo largo de la evolución señalada se alcanza. Prácticamente llega hasta comienzo de los años ochenta, sin que ello quiera decir que con anterioridad no haya habido también intentos significativos de soslayar el sometimiento al Derecho administrativo. Generalizada referencia del Derecho administrativo a todo el actuar de las Administraciones públicas. En relación con ello, y en vía de síntesis, hay dos excepciones que es conveniente precisar.

En *primer* lugar, lo hemos referido ya, las cuestiones de orden civil que se excluyen de la jurisdicción contenciosa. Una realidad que, como también se ha dicho, es obligado dimensionar con el alcance, notablemente marginal, que efectivamente ha tenido. He intentado cuantificar esta situación, pero, como señalo en las notas, me ha resultado imposible. Hubiera resultado un sistema expresivo por demás. Es cierto que, como recuerda con insistencia I. BORRAJO, en el Derecho español la Administración ha estado desde siempre sometida jurisdiccionalmente *también* al orden civil. Es algo que no se cuestiona. Ocurre, sin embargo, que tal recordatorio en modo alguno puede ofrecer la apoyatura que se pretende, sencillamente, a la vista del significado totalmente residual que las fórmulas jurídico-privadas han venido teniendo para la Administración. Más todavía: el alcance notoriamente irrelevante de tal si-

tuación aún se reduce más a la vista de la aplicación de la «doctrina de los actos separables», sobre la que habremos de volver, y que permite que, una vez individualizados, pueda llevarse a cabo su enjuiciamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa, incluso en relaciones jurídico-privadas de la Administración. Su aplicación, desde que la doctrina fuera acogida en 1961 en el célebre asunto del Hotel Andalucía Palace, ha sido generalizada por nuestra Jurisprudencia; la ha asumido también con carácter general el propio sistema normativo. Su alcance y su significado los refiere de modo muy preciso la STS de 22 de mayo de 1976, en términos que no podemos sino recoger, ya que expresan, además, la situación a la que venimos aludiendo: «una progresiva tendencia a evitar la dualidad de jurisdicciones a que conduce la doctrina de los actos separables y cumplir la contencioso-administrativa de fines y garantías idénticas a la civil en estos casos especiales, donde el interés público no es de posible desarraigo y aislamiento en todo el proceso de génesis, perfección y cumplimiento contractual, y que de suyo requieren un trato integrativo en este ámbito de jurisdicción».

Está también, en *segundo* lugar, el otro ámbito que queda al margen del Derecho administrativo: el de la llamada gestión industrial de la Administración. Históricamente, no cabe decir, sin embargo, que se considerara ejercicio de funciones administrativas en sentido propio. Es a este ámbito, dato a tener muy en cuenta, al que en concreto alude el comentario de F. FLEINER que recogimos al principio de estas páginas. Una realidad que, con más bien escasos antecedentes en el sistema español —Reales fábricas, Maestranzas, etc.—, se potenciará como consecuencia del impacto de las corrientes sociales en el ámbito local a raíz del Estatuto municipal de 1924, con la posibilidad de creación de sociedades mercantiles y, con carácter general, con la creación del Instituto Nacional de Industria de 1939. Las fórmulas societarias que con frecuencia se establecen remiten, ciertamente, a formas de actuación jurídico-privada. J. L. VILLAR PALASÍ ha explicado muy cumplidamente este fenómeno y las razones a las que responde. En todo caso, un dato conviene destacar muy en particular: la actividad de las empresas que así se crean viene referida exclusivamente a una actividad económica de producción de bienes o servicios y de dación de los mismos al mercado; o, a lo más, a la gestión de algún servicio público con un *status* en principio intercambiable con el del concesionario. Las empresas públicas nunca se ha entendido que realicen actividad administrativa de ningún tipo.

2. EL MARCO ORGÁNICO Y OPERATIVO QUE PERMITE
A LA ADMINISTRACIÓN ELUDIR LA APLICACIÓN
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Esta ha sido, recogida en líneas muy generales, la realidad a la que ha venido respondiendo el sistema jurídico-administrativo español. Su rectificación, en el sentido de formalizar la huida del Derecho administrativo en el ejercicio de funciones públicas, puede decirse, sin dejar de reconocer posibles antecedentes, que tiene su punto de arranque con carácter general en las posibilidades que al efecto estableciera la Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977 (LGP).

En su artículo 4 clasifica los organismos autónomos que, en un notable intento de reordenación de nuestra caótica Administración institucional, fueron regulados por la Ley de 26 de diciembre de 1958 de Entidades Estatales Autónomas (LEEA). Esta los configuró como Administraciones públicas que, en régimen de descentralización, venían a ejercer funciones administrativas sometidas en su organización y en su actuación al Derecho administrativo. Nada hay que señalar, pues, al respecto. Ocurre, sin embargo, que la clasificación de los organismos autónomos que en 1977 introducirá el referido artículo 4 LGP, al diferenciar los de carácter administrativo de los de carácter comercial, industrial, financiero o análogo, sin alterar, pues, el carácter de Administraciones públicas de todos ellos, va a iniciar un camino que tendrá notables consecuencias respecto al régimen jurídico al que unos y otros deben someter su actuación. Y ello porque, aun siendo la diferencia que se establece, inicialmente, de consecuencias fundamentalmente contables y presupuestarias, que son las que desarrolla la LGP, los organismos autónomos incluidos en el segundo de los grupos citados, de inequívoca similitud con las empresas públicas, van a iniciar, conforme a su reglamentación especifique, una vía de sometimiento de parte de sus actuaciones al régimen jurídico-privado. Un fenómeno cuyo alcance hay que dimensionarlo, además, a la vista de la equívoca amplitud con que numerosos organismos autónomos asumieron en su momento la calificación de organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. Se afirma así la hipótesis, confirmada por las reiteradas ampliaciones de las que de modo sucesivo ha sido objeto este tipo de organismos autónomos, del ejercicio de actividades administrativas a través de cauces jurídico-privados.

Es éste el primer punto a considerar. De todos modos, el más determinante lo establecería también la propia LGP en su artículo 6, al

fijar inicialmente el concepto de las llamadas sociedades estatales. Un artículo que conviene tener a la vista en su versión actual, con las muy notables modificaciones que en relación con la inicial de 1977 ha introducido el texto refundido de la LGP, aprobado por RD Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre. Es del tenor siguiente:

«1. Son sociedades estatales a efectos de esta Ley:

a) Las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de la Administración del Estado o de sus organismos autónomos y demás entidades estatales de Derecho público.

b) Las entidades de Derecho público, con personalidad jurídica que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico-privado.

2. Las sociedades estatales se regirán por las normas de Derecho mercantil, civil o laboral, salvo en las materias en que les sea de aplicación la presente Ley.

[...]

5. El resto de entes del sector público estatal no incluidos en este artículo ni en los anteriores, se regirá por su normativa específica.

En todo caso, se aplicarán a los citados entes las disposiciones de la presente Ley que expresamente se refieran a los mismos y, con carácter supletorio, las relativas a materias no reguladas en sus normas específicas.»

El análisis de los supuestos que recoge el artículo 6 LGP ha dado lugar a amplias valoraciones por parte de la doctrina. No es cuestión de reiterarlas. Enunciaré tan sólo los puntos más importantes que han sido enjuiciados críticamente: heterogeneidad de las figuras comprendidas en los dos apartados a los que se refiere el concepto de sociedades estatales; dificultades de diferenciar algunas de ellas, en concreto las del artículo 6.1.b), de los organismos autónomos del artículo 4.1.b); equívoco de referir el concepto de sociedades al supuesto del artículo 6.1.b), en el que resulta imposible encontrar caracterización societaria de ningún tipo; introducción, en la versión actual del artículo 6.5, de la no menos equívoca temática de las llamadas Administraciones independientes. Un dato conviene retener

en todo caso: la *actuación* de las sociedades estatales, tanto sean sociedades mercantiles como entidades de Derecho público, se rige, *en su totalidad*, por normas de Derecho civil, mercantil o laboral, salvo en las materias que les sea de aplicación la LGP, que, fundamentalmente, se refiere a su control económico. A su vez, las entidades del artículo 6.5 —las llamadas Administraciones independientes—, por su normativa específica —las disposiciones de la LGP sólo les serán de aplicación cuando expresamente se refieran a ellas—, en las que es habitual remitir su actuación a fórmulas jurídico-privadas.

Son éstos los datos a tener presentes. Los artículos 4 y 6 LGP van a facilitar el cauce para la huida del Derecho administrativo por parte de las Administraciones públicas en el ejercicio de sus funciones administrativas. Y ello, por una doble vía. Por una parte, remitiendo el actuar de muchas de las entidades públicas señaladas —art. 4.1, art. 6.1.b) y art. 6.5— a procedimientos de Derecho privado. Por otra, y resulta siempre fundamental esta perspectiva organizativa, encomendando el ejercicio de tales funciones administrativas a personificaciones de carácter mercantil con forma societaria.

Este es el esquema formal que va a permitir el desarrollo del fenómeno que se analiza. En sus primeros tiempos, es fácil constatar que tendría un alcance por demás relativo. Su aplicación diríase que, en general, fue respetuosa con el sistema general establecido; a lo más, aquél no iría más allá de que algunas unidades orgánicas pudieran tener una mayor flexibilidad. La LGP, no se olvide, es de 1977, año en el que se celebran las primeras elecciones democráticas que llevarían a la elaboración de la Constitución, que es de diciembre de 1978. En los términos señalados permaneció también en los años de la transición política. Será, básicamente, desde 1984 cuando el proceso que referimos se dinamiza en términos cuyos resultados están comenzando a percibirse.

Esquema formal que, si se quiere, es poco lo que en sí mismo dice. El significado que alcanza es resultado de la machacona insistencia con la que en los últimos tiempos se asume empíricamente, caso por caso, refiriéndolo, prácticamente, a la mayor parte de la actividad de la Administración. Esta actúa básicamente a través de las fórmulas expuestas. La concreción de lo que decimos, obviamente, no podemos hacerla aquí en su detalle. En todo caso, hay que tenerla muy en cuenta; máxime en cuanto, a la postre, ha venido a responder a una intencionada línea de actuación política.

3. RECALIFICACIÓN DE LAS DISTINTAS ENTIDADES PÚBLICAS Y EJERCICIO DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MEDIANTE FÓRMULAS DE DERECHO PRIVADO: ALCANCE DEL FENÓMENO

El tema de la llamada *privatización* de la Administración está, ciertamente, de moda. Referido en su sentido propio, expresa las transferencias de activos patrimoniales del sector público al sector privado. Desde perspectivas distintas, sin embargo, va a referirse también al hecho de que funciones y cometidos de inequívoco carácter público van a ser ejercidos por la Administración conforme a procedimientos jurídico-privados, o van a remitirse a organizaciones de carácter privado que, naturalmente, los desempeñan conforme a esos mismos procedimientos. Una realidad que en el sistema administrativo español está teniendo en los últimos años un alcance insospechado y que, de modo fundamental, va a pivotar sobre el concepto de empresa pública. Esta deja de ser una unidad organizativa dedicada a la producción y distribución de bienes y servicios, para convertirse en lo que J. L. VILLAR PALASÍ ha calificado también de sociedad mercantil-Administración pública.

En el apartado precedente ha quedado expuesto el esquema organizativo que al respecto se ofrece. El fenómeno parte de él, y se afirma tanto a través de su generalización en nuevas disposiciones como, muy principalmente, mediante la que podemos llamar *recalificación* jurídica de las distintas entidades organizativas, públicas y privadas, que operan ya en la Administración. Proceso escalonado que, a grandes trazos y un tanto en vía de síntesis, tiene una triple manifestación. En primer lugar, cambio, fragmentación reiterada de la ordenación de la Administración del Estado mediante la creación de nuevos organismos autónomos, generalmente de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. En segundo lugar, reconversión de organismos autónomos en sociedades estatales, de modo principal en las del supuesto del artículo 6.1.b). Por último, creación de las nuevas entidades del artículo 6.5 o inclusión en ellas de sociedades estatales ya existentes.

La mecánica señalada se formaliza principalmente a través de las dos vías siguientes. En primer lugar, en las distintas normas de carácter general que en los últimos tiempos regulan los diferentes sectores de la actividad administrativa (Puertos autónomos; Urbanismo; Comercio exterior; Promoción y ordenación general de la investigación científica y técnica; Ordenación de los transportes terrestres; etc.). La organización administrativa que al respecto se establece responderá muy fielmente a las fórmulas señaladas. Junto a ello, estas mis-

mas fórmulas son las que se acogen también por medio de expresas y concretas modificaciones que se llevan a cabo del *status* de entidades ya existentes. Generalmente, a través del recurso habitual a las leyes aprobatorias de los Presupuestos Generales del Estado; o, tras el varapalo que sobre tal solución diera el Tribunal Constitucional, en las no menos irregulares leyes llamadas de acompañamiento de los mismos, que, quiero advertir, en mi opinión, no superan la tacha de inconstitucionalidad que el TC refirió a que estos temas se recogieran en las de Presupuestos; en otras ocasiones, aprovechando simplemente la elaboración de una ley, tenga o no su contenido relación con la organización que en concreto se regula.

Es esta última vía importante para llevar a cabo la que hemos llamado recalificación de las entidades existentes. Dimensionar en sus justos términos su alcance requiere enunciar al menos algunos de los sectores de la acción administrativa cuya organización se ha establecido respondiendo a cualquiera de las tres fórmulas expuestas: así, entre otros, el Instituto de Crédito Oficial —objeto de reciente reordenación sustantiva por el R. Decreto-ley 12/1995, de 28 de diciembre, sobre medidas urgentes en materia presupuestaria, tributaria y financiera—; la Fábrica Nacional de Moneda y Timbre; el Instituto Nacional de Industria; la Administración turística española; Retevisión; Aeropuertos Nacionales; Museos; Administración postal; y, principalmente, la Agencia Estatal de la Administración Tributaria, nada menos que para llevar a cabo «la gestión, inspección y recaudación del sistema tributario estatal y de aquellos recursos de otras Administraciones públicas nacionales o de las Comunidades Europeas» que se le encomienden, estableciéndose también que, para el ejercicio de sus funciones, la Agencia, que en su organización conserva el carácter público, «podrá constituir o participar en el capital de toda clase de entidades que adopten la forma de sociedad mercantil, y cuyo objeto social esté vinculado con los fines y objetivos de aquella».

Las referencias recogidas, tan sólo a título de ejemplo, sin pretensión alguna de exhaustividad, evidencian la amplitud que tiene el planteamiento que señalo. Es obligado completarlo, siempre en la misma línea argumental, con el recurso permanente que, de modo principal en ciertos ámbitos, se viene haciendo últimamente a la fórmula de las fundaciones. No de las fundaciones públicas que se desarrollaron al amparo de la legislación local, sino de la regulación general de las mismas contenida en la Ley 30/1944: la fórmula, al socaire —siempre loable— de buscar una colaboración económica de las fuerzas sociales, superando con creces esta finalidad, se convierte con frecuencia en gestora directa de determinados servicios públicos.

En un extremo quiero hacer hincapié, por último. Es el realce que en este proceso tiene, como se ha dicho, la utilización de la fórmula de las empresas públicas; de modo principal, las de carácter societario, que, según se dijo, habían estado vinculadas habitualmente, casi con carácter exclusivo, a la producción de bienes y servicios, servicios incluso públicos. Ahora, trascendiendo este ámbito, pasan a ejercer directamente funciones propiamente administrativas que venían siendo desempeñadas por diferentes Administraciones públicas, la del Estado o las de los Organismos autónomos. Más todavía: el hecho de referir a sociedades de este tipo el ejercicio de funciones públicas, casi con carácter habitual, es el que se ha recogido en la realmente prolífica creación de empresas públicas por parte de las Comunidades Autónomas: la gestión de no pocas de sus funciones, funciones públicas transferidas del Estado, con frecuencia, no ha sido asumida por órganos de la Administración autonómica en su sentido propio, sino por entidades descentralizadas configuradas como empresas públicas.

Son estas organizaciones las que pasan a desempeñar un papel principal en el ejercicio de las funciones administrativas. Por una parte, éstas se encomiendan a sociedades mercantiles. Es el primer dato a retener que más adelante resultará obligado matizar. Por otra, se generaliza el actuar de distintas entidades públicas a través de procedimientos de Derecho privado. Este, conforme a su carácter instrumental, deja de tener el significado notoriamente marginal que habitualmente ofrecía en nuestro ordenamiento, para convertirse, diríase, en cauce *normal* para el ejercicio de no pocas funciones públicas. Un planteamiento que, hay que notar, con las consecuencias a las que después se aludirá, incide de modo muy amplio en las situaciones personales y en el entorno vital de los ciudadanos —vivienda, créditos, subvenciones, ordenación urbanística, etc.—. ¿Cuáles son sus causas?, ¿cuáles sus efectos? Tratemos de responder a estos dos interrogantes.

4. EL MITO DE LA EFICACIA, COMO PRETEXTO; LA EXONERACIÓN DE CONTROLES COMO OBJETIVO

La creciente implantación de fórmulas organizativas y de procedimientos de actuación jurídico-privados, obviamente, no puede decirse —a la vista de los datos referidos— que tenga carácter accidental, o que, en su caso, trate de establecer soluciones que, en razón de circunstancias distintas, pudieran convenir para algunos supuestos en particular. No; no es eso. Se trata, por el contrario, de un plantea-

miento globalizado conforme a una búsqueda y muy explícita intencionalidad, a la que ha venido respondiendo, sin pausa, la acción del Gobierno, y que, además y dado el juego de mayorías parlamentarias, ha contado con un mantenido refrendo por parte del legislador. En definitiva, una línea de actuación política conscientemente buscada y asumida.

Planteamiento, pues, generalizado. Más todavía: es también el que directamente se sanciona como principio tendencialmente determinante de cualquier reordenación a llevar a cabo en el seno de la Administración. Se trata de algo que conviene tener muy claro. La utilización creciente del Derecho privado por la Administración ha sido el criterio rector en los distintos intentos habidos últimamente de reforma de la misma que, sin afrontar las causas reales y efectivas que la hacían más que necesaria, se ha concretado casi exclusivamente a desvincular su gestión de las leyes administrativas.

El fenómeno está produciendo una profunda mutación en los esquemas orgánicos y operativos de las Administraciones españolas. Sectores muy amplios de los cometidos que aquéllas deben ejercer están quedando prácticamente relegados del ordenamiento jurídico-administrativo; y, de continuar la línea señalada, el mismo quedará reducido a ámbitos casi marginales. Ya lo están siendo, en la práctica, en algunos: así, y entre otros, en el de la contratación administrativa o en buena parte del derecho de la función pública. F. GARRIDO FALLA ha valorado la situación alcanzada en nuestros días con referencia a la anteriormente existente: ha hablado así de privatización y reprivatización de la función administrativa, fase esta última en la que se postula una «auténtica apostasía del Derecho administrativo», ya que de lo que se trata es de establecer un sometimiento casi total de la Administración al Derecho privado.

El planteamiento que refiero, como es lógico, no carece de razones que formalmente lo avalan. Otra cosa, sin embargo, es la de que las que se señalan no resulten ni mínimamente convincentes. Que, como fundamento del mismo, se insiste con machacona reiteración en que se trata de establecer criterios que permitan mayor operatividad en la actuación de las Administraciones públicas, pues, eludiendo así las trabas y vinculaciones que pueda ofrecerle la legislación administrativa puede resultar más eficaz.

Una vez más, el mito de la eficacia. En relación con él, dos observaciones. En *primer* lugar, reconocer, desde luego, que la mecánica operativa que el sistema jurídico-administrativo español ofrece es notablemente retardataria; casi habitualmente, carece de la flexibilidad precisa; en modo alguno garantiza la eficacia de una gestión. Se trata de algo que no se cuestiona. Ocurre, sin embargo, que ante la

no adaptación de ese sistema a las necesidades efectivas que la Administración debe cumplir en nuestros días, en vez de incidir, e incidir de verdad, en esos procedimientos dando cabida a las modificaciones obligadas que los hagan eficaces, lo jurídico-público se relega al cuarto de los trastos viejos y, en aras de esa exigible eficacia, con un evidente simplismo, se acude, sin más, a fórmulas jurídico-privadas. Es todo.

No me resisto a dejar de vislumbrar las soluciones que en orden a la eficacia de la Administración pudieran alcanzarse con fórmulas jurídico-administrativas coherentes y razonables, que pudieran permitir abandonar las ciertamente inservibles de las que hoy se dispone, la mayor parte procedentes institucionalmente de épocas pasadas. Es cierto que entre estas fórmulas y las jurídico-privadas habrá siempre matices diferenciadores, consecuencia, en su mayor parte, de las exigencias que, una vez más, impone el principio de legalidad. Son, en definitiva, las «derogaciones en menos», siguiendo la terminología de J. RIVERO que antes referí, y que imponen a la Administración mayores vinculaciones. La cuestión, sin embargo, es otra. Es, sencillamente, determinar si en un Estado de Derecho, so pretexto de esa mayor eficacia, es posible cancelar tales exigencias y vinculaciones, que es a lo que, básicamente, conduce el recurso a las fórmulas jurídico-privadas.

La *segunda* consideración a hacer, la experiencia lo acredita, es advertir que estos nuevos procedimientos de actuar, la asunción de fórmulas organizativas de carácter mercantil, con harta frecuencia, no ofrecen institucionalmente la flexibilidad que se señala. No cabe decir, como cuestión de principio, que su eficacia sea mayor que la de los propios órganos de la Administración. En su versión actual, y como lógica consecuencia de la obligada acogida de exigencias de muy distinta naturaleza, no es sostenible que el Derecho privado sea siempre expresión de flexibilidad. Además, la circunstancia de que las distintas entidades que refiere el artículo 6 LGP operen a través de procedimientos jurídico-privados no las exceptuona de una serie de controles internos, fundamentalmente de carácter financiero, que hace que en no pocos aspectos estén sometidas a una rigidez operativa que, en parte, es común a toda la organización administrativa. Actuación privada de las Administraciones públicas que ofrece siempre una serie de peculiaridades, que no puede decirse faciliten la flexibilidad de su obrar.

No son, pues, las que se dicen las auténticas razones que explican el fenómeno que se analiza. Son muy otras: mucho más sencillas y elementales. En relación con ello convendrá recordar que el sistema jurídico-administrativo impone, ciertamente, un operar procedimen-

talizado que, reconozcámoslo, cabe considerar retardatorio y carente de eficacia. No se cuestiona, se ha dicho ya, que deba rectificarse; y, además, con hondura. En lo que se insiste es que aquél es también un sistema de vinculaciones y de controles que, tratándose de la *res publica*, resultan obligados: un sistema, consecuentemente, de garantías de los administrados. Y es por esto que cabe afirmar que el permanente y reiterado recurso a las fórmulas jurídico-privadas, a la postre, no ha respondido sino a la finalidad de eludir esos controles, con el fin de que así el Poder público no se viera limitado en su actuar. Una mecánica que, como J. J. LAVILLA ha puesto de relieve en relación con el artículo 109 CE, es prácticamente la misma que se esboza en el fenómeno que también se da de *huida del Derecho constitucional*. En cualquier caso, y sin perjuicio de advertir que en lo que venimos señalando está, en gran medida, la explicación de los no pocos escándalos económicos habidos en los últimos años en torno a la actuación de los Poderes públicos, su consecuencia última no es sino un deterioro considerable del sistema de garantías de los ciudadanos.

Es ésta la conclusión obligada. El planteamiento que se analiza *incide de inmediato, de modo muy principal, en la validez del sistema de garantías jurisdiccionales actualmente vigente*. Es algo que hay que destacar. Es cierto que algunas de las personificaciones que hemos referido —organismos autónomos; sociedades estatales previstas en el artículo 6.1.b) LGP; también, incluso, las entidades del artículo 6.5 de la misma Ley— son personificaciones de Derecho público. Esta calificación, sin embargo, no altera la conclusión expuesta acerca del cercenamiento que del sistema de protección jurisdiccional representa el fenómeno que se analiza. Téngase en cuenta lo establecido en el artículo 1 LJ, y que aquéllas han de «ajustar su actividad al ordenamiento jurídico-privado». Consecuencias de notoria gravedad ya de *lege data*, repito, máxime en los supuestos en que se ejercen funciones públicas a través de procedimientos jurídico-privados: suponen, ni más ni menos, la reducción, cuando no la cancelación, del sistema de garantías que impone el Estado de Derecho. Así de simple; también, así de grave.

5. EL DEBATE DOCTRINAL

La huida del Derecho administrativo que se señala ha ido consolidándose gradualmente, poco a poco. No es de extrañar que en sus primeras versiones pasara más o menos desapercibida; quizá, porque básicamente se concentró en aspectos organizativos o en actua-

ciones que no tenían incidencia directa y generalizada en el *status* de los administrados; quizá, también, porque no se valorara el alcance que iba a tener. Ha sido a la vista de su generalización, y muy principalmente de sus consecuencias, que desde los años noventa viene siendo común su denuncia. En frase expresiva por demás, se ha llegado a señalar (J. M. SALA ARQUER) que la realidad que se refiere no es tanto de huida del Derecho administrativo, sino de huida del Derecho.

Estas valoraciones críticas es cierto que se han concretado básicamente hasta ahora en planteamientos doctrinales de *lege ferenda*. Esta circunstancia, sin embargo, en modo alguno permite cercenar su significado en cuanto tienen ya una operatividad incuestionable. Enunciadas desde perspectivas distintas, trataremos de referirlas conforme a la línea argumental en la que principalmente se apoyan. En el bien entendido que, como es lógico, las argumentaciones que ofrecen no son excluyentes; en parte, se solapan y, en todo caso, se complementan.

Está, en primer lugar, la posición (S. DEL SAZ CORDERO, R. PARADA VÁZQUEZ), que con gusto suscribiría, que explícitamente considera inconstitucional el fenómeno mismo que se considera, en cuanto entiende que la Constitución contiene una auténtica reserva de Derecho administrativo, y que, por consiguiente, la huida del mismo choca frontalmente con la Ley Fundamental. Esta, se dice, establece una verdadera «garantía institucional de Derecho administrativo que la hace inmodificable por el legislador ordinario». Se aduce en tal sentido el artículo 103.1 CE —en cuanto señala que la Administración debe actuar con sometimiento pleno a la ley y al Derecho—, señalando que por éste hay que entender el Derecho administrativo. También es ésta la conclusión que se deduce de la cláusula general de control de la potestad reglamentaria y de la actividad *administrativa* que sanciona el artículo 106. Todo ello, a la vista de la referencia explícita que la Constitución hace en el artículo 153.c) a la jurisdicción contencioso-administrativa en relación con el control de la actividad de las Comunidades Autónomas.

No me cabe duda, ciertamente, que la intencionalidad de los artículos 103.1 y 106 CE viene referida al Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso-administrativa. En definitiva, es la referencia obligada a la situación existente en nuestro ordenamiento jurídico la que considera la Constitución al referir, como no puede ser menos, la ordenación vigente en el momento de su elaboración. De ello, sin embargo, no se deduce que tal situación sea inalterable. Entiendo que por esta vía es difícil alcanzar las conclusiones que se pretenden. Básicamente, porque las garantías institucionales que cabe derivar de la

Constitución, y que resultarían inmunes al legislador ordinario, no son tanto el sometimiento a un orden jurídico o jurisdiccional concreto, sino al Derecho y al control de la Administración por parte de los Tribunales. Unos supuestos que, en principio, no tienen por qué deducirse con carácter necesario de la marginación del Derecho administrativo en el actuar de las Administraciones públicas.

Más consistencia que entender que la Constitución sanciona de modo expreso una *reserva* de Derecho administrativo es advertir, como estos mismos autores y otros muchos hemos señalado (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, S. MARTÍN-RETORTILLO, T. R. FERNÁNDEZ, etcétera), que aquélla sanciona una serie de principios directamente vinculantes para la actuación administrativa. Se trata de un planteamiento generalizado, sustancialmente principial, que es obligado asumir con todas sus consecuencias. Principios nada menos que como los de legalidad, en el sentido de imponer una habilitación positiva para esa actuación; de interdicción de la arbitrariedad (art. 9), de objetividad e imparcialidad (art. 103), o de un actuar procedimentalizado en los términos que lo establece el artículo 105, son *siempre* constitucionalmente referibles a la Administración, actúe ésta *in veste* de tal Administración pública o no, conforme a procedimientos jurídico-privados.

El planteamiento expuesto pivota, naturalmente, en la idea de Poder público y, en relación con él, la calificación de la forma resulta en cierto modo accidental. Volveremos más adelante sobre ello. Lo que interesa señalar por el momento es que, afirmada la vinculación de la Administración a la Constitución, el único cauce actualmente existente en el sistema español para hacer efectivos en el momento presente esos principios es a través del régimen jurídico-administrativo y del enjuiciamiento de ese actuar por la jurisdicción contenciosa. Es en esta concreción, *hic et nunc*, donde radica el núcleo central de la problemática que nos ocupa.

También desde otra perspectiva, en concreto desde la del Derecho comunitario, ha señalado S. MUCHOZ MACHADO que debe abandonarse el proceso de huida del Derecho público, «huida, hasta furiosa por lo empeñada y recalcitrante». El ordenamiento comunitario, con un reiterado refrendo por parte de su Tribunal de Justicia, ofrece una configuración de la Administración y de su actuar que choca muy directamente con la que resulta del proceso que se da en el sistema español. En él es clara la dominante francesa y, no obstante la Jurisprudencia reitere la autonomía de los Estados miembros en adoptar las soluciones jurídicas que más les convengan en materia de organización y procedimientos administrativos, los límites de tal autonomía podrían situarnos frente al dato irrefutable de que la situación

alcanzada en el sistema español resultase contraria a los principios generales del procedimiento de las Administraciones públicas establecidos en el Derecho comunitario.

Igualmente ha sido analizado el tema (E. GARCÍA DE ENTERRÍA, S. MARTÍN-RETORTILLO) desde la vertiente de la cancelación y reducción del sistema de garantías a que da lugar el fenómeno que se considera. Y es desde ella, no ya de *lege ferenda*, sino de *lege data*, que cabe constatar la situación de indefensión —evidentemente, no querida por la Constitución— que, conforme al ordenamiento vigente, se alcanza cuando la Administración actúa *in veste* de sociedades mercantiles o conforme a procedimientos jurídico-privados. Una Constitución que, además, en sus artículos 1, 9, 24, 103 y 106 explícitamente impide dejar reductos exentos de la tutela y del control jurisdiccional. Que esta situación de indefensión pudiera solventarse teóricamente por otras vías es cuestión distinta. Lo que se refiere es que, contando con la legislación vigente, estamos ante no pocos reductos del actuar de la Administración exentos de su obligada confrontación jurisdiccional.

Las razones que en términos estrictamente jurídicos se aducen en contra de la huida del Derecho público por parte de la Administración son, como puede verse, consistentes y de incuestionable calado; auténticas cargas de profundidad. Expresan, además, una opinión generalizada. Un proceso, el que señalamos, que sólo ha sido defendido con carácter general por I. BORRAJO; también, por E. MALARET en relación con la contratación pública, al estudiar en particular la contratación de las obras e infraestructuras de los Juegos Olímpicos de Barcelona de 1992 a través de Holsa, S. A., sociedad mercantil de capital íntegramente público. Tratemos de referir estas posiciones doctrinales, de modo especial la de I. BORRAJO, por la generalidad con la que se formula.

La línea argumental de este autor busca de modo muy principal desdramatizar el tema. Además, está cargada de argumentos que, diríase, resulta difícil no suscribir. Huida del Derecho administrativo —dice— no significa, frente a lo que se ha dicho, huida del Derecho. El Derecho privado de nuestros días —argumenta también— tiene un nuevo sesgo que le hace guardar «poca relación con el ordenamiento que estaba en vigor en el siglo XIX cuando se formaron las instituciones clásicas del Derecho administrativo»; además, la Constitución y el Derecho comunitario son igualmente vinculantes en este nuevo actuar de las Administraciones públicas; a su vez, «el orden contencioso-administrativo no ha ejercido nunca en exclusiva el control judicial de la Administración», quedando siempre, como última garantía, el núcleo del Derecho público que ofrece el Código penal.

Es difícil, desde luego, no suscribir en abstracto los criterios expuestos. Todos ellos, sin excepción alguna, deben ser, sin embargo, matizados, profundamente matizados, sin que, por otra parte, sea necesario reargumentarlos con detalle.

Es cierto, desde luego, que la Administración ha estado históricamente, y está en la actualidad, sometida a órdenes jurisdiccionales distintos: el argumento, sin embargo, no es aducible. Una cosa es el papel que, como consecuencia del fenómeno que se señala, habría de desempeñar el orden jurisdiccional civil, con respecto al notoriamente marginal que desde hace muchos años ha venido teniendo habitualmente en el enjuiciamiento de la Administración. Es sabido igualmente que el modo con que la vinculación a la Constitución opera en el orden civil es muy distinto al papel que desempeña en relación con los Poderes públicos. Por su parte, el «nuevo» Derecho civil, con una notable carga de preceptos de *ius cogens*, establecido también como garantía de intereses colectivos, no ofrece en nuestro ordenamiento cauces para garantizar el cumplimiento de los principios antes señalados, que constitucionalmente deben presidir toda la actuación administrativa. A su vez, la remisión a la jurisdicción penal del enjuiciamiento —y corrección— de lo actuado ilícitamente por la Administración supone situar peligrosamente el tema en términos de notable gravedad de lo incorrectamente actuado, a todas luces insuficiente.

Las observaciones recogidas tienen consistencia bastante como para cuestionar la línea argumental a la que responde el trabajo de I. BORRAJO. De todos modos, la objeción de base que cabría formular es que la aplicación del diseño que ofrece —posible, desde luego— parece referida a un supuesto en el que, cual tabla rasa, se trata de establecer *ex novo* un determinado sistema y no en un ordenamiento que, para darle acogida, habría de modificarse sustantivamente y que, además, cuenta ya con soluciones consolidadas y decantadas que, desde luego, habrán de mejorarse todo lo posible, pero que no es posible cancelar. Desandar la historia es lo que, en definitiva, propone textualmente I. BORRAJO. Solución inviable y que, además, a fuer de ingenua, no sería conveniente. Mas sobre este extremo volveré más adelante.

6. BREVE EXCURSO SOBRE LOS CONTRATOS DE LA ADMINISTRACIÓN Y SOBRE LA LLAMADA LABORALIZACIÓN DE LA FUNCIÓN PÚBLICA

Es obligado estudiar la huida de la Administración pública del Derecho administrativo en relación con las materias que se enuncian

en el epígrafe que acaba de recogerse, por la muy significativa incidencia que aquélla tiene en los dos ámbitos señalados. Las referencias, sin embargo, habrán de ser, en todo caso, muy someras.

En relación con la contratación de las Administraciones públicas, el tema tiene una notable importancia. Es fácil comprenderlo. Ha sido, además, el que, desde la perspectiva del Derecho comunitario, ha condicionado toda la larga y accidentada elaboración de la vigente Ley 13/1995, de 18 de mayo, de Contratos de las Administraciones Públicas (LCAP). Una elaboración enmarcada por las condenas al Reino de España del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas; de modo principal, en su Sentencia de 17 de octubre de 1993, que había declarado incompatibles con el Derecho comunitario, entre otros, el artículo 2.8 de la anterior Ley de Contratos del Estado de 1965, que había venido siendo la apoyatura para la inaplicación de la referida Ley a la actividad contractual de las entidades administrativas, públicas o privadas, que sometían su actividad al Derecho privado.

Eludir la aplicación del siempre más riguroso sistema de la contratación administrativa, con los controles y limitaciones que ésta establece, diríase que había sido objetivo ampliamente perseguido por la Administración española. La mecánica operativa adoptada al respecto, en su misma simplicidad, no era sino la de que la contratación se efectuase por entidades públicas que actuaran con fórmulas de Derecho privado, o a través de las correspondientes sociedades mercantiles, muchas veces constituidas al efecto, incluso para esta finalidad en particular. Tanto en uno como en otro supuesto, la contratación quedaba excluida en sus aspectos más importantes de la Ley de Contratos del Estado de 1965.

No parece haya que insistir en el significado realmente patológico de lo que se dice, máxime si advertimos que a soluciones semejantes se apuntaron también, con lógico apesuramiento, Comunidades Autónomas y Entidades locales. En definitiva, se trataba de excepcionar a toda costa el cumplimiento de las normas de contratación administrativa, mucho más rigurosas que las de la contratación civil. Una situación que, obviamente, ha venido a constituir el mejor caldo de cultivo para el clientelismo político y la corrupción.

La situación que refiero alcanzaría una inequívoca gravedad. El Reglamento General de Contratación del Estado, en su artículo 398, impondría ya a las empresas nacionales —empresas públicas con forma de sociedad anónima con participación mayoritaria del Estado o de sus Organismos autónomos— la obligación de someterse en materia de contratación a las normas administrativas referentes a la preparación y adjudicación de sus contratos. No a otros aspectos de

la contratación pública. El precepto, sin embargo, sería suprimido tras una serie de vicisitudes. Se sustituiría por la regla que se introdujo en la Disposición transitoria 2.^a del mismo Reglamento: se trataba, simplemente, que todas las entidades y empresas incluidas en el sector público sometiesen su actividad contractual a los principios de publicidad y concurrencia.

El fenómeno que se refiere ha presentado caracteres que cabe calificar de patológicos; en ocasiones, dando lugar a situaciones que han resultado por demás controvertidas. Una situación que, como es lógico, hay que ponderarla a la vista de la amplitud y generalización del procedimiento de *recalificación* de la distinta naturaleza de las entidades públicas que antes se ha señalado (§ 3). Y, muy singularmente, por la introducción de la figura que, en su versión actual, ofrece el artículo 6.5 LGP. No obstante, es obligado confesar que no por las circunstancias referidas, sino por los reiterados pronunciamientos jurisprudenciales del Tribunal de Justicia de las Comunidades contra el Reino de España en materia de contratación de las Administraciones públicas, se hizo imprescindible una nueva regulación de la misma. El Gobierno presentó a tal fin en 1992 el correspondiente Proyecto de Ley. Decaído que fuera este último por disolución de las Cortes Generales, se reiteró al comienzo de la siguiente Legislatura con un nuevo Proyecto de Ley que daría lugar, tras azarosa elaboración parlamentaria, a la vigente LCAP, que, en relación con el tema concreto que nos ocupa, introducirá cambios importantes.

Una idea conviene tener muy clara, sin embargo. Las modificaciones llevadas a cabo en materia de contratación lo han sido porque así lo *imponía* el Derecho comunitario. No por ningún otro motivo. Lo que, dicho más frontalmente —en expresión de G. FERNÁNDEZ FARRERES—, significa que se trata de modificaciones que «se han tenido que introducir, no sin resistencia, porque no quedaba más remedio, y desde luego, sin entusiasmo alguno». Una valoración que no dejará de traslucirse a lo largo de todo el articulado de la Ley.

El resultado ha sido el sometimiento a la nueva legislación de la contratación de *todas las entidades públicas* —se comprenden, por tanto, *todos* los organismos autónomos, las llamadas sociedades estatales del artículo 6.1.b) y las nuevas entidades del artículo 6.5 LGP—, mediante un sistema gradual según el tipo de entidades de que se trate. Modulación esta última que es donde se sitúa realmente la problemática planteada.

El esquema que establece la LCAP es el siguiente. Se rige, en su integridad (art. 1.3 LCAP), por la LCAP la contratación de aquellas *entidades públicas* en las que, aunque en principio deban actuar con-

forme al régimen jurídico-privado, se den los dos requisitos siguientes: que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones públicas, cuya gestión esté sometida a control por parte de estas últimas o cuyos órganos de administración, dirección o vigilancia estén compuestos por miembros que más de la mitad sean nombrados por la Administración pública u otras entidades de Derecho público. El artículo 2.1 LCAP, por su parte, establece un segundo nivel: el resto de las *entidades de Derecho público*, es decir, aquéllas en las que no se den las circunstancias anteriores quedan sujetas a las prescripciones de la Ley, únicamente, en lo relativo a la capacidad de las empresas, publicidad, procedimientos de licitación y formas de adjudicación cuando concurren los requisitos que al efecto se detallan. El tercer nivel es el que recoge la Disposición adicional 6.^a LCAP al establecer, ya en relación con las *sociedades mercantiles* en cuyo capital sea mayoritaria la participación directa o indirecta de una entidad de Derecho público, que su actividad contractual se ajuste a los principios de publicidad y concurrencia, salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con estos principios.

No cuestiono si el texto de la LCAP responde o no fielmente a las exigencias de las distintas directivas comunitarias en la materia. Parece que sí, en cuanto en parte las traspone. El tema, en concreto, sería ampliamente debatido durante la elaboración parlamentaria de la Ley. En todo caso, la mayoría de la que disponía el Gobierno en las Cortes Generales hizo que quedasen totalmente marginadas las propuestas de la oposición que postulaban una mayor incidencia de la Ley en las empresas públicas con forma de sociedad mercantil, ya que resultaba notoriamente insuficiente su sometimiento, tan sólo, a los principios de publicidad y concurrencia. Junto a ello está también el extremo, que asimismo se deduce de lo ya señalado, de cuál haya de ser la incidencia de la Ley en la contratación de aquellas entidades de Derecho público que, actuando conforme a procedimiento de Derecho privado, no se encuentran en ninguno de los supuestos de los artículos 1.3 y 2.1. Cabe entender que, sin perjuicio de las prescripciones relacionadas con algunos contratos en particular, ¿escapan entonces totalmente esas entidades de los principios de la Ley, como ya se ha postulado? El interrogante no parece admita una solución positiva. Al menos debe reconocerse, como G. FERNÁNDEZ FARRERES ha señalado con buen sentido, que en tales casos deben aplicarse los principios que recoge la Disposición adicional 6.^a LCAP.

Ha habido una auténtica obsesión —no cabe calificarla de otro

modo— por eludir cualquier tipo de limitación en el actuar contractual de las entidades públicas, y una resistencia notable a aceptar rectificación alguna de la situación que trataba de modificarse. No cabe negar, obviamente, que las soluciones adoptadas por la Ley suponen un paso importante. Son, sin embargo, más que insuficientes. Ya lo hemos notado. Además de las excepciones recogidas que directamente arrancan de la LCAP, la aplicación de la misma, sin transcurrir todavía un año desde su publicación está resultando por demás equívoca. Cabe constatar a este respecto el notorio forcejeo existente para eludir en no pocos supuestos concretos su aplicación, o al menos por reducirla en la medida de lo posible, mediante el paso de uno a otro de los grupos que la Ley establece, apoyándose al respecto en conceptos tan genéricos como los que la misma enuncia, como «intereses generales», «sometimiento a control de la Administración pública», «principal fuente de financiación», etc. Los trabajos elaborados en el momento presente, a solicitud de distintas entidades públicas, en concreto con el fin de tratar de reducir al máximo la aplicación de la LCAP y de sus principios, son por demás significativos. Y, sobre todo, expresan un hábito y una práctica, ya habitual, de eludir controles y fiscalización de cualquier tipo. Un intento cuyas consecuencias, de generalizarse, no son difíciles de prever.

El otro ámbito al que también quiero referir el fenómeno de la huida del régimen jurídico-administrativo por parte de la Administración pública es el de la función pública. La situación alcanzada a través de su laboralización es de todos conocida. Ha operado, de modo principal, por dos vías distintas. Por una parte, y se deduce de lo ya dicho, mediante la creciente atribución de funciones administrativas a entidades de Derecho público o sociedades mercantiles cuyo personal carece de *status* funcional. También, por la de la creciente laboralización del personal al servicio de las propias Administraciones públicas.

La situación ha sido reiteradamente denunciada por la doctrina. No insistiré, pues, en ella. Cabe cuestionar con fundamento su constitucionalidad. Quiero notar, sin embargo, que tan anómalo proceso se está afirmando al margen, o incluso más bien en contra de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional. Este, en su STC 99/1987, de 11 de junio, si bien de forma en exceso tamizada pero no por ello menos inequívoca, había señalado que la CE había optado con carácter general por el régimen estatutario para los servidores públicos, sin perjuicio de que, en algunos casos, puedan reconocerse, siempre con carácter excepcional, otras vías de acceso para los servidores públicos. Se trataba de poner fin al proceso de laboralización de la función pública que había abierto la Ley 30/1984, de 2 de agos-

to, y que en parte, sólo en parte, quedaría cerrado con la reforma de dicha Ley por la 23/1988, de 29 de julio, al disponer el artículo 15 —en su nueva redacción— que, «con carácter general, los puestos de trabajo de la Administración del Estado y de sus Organismos autónomos así como los de las Entidades Gestoras y Servicios comunes de la Seguridad Social, serán *desempeñados por funcionarios públicos*». Régimen jurídico-funcionario y de carácter laboral que hay que mantener diferenciados, sin que en ningún caso sean intercambiables. Es ésta doctrina que ya había mantenido la STC 57/1982, de 27 de julio; que reitera la ya citada 99/1987 y que ha sido generalizada posteriormente por la Jurisprudencia, incluso la de la Sala de lo Social del TS (SSTS 2 de octubre de 1986, 18 de marzo de 1991, etcétera), la que insiste en la no equiparación de ambas situaciones aunque en la selección del personal laboral se hayan podido considerar los artículos 23.2 y 103.3 CE.

El camino seguido en las reformas de la Administración operadas en los últimos años, sin embargo, se orienta precisamente en sentido contrario. Por una parte, como consecuencia de lo que se ha venido exponiendo: organizaciones prestadoras de funciones públicas, como Organismos autónomos de carácter comercial, Entidades de Derecho público o sociedades mercantiles que ajustan su actividad al Derecho privado, cuyo personal tiene carácter laboral. También, y es dato a destacar, la que se sigue, insisto en ello, en el seno de la propia Administración pública: a la vista está la amplia excepción a la regla que recoge el artículo 15.1.c) de la Ley 30/1984, de que «con carácter general los puestos de trabajo de la Administración del Estado [...] serán desempeñados por funcionarios públicos», que un tanto subrepticamente se introdujo por el artículo 59 de la Ley 42/1994, de 30 de diciembre. Una situación, hay que reconocer, que difiere muy mucho del mandato constitucional conforme al cual, dígase lo que se quiera, la función pública debe ser el esquema general, y el régimen laboral, en su caso, la excepción.

La situación expuesta se explica, naturalmente, por la mayor libertad que así ofrece el reclutamiento del personal. Exonerada la Administración de los principios constitucionales existentes al efecto para el personal funcionario, la fórmula señalada es siempre acogida y potenciada con complacencia por todos los políticos de turno. Y es curioso constatar que, una vez formalizado el acceso como personal laboral al servicio de la Administración, la fase siguiente será la de tratar de reconvertirlo, más o menos automáticamente, en personal de carácter funcionario. Los conocidos intentos habidos al respecto son expresivos por demás.

En este ámbito no se trata, pues, de huida del Derecho adminis-

trativo; es más bien una auténtica burla de los principios establecidos al respecto. Que éste es terreno abonado al favor político y al clientelismo de los partidos políticos en el Poder. Realidad de tanto mayor significado si tenemos en cuenta que, como ya ha sido denunciado por S. DEL SAZ CORDERO, «ha sido de la mano del derecho laboral como han llegado a la Administración los contratos de alta dirección» regulados por el Estatuto de los Trabajadores y por el RD 1382/1985, de 1 de agosto: contratos laborales que, sin embargo, se rigen básicamente por la voluntad de las partes; «contratos blindados», como se les denomina habitualmente, en razón de las indemnizaciones que establecen para los supuestos de rescisión, y que tan generosa como patológica aplicación están teniendo en amplios sectores de la Administración de nuestros días, habida cuenta que la prohibición que de ellos estableció —para el futuro— el Acuerdo del Consejo de Ministros publicado por Resolución de 27 de diciembre de 1993 tiene un alcance por demás limitado.

7. OBLIGADA REFERENCIA A LA STS DE 4 DE DICIEMBRE DE 1995

En el epígrafe anterior se han referido los dos campos en los que resultan más perceptibles y significativas las consecuencias de la huida de la Administración pública del Derecho administrativo. Hay también otros muchos: pensemos, por ejemplo, en materia de responsabilidad patrimonial, de procedimiento administrativo, de créditos oficiales y de subvenciones, etc. Baste señalarlos, sin que podamos detenernos en su análisis.

No obstante lo dicho, sí quiero considerar expresamente una reciente STS, la de 4 de diciembre de 1995 (Ponente: Sr. Cancr Lallane), en la que el proceso que se señala alcanza notables consecuencias que permiten valorar lo que en la práctica significa el mismo.

El supuesto que considera la STS —que confirma en casación otra del Tribunal Superior de Justicia de Galicia— tiene su punto de arranque en el Decreto-ley 2/1986, de 23 de mayo, regulador del servicio público de estiba y desestiba de buques. El texto respondía al notable carácter intervencionista y, más concretamente, burocratizador que caracterizó la legislación del momento. Tras sancionar la *publicatio* de la actividad de estiba y desestiba en los puertos de interés general (art. 1), regula la gestión del servicio (art. 4), estableciendo, además, que todos aquéllos que deseen intervenir en su gestión deberán participar necesariamente, en los términos que se señala (art. 5), en la sociedad estatal que conforme a la legislación de sociedades anónimas se constituirá en cada puerto de acuerdo con el artícu-

lo 6.1.a) LGP (art. 5). La negativa, pues, a participar patrimonialmente en esta sociedad impide ejercer o continuar ejerciendo la actividad que, incluso, pudiera venirse desempeñando.

Y es a la vista de la aplicación directa de esta normativa —un Decreto-ley— que la Presidenta de la Junta del Puerto y Ría de Vigo, según se dice, en calidad de Presidenta de la Sociedad de Estiba y Desestiba del Puerto de Vigo, S. A., en constitución, requiere notarialmente a distintas empresas que venían desarrollando la citada actividad, con el fin de que acudan a las dependencias de la Junta del Puerto a efectos de suscribir la participación social que les correspondía en la referida Sociedad estatal, comunicándoles las consecuencias que de no hacerlo se derivarían. Impugnado este requerimiento, tanto el Tribunal *a quo* como el TS declaran inadmisibile el recurso por tratarse de una cuestión no administrativa.

No discuto si debió darse acogida, como parecía lógico, a la cuestión prejudicial o, incluso, a la de inconstitucionalidad ante la integración forzosa que se ordenaba en una sociedad mercantil. Lo que sí pongo en duda es que el Tribunal, teniendo apoyatura bastante para enjuiciar el tema, declare, sin embargo, la inadmisibilidad del recurso. Sobre todo, con una argumentación que, a lo más, habrá que calificar piadosamente de inconsistente y peregrina. Apoyatura, insisto, que básicamente cabía encontrar en que las sociedades de estiba y desestiba que ya estaban actuando como tales, convertidas *ex lege* en concesionarias por el referido Decreto-ley, estaban sometidas en cuanto tales al Derecho administrativo. No se cuestiona que el otorgamiento de la Escritura de constitución de la sociedad, la redacción de sus Estatutos sociales, la fijación de la aportación de capital sean actividades mercantiles. En lo que se insiste es en que el acto de ordenar la integración en la Sociedad lo hace quien, sin perjuicio de ser la futura Presidenta de la sociedad mercantil en constitución, es ya Presidenta de la Junta del Puerto y de la Ría de Vigo y que, por serlo, lo será también de la sociedad mercantil; y que, además, va dirigido precisamente a quienes ya están vinculados con la Administración por una relación jurídico-pública: acto prenegocial, en relación con las operaciones de constitución de la sociedad que se señalan, acto perfectamente separable y enjuiciable, por tanto, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

La argumentación de la STS se valora por sí sola. En primer lugar, se rechaza la argumentación señalada porque, según se dice, parte del *error inicial (sic!)* de entender que en el requerimiento interviene un órgano público. La Presidenta de la Junta del Puerto y Ría de Vigo no actúa en este caso como tal, sino en calidad de Presidenta de una sociedad mercantil *in fieri*, la Sociedad de Estiba y

Desestiba del Puerto de Vigo, S. A., en constitución. La argumentación se avala con razones tan sólidas como la de señalar que la comunicación se hizo por conducto notarial —«que en absoluto se parece al que es propio de los actos administrativos»—, dándose, además, la circunstancia de que cuando en las actuaciones judiciales de instancia se requiere a la Junta del Puerto la remisión del expediente, se manifestó «que no obraban en [sus] archivos [...] expediente con la Sociedad estatal en cuestión...» (*sic!*).

No es preciso insistir en las consecuencias que en cuanto al posible cese de sus actividades por las empresas recurrentes tiene la Sentencia que se comenta. Son los resultados lógicos de un ordenamiento jurídico que, dejando al margen la aplicación del Derecho administrativo, lo que en la práctica está sancionando es una inmunidad más del Poder. Creo, fundadamente, que tiene pleno sentido que en las páginas iniciales de este trabajo calificara la situación a la que conduce el fenómeno que se estudia como de extrema gravedad.

8. HIPÓTESIS Y ALTERNATIVAS A CONSIDERAR

Concluir las presentes reflexiones requiere, como es lógico, intentar, al menos, precisar formas y procedimientos que permitan enfrentarse con la realidad que genera el fenómeno que se analiza. Dos cuestiones, sin embargo, es necesario plantear antes que nada.

La primera de ellas —he insistido ya en ello en otras ocasiones— es la de que la fundamental consideración a la que obliga todo el fenómeno que venimos analizando no es otra que la de plantearse la dimensión y alcance que debe tener el actuar de los Poderes públicos. Insisto en que, en aras a su eficacia, no puede excepcionarse del cumplimiento de los principios constitucionales. No es válido el acudir a fórmulas y procedimientos de Derecho privado. Lo que hay que plantearse entonces, frontalmente, es si muchas de esas actuaciones que se reclaman de los Poderes públicos, son éstos los que deben realizarlas. Que, de hacerlo, deberán estar siempre sometidas a las exigencias que al respecto establece la Constitución. La segunda, no menos elemental, es manifestar una oposición, oposición radical, a excepcionar del régimen jurídico-administrativo el actuar de las Administraciones públicas en el cumplimiento de funciones públicas. Es algo obvio y, desde luego, muy fácil de decir. La creación de una conciencia social y política para que no se adopten tales soluciones es, quizá, la mejor medida en tal sentido. En cualquier caso, es fácil convenir que, en principio, los detentadores del Poder habrán de ser renuentes a rectificar el camino ya iniciado por las facilidades que al

respecto les ofrece. De ahí, y precisamente por ello, la necesidad de arbitrar soluciones que, en su caso, puedan ayudar a rectificar o, al menos, a reducir los efectos de las consecuencias a las que da lugar el planteamiento que venimos considerando.

En relación con ello, una idea, en todo caso, conviene tener muy clara. No se cuestiona que, en abstracto, la garantía de los principios que la Constitución impone al actuar de la Administración, en cuanto expresan vinculaciones que exige del Estado de Derecho, pueda y deba alcanzarse con independencia de las fórmulas jurídicas de esa actuación. No es ésta, sin embargo, la cuestión de la que se trata. La problemática a considerar, como se ha dicho, hay que referirla *hic et nunc* a un ordenamiento concreto, en un momento también determinado. Es un dato a tener muy en cuenta. Y, partiendo de él y asumiendo también las posibilidades que al respecto ofrece nuestro propio ordenamiento jurídico, con lo que hay que enfrentarse es con el fenómeno de la huida de la Administración del Derecho administrativo en el ejercicio de sus funciones públicas, en un sistema en el que esas exigencias constitucionales *sólo* pueden constatarse a través de formas jurídico-administrativas, confrontadas, además, por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Nada se opone, desde luego, en el terreno de los principios a que esa función pudiera ser desempeñada por el juez civil. Es cierto. Digámoslo, sin embargo, de una vez por todas. Nadie contravierte que el reparto entre los distintos órdenes jurisdiccionales, como reiteradamente ha mantenido la Jurisprudencia constitucional desde la temprana STC 49/1983, de 1 de junio, «obedece, en gran medida, a razones históricas y coyunturales, y no a un principio general». Lo que ocurre en el ordenamiento español, sin embargo, es que no existen los procedimientos que requeriría el conocimiento de la actividad administrativa por parte del juez civil, y en el que soslayar el sistema jurídico-administrativo conduce a situaciones tan irregulares como las que han quedado referidas. Pretender establecer fórmulas del *rule of law*, u otras relacionadas con ellas, que, no cabe olvidar, se encuentran por otra parte en profunda revisión, es pretender implantar *ex novo* un sistema: reinventar una nueva ordenación, por otra parte, de resultados por demás cuestionables que, a su vez, llevaría a prescindir de soluciones cuyo desarrollo ha permitido alcanzar, además, cotas de las que no hay que prescindir. No caben planteamientos teóricos o abstractos. De ahí, y es el punto de partida que se asume como auténtico presupuesto, que todo lo que no sea postular la que E. GARCÍA DE ENTERRÍA ha calificado de integridad jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos sea pura ingenuidad, incluso puro juego, por muy brillantemente que pueda formularse.

Asumo, pues, como punto de partida, lo que acaba de señalarse. Integridad jurisdiccional del orden contencioso-administrativo. Parto también, según se dijo, de que no creo que la CE sancione una reserva constitucional a favor del sistema administrativo; no cabe, pues, la solución global y fácil que de tal planteamiento cabría derivar. Hay por ello que enfrentarse con la situación expuesta, contando con la realidad que al respecto ofrece nuestro propio ordenamiento. Y habrá que hacerlo, como es lógico siempre que se plantean estas cuestiones, a través de vías distintas, un tanto aproximativas, todas ellas concurrentes. ¿Cuáles son? En mi opinión, cuatro, principalmente.

En primer lugar, asumiendo, sin excepción alguna, una perspectiva subjetiva y material referible al ejercicio de todas las funciones administrativas que lleven a cabo las Administraciones públicas. Unas actuaciones que, con independencia incluso de la forma jurídica que, en concreto, puedan revestir, son siempre actuaciones de un Poder público. En relación con ello, cabe observar que existen ya en nuestro ordenamiento una serie de fórmulas que, en el sentido señalado, expresan esa indiscutible *vis atractiva* de la jurisdicción contencioso-administrativa. Su aplicación decidida, conscientes siempre de las consecuencias a que en otro caso se da lugar, podría ayudar a solventar, al menos en parte, los efectos de esa huida del Derecho administrativo. Procedimentalización del obrar de la pública Administración; y, desde tal perspectiva, introducir —o realzar—, en las relaciones jurídico-privadas de la Administración, actuaciones —momentos— de carácter administrativo que puedan ser ya enjuiciables por la jurisdicción contencioso-administrativa. Es esto, en definitiva, de lo que se trata. A ello es a lo que, en definitiva, responde la doctrina de los actos separables que hemos importado del Derecho francés. Además, en el fondo, ¿no responden a las mismas exigencias la doctrina del Derecho alemán de los grados (*Zweistufentheorie*) en relación con la actividad subvencional de la Administración, o la del llamado Derecho privado administrativo (*Verwaltungsprivatrechts*)? No entro en la polémica valoración de la que tanto una como otra hayan podido ser objeto. Lo que me interesa señalar es la *ratio* que inspira tanto una como otra. G. FERNÁNDEZ FARRERES ha notado la relación de estas últimas con la de los actos separables, que tan amplia acogida ha tenido en nuestro ordenamiento; básicamente, en materia de contratación administrativa. Es ésta la primera perspectiva a considerar: formalización, realce incluso, y no cancelación, como ha venido haciéndose, de ese *momento* administrativo. Posibilidades, en buena parte existentes ya de *lege data*. Es cierto, sin embargo, que requieren Tribunales de Justicia que sean conscientes de

lo que significa asumirlas; o, más exactamente, que sean conscientes de las consecuencias a que, caso contrario, dan lugar.

E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ vienen insistiendo precisamente en la doctrina de los actos separables para afrontar las consecuencias del fenómeno que se estudia. Suscribo totalmente la fórmula, aunque no pueda por menos que reconocer que, por muchas que sean las consecuencias que con ella cabe alcanzar de la procedimentalización del actuar de la Administración, aun siendo del todo válidas, resultan insuficientes. Notoriamente insuficientes. Obligan a la búsqueda, caza y captura del acto separable que, con frecuencia, está más o menos perdido; o, incluso, resulta inencontrable. ¿Cómo formalizarlo en las actuaciones administrativas que lleva a cabo una sociedad mercantil, por ejemplo, de las que constituya la Agencia Estatal de Administración Tributaria? ¿Impugnando la resolución administrativa de constitución de la sociedad? ¿Cómo encontrarlo en materia de crédito oficial, cuando la sociedad mercantil que lo facilita no lo gestiona a la vista de las resoluciones administrativas que puedan haberse producido, sino que es ella la que los otorga dentro de los límites cuantitativos que para las distintas líneas de crédito fija la Comisión Delegada del Gobierno para Asuntos Económicos o el propio Consejo de Ministros? Necesidad, pues, de completar la perspectiva que venimos refiriendo.

En relación con ello, y en segundo lugar —realzando siempre la perspectiva material de *lo administrativo*—, conviene no olvidar tampoco que tales actuaciones administrativas pueden ser llevadas a cabo igualmente por entidades de base privada; en este caso, por sociedades mercantiles. Es la fórmula asumida a raíz de la solución alcanzada con el *arrêt Montpeurt*, acogida igualmente entre nosotros. Revisión por la jurisdicción contencioso-administrativa de actuaciones administrativas de entidades privadas. Que, en todo caso y aunque pueda resultar paradójico, al menos desde una perspectiva histórica, cabe señalar que hoy el plus de garantía no lo ofrece el Derecho privado, sino el ordenamiento jurídico-administrativo. Profundización, pues, en esta línea. En la misma es posible argumentar también a la vista de la creciente *administrativización* de las actuaciones de los concesionarios que, aun referidas básicamente a relaciones *interprivatos*, tendencialmente tratan de residenciarse ante la jurisdicción contencioso-administrativa: enjuiciamiento por ésta de actividades administrativas materialmente consideradas.

En tercer lugar, otra línea desde la que acotar los efectos de la huida del Derecho administrativo por entidades jurídico-públicas cuando actúan conforme a procedimientos de Derecho privado es destacar la consideración de aquéllas como Poderes públicos. Conse-

cuentemente, sometidos a los principios que la Constitución establece en relación con ellos. Es ésta opinión generalizada en la que la doctrina ha insistido. No obstante, apenas si logra encontrar eco en los Tribunales. Es obvio que, cualesquiera que sean las fórmulas a través de las que se actúe, será muy difícil que, a la postre, por una u otra vía, en la mayor parte de los casos no ejerzan, en definitiva, potestades administrativas. En los términos del artículo 2.2 de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1992, no se trata tanto de que tales entidades estén sometidas en su actuar al procedimiento administrativo cuanto a los principios constitucionales que encuentran su cauce a través del Derecho administrativo. No es un simple juego de palabras. De ahí que habría que asumir con carácter general soluciones en cierto modo semejantes a las acogidas en la LCAP. Todo lo actuado por las entidades de Derecho público debe ser enjuiciado por la jurisdicción contenciosa. A la postre, consecuencia directa de la consideración subjetiva —lo que realicen las Administraciones públicas— que debe asumir la jurisdicción contenciosa: en ella concurriría, por tanto, el enjuiciamiento de *todas las actuaciones* de esos sujetos que son las Administraciones públicas, con independencia de las fórmulas jurídicas a través de las que se realizasen. Son términos que, como se ha dicho, ha venido postulando la doctrina: la jurisdicción contencioso-administrativa como cauce del enjuiciamiento de las actuaciones de aquéllas.

Queda, por último —y cualquier solución que no lo aborde resultará insuficiente—, el enjuiciamiento de las actuaciones administrativas a través de personificaciones con forma de sociedad mercantil. ¿Es que no son también Poderes públicos y, como tales, actúan en pocas ocasiones? La respuesta que de este interrogante esbozara en su día la STC 35/1983, de 11 de mayo, en relación con la tutela de los derechos fundamentales permite alcanzar importantes consecuencias. Lástima, en todo caso, que la Jurisprudencia apenas haya continuado profundizando en el tema. De todos modos, y en relación con lo que se dice, hay que señalar, por lo que a los derechos fundamentales se refiere, que estas últimas situaciones, como en relación con las actuaciones de cualquier sujeto privado, han alcanzado cobertura en el ordenamiento español tanto como consecuencia de la Ley 62/1978 como de la muy temprana y amplia aplicación que el TC ha llevado a cabo de esas mismas situaciones mediante la doctrina de la *Drittwirkung*. Ahora bien, no se trata sólo de estos supuestos límites —derechos fundamentales que, en cierto modo, alcanzan cobertura—. En muchos otros campos, esa actuación de sociedades estatales con forma mercantil escapa a toda fiscalización, aunque a la postre suponga ejercicio de funciones administrativas. Procedencia subjeti-

va y, también, en su caso, caracterización formal, que debe resultar irrelevante en los supuestos en los que nos encontremos ante actuaciones materialmente administrativas. El «disfraz» de sociedad mercantil no puede conducir a refrendar una situación de inmunidad del Poder. ¿No sería posible razonar sobre ello, a la vista de la doctrina del *levantamiento del velo*, en los términos elaborados por la doctrina y la Jurisprudencia mercantil?

El tema, es cierto, nos sitúa ante cuestión tan fundamental como la de reconocer la insuficiencia de asumir de modo exclusivo una concepción puramente *legal* de las personas jurídicas, cuyo concepto es obligado relativizar en todo caso, en cuanto es obligado trascender esa individualización formalmente diferenciada que aquélla expresa. El planteamiento que señalo ha encontrado ya algún eco en nuestra Jurisprudencia contencioso-administrativa. En algunas ocasiones se ha referido explícitamente a la doctrina del *levantamiento del velo* y, en otras, aun sin aludir a ella, ha alcanzado análogas conclusiones considerando las potestades de tutela, dirección y control que un Ayuntamiento tiene sobre una Fundación pública municipal constituida como organismo autónomo municipal (STS de 22 de septiembre de 1995). En cualquier caso, es fácil convenir que, sobre todo, todas estas soluciones requieren de jueces conscientes de las consecuencias prácticas que inevitablemente se alcanzan de no tentar estas vías.

Las cuestiones que refiero, por sus consecuencias, deberían abordarse de modo explícito, incluso de *lege ferenda*. Cuando ha estado en trámite de reforma —felizmente no alcanzada— la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, no hubiera sido ocioso considerar esta cuestión. No se trataría, naturalmente, de reclamar para ese orden jurisdiccional el conocimiento de todos aquellos aspectos relativos a la organización y funcionamiento interno de las sociedades mercantiles en mano pública sometidos, como es lógico, a su ordenamiento propio; pero sí de establecer una cláusula general que permitiera su enjuiciamiento por los Tribunales de lo contencioso cuando se tratara de acciones relativas o, incluso, relacionadas con «obras y servicios públicos de toda especie», conforme a la expresión del artículo 3.a) LJ, o con el «giro y tráfico administrativo», en los términos, ya generalizados, que hace años enunciara E. GARCÍA DE ENTERRÍA.

Las consideraciones recogidas han tratado de referir una problemática notablemente viva en el momento presente en el ordenamiento español. He insistido de modo particular en las consecuencias a las que conduce la realidad expuesta desde la perspectiva del enjuiciamiento jurisdiccional de esas actuaciones y de los cauces de co-

bertura que existen frente a las mismas. Básicamente, a efectos de no soslayar el cumplimiento de los principios que la Constitución sanciona con carácter general para todo el actuar de los Poderes públicos. Es, entiendo, la perspectiva que ofrece mayor realce. Hay otras, sin embargo, en las que igualmente incide el fenómeno de la huida del Derecho administrativo; pensemos, por ejemplo, en las de carácter orgánico y de control del gasto. Sus consecuencias son también importantes. Tratar de analizarlas, sin embargo, desbordaría con creces los límites de este trabajo.

NOTA BIBLIOGRÁFICA

Me ha parecido de interés desarrollar el presente tema, siempre en relación con el ordenamiento español, no sólo por el interés que tiene en nuestros días, sino también porque, siendo nuestro ordenamiento constitucional extraordinariamente joven —la CE es de diciembre de 1978—, es de ver la muy notable acogida que han tenido en él muchas fórmulas y soluciones elaboradas y desarrolladas ya en el Derecho alemán.

§ 1. Una amplia exposición sobre el estado de la cuestión que se estudia, analizando los distintos planteamientos doctrinales habidos, y que nos ahorra una más detallada referencia a los mismos, en S. DEL SAZ CORDERO, *La huida del Derecho administrativo; últimas manifestaciones. Aplausos y críticas*, en esta REVISTA (1994), 133, 57 ss.; también, en M.^a N. DE LA SERNA BILBAO, *La privatización en España. Fundamentos constitucionales y comunitarios*, Pamplona, 1995, 112 ss., y J. C. LAGUNA DE PAZ, *La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo*, en esta REVISTA (1995), 136, 201 ss. El tema de la huida del Derecho administrativo parte, naturalmente, de una amplia apoyatura organizativa en los términos en que ampliamente se pone de relieve en *Administración instrumental. Libro homenaje a Manuel Francisco CLAVERO ARÉVALO*, 2 vols., Madrid, 1994; de esta obra, por lo que se refiere al tema que estudiamos, son de destacar principalmente las colaboraciones de J. L. VILLAR PALASÍ, F. GARRIDO FALLA, J. L. MEILÁN GIL, F. LÓPEZ MENUDO y de J. I. MORILLO-VELARDE. En ella se recoge también mi trabajo, vol. II, 1015 ss., *Las empresas públicas, reflexiones en el momento presente*, que fue publicado igualmente en esta REVISTA (1991), 126, 63 ss., que es por donde se cita. En relación con los perfiles de esta «nueva Administración» a la que parece tenderse, viene siendo habitual en la doctri-

na española la referencia a la obra de G. GUARINO, *Quale amministrazione? Il diritto amministrativo degli anni 80*, Milano, 1985.

La referencia a *die Flucht ins Privatrecht* es de F. FLEINER, *Derecho administrativo*, Barcelona-Madrid, 1993, 263; califico de equívoco el testimonio que de este texto recoge con frecuencia la doctrina española porque en su enunciado por F. FLEINER aparece referido a la gestión de los establecimientos públicos, gestión de carácter eminentemente económico, y el fenómeno que se analiza —ésta es la diferencia sustancial— comporta que esa huida se formaliza también en el ejercicio de funciones estrictamente administrativas.

Sobre el nacimiento y desarrollo del sistema administrativo español a lo largo del XIX, vid., por todos, A. GALLEGO ANABITARTE, *Administración y Jueces: gubernativo y contencioso*, Madrid, 1971; J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *Sobre la génesis del Derecho administrativo español en el siglo XIX (1812-1845)*, Sevilla, 1973; L. MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la ley de lo contencioso-administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Madrid, 1975; A. NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho administrativo*, Madrid, 1986. He destacado el singular papel que en la construcción del sistema de lo contencioso tendrá su referencia a la Hacienda pública, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *La defensa en Derecho del Estado*, Madrid, 1986, 72 ss. Sobre la apoyatura histórica para que la jurisdicción civil siguiera reservándose el conocimiento de determinadas materias, por todos, R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho administrativo*, I, Madrid, 1994, 6.ª ed., 30 ss. El papel del modelo francés como punto de partida del sistema español es por todos reconocido: F. GARRIDO FALLA, *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1994, I, 1, 114 ss.; vid., igualmente, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia una nueva justicia administrativa*, Madrid, 1989, en toda su primera parte, quien destaca, y el dato me parece fundamental, la muy distinta evolución experimentada en uno y otro ordenamiento.

Refiero en el texto que, no obstante estar tradicionalmente sometida la Administración al orden jurisdiccional contencioso-administrativo y al civil, éste venía teniendo un significado del todo marginal: hubiera sido muy interesante al respecto cuantificar el número de los «pleitos» contencioso-administrativos y civiles en los que era parte el Estado o sus organismos autónomos, por ejemplo, en el período de los últimos treinta años. Creo que por vía aproximativa nos hubiera dado una visión muy real del fenómeno que refiero. Esperaba encontrar los datos oportunos —que en todo caso habría habido que ponderar debidamente— en la antigua Dirección General de lo Contencioso del Estado, Centro Directivo caracterizado, además, tradicionalmente por disponer de excelente información sobre estas

cuestiones, resultado de la que deben remitirle periódicamente las dependencias provinciales del mismo. Los distintos cambios de que ha sido objeto la ubicación de la actual Dirección General del Servicio Jurídico del estado hacen, al parecer, difícil encontrar las estadísticas que ofrezcan esos datos.

En relación con lo que señalo sobre la LJ y sobre su carácter expansivo, unánimemente reconocido, vid., por todos, J. A. SANTA-MARÍA PASTOR, *Veinticinco años de aplicación de la ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: balance y perspectivas*, en esta REVISTA (1981), 95, 125 ss.; y L. MARTÍN-RETORTILLO, *Evolución reciente del contencioso-administrativo*, en el mismo número de esta REVISTA, 7 ss. Es obligado advertir la rectificación que sobre lo establecido en la LJ en materia de responsabilidad patrimonial vendría a representar la LRJAE. La tesis que sostengo sobre las posibilidades que en materia de contratos de la Administración ofrecía la LJ la postulé ya en S. MARTÍN-RETORTILLO, *El derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, 156 ss. Y si bien tuvo un cierto reflejo jurisprudencial, terminaría por consolidarse un criterio notablemente restrictivo en orden a las posibilidades que, en efecto, sigo creyendo ofrece el artículo 3.a) LJ. En esta dirección, R. PARADA VÁZQUEZ, *Los orígenes del contrato administrativo*, Sevilla, 1963. Una completa exposición de las soluciones jurisprudenciales habidas en relación con el tema de las cuestiones prejudiciales, así como con las habidas en materia de responsabilidad patrimonial de la Administración y de contratos administrativos, en J. GONZÁLEZ PÉREZ, *Manual de Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1992, 100 ss.

El entendimiento del Derecho administrativo como el derecho *normal* de esos sujetos que son las Administraciones públicas, que postulara E. GARCÍA DE ENTERRÍA, ahora en *Curso de Derecho administrativo*, I, Madrid, 1995, 7.ª ed., 27 ss. (en colaboración con T. R. FERNÁNDEZ), está, naturalmente, en la base de los numerosos planteamientos doctrinales habidos, a los que me refiero en el texto, que han propugnado la convergencia en la jurisdicción contencioso-administrativa de la práctica totalidad de las actuaciones en las que intervenga la Administración: cfr. L. MARTÍN-RETORTILLO, *Unidad de jurisdicción para la Administración pública*, en esta REVISTA (1966), 49, 143 ss., con la bibliografía que allí se recoge. Planteamiento subjetivo que no es óbice para que puedan y deban asumirse también los criterios materiales de lo *administrativo* para delimitar igualmente el ámbito de la jurisdicción contenciosa.

Se señala en el texto la acogida habida en el sistema español de la doctrina de los actos separables: sobre ello, es del mayor interés

J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo. La explotación del «Hotel Andalucía Palace» de Sevilla*, en esta REVISTA (1959), 28, 147 ss.; también, del mismo autor, *Reciente evolución de la Jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en esta REVISTA (1961), 36, 227 ss.; igualmente, A. CARRETERO, *La teoría de los actos separables*, en esta REVISTA (1970), 61, 83 ss. Esta doctrina, de común aceptación en el ámbito contractual, tal y como se indica, quedaría positivamente reafirmada (art. 4.3 LCE; arts. 8 y 40 ss. RCA): cfr., actualmente, el artículo 9.2 *in fine* LCAP. Es en la doctrina de los actos separables en la que básicamente se fundamentan en nuestros días E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ, I, 55 y *passim*, para tratar de paliar las consecuencias que se derivan de la huida del Derecho administrativo por parte de las Administraciones públicas.

En relación con la utilización del Derecho privado en el desarrollo de la actividad económica por parte de la Administración, y sobre el alcance de la misma, sigue siendo fundamental J. L. VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en esta REVISTA (1950), 3, 53 ss.; vid., también, S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, 1991.

§ 2. La comprensión del tema que se estudia requiere conocer el marco organizativo establecido al respecto en la LEEA y, de modo principal, en la última versión de la LGP. Las referencias doctrinales al respecto serían realmente interminables; en general, predomina en todas ellas una valoración muy crítica de los esquemas que se establecen, en concreto, en cuanto sirven de cauce para la huida del régimen administrativo en los términos que venimos señalando. Baste con referir al respecto los trabajos recogidos en los dos volúmenes citados § 1 sobre la *Administración instrumental* y, como estudios clásicos sobre el tema, denunciando ya las consecuencias de las fórmulas organizativas que analizan, G. ARIÑO, *Administración institucional. Bases de su régimen normativo*, Madrid, 1972; F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, *Los organismos autónomos en el Derecho público español*, Madrid, 1986; J. ESTEVE PARDO, *Organismos autónomos de carácter comercial, industrial y financiero o análogo y entidades de Derecho público que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado*, en esta REVISTA (1980), 92, 335 ss. El tema, desde la perspectiva fundamentalmente dinámica de su desarrollo, imprescindible para su comprensión, lo analicé ya en S. MARTÍN-RETORTILLO, *La empresa*, cit., 64 ss. Por cierto, los juicios escépticos que aquí recogí sobre las llamadas Administraciones independientes, tan pujantes, han suscitado algunos recelos: me reitero en ellos, sin embar-

go. La fórmula, en definitiva, no puede ser objeto de un tratamiento generalizado dado el *status* individualizado que de las mismas se establece. Nada hay en común en tales Administraciones que no sea, acaso, esa especial relación —que no más— con los órganos parlamentarios. Y mantengo los mismos juicios que recogí porque, a la postre, la experiencia de estos años lo que ha venido a acreditar es que esas Administraciones han sido eso, independientes... demasiado independientes de la ley, del Derecho y de todo control, judicial o parlamentario.

§ 3. El fenómeno que refiero en el presente apartado, tal y como se señala en el texto, responde a un esquema puramente formal. Su dimensión exacta y, por tanto, la de sus consecuencias obliga, como es lógico, a remitirlo a la normativa concreta que lo sanciona en relación con muy amplios sectores de la actividad administrativa cuya referencia, como es lógico, desborda con creces los límites de este trabajo: a tal efecto me remito a la especificación detallada que empíricamente recogí al respecto en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas*, cit., 112 ss., y a las «últimas manifestaciones» que refiere S. DEL SAZ CORDERO, *La huida*, cit., 67 ss.

§ 4. El estudio jurídico del principio de eficacia, desde que la CE lo sancionara en su artículo 103 como uno de los que deben ordenar el actuar de la Administración, cabe decir que está de moda: vid., por todos, L. ORTEGA, *El reto dogmático del principio de eficacia*, en esta REVISTA (1994), 133, 11 ss.; también, los tres estudios que integran la obra de L. PAREJO, *Eficacia y Administración*, Madrid, 1995; igualmente, J. J. LAVILLA, voz «Eficacia», en *Enciclopedia Jurídica Básica Cívitas*, Madrid, 1995. Es, lógicamente, común la opinión, más que justificada por otra parte, que la adopción de ese principio en modo alguno debe dar lugar a situaciones de quebrantamiento del sistema jurídico y de indefensión, como precisamente ocurre con el abandono del Derecho administrativo por parte de la Administración. Lo denuncia toda la doctrina; así, E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ, I, 389: «parece pues algo más que un recelo, concluir que so pretexto de “flexibilizar” la acción administrativa se está articulando una acción deliberada de “huida del derecho público”»; en el mismo sentido, entre otros muchos, F. JIMÉNEZ DE CISNEROS, cit., 349 ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas*, cit., 133 ss.; R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho*, cit., 33 ss.

En los términos que recojo en el texto al señalar que el fenómeno que se estudia no ha sido algo ocasional, sino que responde a un intencionado plan de conjunto, además de por los hechos, parece cabe

deducirse de modo muy explícito de la publicación del Ministerio para las Administraciones Públicas, *Reflexiones para la modernización de la Administración del Estado*, Madrid, 1990.

El texto que se cita de F. GARRIDO FALLA, *Privatización y reprivatización*, en esta REVISTA (1991), 126, 18. Reiteradamente he considerado la alternativa de una seria, profunda y verdadera reforma de los procedimientos jurídico-administrativos, con el fin de hacerlos más eficaces y operativos, frente a la solución que se sigue, sin más, de una indiscriminada remisión al ordenamiento jurídico-privado: así, S. MARTÍN-RETORTILLO, en el Prólogo a E. MALARET, *Régimen jurídico de la reconversión industrial*, Madrid, 1991; también, en *Las empresas*, cit., 122 ss.

La referencia a J. J. LAVILLA es a su colaboración a la obra colectiva, dirigida por A. LÓPEZ PINA, *Democracia representativa y parlamentarismo*, Madrid, 1994, donde plantea que nunca podrá justificarse la ya intentada «huida del Derecho constitucional» en relación con la obligación de facilitar a las Cortes Generales la información correspondiente, so pretexto que los entes públicos a los que se les solicita estén constituidos como personificaciones jurídico-privadas o actúen en el tráfico jurídico con sujeción al Derecho privado.

§ 5. Con carácter general, cfr. J. M. SALA ARQUER, *Huida al Derecho privado y huida del Derecho*, «REDA» (1992), 75, 399. La posición más decidida acerca de la inconstitucionalidad de esta huida generalizada del Derecho administrativo, en cuanto se entiende que la CE sanciona como garantía institucional una reserva a favor del Derecho administrativo como Derecho *normal* del actuar de la Administración, fue desarrollada ampliamente por S. DEL SAZ CORDERO en «Desarrollo y crisis del Derecho administrativo. Su reserva constitucional», recogido en AA.VV., *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo. Tres estudios*, Madrid, 1992, 101 ss. Esta autora ha insistido también en la misma línea argumental en *La huida*, cit., 133 ss. Es también esta posición la que brillantemente argumenta R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho*, cit., I, 30 ss. La doctrina, en general, no parece se haya decantado por esta solución: vid., además de lo que se dice en el texto, por todos, E. GARCÍA DE ENTERRÍA - T. R. FERNÁNDEZ, I, 390. Mayor alcance tiene el planteamiento general que hacen esos mismos autores —y otros muchos—, valorando que la huida del Derecho administrativo conduce a la práctica quiebra de los principios que la CE señala como obligados para el actuar de la Administración. En relación con algunos de ellos, en concreto por lo que se refiere a la cláusula general del artículo 106 y al sistema de garantías constitucionalmente establecido, no sólo de los derechos fundamen-

tales, sino de las distintas situaciones subjetivas de los administrados, habíamos insistido ya, entre otros, E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia*, cit., 38 ss., y S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas públicas*, cit., 123 ss. El contraste del tema con los principios del Derecho comunitario, en S. MUÑOZ MACHADO, *Los principios generales del procedimiento administrativo comunitario y la reforma de la legislación básica española*, «REDA» (1992), 75, 341 ss. El trabajo de I. BORRAJO, prácticamente el único que con carácter general apuesta por la referida huida, *El intento de huir del Derecho administrativo*, «REDA» (1993), 78, 233. En la misma línea, si bien en relación con el tema que en particular estudia, E. MALARET, *Público y Privado en los Juegos Olímpicos de Barcelona 1992*, Madrid, 1993, 70 ss.; una crítica al mismo, en S. DEL SAZ CORDERO, *La huida*, cit., 76 ss.

§ 6. En 1992 presentó el Gobierno un Proyecto de Ley para sustituir el texto articulado de la Ley de Contratos del Estado, que era el aprobado por RD 923/1965, de 8 de abril, y que ya había sido profundamente modificado, de modo principal, por la Ley 5/1973, de 17 de marzo, y por el RD Legislativo 931/1986, de 2 de mayo, que llevó a cabo una primera adaptación de esas normas a las de las Comunidades Europeas. La situación, por lo que se refiere a la casi total excepción de los principios de la contratación pública cuando se actuase por procedimientos de Derecho privado, era realmente anómala; sería incluso denunciada por el Consejo de Estado en los términos que más adelante se refieren. Para abordarla, ante los reiterados requerimientos de los órganos comunitarios, el Gobierno presentó a las Cortes Generales el referido Proyecto, que sólo formalmente respondía a la idea de llevar a cabo tal adaptación, en cuanto en la realidad expresaba una total continuidad con la situación anterior. Hasta el extremo que sólo se incluyó la contratación de las entidades de Derecho público «en la medida en que dicha actividad no esté sujeta al Derecho privado». Han reiterado la radical inadecuación del Proyecto a la normativa comunitaria S. DEL SAZ CORDERO, *La huida*, cit., 58, y J. M. BAÑO LEÓN, *Proyecto de Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, en «An. Gobierno Local», 1995, 65. La conclusión de la Legislatura por disolución anticipada de las Cortes Generales hizo que el citado Proyecto decayera, avanzada ya su tramitación parlamentaria. En 1994, el Gobierno volvió a remitir un nuevo Proyecto de Ley: los debates parlamentarios resultarían en extremo polémicos por el reiterado rechazo a modificar la situación existente para dar acogida sin reservas ni reticencias a las exigencias del Derecho comunitario. Cfr. sobre ello, especialmente, J. A. MORENO ARANA, «Tramitación parlamentaria del proyecto de la LCAP», y R. SILVA DE LA-

PUERTA - G. CALVO DÍAZ, «El derecho comunitario europeo y la LCAP», los dos en B. PENDAS GARCÍA (ed.), *Derecho de los contratos públicos*, Madrid, 1995, 187 ss. y 129 ss., respectivamente.

La perspectiva comunitaria va a estar muy presente en toda la ordenación a establecer de la contratación de las Administraciones públicas. Quizá por ello el notable interés de la doctrina jurídico-administrativa española en los últimos años en estudiar en concreto el Derecho comunitario de la contratación administrativa: vid. desde A. OJEDA MARÍN, *Contratos públicos en la Comunidad Europea: la Ley de Contratos del Estado y su adecuación al ordenamiento jurídico comunitario*, en esta REVISTA (1987), 112, 141 ss.; J. A. SANTIAS VIADA *et al.*, «El Derecho comunitario de la contratación pública en el ámbito de la Unión Europea», en *Contratos de las Administraciones públicas*, Ed. El Consultor, Madrid, 1995, I, 19 ss.; J. M. GIMENO FELIU, *El control de la contratación pública. Las normas comunitarias y su adaptación en España*, Madrid, 1995, 31 ss.; M. M.^a RAZQUIN LIZARRAGA, *Contratos públicos y Derecho comunitario*, Pamplona, 1996. Como es lógico, el debate fundamental de la LCAP se centró en la fijación del ámbito subjetivo de su aplicación: vid. sobre ello, especialmente, G. FERNÁNDEZ FARRERES, «Ambito subjetivo y objetivo de aplicación de la LCAP», en B. PENDAS, cit., 223; también, en A. BALLESTEROS, en «Comentario al art. 1», *Contratos*, cit., I, 250 ss., que igualmente recoge una amplia exposición de la situación anterior, refiriendo los Dictámenes del Consejo de Estado a los que antes se ha aludido. También, F. QUINTANA LÓPEZ, en F. SOSA WAGNER *et al.*, *Comentarios a la Ley de Contratos de las Administraciones públicas*, Barcelona, 1995, 25 ss. Las circunstancias expuestas han conllevado, como lógica secuencia, la necesidad de precisar el alcance que en el Derecho español puede tener el concepto de Poder público en el Derecho comunitario: vid., además de J. M. GIMENO FELIU, cit., 122, también J. L. PIÑAR MAÑAS, *Reflexiones sobre la privatización de la empresa pública en España*, «REDA» (1994), 84, 557 ss. y del mismo autor, especialmente, *Privatización de empresas públicas y derecho comunitario*, en esta REVISTA (1994), 133, 17 ss.

Acerca del estado de la cuestión en relación con la llamada laboralización de la función pública como consecuencia de la huida del Derecho administrativo en materia de personal, cfr. J. RIVERO LAMAS, *El proceso de laboralización de la función pública: aspectos críticos y límites*, en «Rev. Ar. de Admón. Pública» (1995), 6-7, 79 ss. Una valoración unánimemente crítica del citado proceso, en R. PARADA VÁZQUEZ, *Derecho*, cit., II. *Organización y empleo público*, Madrid, 1994, 233 ss.; S. DEL SAZ CORDERO, *Huida*, cit., 94 ss.; y, especialmente, I. MARTÍNEZ DE PISÓN, *Régimen jurídico de la función pública y el*

derecho al cargo, Madrid, 1995, 208 ss.; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Democracia, Jueces y Control de la Administración*, Madrid, 1995, 72 ss.

§ 7. Señalo en el texto que las consecuencias de esta huida del Derecho administrativo, además de en materia de contratación y de personal, que refiero con un cierto detalle, se manifiestan también en otros ámbitos. Así, en materia de responsabilidad patrimonial la situación fue denunciada ya por G. ARIÑO, «La empresa pública», en su colaboración a la obra, dirigida por F. GARRIDO FALLA, *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, II, 92 ss., insistiendo en la unidad patrimonial que existe entre las empresas públicas y el Estado; también, en S. MARTÍN-RETORTILLO, *Las empresas*, cit., 127 ss. La referencia que se recoge en el campo del procedimiento administrativo lo es en cuanto a la determinación del ámbito subjetivo de aplicación de la Ley 30/1992: insisten críticamente sobre ello J. GONZÁLEZ PÉREZ - F. GONZÁLEZ NAVARRO, *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común*, Madrid, 1993, 110 ss. Acerca de cómo la total «privatización» del sistema en materia de crédito oficial, en la práctica, ha cancelado cualquier posibilidad de reacción en términos jurídicos, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho Administrativo económico II*, Madrid, 1991, 203 ss.

La más adecuada comprensión de la problemática que se plantea en la Sentencia que se comenta requiere tener en cuenta la doctrina sobre los actos separables recogida *supra*, § 1; sobre el Decreto-Ley 2/1986, vid. posteriormente el RD 2541/1994 de 29 de diciembre que suspende temporalmente su aplicación.

§ 8. Frente a la solución de reinventar un nuevo sistema en el ordenamiento español que, en cierto modo, viniera a discurrir por los cauces del sistema anglosajón —hoy, por otra parte, en profunda revisión a como en 1885 lo planteara DICEY—, parece lógico postular lo que E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia*, cit., *in totum*, ha calificado como integridad jurisdiccional de los Tribunales contencioso-administrativos. También, sobre el papel de estos últimos, del mismo autor, *Democracia*, cit., 113 ss. Sobre las distintas alternativas que se recogen en el texto para afrontar el tema que nos ocupa, este último autor insiste de modo especial, como ya se ha dicho, en la doctrina de los actos separables, que entiende válida aunque insuficiente.

Me refiero también a cómo la *Zweistufentheorie*, elaborada por la doctrina alemana en relación con la Administración prestacional, de una u otra forma iba a responder básicamente, desde la procedimentalización de la actividad que la Administración lleva a cabo, a la individualización de aspectos jurídico-administrativos en el otorga-

miento de ayudas y subvenciones. Entre nosotros la ha expuesto muy ampliamente G. FERNÁNDEZ FARRERES, *La subvención: concepto y régimen jurídico*, Madrid, 1983, 301 ss., señalando las distintas posiciones habidas en torno a ella, y relacionándola con la doctrina de los actos separables. A un planteamiento semejante creo responde igualmente la doctrina del *Verwaltungsprivatrecht*: la Administración, en cuanto Poder público, aunque actúe en un conjunto de relaciones jurídico-privadas, «mantiene una serie de vinculaciones y responsabilidades públicas que van a acompañar [su] actuación restringiendo y limitando su autonomía»; vid. J. C. LAGUNA DE PAZ, *Las empresas públicas de promoción económica regional*, Madrid, 1991, 301, que se refiere ampliamente a los distintos planteamientos doctrinales habidos en torno al «Derecho privado administrativo»; el mismo autor ha insistido críticamente sobre la citada doctrina en *La renuncia*, 208 ss. Esta temática ha venido siendo considerada ya por la doctrina española con una cierta amplitud: vid. A. ALONSO UREBA, *La empresa pública*, Madrid, 1985, 509 ss.; S. MARTÍN-RETORTILLO, *Derecho administrativo económico*, I, Madrid, 1991, 62 ss.; S. GONZÁLEZ-VARAS, *El Derecho administrativo privado*, Madrid, 1996. Recientemente, en relación con aspectos concretos relacionados con estas cuestiones, cfr. Th. VON DANWITZ, *Vom Verwaltungsprivat zum Verwaltungsgesellschaftsrecht*, «AöR» (1995), 120, 4, 601 ss. Es obligado recordar aquí también, en relación con lo que se argumenta en el texto, la doctrina del «levantamiento del velo», tan elaborada ya en el ámbito de la doctrina de la persona jurídica. Una amplia exposición de la doctrina jurisprudencial del *levantamiento del velo en el ámbito jurídico-administrativo* puede verse en F. DÍAZ CAPMANY, *Los organismos autónomos de la Administración local*, «REDA» (1995), 88, 528, que refiere cuatro Sentencias que acogen la referida doctrina, mientras la rechaza la de 31 de diciembre de 1993 (Ar. 9926) con la sutil argumentación de que esa doctrina parte siempre de la existencia de mala fe, o de actuaciones fraudulentas o abusivas de la personalidad jurídica, valoraciones que en modo alguno son referibles a las actuaciones del Estado o de sus organismos autónomos (*sic!*). La STS de 22 de septiembre de 1995 (Ar. 7495), sin mencionar para nada la referida doctrina, imputa sin embargo al Ayuntamiento de Málaga la deuda que había contraído el Teatro Municipal Miguel de Cervantes, no obstante estar constituido como organismo autónomo municipal con personalidad jurídica propia.

Sobre el *arrêt Montpeurt*, vid. entre nosotros J. M.^a BOQUERA, *Criterio conceptual de Derecho administrativo*, en esta REVISTA (1963), 42, 147. En relación con el posible enjuiciamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa digamos que de actividades *administrati-*

vas de sujetos privados, vid. T. R. FERNÁNDEZ, *Derecho administrativo, Sindicatos y Administración*, Madrid, 1972; también, F. MODERNE, *Decadencia del punto de vista orgánico en la definición del acto administrativo en Derecho francés: los actos administrativos de origen privado*, «REDA» (1975), 4, 3 ss.

Acerca de la acogida por el TC de la doctrina de la *Drittwirkung*, vid. los pronunciamientos jurisprudenciales que recogen J. GARCÍA TORRES - A. JIMÉNEZ BLANCO, *Derechos fundamentales y relaciones entre particulares*, Madrid, 1986.

Me refiero en el texto a la STC que, trascendiendo el dato de la forma jurídica, considera Poder público a una Sociedad mercantil. En la misma línea hay que recoger el Acuerdo de 9 de febrero de 1996 de la Junta Electoral Central, que ha entendido que las prohibiciones de propaganda institucional durante período electoral establecidas para los Poderes públicos son también referibles a las que puedan realizar las sociedades estatales aun con forma mercantil: como puede verse, se trata de reconocer la accidentalidad de las formas jurídicas ante el hecho incuestionable de un comportamiento electoralmente ilícito de los Poderes públicos.

Se argumenta en el sentido de asumir la jurisdicción contencioso-administrativa con la potencialidad que le permite su propio planteamiento actual, sin deuda ya de ningún tipo con los modelos históricos que pudieron servirle de apoyatura en el pasado, en los términos que ha señalado E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Hacia*, cit., 38 y *passim*. Es necesario advertir, igualmente, que nadie piense que lo que se señala supone no reconocer la profunda revisión a la que en nuestros días está sometida la jurisdicción contencioso-administrativa a la vista de la crisis que desde hace años viene denunciándose. Es ésta cuestión que, obviamente, no cabe silenciar, pero del todo distinta a la de arbitrar un sistema que pueda hacer realidad, sin reductos exentos, el sometimiento de la Administración al Derecho.

