

**28. LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN  
(Arts. 103 a 107)**

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cantabria

## SUMARIO

INTRODUCCIÓN: INNECESARIEDAD DE UNA REFORMA.—I. BREVE REFERENCIA A LA ELABORACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 AL 106 CE.—  
1. *El artículo 103: La Administración «sirve».* 2. *El artículo 105: De la participación a la audiencia.* 3. *El artículo 106: Una Administración controlada y responsable.* II. ALGUNAS CONCLUSIONES DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTÍCULOS 103 A 106 DE LA CONSTITUCIÓN.— III. REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO Y A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DEDICADOS A LA ADMINISTRACIÓN.—1. *Artículo 103.* A) Desarrollo legislativo. B) Interpretación jurisprudencial. 2. *El Artículo 105.* A) Desarrollo legislativo. B) Interpretación jurisprudencial. 3. *El Artículo 106.* A) Desarrollo legislativo. B) Interpretación jurisprudencial. IV. REFLEXIÓN FINAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS.—1. *La posición constitucional de la Administración Pública y el Derecho que la regula.* 2. *La Administración como instrumento de la efectividad de los postulados constitucionales: virtualidades e insuficiencias.* 3. *Eficacia y control, síntesis de los principios constitucionales sobre la Administración Pública. Una reflexión crítica.*

## 28. LA ADMINISTRACIÓN EN LA CONSTITUCIÓN (Arts. 103 a 107)

POR

LUIS MARTÍN REBOLLO

Catedrático de Derecho Administrativo

Universidad de Cantabria

### INTRODUCCIÓN: INNECESARIEDAD DE LA REFORMA

Los arts. 103 a 107 CE <sup>1</sup> establecen los principios informadores de la Administración, con referencia a la creación de los órganos que la componen y los medios personales que la sirven (art. 103), y con una especial consideración a un tipo de servidores públicos: los miembros de las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado (art. 104). Remiten a la ley la regulación de la audiencia en la elaboración de las disposiciones administrativas, el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros públicos y la producción de actos administrativos, que debe garantizar también el principio de audiencia (art. 105); prevén el sometimiento pleno de la Administración a la Ley y al Derecho (art. 103.1) y el control judicial de la potestad reglamentaria y de la actuación administrativa (art. 106.1), así como el correlato de la responsabilidad patrimonial cuando los particulares sufran daños por la

---

<sup>1</sup> Se reproduce en este trabajo una versión abreviada de la redacción inicial de la ponencia que con el mismo título envié al Congreso celebrado en Logroño, en abril de 1992, donde describía en detalle la elaboración parlamentaria de los actuales arts. 103 a 107 de la Constitución. Se prescinde ahora de esos y otros aspectos menores y de la referencia a los arts. 104 y 107. Los debates, cuando los hubo, y las sucesivas versiones desde el Anteproyecto de Constitución pueden hallarse, como se sabe, en el volumen recopilativo editado por las Cortes Generales, *Constitución Española. Trabajos parlamentarios*, 4 tomos, Madrid, 1980.

actuación de las Administraciones Públicas (por el funcionamiento de los servicios públicos, dice el art. 106.2, recogiendo una terminología tradicional); y contemplan, finalmente, la existencia del Consejo de Estado como órgano consultivo del Gobierno cuya composición y competencia se remiten a una ley orgánica (art. 107).

¿Cuál es la valoración que merecen estos preceptos en orden a su funcionalidad tras catorce años de vigencia de la Constitución?, ¿cuáles han sido las consecuencias normativas y la aplicación jurisprudencial que de ellos se han deducido?, ¿se debe plantear, en definitiva, en una eventual reforma constitucional su modificación y cambio?

Adelanto ya, desde esta última perspectiva, que en mi opinión los preceptos considerados no merecen ser objeto de modificación alguna. Y no porque eventualmente no pudieran mejorarse introduciendo algunas precisiones o prescindiendo de algunas referencias superfluas, sino porque esa eventual modificación no añadiría nada que la práctica jurisprudencial o los desarrollos legislativos operados en el marco de dichos preceptos no hubieran ya deducido. Y porque, en última instancia, la consideración constitucional de la Administración contenida en dichos preceptos, pero también en otros igualmente significativos como el básico art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE, no debe ocupar demasiado espacio en el texto fundamental, dejando al legislador ordinario suficiente capacidad de maniobra para articular en cada momento lo que se considere necesario en orden a la regulación de esos entes serviciales que denominamos Administraciones Públicas. Para ello, en el texto constitucional basta y sobra con la referencia a los principios informadores de esa Administración, de esas Administraciones, en plural, porque en realidad tales principios son aplicables a todas ellas. Unos principios que, junto a la idea de control y a la de la responsabilidad, configuran el núcleo básico de la configuración constitucional de las Administraciones Públicas. Esto es, las referencias de los arts. 103 y 106, con algunos de los postulados del art. 105, parte de los cuales se pueden deducir también de otros preceptos constitucionales ubicados en el Título I.

## I. BREVE REFERENCIA A LA ELABORACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTS. 103 A 106 DE LA CONSTITUCIÓN <sup>2</sup>

La elaboración parlamentaria de los preceptos considerados no supuso demasiados debates y controversias ni en el Congreso ni en el Sena-

---

<sup>2</sup> Dada la índole de este trabajo, redactado en un tono básicamente descriptivo, prescindo de referencias bibliográficas, que lo alargarían innecesariamen-

do, pero creo que puede afirmarse que el paso por ambas Cámaras contribuyó a mejorar sustancialmente, en términos globales, el primitivo texto del Anteproyecto de Constitución publicado el 5 de enero de 1978, por más que en algún aspecto concreto ello significara prescindir de alguna referencia positiva.

¿Podía decir otra cosa el texto constitucional? Ciertamente sí, pero no muy diferente a lo que ya se dice. Se podía mejorar el texto, adaptarlo a algunas de las variantes que propusieron las diversas enmiendas, descargarlo, «adelgazarlo», como se dijo también en las discusiones parlamentarias, de aspectos que quizá podían ser sólo de legislación ordinaria. Pero, en cualquier caso, se trataría de matices que en nada cambian los aspectos fundamentales de la posición y de los principios constitucionales de la Administración. Esta posición y estos caracteres se deducen, yo creo que correctamente, de los vigentes arts. 103 y 106 CE, donde están los aspectos fundamentales y sobre los que se apoyará el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo para deducir algunas consecuencias concretas, no demasiado innovadoras, por lo demás, respecto de lo que estaba ya de una u otra manera implícito en la legislación ordinaria. Sucede, sin embargo, que al elevar esos principios al máximo nivel normativo adquieren no sólo una mayor fuerza, sino también un carácter informativo de todo el Ordenamiento que les dota de particular importancia.

¿Cuáles son los aspectos más destacados o, por así decirlo, las conclusiones más evidentes de la tramitación constitucional de estos preceptos?

---

te. Baste señalar, con carácter general, los *Estudios sobre la Constitución española (Homenaje al profesor E. García de Enterría)*, dirigidos por S. Martín-Retortillo, 5 tomos, Madrid, Ed. Civitas, 1991, en especial los trabajos de A. NIETO, «La Administración sirve con objetividad los intereses generales»; J. DELGADO BARRIO, «Reflexiones sobre el art. 106.1 CE: El control jurisdiccional de la Administración y los principios generales del Derecho», y J. BARCELONA, «Principio de legalidad y organización administrativa (Gobierno, Administración, ley reserva de ley en el art. 103.2 de la Constitución»; todos ellos en el tomo III.

Referencias sobre los preceptos estudiados en los *Comentarios a la Constitución*, dirigidos por F. Garrido Falla, 2.ª ed., Madrid, 1980, en el comentario a los artículos correspondientes, y en los *Comentarios a las leyes políticas.-Constitución española*, dirigidos por Ó. Alzaga.

Algunas de las Sentencias que se citan más adelante han sido objeto de comentario individualizado, que tampoco recojo porque no se trata aquí de hacer un análisis de las mismas sino simplemente de señalar, en tono descriptivo, su existencia.

## 1. El artículo 103 CE: La Administración «sirve»,

A) En primer lugar, en el art. 103.1, la introducción expresa el carácter servicial de la Administración. La Administración «sirve», no representa a nadie. Cumple su papel en la medida en que ejecuta y lleva a la concreción práctica la ley emanada del único sitio donde se plasman los criterios democráticos: del Parlamento. Todo ello, naturalmente, sin perjuicio de que la Administración sea democrática no sólo en ese sentido sino también en el de asumir en su cotidiana actuación los principios y valores democráticos que se plasman, fundamentalmente, en el Título I de la Constitución. No en que, como tal Administración, sea representativa. He ahí un aspecto de gran interés que a menudo se confunde. Porque los criterios participativos «en» la Administración sirven y son útiles como elementos de transparencia, de acercamiento al ciudadano, de socialización, pero no de legitimación. La Administración se legitima ejecutando la ley y llevando objetiva y eficazmente la gestión de los servicios públicos.

Este planteamiento de una Administración servicial no estaba claro en el Anteproyecto como puede observarse con la comparación entre aquel texto y el definitivo:

### **Anteproyecto**

Art. 101. 1.-La Administración Pública se ordena de acuerdo con los principios de descentralización y desconcentración y actúa coordinadamente para el cumplimiento de sus funciones en los respectivos ámbitos territoriales de su competencia.

### **Texto definitivo**

Art. 103.1.- La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho.

Entre ambas versiones median notables diferencias. La fundamental, como digo, es la introducción de la idea del carácter servicial de la Administración que estaba ya presente en el inicial voto particular socialista, en la enmienda n.º 633 del Grupo vasco en el Congreso y en las enmiendas n.º 1, del senador Martín-Retortillo, y n.º 615, de la Agrupación Independiente en el Senado.

El voto particular del Grupo socialista proponía la siguiente redacción al párrafo 1 del artículo:

«La Administración Pública sirve a los fines colectivos sometida a la ley y al Derecho, actúa coordinadamente en el cumplimiento de sus funciones y se ordena sobre criterios de eficacia y objetividad. El Gobierno responde de la observancia de estos principios, sin perjuicio de la autonomía de las esferas administrativas y de los Territorios Autónomos».

Por su parte, la enmienda n.º 633 del Grupo parlamentario vasco proponía esta redacción:

«La Administración Pública se ordenará de acuerdo con los principios de descentralización y desconcentración, eficacia y objetividad, sirve a los fines colectivos sometida a la ley y al Derecho, y actúa coordinadamente, para el cumplimiento de sus funciones, en los respectivos ámbitos territoriales».

La ponencia constitucional introdujo alguna modificación nimia, pero fue en los debates de Comisión donde se producirían cambios significativos, que van a perdurar en las siguientes versiones. En efecto, el Grupo parlamentario vasco presentó una enmienda transaccional defendida por el señor Cuerda que, a la postre, iba a ser, prácticamente, el texto definitivo:

«1. La Administración Pública se inspirará en los principios de eficacia, objetividad, jerarquía, descentralización y desconcentración; sirve a los intereses colectivos sometida a la ley y al Derecho y actúa coordinadamente para el cumplimiento de sus funciones en los respectivos ámbitos territoriales de su competencia».

Hay aquí ya un hallazgo. La Administración sirve. El carácter servicial de la Administración, que es su dato definitorio junto con el de sujeción a la ley, mejora sustancialmente el texto dándole un sentido técnicamente preciso. La cuestión, no obstante, se reiteraría en el Senado en dos enmiendas: la n.º 1, del senador y profesor L. Martín-Retortillo (PSI), y la n.º 615, de la Agrupación Independiente, de la que era portavoz don Justino de Azcárate. Esta enmienda acabaría siendo retirada por ser en todo coincidente con la del prof. Martín-Retortillo, que decía así:

«La Administración, como organización de servicio a la comunidad y a los ciudadanos que la integran, lleva a ejecución la ley y presta y asegura los servicios públicos exigidos para el cumplimiento de los fines que esta Constitución y las leyes imponen, bajo los principios de diligencia, acercamiento al administrado, imparcialidad y eficacia y de sometimiento pleno a la ley y al derecho».

La enmienda n.º 615, de la Agrupación Independiente, era, como digo, prácticamente igual<sup>3</sup> y ambas estaban emparentadas también con el citado voto particular del Grupo socialista del Congreso al Anteproyecto, donde, como en la enmienda del Grupo vasco, aparece el carácter servicial de la Administración con sometimiento a la ley y al Derecho y donde se prescinde también de la cita de algunos principios como el de desconcentración —de tan poco contenido constitucional— para acentuar los de objetividad y eficacia.

Al defender su enmienda en la Comisión del Senado sostuvo el prof. Martín-Retortillo que el texto del Congreso era un texto de aluvión que insistía en principios que no eran esenciales. Y añadió:

«... sí diré que las notas más destacadas que caracterizan hoy día a la Administración Pública son el principio de legalidad rigurosamente entendido, el principio de la Administración prestadora de servicios, el principio de sometimiento a la ley, pero también hay que considerar que la Administración es un ente instrumental que está al servicio de la comunidad y de los ciudadanos, lo mismo que el planteamiento de sometimiento a la norma es llevar a ejecución la ley. Esta alusión a la diligencia, esta alusión a la imparcialidad, hacen que entendamos que la fórmula propuesta es una fórmula pesada, equilibrada, en la que nada sobra, pero que mantiene un cierto equilibrio con la idea esencial de que la Administración Pública es un ente al servicio de los ciudadanos» (DSS 50, 6 septiembre 1978).

No hubo respuesta alguna y, al votarse, fue derrotada. Pero el texto vigente, fruto de la enmienda transaccional del Grupo vasco en el Congreso, mantiene los tres criterios o principios esenciales: la idea de servicio, los principios de eficacia y objetividad, y el criterio del control y del sometimiento a la Ley y al Derecho.

B) La remisión del art. 103.2 CE a la ley para regular los aspectos esenciales del régimen de la función pública mejoró en la tramitación, aunque sin cambios destacados. La imparcialidad aparece ahora con una exigencia generalizada y no sólo limitada, como decía el Anteproyecto, a la imparcialidad «política», al ser aceptada una enmienda del «Grupo par-

---

<sup>3</sup> La coincidencia tan exacta de las dos citadas enmiendas no era fruto de la casualidad. La sugerencia del texto se debía al prof. García de Enterría que se lo había hecho llegar al menos a ambos enmendantes. Así lo indica el prof. L. MARTÍN-RETORTILLO en su libro *Materiales para una Constitución (los trabajos de un profesor en la Comisión Constitucional del Senado)*, Ed. Madrid, Akal, 1984, págs. 247 ss., donde también relata con interesantes detalles los avatares de esta y otras enmiendas suyas.

lamentario Progresistas y Socialistas Independientes» en el Senado. Por otra parte, aunque vinculado a los arts. 23 y 14, no resulta impertinente, sino todo lo contrario, la referencia al «mérito y capacidad en la regulación del acceso a la función pública, consecuencia de la enmienda *in voce* del señor Meilán, que, junto con los artículos citados del Título I, ha dado lugar ya a una copiosa jurisprudencia del TS y del TC.

## **2. El Artículo 105: De la participación a la audiencia**

En el art. 105 no se observan novedades de importancia. El precepto tiene un contenido menor por más que contemple aspectos del procedimiento administrativo tan importantes como la participación en la elaboración de disposiciones generales, la información pública, el acceso a los archivos y registros o la audiencia de los interesados. Pero se trata de meras remisiones a la ley que, no obstante, no resultan superfluas, aunque no añadan demasiado. Los cambios, en mi opinión, no fueron significativos, ni tampoco las alternativas propuestas. El debate tampoco añadió contenidos destacados salvo, quizá, un pequeño excursus doctrinal entre los señores Peces Barba y López Rodó sobre la expresión «inderogabilidad singular de los reglamentos» que finalmente no se incluyó y una larga y poco fructífera discusión sobre el trámite de audiencia.

## **3. El Artículo 106: Una Administración controlada y responsable**

«Hay pocas Constituciones que aludan con tal minuciosidad a los temas de orden administrativo», dijo el señor López Henares en el Senado (*DSS*, 50, 6 septiembre 1978, p. 2365) al discutirse el artículo anterior. Sin embargo, el precepto que ahora se considera resulta fundamental y, probablemente, con el actual art. 103, condensa la concepción constitucional de las Administraciones Públicas.

El actual art. 106 sufrió notables cambios como puede comprobarse:

**Anteproyecto**

Art. 104. 1. Toda la actividad de la Administración pública está sometida al control jurisdiccional.

2. Los tribunales controlan la legalidad de la actuación administrativa y el sometimiento a los fines que la justifican.

**Texto definitivo**

Art. 106. 1. Los Tribunales controlan la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican.

2. Los particulares, en los términos establecidos en la ley, tendrán derecho a ser indemnizados por toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, salvo en los casos de fuerza mayor, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento de los servicios públicos.

La inclusión del actual párrafo 2, realizada por la Ponencia del Congreso asumiendo una enmienda de UCD, tiene una redacción perfecta que sintoniza con la regulación ya existente en materia de responsabilidad pública y eleva el principio al rango constitucional, como en el art. 28 de la Constitución italiana, aunque sin añadir nada nuevo. Podría discutirse, no obstante, la ubicación del precepto que en Italia se halla con mejor criterio, en mi opinión, en el capítulo de derechos de los ciudadanos.

En cambio la modificación del párrafo 1 del Anteproyecto podría interpretarse como regresiva. La expresión inicial («toda la actividad de la Administración pública está sometida al control jurisdiccional») tenía a su favor que era una cláusula general omnicomprendiva. Al modificarse por la Ponencia podía pensarse que no «toda» esa actividad está sometida al control judicial. Sin embargo, el apoyo que significa el art. 24.1, al prohibir la indefensión, y la referencia del art. 103.1 al sometimiento «pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho conducen a la misma conclusión que se derivaba directamente del primitivo texto del Anteproyecto y de las propuestas que venían a sugerir lo mismo: el inicial voto particular socialista en el Congreso, la enmienda n.º 1 del prof. Martín-Retortillo en el Senado y la 616 de la Agrupación Independiente en esa misma Cámara. De hecho así lo ha deducido el TC, sobre todo, como digo, a partir del art. 24.1 CE.

Merece la pena recordar brevemente un aspecto de la tramitación parlamentaria del actual art. 106.1. El texto llegó a la Comisión con un voto particular del Grupo socialista. Un voto importante, de sustitución, que decía así:

«1. Toda la actividad de la Administración pública está sometida al control jurisdiccional plenario y efectivo.

2. Los Tribunales controlarán la sumisión de la Administración a la Ley y al Derecho y el servicio a los fines que justifican su actuación, declaran las responsabilidades patrimoniales por las lesiones injustas que su actividad ocasione a los ciudadanos y suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada»

y que sin embargo fue retirado luego. Pero el tema se replantearía de nuevo en el Senado.

La desaparición de la decisiva prescripción de que «toda» la actividad de la Administración está sometida al control judicial acaba siendo cubierta por otras vías, como se ha dicho, pero no se puede decir lo mismo de la ausencia definitiva de toda referencia al control de la inactividad y el silencio sobre el papel de los tribunales en estos casos. Unos tribunales que «suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada», según rezaba el voto particular. La ruptura de una concepción restrictiva y limitada del carácter revisor de la jurisdicción contenciosa que implicaba podía haber tenido amplias consecuencias —y algún peligro, todo hay que decirlo— en la lucha contra la inactividad de la Administración ante la que el ciudadano se encuentra prácticamente inerme desde la óptica jurisdiccional salvo las eventuales consecuencias indemnizatorias, que tampoco son frecuentes por esa sola causa. La supresión del inciso impedía profundizar en el revulsivo que suponía y que podía dinamizar no poco la jurisdicción contencioso-administrativa con las debidas cautelas.

El tema no pasa desapercibido en el Senado. Tres enmiendas apuntaban al problema señalado. La enmienda n.º 1, del senador Martín-Retortillo, la n.º 616, de la Agrupación Independiente, y la 1073 del propio Grupo socialista.

La enmienda del prof. Martín-Retortillo decía así:

«1. Los tribunales controlan, sin excepciones, la potestad reglamentaria, así como las actuaciones y omisiones administrativas, juzgando de su legalidad y adecuación a sus fines»

justificándola en la necesidad de una cláusula general de justiciabilidad que no debe circunscribirse sólo a las actuaciones, sino a las inactividades de la propia Administración.

La enmienda n.º 616, de la Agrupación Independiente, iba en la misma dirección y retomaba textualmente la redacción del voto particular socialista en el Congreso. Para justificarla señalaban que se trataba de «eliminar el carácter “revisor” de la jurisdicción que ha sido obstáculo grave para el desarrollo de los poderes del Tribunal Contencioso-administrativo. En el texto del proyecto —añadían— no figura la cláusula general de importancia jurisdiccional que algunos autores califican de “parágrafo regio del Estado de Derecho”.»

Por fin, la enmienda 1073, del Grupo socialista, pretendía añadir también la misma referencia: los tribunales «suplen la omisión de actividad de la Administración cuando tal actividad es legalmente obligada». «La cláusula general de competencia jurisdiccional —decían en la justificación—, que es “el parágrafo regio del Estado de Derecho” parece necesaria incluirla. Por otra parte, el control jurisdiccional no puede referirse únicamente a actos realizados por la Administración, sino también a omisiones de la misma, ya que esta falta de actividad de la Administración puede lesionar derechos fundamentales.»

Como en el caso citado anteriormente también aquí se producen coincidencias de fondo entre las enmiendas presentadas por el senador Martín-Retortillo y la Agrupación Independiente; coincidencias extensivas al voto particular citado del Congreso y a la enmienda socialista n.º 1073. En ésta se cita también, como la n.º 616, la conocida expresión de Walter JELLINEK sobre el parágrafo 4 del art. 19 de la Ley Fundamental de Bonn. La explicación la proporciona otra vez el prof. MARTÍN-RETORTILLO<sup>4</sup>. Se trataba de otra sugerencia del prof. García de Enterría que había ofrecido un texto que fue el que, sin quitar una coma, presentó como enmienda la Agrupación Independiente. Una sugerencia, como se ve, que había encontrado en su momento importantes valedores, pero que sin embargo sólo fue defendida en Comisión, sin éxito, por el citado prof. Martín-Retortillo. La Agrupación Independiente retiró la suya al ser coincidente con la del citado senador, que para intentar que prosperara se atuvo más al texto proveniente del Congreso. El PSOE retiró su enmienda 1073 al llegar el momento de defenderla en Comisión. Y eso que al votarse en Comisión como Ponencia había obtenido 13 votos a favor, 11 en contra y 1 abstención. Sólo UCD había votado en contra<sup>5</sup>.

<sup>4</sup> Cfr., L. MARTÍN-RETORTILLO: *Materiales para una Constitución*, cit., pág. 280.

<sup>5</sup> El dato en el libro de L. MARTÍN-RETORTILLO: *Materiales...*, cit., pág. 284, donde añade: «debía estar decidido que el precepto no se tocaba».

## II. ALGUNAS CONCLUSIONES DE LA TRAMITACIÓN PARLAMENTARIA DE LOS ARTS. 103 A 107 CE.

En este breve episodio de la redacción de la Constitución están presentes, mínimamente, en escorzo, algunas de las claves de la propia elaboración de toda la Constitución: el consenso latente, los acuerdos no explícitos o no públicos, la preponderancia del Congreso, el papel residual del Senado...

Pero, ¿podía decir otra cosa el texto constitucional? Quizá, pero no muy distinto de lo que dice, contestaba ya antes. Y lo que dice es suficiente y por eso no hay ni que plantearse su modificación porque esos posibles cambios —vista la discusión de 1978— no iban a ser más que de detalle y sin consecuencias posteriores de trascendencia.

Que eso es así se puede ilustrar, brevemente, con una sucinta referencia a lo que dicen de la Administración algunas de las Constituciones de nuestro entorno político y cultural.

La Constitución italiana de 27 de diciembre de 1947 se refiere a la Administración en varios preceptos. En el artículo 28 contempla, como ya he dicho, la responsabilidad de la Administración en términos que no son mejores que los que lucen en el art. 106.2 CE. El art. 113 alude al control de la Administración y, por último, los artículos 97 y 98 se refieren a los principios de buen funcionamiento (de eficacia, podríamos decir en nuestra terminología) y de imparcialidad de la Administración, con una breve mención también a los funcionarios públicos en el art. 98.

La Ley Fundamental de Bonn, de 23 de mayo de 1949, apenas si contiene referencias a la Administración. Está, desde luego, varias veces citado en el Senado al discutirse el art. 106.1 CE «parágrafo regio del Estado de Derecho», esto es, el art. 19.4, en el que se plasma la cláusula general de garantía judicial. Está también una referencia al sistema de responsabilidad pública en el art. 34. Y nada más, excepto las referencias indirectas a la Administración militar y a la organización de los aspectos que, desde la óptica de la distribución competencial con los Estados miembros, corresponde a la Federación.

La Constitución francesa, de 4 de octubre de 1958, tampoco contiene preceptos directamente relacionados con la Administración. Sólo el art. 20 alude indirectamente a ella en términos similares a nuestro art. 97: el Gobierno determina y conduce la política de la Nación y «dispone de la Administración» (*Il dispose de l'administration*), dice en el párrafo segun-

do. Pero no hay disposiciones que afecten directamente a ella, sin perjuicio de las referencias a las corporaciones locales.

La Constitución portuguesa de 1976 resulta ser la que más artículos dedica a la Administración. Hay un precepto, el 21, dedicado a la responsabilidad civil de la Administración, ubicado, como en Italia, en la parte de los derechos fundamentales. Hay un artículo (el 202) que se refiere a las competencias administrativas del Gobierno y un Título completo, el IX, con seis largos artículos dedicados a la Administración Pública, además de las referencias a las administraciones locales y regionales. Los artículos del citado Título IX («De la Administración Pública») aluden a los principios sobre los que se sustenta la Administración: imparcialidad, subordinación a la ley, cercanía respecto de los administrados, participación, «descentralización y desconcentración administrativa, sin perjuicio de la necesaria eficacia y unidad de acción»...

En definitiva, se puede decir que la Constitución española contiene lo esencial del tratamiento que una norma de esta naturaleza debe contener con referencia a la Administración Pública y, en consecuencia, descender a más detalles no es propio de ella y sí de la ley o leyes que regulen el régimen jurídico de la Administración y el procedimiento administrativo. No hay por qué cambiarla, por consiguiente.

### III. REFERENCIA AL DESARROLLO LEGISLATIVO Y A LA INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES DEDICADOS A LA ADMINISTRACIÓN

Si el Derecho Administrativo es, como dijo F. WERNER, el Derecho Constitucional de lo concreto resulta que es precisamente en dicha concreción donde los preceptos mencionados, como muchos otros de la Constitución, hallan su verdadera virtualidad y donde habrá que buscar su operatividad y funcionalidad, e incluso la superación de algunas de sus eventuales deficiencias.

No me puedo referir en detalle al análisis de los desarrollos legislativos y al estudio de la jurisprudencia que ha deducido consecuencias concretas de los preceptos constitucionales mencionados. Ello excedería, con mucho, del propósito de esta ponencia. Me limitaré, pues, en este mismo tono descriptivo, a mencionar algunas derivaciones normativas de esos preceptos, prescindiendo de la legislación autonómica, y a apuntar ejemplificativamente unas cuantas referencias jurisprudenciales.

## 1. Artículo 103

### A) Desarrollo legislativo

El conjunto de principios a que alude el art. 103.1 han sido repetidos como líneas de tendencia en algunas leyes ordinarias. Así sucede en el artículo 6 de la **Ley 7/1985, de 2 de abril**, reguladora de las bases de Régimen Local (cuyo artículo 5 y otros, por cierto, fueron declarados inconstitucionales por la **STC 214/1989, de 21 diciembre**), o en el art. 3 de la **Ley 30/1992, de 26 noviembre**, del régimen jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo común, que regula con carácter básico y de aplicación general los órganos, la actividad y la responsabilidad de las Administraciones Públicas en desarrollo del artículo 149.1.18.º CE. Ambos textos repiten el art. 103.1 CE. A esos mismos principios se remiten también algunos Estatutos de Autonomía.

En relación al párrafo segundo hay que mencionar, como norma central, la **Ley 10/1983, de 16 de agosto**, de organización de la Administración Central del Estado, que deroga en parte la vieja Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido aprobado por Decreto de 26 de julio 1957, y que, como su propio nombre indica, regula los órganos de la Administración Central, sin perjuicio de las modificaciones operadas en Leyes de Presupuestos o en virtud de autorizaciones incluidas en ellas. Los Delegados del Gobierno en las CC.AA. se rigen por la **Ley 17/1983, de 16 de noviembre**, con expresa mención en su exposición de motivos al art. 103.2 CE. Sin embargo, los Gobernadores civiles siguen regulados por el **RD 3117/1980, de 22 de diciembre**, y la estructura de la Administración periférica del Estado por el **RD 1801/1981, de 24 de julio**, salvo las referencias que contiene el art. 23 de la **Ley 12/1983, de 14 octubre**, del Proceso autonómico. No hay, pues, todavía una ley que regule la Administración periférica.

Ha sido en relación con el párrafo tercero del artículo 103 CE donde más normas se han dictado. Con todo, el «estatuto de los funcionarios públicos», como una norma unitaria, no se ha aprobado y es probable que como tal no se apruebe nunca. Lo que ha habido ha sido desarrollos parciales. La **Ley 30/1984, de 2 de agosto**, de medidas para la reforma de la función pública, en primer lugar. Ley que derogaba, en parte, la vieja ley de funcionarios civiles del Estado, texto articulado de **7 de febrero de 1964**, pero que hubo de modificarse relativamente pronto por **Ley 23/1988, de 28 de julio** como consecuencia de la **STC 99/1987, de 11 de junio**, que declaró inconstitucionales algunos de los preceptos de aquélla, apro-

vechándose la oportunidad para reformar otros artículos. **La Ley 3/1989, de 3 de marzo**, por la que se amplía a dieciséis semanas el permiso por maternidad y se establecen medidas para favorecer la igualdad de trato de la mujer en el trabajo, modifica también algunos preceptos de la ley 30/84. El derecho de sindicación se contiene, en general, en la **Ley orgánica 11/1985, de 2 de agosto**, de libertad sindical (que fue objeto de un recurso previo de inconstitucionalidad desestimado por **STC 98/1985, de 29 julio**), aplicable también a los funcionarios, pero los órganos de la negociación y participación en la determinación de las condiciones de empleo se regularon específicamente en la **Ley 9/1987, de 12 de junio**, que ha sido parcialmente modificada por la **Ley 7/1990, de 19 de julio**, sobre negociación colectiva y participación en la determinación de las condiciones de trabajo de los empleados públicos, que pasó un tanto desapercibida pero que tiene un gran calado. Finalmente, el sistema de incompatibilidades halló una regulación temprana en la **Ley 20/1982, de 9 de junio**, derogada por la vigente **Ley 53/1984, de 26 de diciembre**, sobre el régimen de incompatibilidades del personal al servicio de las Administraciones Públicas (objeto de la **STC 178/1989, de 2 noviembre**, que desestimó el recurso). Esta ley es aplicable también al personal al servicio del Tribunal Constitucional, Consejo General del Poder Judicial, Tribunal de Cuentas, miembros del Poder Judicial y personal de la Administración de Justicia, en virtud de lo dispuesto en la **Ley orgánica 1/1985, de 18 de enero**, que la extiende igualmente al personal del Consejo de Estado, pero que no menciona al de las Cortes Generales, que se rige por su Estatuto aprobado por las Mesas del Congreso y Senado el 26 de junio de 1989. Es en el conjunto de estas leyes, en las anuales de Presupuestos y en las normas de desarrollo donde hay que buscar, en realidad, el «estatuto» de los funcionarios públicos.

### *B) Interpretación jurisprudencial*

El Tribunal Constitucional ha señalado que los principios contenidos en el párrafo 1 del art. 103 CE son aplicables a todas las Administraciones Públicas. «Es algo que no puede ponerse en cuestión, mas de ello no puede colegirse (...) que sus exigencias (o las de otros preceptos) comporten un determinado esquema uniforme» (**STC 85/1983, de 25 octubre**, FJ 8).

El principio de neutralidad, recogido en el art. 103.1 cuando alude a que la Administración «sirve con objetividad», «incluye el mandato de mantener a los servicios públicos a cubierto de toda colisión entre intereses particulares e intereses generales» (**STC 77/1985, de 27 de junio**). Muchas de las Sentencias sobre el art. 14 CE y el principio de igualdad se

pueden subsumir en esta misma idea de la objetividad e imparcialidad de la Administración.

El principio de jerarquía se convierte en deber de respeto y obediencia a los superiores jerárquicos para los funcionarios, lo que justifica las previsión legal de sanciones disciplinarias (**STC 82/1983, de 20 octubre**).

El principio de eficacia «debe predicarse no sólo de cada Administración Pública, sino del entero entramado de los servicios públicos», lo cual permite, si no impone al legislador «establecer fórmulas y cauces de relación entre unas y otras Administraciones locales y de todas ellas con el Estado y las CC.AA., en el ejercicio de las competencias que para la gestión de sus intereses respectivos les corresponden». Entre tales fórmulas de relación interadministrativa están las técnicas de coordinación (**STC 27/1987, de 27 febrero**). Ese mismo principio de eficacia, entre otros, justifica las normas sobre incompatibilidades de funcionarios (**STC 178/1989, de 2 noviembre**, que desestimó el recurso de inconstitucionalidad contra la Ley 53/1984).

El sometimiento a la Ley y al Derecho implica que la Administración está obligada al cumplimiento de las resoluciones judiciales, aunque en el caso de condenas pecuniarias hay que cumplir los requisitos exigidos por las leyes que regulan las finanzas públicas (**STC 61/1984, de 16 mayo**) y en el supuesto de despidos laborales de acuerdo con la legislación laboral, que también es aplicable a la Administración (**STC 205/1987, de 21 diciembre**); doctrina ésta del cumplimiento de las Sentencias que se deriva también de la vinculada al art. 24.1 CE, al que es inherente la ejecución de los fallos.

En relación con el apartado 2 del art. 103 el TC se pronunció en su **Sentencia 60/1986, de 20 de mayo**, en recurso contra el R. Decreto-Ley 22/1982, de 7 diciembre, sobre medidas urgentes de reforma administrativa, antecedente inmediato de la Ley 10/83, de Organización de la Administración Central del Estado. El TC entendió que se daban los presupuestos de hecho del Decreto-ley y señaló que el art. 103.2 CE contenía sólo una reserva «relativa» de ley que permite compartir la regulación entre la ley (o norma con fuerza y valor de ley) y el reglamento «ya que la Constitución no ha reservado expresa y directamente a la ley la creación, modificación y supresión de tales órganos». Por cierto, que el TC utiliza aquí las expresiones que pretendía una enmienda del Grupo mixto en el Congreso y que la ponencia no admitió aunque dio por supuesto, es decir, «creación, modificación y supresión» de órganos. El texto vigente habla de crear, regir y coordinar.

Sobre el párrafo 3 del art. 103 CE, esto es, las previsiones legales sobre la función pública, el TC se ha pronunciado en diversas ocasiones. La decisión más notoria fue la **STC 99/1987, de 11 de junio**, sobre la Ley 30/1984, que declaró inconstitucionales varios de sus preceptos por infringir la reserva de ley. El TC va a sentar dos principios esenciales: a) el de la reserva de ley, y b) el de la opción constitucional por el régimen estatutario, que se afirma de pasada («habiendo optado la Constitución por un régimen estatutario, con carácter general, para los servidores públicos —arts. 103.3 y 149.1.18.<sup>a</sup>—...»), pues «no otra cosa se desprende de la opción genérica de la Constitución en favor de un régimen estatutario»). Ello hace que las excepciones del régimen laboral deban preverse expresa y legalmente, como vino a hacer la Ley 23/1988, de modificación de la Ley 30/1984, sin perjuicio de lo cual en 1992 en cinco Ministerios hay todavía más contratados laborales que funcionarios y aquéllos representan, según el Ministerio de Administraciones Públicas, aproximadamente un 25 por 100 del total de empleados públicos.

El acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad se vincula al art. 23.2 CE (en tal sentido, por ejemplo, la **STC 76/1983, de 5 agosto**, sobre la LOAPA, y muchas otras) y hay una amplia jurisprudencia en vía de amparo. Así, se afirma que decidida la convocatoria de un concurso su resolución no tiene que ver con la autonomía local sino con el principio de mérito de los arts. 23 y 103 CE (**STC 193/1987, de 9 diciembre**). Pero quizá uno de los fallos más destacados sea la **STC 67/1989, de 18 de abril**<sup>6</sup>, que, al otorgar un amparo (y desautorizar la doctrina de la **STS de 22 abril 1988**, Arz. 3406, que no había encontrado en el caso violación de los principios de mérito y de igualdad), censura el sistema de selección que se aplicó en desarrollo de la DT 6.<sup>a</sup> de la Ley 30/1984 (y que repitieron las CC.AA. en virtud de sus leyes de funcionarios y las Administraciones Locales de acuerdo con la DT 8.<sup>a</sup> de la Ley 7/1985), que era, como he tenido ocasión de decir en otro momento<sup>7</sup>, un ejemplo de institucionalización de la ficción: un concurso-oposición en el que se podía superar la oposición suspendiendo todos los ejercicios por el valor de los puntos obtenidos en la fase de concurso (donde únicamente se valoraba la antigüedad como interino) que servían también para aprobar los ejercicios suspendidos.

<sup>6</sup> Objeto de un lúcido comentario del prof. de la Universidad de Cantabria J.M. ALEGRE ÁVILA, «La función pública y los interinos y contratados (La STC 67/1989, de 18 abril). Una reflexión sobre los principios de igualdad, mérito y capacidad», en *Revista de Estudios de Administración Local Autónoma* núm 243 (1989), pp. 663 ss.

<sup>7</sup> Cfr. mi trabajo «El personal al servicio de la Comunidad Autónoma», en el volumen colectivo *Derecho Público Aragonés (Estudios sobre el Derecho de la Comunidad Autónoma de Aragón)*, dirigidos por A. Embid, Zaragoza, 1990, págs. 437 ss.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa hay alguna Sentencia de indudable interés sobre la referencia del art. 103.1 al sometimiento de la Administración a la Ley y al Derecho. Así, en la **STS de 20 mayo 1987** (Arz. 5827) el TS dice:

«La distinción entre ley y derecho, que luce con toda nitidez en el art. 103.1 de la Constitución, no es un simple juego semántico ni constituye tampoco una novedad. Porque desde 1956, por lo menos, es decir, hace más de treinta años, es pacífico en la legislación, en la doctrina y en la jurisprudencia contencioso-administrativa que el Ordenamiento no se agota en el derecho “puesto” —por eso es llamado positivo—, sino que se integra y se alimenta de lo que propiamente se llama derecho, el cual precede, informa y vivifica la letra de la ley. El hecho de que ese derecho no se encuentre en la pura superficie de las normas o de las relaciones jurídicas no es obstáculo a la realidad de su existencia. Y es este derecho previo que se esconde en el seno de aquéllas el que el operador jurídico ha de descubrir. Que sólo así aquellas normas y relaciones jurídicas pueden ser traducidas en términos de justicia. En el caso concreto que aquí nos ocupa, ese derecho que precede a la ley puede descubrirse precisamente a través de la cláusula del Estado social de derecho consagrada en la embocadura de nuestro texto constitucional».

y, en otro momento, en la misma Sentencia se afirma:

«La Administración ha de actuar con eficacia y no puede negarse que ésta ha existido; pero la Administración ha de actuar también con sujeción plena a la ley y al derecho y si esto ha sido así en este caso es algo que precisa averiguar. En la búsqueda de ese derecho que es previo a la ley y que se informa y vivifica el operador jurídico puede servirse muy útilmente de los instrumentos que le proporcionan los principios —implícita o explícitamente— proclamados en la Constitución».

Los servicios —dice el TS en otra Sentencia— deben ordenarse de la manera que resulten más eficaces para los usuarios. Su reorganización debe estar presidida por dicho principio de eficacia y por el de servir con objetividad los intereses generales. Eso es lo que hace la Orden que regula la expedición de certificados del Ministerio de Justicia por correo y esa la base para desestimar un recurso interpuesto contra ella por los Colegios de gestores administrativos (**STS de 21 febrero 1984**, Arz. 1081).

## 2. Artículo 105

### *A) Desarrollo legislativo*

La audiencia en el procedimiento de elaboración de disposiciones administrativas se prevé en una norma preconstitucional: los arts. 129 ss. de la Ley de Procedimiento Administrativo, que declara vigentes la reciente **Ley 30/1992, de 26 noviembre**, donde se regular el trámite de audiencia (art. 85), la información pública (art. 86) y el acceso a los archivos y registros administrativos (arts. 37 ss), un derecho que no había encontrado desarrollo directo hasta ahora. Sólo los arts. 57 y 58 de la **Ley 16/1985, de 25 de junio**, del Patrimonio histórico español, (sobre la que se pronunció el TC en su **S.º 17/1991, de 31 enero**, rechazando el recurso pero imponiendo una interpretación conforme a la CE sobre varios preceptos de la misma), habían regulado el acceso y la consulta de los documentos constitutivos del llamado Patrimonio Documental Español que define el art. 49 de la misma ley.

### *B) Interpretación jurisprudencial*

Algunos de los supuestos de este precepto se vinculan directamente a los derechos fundamentales, especialmente al art. 24.1, que son aplicables a la actividad sancionadora de la Administración, sin que sea argumento contrario la reserva de ley que se establece, que «no tiene el significado de diferir la aplicación de los derechos fundamentales y libertades públicas hasta el momento en que se dicte una ley posterior a la Constitución, ya que en todo caso sus principios son de aplicación inmediata» (**STC de 8 de junio 1981**). Ello no quiere decir que todas las exigencias del art. 24 sean trasladables, sin más, a toda tramitación administrativa. En el art. 105, *c*) sólo se exige la audiencia «cuando proceda» legalmente (**STC 68/1985, de 27 mayo**, donde, al margen del caso, se puede observar la plasmación de algunas de las preocupaciones que embargaron a los constituyentes sobre este tema, sobre todo en el Senado). La otra «audiencia», la del apartado 1, es un «caso de participación funcional» (**STC 61/1985, de 8 mayo**) como de hecho estaba inicialmente configurada en el Anteproyecto de Constitución.

En la jurisprudencia contencioso-administrativa es conocida la **STS de 16 octubre 1979** (Arz. 3369) en relación con el art. 105.*b*). Una asociación de vecinos solicitó acceder a los expedientes de unas concesiones de-

maniales de los años 1947, 1958 y 1965, anteriores a su existencia como asociación. El MOPU denegó el acceso y la Sala de lo contencioso de Bilbao estimó el recurso sobre la base, fundamentalmente, del art. 105,b) CE. El TS revoca la Sentencia diciendo que era preciso una ley,

«... porque sin desconocer el superior rango que dentro de la jerarquía normativa tienen los preceptos constitucionales, sin embargo, cuando éstos son declaratorios de principios básicos y la propia norma constitucional expresamente dispone que “una ley regule” el acceso de los ciudadanos a los archivos y registros administrativos, indudablemente se está manifestando, por el propio legislador, que para la aplicación de tal principio constitucional se requiere de preceptos complementarios que lo desarrollen y limiten».

aunque en otros supuestos el TS no haya sido tan estricto.

Desde la óptica de la participación o audiencia en la elaboración de disposiciones de carácter general el TS ha sido también rígido, en ocasiones, en su exigencia al interpretar el procedimiento como instrumento de garantía, de sometimiento de la Administración a la ley y al Derecho y como coadyuvante del principio de eficacia. Muestra de esta tendencia es la **STS de 4 julio 1987** (Arz. 5504), en la que se anula una Orden de fijación de márgenes comerciales de las farmacias. En el Fundamento 3.º se lee:

«La Administración Pública tiene encomendada directamente por el Texto constitucional la misión de gestionar los intereses generales, “servir” es el verbo que utiliza el art. 106, incorporando así el significado etimológico de la propia denominación. La “generalidad” de los asuntos que conforman ese ámbito de actuación excluye, pues, por definición, cualquier otra perspectiva parcial (...). La característica inherente a la función administrativa es la objetividad, como equivalente a imparcialidad o neutralidad, de tal forma que cualquier actividad ha de desarrollarse en virtud de pautas estereotipadas, no de criterios subjetivos. Ello constituye reflejo (...) de la concepción contemporánea de la Administración pública, y consiste en el «sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (...). Un segundo punto de orientación es la eficacia (...). Todo lo dicho nos sitúa en la función del procedimiento como garantía y como instrumento para asegurar «la legalidad, acierto u oportunidad» de las disposiciones, según frase expresiva incluida en el párrafo que encabeza el procedimiento especial regulado para su elaboración —art. 129 LPA—».

### 3. Artículo 106

#### *A) Desarrollo legislativo*

El control judicial de las Administraciones Públicas sigue siendo regulado por la **Ley de 27 de diciembre de 1956**, de la jurisdicción contencioso-administrativa, modificada no obstante parcialmente por normas posteriores. La **Ley orgánica 6/1985, de 1 de julio**, del Poder Judicial (respecto de la que el TC conoció de dos recursos de inconstitucionalidad resueltos, el primero, por la **STC 108/1986, de 26 julio**, que lo desestimó, y el segundo por la **STC 56/1990, de 29 marzo**, que anuló el art. 37.4 y efectuó una interpretación conforme respecto de otros) incidió directamente en ella y su Disposición Adicional 1.<sup>a</sup> preveía el plazo de un año para que el Gobierno enviara a las Cortes un proyecto de ley del proceso contencioso-administrativo. Ese proyecto todavía no se ha enviado (hubo un Anteproyecto en 1986). La **Ley 38/1988, de 28 de diciembre**, de Demarcación y Planta judicial, ha incidido también en la Ley Jurisdiccional de 1956, así como la **Ley 10/1992, de 30 abril**, que se crea por primera vez en el ámbito contencioso-administrativo el recurso de casación como prevé la LOPJ. Por lo demás, hay que considerar también la importante **Ley 62/1978, de 26 de diciembre**, de protección jurisdiccional de los derechos fundamentales de la persona; ley preconstitucional, pero que significa un procedimiento judicial, alternativo al común de la LJ, en materia de derechos fundamentales.

En cuanto a la responsabilidad patrimonial de las Administraciones Públicas sigue un régimen común (art. 149.1.18.<sup>a</sup> CE) constituido ahora por los arts. 139 y siguientes de la Ley ya citada **Ley 30/1992, de 26 noviembre**.

#### *B) Interpretación jurisprudencial*

Las dudas que pudieran haber cabido por la redacción del art. 106.1, que no incluye expresamente la referencia al control de «toda» la actividad de la Administración se desvanecieron pronto y, más que desde este precepto, desde el art. 24.1 CE y la referencia al sometimiento «pleno» de la Administración a la Ley y al Derecho del art. 103.1. Así, en efecto, el TC ha entendido derogadas todas las exclusiones al control judicial en el ámbito propio de la jurisdicción contencioso-administrativa (**Auto 60/1980, de 22 octubre y SSTC 39/1983, de 16 mayo, 80/1983, de 10 octubre...**), las li-

mitaciones de acceso impuestas por exigencias estrictas de legitimación o las exclusiones de suspensión de la eficacia de los actos (**STC 115/1987, de 7 julio**, que anula la prohibición que en este punto realizaba el art. 34 de la ley orgánica 7/1985, de 1 julio, de derechos y libertades de los extranjeros).

Toda la actividad de la Administración está, pues, sometida al control judicial. Pero la actividad «de la Administración» como sujeto. Una persona jurídica cuyos órganos superiores (el Consejo de Ministros, el Gobierno) concitan otras funciones que no están sometidas al Derecho Administrativo y, en esa medida, no sujetas al control, lo que no va en contra del art. 106.1 CE por faltar el presupuesto del mismo: la acción de la Administración. El tema ha sido polémico pero, a mi juicio, la doctrina correcta en este punto se contiene en el FJ 2 de la **STC 45/1990, de 15 de marzo**. No hay infracción del art. 24.1:

«En efecto, no toda la actuación del Gobierno... está sujeta al Derecho Administrativo. Es indudable, por ejemplo, que no lo está, en general, la que se refiere a las relaciones con otros órganos constitucionales... o la decisión de enviar a las Cortes un proyecto de ley, u otras semejantes, a través de las cuales el Gobierno cumple también la función de dirección política que le atribuye el mencionado artículo 97 CE. A este género de actuaciones del Gobierno, diferentes de la actuación administrativa sometida a control judicial, pertenecen las decisiones que otorgan prioridad a una u otras parcelas de la acción que le corresponde, salvo que tal prioridad resulte obligada en ejecución de lo dispuesto por las leyes».

En relación con el art. 106.2 la jurisprudencia a considerar es la del TS. El TC únicamente se ha pronunciado para decir que «la actividad legislativa queda fuera de las previsiones [de este artículo] referentes al funcionamiento de los servicios públicos, concepto éste en que no cabe comprender la función del legislador» (**STC 127/1987, de 16 julio**, en cuestiones de inconstitucionalidad acumuladas sobre la DA 5.<sup>a</sup> de la Ley de Presupuestos para 1984). El tema es importante porque ha habido alguna Sala de la jurisdicción contencioso-administrativa que ha hablado del «servicio público de la legislación» para deducir consecuencias indemnizatorias a raíz de las normas previstas en la legislación funcional sobre jubilación. El TC, en **S. 129/1987, de 16 de julio**, (en la misma fecha, por tanto, que la antes citada) desestimó las cuestiones de inconstitucionalidad planteadas, aunque apuntó enigmáticamente a los «perjuicios económicos que pueden merecer algún género de compensación» (FJ 4). A raíz de ello se plantean las solicitudes y se inician los recursos contenciosos. Con posterioridad, el TC suprimió ese inciso, que daba pie a esos otros recursos, en la ya citada **STC 178/1989, de 2 noviembre**, sobre la

ley de incompatibilidades, donde el tema se podía plantear en términos similares, y en otras posteriores (así, **STC 42/1990, de 15 marzo**). La cuestión es polémica, pero en mi opinión, dicho ahora sin matices, no hay responsabilidad patrimonial del Estado legislador por los efectos potencialmente dañosos de una ley que sea constitucional. Cuestión distinta es si la ley es declarada inconstitucional por tratarse de una ley materialmente expropiatoria.

La jurisprudencia contencioso-administrativa casi desde el principio se refirió a la consideración constitucional del principio de responsabilidad «que actualmente alcanza el más elevado rango normativo en el art. 106.2 CE, tal y como corresponde a su categoría de pieza fundamental del Estado de Derecho» [**STS de 5 noviembre 1979** (Arz. 4014), a modo de ejemplo de otras muchas, que dicen lo mismo para deducir criterios ampliatorios en la interpretación de la normativa existente que, por su «natural carácter expansivo, impide en su aplicación toda interpretación que obstaculice su plena realización», según expresión de la **STS de 4 de julio 1980** (Arz. 3410)].

En cuanto a la jurisprudencia del TS en relación con el art. 106.1, se ha hecho eco de la doctrina del TC en la interpretación de la Ley de la jurisdicción contenciosa y, en línea con ella, ha ido interpretando con criterios más abiertos temas como la legitimación y el acceso a la jurisdicción, la proscripción para ello de la exigencia del *solve et repete*, aun presente en alguna normativa sectorial (así, **STS de 25 noviembre 1986**, Arz. 964 de 1987), y otras cuestiones anejas, aunque siempre con el apoyo adicional del art. 24.1 CE. La jurisprudencia contencioso-administrativa ha sido también consciente de que en el art. 106.1 CE «se ha constitucionalizado» el vicio de la desviación de poder al acogerse como modo de control la fiscalización de la adecuación de la actividad administrativa a los fines que la justifican, lo que, si bien estaba ya en la LJ, dota a este vicio de una mayor relevancia en orden a un tratamiento probatorio flexible (**SSTS de 1 octubre 1982**, Arz. 5835; **28 noviembre 1983**, Arz. 6120 y **7 de noviembre 1985**, Arz. 5342).

#### IV. REFLEXIÓN FINAL. ALGUNAS CONSECUENCIAS CONCLUSIVAS <sup>8</sup>

##### 1. **La posición constitucional de la Administración Pública y el Derecho que la regula**

De cuanto se ha venido diciendo se pueden extraer ya, sintetizadas, algunas consecuencias conclusivas.

A) La Administración es, en una aproximación simplista, el brazo ejecutor de fines del Estado, el propio Estado en acción, el Estado que actúa y que, por consiguiente, entabla relaciones jurídicas con otras personas, fundamentalmente con los ciudadanos. La propia idea del Estado social, como apunta algunas de las Sentencias citadas, se dirige primordialmente a las Administraciones Públicas para que ejecuten, actúen, presen servicios y doten de contenidos concretos a los fines genéricos del Estado previstos en la propia Constitución. Esa Administración está regulada en el Título IV de la Constitución, cuyos criterios y principios informadores se refieren a todas las Administraciones Públicas.

¿Cuáles son esos principios generales? La respuesta la proporcionan los citados arts. 103 y 106 CE. Una variada gama de principios que deben inspirar la organización y la actuación de la Administración, pero que tienen una virtualidad diversa y plural.

B) Desde el punto de vista del Derecho y en virtud, precisamente, de su carácter relacional la Administración es una persona jurídica, centro de imputación de situaciones jurídicas activas y pasivas, y así se contempla en el art. 3.4 de la Ley 30/1992, para la Administración del Estado, para la Administración de cada Comunidad Autónoma, para cada Municipio y para la constelación de personificaciones instrumentales que surgen en el torno de éstas. A partir de este dato de la personalidad jurídica es preciso añadir que la Administración es una organización compleja, integrada por un conjunto heterogéneo de órganos jerárquicamente ordenados que, por lo que se refiere a la Administración del Estado, son «creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley» (art. 103.2 CE).

---

<sup>8</sup> Retomo aquí algunos planteamientos expuestos ya en mi trabajo «La Administración de garantías: vigencia y limitaciones», en *Revista del centro de Estudios Constitucionales*, n.º 13, 1992, págs. 31 y ss.

La Administración, a diferencia del Parlamento, no representa a nadie. «Sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Ley y al Derecho» (art. 103.1 CE), esto es, al Ordenamiento Jurídico, que es algo más que el conglomerado o suma de las leyes; es el sustrato que las anima, el sistema que articulan, los principios que se derivan de él a la luz de la Constitución y del conjunto de valores culturales y axiológicos que están en la propia base de la organización social.

La Administración, pues, tiene carácter servicial y está vinculada al principio de legalidad; vinculación que como regla supone que sólo puede hacer lo que la ley le habilite o autorice a realizar, a diferencia de lo que sucede con los particulares para quienes rige el criterio de la libertad, de modo que pueden hacer todo lo que la ley no prohíba. De lo cual se deriva una nueva tarea para el Parlamento en el Estado social, distinta de la propia del Estado liberal. La ley ya no deberá sólo habilitar sin más a la Administración sino establecer mandatos más concretos, pautas, criterios, medidas, principios de actuación, cotas de calidad, estándares de frecuencia que sirvan a los tribunales para verificar y controlar la acción administrativa. Un control que, sin esos parámetros legales de referencia, corre el riesgo de hacerse desde los propios y subjetivos parámetros de cada juez.

Desde el punto de vista político y organizativo la Administración del Estado —y la de las CC.AA.— responde al modelo institucional, montado sobre principios burocráticos, según el cual la legitimación democrática de la Administración deriva de su papel de ejecutar la ley y de su dependencia del Gobierno (art. 97 CE), (cuyo carácter dual ha sido destacado en la **STC 45/1990, de 15 marzo**, más atrás citada y que supone que cuando no actúa como Administración su actividad queda al margen de los preceptos analizados). Dependencia del Gobierno que supone su conexión con el Parlamento a través del Presidente que ha sido elegido por aquél (art. 99 CE) y ante el que responde políticamente (arts. 108 ss. CE). La Administración local, por el contrario, responde al modelo corporativo de legitimación directa, en el que los ciudadanos, como concejales, se integran en la Administración, son Administración. De ahí que se suela afirmar que el Estado y las CC.AA. **tienen** Administración, en tanto las Corporaciones locales son Administración.

Esa Administración servicial, personificada, sometida a la Ley y al Derecho y dirigida por el Gobierno está integrada por un conjunto numeroso y heterogéneo de órganos, que, a su vez, están servidos por personas físicas, sometidas la mayoría al estatuto funcional. Es la ley la encargada de regular ese estatuto, ese conjunto normativo (art. 103.3).

La Administración, por otra parte, responde patrimonialmente por los daños causados a los particulares en sus bienes y derechos (art. 106.2 CE) previéndose, asimismo, una serie de resortes para facilitar la transparencia y la participación del ciudadano en las funciones administrativas (art. 105 CE).

Para el cumplimiento de los fines y funciones que tiene asignadas la ley atribuye a la Administración un conjunto de potestades y privilegios. La potestad reglamentaria, la potestad expropiatoria, la potestad sancionatoria, la potestad recaudatoria, la presunción de legitimidad de sus actos hasta que un juez no los anule, la potestad de ejecución forzosa de esos mismo actos, las facultades de investigación, deslinde y recuperación de bienes, la posibilidad de utilizar el procedimiento de apremio, el privilegio de la inembargabilidad, la posibilidad del uso final de la coacción directa y de la propia fuerza... Este amplio y hoy algo más limitado (en virtud del art. 24 CE) conjunto de privilegios se fundamenta en la finalidad de interés público que justifica su actividad (arts. 103.1 y 106.1 CE). Pero como siempre cabe la posibilidad de que la Administración y los titulares de sus órganos se excedan y entren en colisión con los derechos o intereses de los particulares, con las competencias de otras Administraciones o incumplan las prescripciones legales es necesario un sistema de garantías y unos mecanismos de control judicial. Así, el régimen jurídico de los actos de la Administración está sujeto a rigurosas prescripciones después de seguir un procedimiento tasado, y, para verificar su adecuación a la legalidad vigente, existe, como mecanismo de garantía, un sistema de recursos administrativos y jurisdiccionales (art. 106.1 CE).

La regulación concreta de los citados privilegios y de los sistemas de control constituye la esencia del Derecho Administrativo: el Derecho de la persona jurídica que es la Administración para articular sus relaciones internas (la organización), sus relaciones interadministrativas y las que diariamente entabla con los ciudadanos. Un Derecho que se configura, así, como un inestable elemento de equilibrio entre los privilegios administrativos (justificados en la función de interés general de la Administración) y las garantías individuales, entre el Poder y la libertad, entre su papel de facilitar técnicas para que la Administración lleve a cabo su tarea de conformación social y su significado de límite, de control y garantía de los ciudadanos.

## **2. La Administración como instrumento de la efectividad de los postulados constitucionales: virtualidades e insuficiencias**

Esta es, en síntesis, la configuración jurídica y constitucional de la Administración Pública, de las Administraciones Públicas. Unos entes que no tienen fines propios, sino los de la ley, los de la Constitución. Por eso, dotar a los preceptos constitucionales de contenidos concretos es una gran tarea del Derecho, de todo el Derecho, que depende del trabajo de los distintos operadores jurídicos, sean éstos jueces, funcionarios o profesores universitarios. Pero depende también, muy especialmente, de los Poderes Públicos y, dentro de ellos, en no escasa medida, de la actividad diaria y persistente de las Administraciones Públicas. Todas ellas, por mandato expreso del art. 9.1 CE, están sujetas a la Constitución, cuyo texto les vincula en el ámbito de sus respectivas competencias.

Si al Parlamento le corresponde la tarea de legislar en el marco de la Constitución y de acuerdo con las orientaciones políticas propiciadas por las distintas mayorías que surjan de las elecciones; si el Poder Judicial tiene encomendada la misión de interpretar las normas en el caso concreto, a las Administraciones Públicas les compete, al cumplir y ejecutar las leyes, actuar los fines constitucionales, para lo que se requiere unas veces su abstención, pero otras su intervención, su actividad, su buen funcionamiento, es decir, la eficacia a la que apela también la Constitución. Muchos preceptos constitucionales precisan, en efecto, en mayor o menor medida, de la acción de la Administración: el derecho a la salud, la educación, la seguridad personal, el medio ambiente, la defensa de los consumidores, el correo, los transportes... En mayor o menor medida, lo que dependerá de las distintas políticas. Pero lo que a nuestros efectos importa es que esa Administración, cuando actúa, se impregne de los principios constitucionales y sea, efectivamente, un instrumento al servicio de los intereses generales y no caiga en la permanente tentación de erigirse en un fin en sí misma.

Es, pues, en las Administraciones Públicas donde se juega, en lo concreto, la efectividad de los postulados constitucionales en los más variados sectores de la vida cotidiana. Y no sólo porque ellas, en buena medida, son las llamadas a ponerlos en práctica en la realidad de cada día, sino también porque es con la Administración con quien se relaciona el ciudadano y es esa actividad la que sirve de pauta, normalmente, para juzgar las políticas y las promesas electorales, mucho más que las estrictas medidas de carácter legislativo.

Al reflexionar sobre la Administración trece años después de la

Constitución, y una vez sentado que sus preceptos son válidos y suficientes, es la óptica del ciudadano la que hay que adoptar. Porque en sus relaciones con la Administración al ciudadano le interesa lo concreto, esto es, que la Administración funcione, preste eficazmente los servicios que gestiona. Le interesa que sea eficaz, lo que supone también un mayor acercamiento en términos de credibilidad. Y sólo en última instancia le interesa lo patológico, que, de todos modos, tiene que estar previsto. Es decir que si esa Administración no actúa, o actúa inadecuadamente responda por ello viendo anulados sus actos, obligándole a actuar, sustituyéndola, en su caso, o haciéndola indemnizar patrimonialmente a los perjudicados.

### **3. Eficacia y control, síntesis de los principios constitucionales sobre la Administración Pública. Una reflexión crítica**

Eficacia y control son, así, los dos pilares derivados del art. 103 sobre los que se monta la concepción constitucional de la Administración. Convertir estos principios en fórmulas precisas es una tarea de los juristas y de los políticos. Una tarea en la que la utilización del Derecho Público, del Derecho Administrativo especialmente, encuentra mejores armas para facilitar el control que para propiciar la eficacia. Ésta, en efecto, depende de factores jurídicos y organizativos, pero con más frecuencia de elementos que escapan al Derecho aunque se relacionen con él.

Si el primer interés del ciudadano se centra, como decía, en el potenciamiento de unas Administraciones que presten servicios de calidad y de los que dependen a veces la efectividad de algunas libertades públicas proclamadas constitucionalmente; si el ciudadano se relaciona con la Administración primariamente cuando usa los bienes y servicios públicos; si esta experiencia diaria constituye el primer y más importante flujo de relaciones Administración-administrado, una reflexión sobre la mejora de la eficacia de esas relaciones hecha desde el Derecho, arroja más bien sombras y genera impotencias.

Es en este punto, efectivamente, donde más fallan los mecanismos jurídicos de garantía del ciudadano nacidos, diseñados y tecnificados a partir del dato decimonónico del esquema liberal de un reducido intervencionismo público. Mecanismos que se pensaban suficientes para garantizar al individuo frente a la intervención administrativa. Pero mecanismos insuficientes cuando la situación ha cambiado, cuando se piden a la Administración acciones y posturas positivas. Aquellos mecanismos tan cuidadosa y brillantemente elaborados (la teoría del acto, los recursos, la jurisdicción contenciosa...) no permiten, por lo general, exigir las prestaciones

o mejorar los servicios. El ciudadano está inerme ante la inactividad material, ante la ineficacia de los servicios públicos, en el ámbito de la actuación económica donde proliferan técnicas impensables hace no muchos años. Si a ello se añaden las disfunciones de una justicia lenta y montada sobre la base del carácter revisor, que le impide, por lo común, actuar cautelarmente o imponer ella misma pautas de acción ante las omisiones, tendremos un panorama que no puede considerarse gratificante desde la óptica del Derecho.

Es entonces cuando se observa la tentación de la huida. La huida del juridicismo, se dice. La búsqueda de la eficacia desde parámetros estrictamente empresariales, con modos de actuación típicos de la empresa, con formas organizativas vagamente copiadas de las organizaciones de ese carácter, lo que, en sí mismo, no es reprochable pero plantea la difícil cuestión de si cabe ser eficaz a cualquier precio. Y sucede que cuando de entes públicos se trata en ese precio no se puede incluir la paralela huida del control, del sometimiento «pleno a la Ley y al Derecho.»

Es preciso alumbrar nuevas técnicas jurídicas, adaptar el Derecho, para que éste no quede desplazado porque si no quien quedará desplazado será el propio Ordenamiento, esto es, el Estado de Derecho, que puede ser tentadoramente visto desde las Administraciones Públicas «como algo entorpecedor a la acción de los Poderes públicos, de lo que, por ello mismo, resulta obligado prescindir<sup>9</sup>». Porque al prescindir de él se prescinde también de lo que el Derecho significa de garantía, de cauce y de control. Recuérdense, en este sentido, las gráficas palabras de la más atrás citada **STS de 20 mayo 1987 (Arz. 5827)**.

El Derecho, en efecto, tiene escasas respuestas al problema de la eficacia, aunque ello no quiere decir que no tenga ninguna. Son fórmulas que van emergiendo al hilo de las nuevas exigencias. Algunas de ellas apuntan al Parlamento, ya lo he dicho. Los derechos de prestación no suelen estar configurados en la Constitución sobre la base de la técnica de los derechos subjetivos. Es la ley ordinaria la que tiene que fijar esos derechos, hacer esa traducción estableciendo niveles de prestación, exigencias mínimas, cotas de calidad imprescindibles para abrir un servicio o para mantenerlo, cuya exigencia, entonces, sí pueden verificar los tribunales. La mayor o menor extensión de esos criterios dependerá tanto de las circunstancias sociales y los condicionantes económicos como de los programas de los distintos partidos políticos. Pero no puede ser igual el legislador del Estado liberal que el del Estado social, aunque sin caer en la tentación (que

---

<sup>9</sup> Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO, *Prólogo* al libro de E. MALARET: *Régimen jurídico-administrativo de la reconversión industrial*, Madrid, 1991, pág.18.

alguna práctica autonómica ha revelado cierta) de administrar por ley con lo que ello significa de imposibilidad de control ordinario.

La eficacia depende también de pautas organizativas, del reto significa la cercanía y las CC.AA. y, en última instancia, de los empleados públicos y de una política de personal que por encima de intereses privados o corporativos prime al competente y estimule el mérito y la capacidad.

La eficacia, en fin, ha de ser valorada en su conjunto por los ciudadanos que son el punto de referencia y la razón de ser de la propia Administración.

Quisiera señalar, no obstante, que la idea de una Administración prestacional, que está en la base de la caracterización del Estado social, plantea interrogantes que tienen que ver directamente con aspectos económicos y políticos. Los límites del gasto público imponen opciones que son, obviamente, políticas. Una opción sobre las dimensiones del Estado. Una opción sobre las prioridades temporales. Y una opción por la calidad y los costes, de toda índole, que conlleva. Introducir el problema de la calidad y sus costes (económicos, políticos, sociales, organizativos, burocráticos...), cuando se habla de la eficacia de la Administración, me parece importante porque la «eficacia» a la que alude la Constitución no puede medirse sólo, como en la economía de la empresa privada, por parámetros de cuenta de resultados, pero tampoco puede prescindir de las limitaciones económicas.

Y, tras la eficacia, el control. Un control que es principio de orden (y en ese sentido coadyuva a la eficacia), instrumento de la transparencia y objetividad, pero también garantía. La responsabilidad patrimonial y la justicia administrativa (art. 106 CE) se erigen así como el contrapunto de la eficacia. Y aquí es donde las respuestas del Derecho Público, sin perjuicio de su necesario afinamiento y sus mejoras técnicas, pueden resultar más convincentes y donde hallamos el núcleo básico de su arsenal técnico acuñado a lo largo de una dilatada evolución histórica. No hace ahora al caso insistir en ello, ni apuntar siquiera los derroteros de las posibles reformas que la ley postconstitucional que regule la jurisdicción contencioso-administrativa ha de incorporar. Sólo decir que si se huye de la disciplina del Derecho Público adoptando fórmulas y modos organizativos propios del Derecho Privado entonces es el Derecho Penal el que acaba asumiendo el papel del control, con todo lo que ello significa desde los principios de intervención mínima y los peligros que conlleva de trivialización.

Y bien, catorce años después de la Constitución, ¿qué es de la Administración, de las Administraciones?, ¿es mejor, son mejores?, ¿sirven los postulados constitucionales? Ciertamente la Administración tarda en adaptarse a los cambios constitucionales, en modificar sus pautas de comportamiento. Pero la Administración no puede ser igual que antes de la Constitución por más que esa evolución sea lenta y dependa también de los factores internos que la enmarcan, como la burocracia, y los datos externos que la condicionan, como las normas.

La pregunta queda en pie, no obstante. La Administración, ¿es mejor, más ágil, más rápida, más eficaz?, ¿está mejor controlada? ¿Será necesario pensar en reformar los preceptos constitucionales que la configuran?

A las primeras preguntas sólo pueden contestar los ciudadanos en cuanto tales y en la medida en que tengan un mínimo de información y capacidad de juicio. Pero a la última se puede contestar radicalmente. Y es que los datos constitucionales de los arts. 103 a 107 son suficientes. Allí se prevé su posición en el conjunto de los Poderes públicos y sus principios de actuación. Para hacerla más eficaz y controlarla mejor no es necesario reformar la Constitución en este punto. De modo que la respuesta a esa pregunta es clara y breve: no.