

# ALGUNAS REFLEXIONES SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO ACTUAL Y SUS TRANSFORMACIONES

Germán Fernández Farreres\*

## I

Es un hecho incuestionable que en las dos últimas décadas se vienen registrando tan importantes cambios políticos, económicos y sociales, que parecieran haber puesto en tela de juicio la operatividad y funcionalidad de no pocas de las instituciones, conceptos y técnicas jurídicas que han conformado el Derecho Administrativo que algunos denominan ya el Derecho Administrativo clásico; es decir, el Derecho surgido de la Revolución de finales del siglo XVIII que, como es notorio, se fue ahormando a todo lo largo de los dos siglos siguientes.

Lo que se ha dado en llamar globalización - y no sólo económica, sino también cultural- es la palabra mágica de la que traerían causa todos esos cambios que, según las tesis más generalizadas, están transformando las bases del Derecho Público, en general, y las del Derecho Administrativo, en particular<sup>1</sup>. A todo esto deben unirse los trascendentales avances tecnológicos acaecidos a finales del siglo pasado, sin los cuales difícilmente se podrían explicar los cambios cualitativos a los que estamos asistiendo. Sobre todo, el gran desarrollo de los medios de información y comunicación han conmovido las estructuras económicas y sociales de tal manera que necesariamente algún reflejo han de tener en ese modelo clásico del Derecho Administrativo. Tanto es así que, incluso, la actuación administrativa está asumiendo de manera progresiva nuevas funciones, hasta hace bien poco por completo ajenas a la responsabilidad del poder público.

Así, la “función pública de la información” está adquiriendo una trascendencia y relevancia de primer orden en los distintos sectores de la acción administrativa. No se trata ya sólo de que el ejercicio de las potestades administrativas requiera

\* Catedrático de Derecho Administrativo, Universidad Complutense de Madrid.

<sup>1</sup> Su propia utilización en los títulos de numerosos trabajos es bien indicativa de lo que se afirma. Entre otros, por ejemplo, O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004; J.C. ALLI ARANGUREN, *Derecho Administrativo y globalización*, Civitas, Madrid, 2004; J. GONZÁLEZ GARCÍA, *Globalización económica, Administraciones públicas y Derecho Administrativo*, RAP nº 164 (2004), pp. 7 ss.; M. BALLBÉ, *El futuro del Derecho administrativo en la globalización: entre la americanización y la europeización*, RAP nº 174 (2007), pp. 277 ss.; S. CASSESE, *La globalización jurídica*, INAP/Marcial Pons, Madrid, 2006, y *El Derecho global (Justicia y Democracia más allá del Estado)*, Global Law Press, Sevilla, 2011; J. L. MEILÁN GIL, *Una aproximación al Derecho Administrativo global*, Edt. Derecho Global, Sevilla, 2011; J. B. AUBY, *Globalización y descentralización*, RAP nº 156 (2011), pp. 7 ss., y *La globalización, el Derecho y el Estado*, Edt. Derecho Global, Sevilla, 2012; E. GUICHOT, *Globalización jurídica y Derecho público. Recientes aportaciones en la doctrina europea*, RAP nº 187 (2012), pp. 305 ss.; etc.

disponer de información previa sobre la realidad misma en la que se ha de actuar, sino que esa información tiene que ser «administrada» debidamente y, por tanto, sujeta al principio de transparencia (una exigencia ésta que ha comenzado a encontrar plasmación en diversas normas, como la Ley 37/2007, de 16 de noviembre, sobre reutilización de la información del sector público, y el Real Decreto 1495/2011, de 24 de octubre, dictado en su desarrollo, y más recientemente, la Ley 19/2013, de 9 de diciembre, de Transparencia, Acceso a la Información Pública y Buen Gobierno). Y, asimismo, surge también con fuerza el problema de la posición del poder público ante determinadas informaciones privadas (sondeos, encuestas de opinión, indicadores, observatorios) que terminan por incidir decisivamente en los intereses generales. El fenómeno, por ejemplo, de las agencias privadas de calificación crediticia, cuyas valoraciones y calificaciones económicas de las grandes empresas y aún de los propios Estados tanta influencia han demostrado tener en los comportamientos de los mercados financieros, obliga a adoptar medidas regulatorias que garanticen la objetividad, calidad, transparencia y responsabilidad en la formulación de tales informaciones. Se explica, por tanto, que, para algunos, se esté conformando un nuevo “Derecho Administrativo de la Información”, que aparece, no ya como un sector más del Derecho Administrativo, sino como “la columna vertebral de la reforma de la teoría general”<sup>2</sup>.

Por referir ahora un dato más, la cada vez más compleja realidad económica y social en la que se desenvuelve nuestra vida, genera crecientes riesgos potenciales e inciertos hasta hace bien poco desconocidos, lo que obliga a adoptar nuevos tipos de actuación para prevenirlos y gestionarlos. Y de ahí que se vayan conformando nuevos principios, como el de cautela o precaución, al servicio de la «gestión del riesgo» consustancial al desarrollo científico, industrial, tecnológico o económico, tal como aparece expresamente referido en el artículo 191.2 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea -en relación con la protección medioambiental- y que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha elevado a la categoría de principio general del Derecho de la Unión Europea (por ejemplo, STJUE de 28 de enero de 2010, *as. C-333/08*, y de 8 de julio de 2010, *as. C-343/09*), proyectándose de este modo a otros muchos más ámbitos (la salud pública, la seguridad industrial, los intereses económicos de los consumidores, etc.)<sup>3</sup>.

Sucede, no obstante, que, en estrictos términos cualitativos, no estamos ante una experiencia radicalmente nueva, ante un hecho que, desde una perspectiva histórica, constituya una absoluta novedad. Todo lo contrario. El desarrollo del ferrocarril, por ejemplo, a partir de la segunda mitad del siglo XIX, puso en circulación - nunca mejor dicho- conceptos y técnicas fundamentales para el Derecho Administrativo que han

<sup>2</sup> La expresión es de J. BARNÉS, en la “Presentación” de la traducción al español de la obra de E. Schmidt-Assmann, *La teoría general del Derecho Administrativo como sistema*, Marcial Pons, 2003, p. XXVI.

<sup>3</sup> Vid. J. ESTEVE PARDO, «De la policía administrativa a la gestión de riesgos», *REDA* núm. 119 (2003), pp. 323 ss.; C. CIERCO SIERRA, «El principio de precaución: reflexión sobre su contenido y alcance en los Derechos comunitario y español», *RAP* núm. 163 (2004), pp. 73 ss.; A. E. EMBID TELLO, *Precaución y Derecho. El caso de los campos electromagnéticos*, Iustel, Madrid, 2010.

llegado hasta hoy mismo. El concepto de obra pública y la técnica concesional, por ejemplo, adquirieron carta de naturaleza a raíz del nuevo medio de transporte<sup>4</sup>. Algo parecido cabe decir de la eclosión de la industrialización y de las nuevas fuentes de energía (el gas, la electricidad), que también coadyuvaron decisivamente a la teorización acerca del nuevo papel que debía asumir el Estado y la Administración como garantes de un conjunto de prestaciones básicas para los ciudadanos y el desarrollo de la sociedad<sup>5</sup>. Esa noción capital para el Derecho Administrativo, el servicio público - una noción que, atendiendo a su fundamentación última, creo que lo sigue siendo, aunque aparezca ahora modulada, dada su articulación técnica, en los nuevos “servicios económicos de interés general”<sup>6</sup>-, no fue sino, en gran medida, fruto de esos cambios tecnológicos y, con ellos, de los cambios económicos y sociales que generaron.

Algo parecido cabe decir del amplio desarrollo de la empresa pública y de las nacionalizaciones en la Europa de la segunda mitad del siglo pasado, con su proyección en el Derecho Administrativo de la organización y de las formas de actuación del poder público, que también fue el resultado de un concreto momento histórico que, por lo demás, al cabo del tiempo, ha desembocado en el fenómeno de signo contrario de la privatización del sector público empresarial, equivalente a una verdadera desamortización industrial que no deja de guardar paralelismo con las privatizaciones de los patrimonios públicos inmobiliarios de la primera mitad del siglo XIX. Siglo y medio más tarde, a la desamortización de los bienes inmobiliarios de titularidad pública ha sucedido, en efecto, otra desamortización, ahora del patrimonio empresarial público<sup>7</sup>.

Podrían referirse otros muchos más ejemplos. Pero no será necesario para poder afirmar que el Derecho Administrativo de los siglos XIX y XX se presenta como un

Derecho en constante evolución, que registró capitales cambios y transformaciones, aunque, a la vez, logró mantener una estructura de principios básicos que ha llegado hasta nuestros días. Quizá no fuera otro el alcance verdadero que OTTO MAYER quisiera dar a su afirmación, tantas veces recordada, de que “el Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece”. Sencillamente, poner de manifiesto la permanencia de esa estructura en sus elementos básicos, sin perjuicio de su necesario reajuste a los continuos cambios políticos y constitucionales que se sucedían<sup>8</sup>. Por tanto, que se hable sistemáticamente de las transformaciones del Derecho Público y, en particular, del Derecho Administrativo es una constante que, como bien se refleja en la propia doctrina administrativista, viene registrándose a lo largo del tiempo<sup>9</sup>.

## II

Ahora bien, de inmediato resulta necesario precisar de qué transformaciones hablamos: ¿de los fines y funciones del Estado y, con ello, de la Administración?; ¿acaso también de las técnicas y del propio sistema del Derecho Administrativo?

Ninguna duda cabe de que los cambios en los fines y funciones del Estado terminan incidiendo en las técnicas y, en última instancia, en la propia configuración estructural y dogmática de la Administración y del Derecho Administrativo. Lo lógico es que así sea. Pero, en no pocas ocasiones, esa incidencia se magnifica, incurriéndose en notables excesos<sup>10</sup>. Además, no debe perderse de vista que algunas

<sup>4</sup> Vid. el ya clásico estudio de J. BERMEJO VERA, *Régimen jurídico del ferrocarril en España (1844-1974)*, Tecnos, Madrid, 1975.

<sup>5</sup> Vid. J. SALAS HERNÁNDEZ, *Régimen jurídico-administrativo de la energía eléctrica*, Publicaciones del Real Colegio de España en Bolonia, Zaragoza, 1977.

<sup>6</sup> Sobre el alcance mismo del cambio o transformación del régimen de los clásicos servicios públicos - un régimen condicionado por la *publicatio* de las correspondientes actividades- al de los ahora configurados como “servicios económicos de interés general” -una vez eliminada formalmente esa *publicatio*-, la bibliografía es numerosísima. Entre otros, A. JIMÉNEZ-BLANCO, «Servicio público, interés general, monopolio: recientes aportes del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (1993-1994)», *REDA* núm. 84 (1994), pp. 589 ss.; J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «Servicio público e intervención pública. Una reflexión general sobre los servicios públicos de relevancia económica», en vol. col. *Estudios de Derecho Público. Libro homenaje al profesor Sebastián Martín-Retortillo*, Civitas, Madrid, 2003, pp. 585 ss.; L. M<sup>a</sup>. Díez-PICAZO GIMÉNEZ, «La idea de servicios de interés económico general», en vol. col. *Estudios de Derecho Público...*, op. cit., pp. 677 ss.; J. C. LAGUNA DE PAZ, *Servicios de interés económico general*, Civitas, Madrid, 2009; t. r. Fernández Rodríguez, “Servicios económicos de interés general versus servicio público”, en vol. col. *Aguas: legislación y justicia. Regulación comunitaria y jurisprudencia en el Derecho de Aguas*, Fundación Agbar y CGPJ, 2013. Yo mismo también he abordado la cuestión en «El concepto de servicio público y su funcionalidad en el Derecho Administrativo de la nueva economía», *Justicia Administrativa*, Lex Nova, núm. 18 (2003), pp. 7 ss.

<sup>7</sup> Lo advertí tempranamente S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Las empresas públicas: reflexiones del momento presente*, RAP n<sup>o</sup> 126 (1991), pp. 63 ss. (incluido también en su libro *El Derecho Civil en la génesis del Derecho Administrativo y de sus instituciones*, 2<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1996, pp. 119 ss.)

<sup>8</sup> No obstante, como bien ha puntualizado L. MARTÍN REBOLLO, en su “Recensión a la 4<sup>a</sup> ed. del Curso de Derecho Administrativo I (1983) de los profesores E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ”, publicada en *RAP* núm. 103 (1984), pp. 456 ss., la famosa frase de MAYER hay que contextualizarla, pues sacada de contexto “ha sido utilizada interesadamente como exponente gratuito de un presunto Derecho Administrativo intemporal, aséptico y gratificante”. Es claro que, en esta ocasión, y sin entrar en mayores precisiones, la interpretación que a esa frase se da se integra en lo que el propio MARTÍN REBOLLO califica como “el mundo de las buenas intenciones”, es decir, la que “propicia el mantenimiento de los esquemas clásicos del Derecho Administrativo y sus técnicas de garantía y de sometimiento del poder, pero en el marco limitado que ese poder admita”. Desde luego, no en el sentido de desconocer -mucho menos negar- las “bases constitucionales del Derecho Administrativo”.

<sup>9</sup> Baste recordar ahora el clásico estudio de León DUGUIT, *Las transformaciones del Derecho Público* (cito por la trad. y estudio preliminar de A. POSADA, de la cd. francesa de 1914), remp. facs. de la ed. de Librería Prieto García, Ed. Analecta, Pamplona (también en ed. Comares, Granada, 2007). Un comentario a la proyección de su obra en la doctrina española en T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *León Duguit en España y en español*, RAP n<sup>o</sup> 183 (2010), pp. 31; asimismo, la glosa de J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, *Sobre las transformaciones del Derecho Público, de León Duguit*, RAP n<sup>o</sup> 190 (2013), pp. 61 ss. Por otra parte, el término sigue siendo de muy frecuente uso: recientemente, por ejemplo, L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crisis económica y transformaciones administrativas*, REDA n<sup>o</sup> 153 (2012), pp. 89 ss., o J. L. CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, *Reflexiones sobre las transformaciones actuales del Derecho Público, en especial del Derecho Administrativo*, RAP n<sup>o</sup> 193 (2014), pp. 11 ss. Por lo demás, como se habrá observado, el presente trabajo también recurre al término en cuestión.

<sup>10</sup> También T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “Perspectivas actuales del Derecho Administrativo (Roma 2014)”, *REDA* n<sup>o</sup> 163 (2014), pp. 37 ss. se ha pronunciado recientemente, afirmando no compartir el entusiasmo por lo que califica de manera expresa como “discurso grandilocuente que predica la supuesta obsolescencia de la dogmática jurídico-administrativa todavía al uso” (p. 46).

de esas pretendidas transformaciones no son otra cosa que verdaderas degradaciones del sistema jurídico, derivadas de indebidas prácticas frente a las que no se viene reaccionando como cabría esperar, descalificándolas y rechazándolas de plano. Y en esa falta de reacción - o de reacción inadecuada, cuando llega a haberla -, la doctrina y la jurisprudencia asumen una grave responsabilidad.

La degradación del sistema jurídico luce, por ejemplo, con especial intensidad en el sistema de fuentes del Derecho Administrativo, en el que la Ley cada vez responde menos a la concepción revolucionaria de norma general, garante de la igualdad jurídica y presidida por la estabilidad. Ya lo advirtió hace años el maestro E. GARCÍA DE ENTERRÍA<sup>11</sup> Y SOBRE ELLO NO SE HA DEJADO DE INSISTIR EN TÉRMINOS MUY CRÍTICOS, AUNQUE, CIERTAMENTE, CON POCO ÉXITO. COMO HA DICHO T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, “en una sociedad dominada por los medios de comunicación, la ley se ha convertido en una herramienta política, en un instrumento de debate político, en un mero acto de comunicación, en un mensaje publicitario. Que la ley exista es ya suficiente, cualquiera que sea su contenido. Se habla por ello de leyes desechables, de usar y tirar, de <<neutrones legislativos>>, porque con frecuencia muchos de los preceptos de este nuevo tipo de leyes carecen de carga jurídica; son, en definitiva, derecho en estado gaseoso”<sup>12</sup>. Tanto es así que, en la doctrina italiana, LUCIANO VANDELLI ha acertado a reelaborar una nueva tipología de las leyes desde los conceptos propios de la psicología y la psiquiatría: “leyes placebo”, “leyes anoréxicas”, “leyes disléxicas”, y otras más, son calificativos apropiados que el ilustre jurista italiano utiliza para referir los subproductos normativos que de continuo se generan<sup>13</sup>. Fácilmente se comprende,

<sup>11</sup> Vid. su libro *Justicia y seguridad jurídica en un mundo de leyes desbocadas*, Cuadernos Civitas, Madrid, 1999, en el que constata la desvalorización creciente de la Ley y los reglamentos y la degradación de la seguridad jurídica, todo ello como consecuencia de su multiplicación incontenible, “una inflación normativa -dirá- que hace ya tiempo ha hecho saltar por los aires la utopía legislativa de Rousseau y de los revolucionarios franceses”. De este modo, en p. 89, tras repasar el fenómeno de las leyes omnibus y las leyes de acompañamiento a las de presupuestos -y aun cabe añadir que no llegó a comprobar el auge de la utilización del decreto-ley que, al hilo de la crisis económica, se ha experimentado en España en los cuatro últimos años-, se pregunta: “¿Qué queda aquí de la Ley como expresión de la voluntad general, viejo mito que luce aún retóricamente en el Preámbulo de la Constitución?. ¿O como expresión de una racionalidad ordenadora buscada deliberadamente por las Cámaras?. Nada digamos ya -añade- de la encendida mitología rouseauiana sobre la inexorable excelencia de las Leyes”. Aunque tras la constatación, la desesperanza no se cobra la pieza y García de Enterría de inmediato añade que “[...] la multiplicidad de normas nos ha forzado, paradójicamente, a volver los ojos a los métodos precodificadores de la jurisprudencia, a los que pusieron en marcha los juristas romanos y que nunca han dejado de estar presentes en la conciencia de los hombres de Derecho por encima de la envoltura formal de sus normas, y mucho más cuando éstas son tan ocasionales y fugaces como ya nos consta” (pp. 103-104). Y ese método -apostilla- no es otro que “el de la primacía de los principios generales del Derecho, condensado ético de la justicia y reguladores de todas y cada una de las instituciones positivas de un ordenamiento. Sin la idea de los principios generales del Derecho no es posible siquiera comprender la más elemental de sus instituciones” (p. 104). Y concluye: “De *multitudo legum, unum ius*, podemos decir conforme a un viejo apotegma”. Por eso, “ese viejo *ius* material es el que los juristas debemos a toda costa procurar mantener intacto y victorioso, sobrenadando, quizás penosamente, pero resueltamente, en el mar normativo incesante al que nuestro tiempo parece habernos totalmente condenado” (p. 108).

<sup>12</sup> Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *De la banalidad a la incoherencia y la arbitrariedad (Una crónica sobre el proceso, al parecer imparable, de degradación de la Ley)*, «El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho», n.º 0, octubre 2008, pp. 38 ss.

<sup>13</sup> Vid. su sugestivo libro *Psicopatología de las reformas cotidianas (los trastornos de las instituciones: síntomas, diagnósticos y terapias)*, trad. esp. de T. CANO CAMPOS, Edt. Trotta, Madrid, 2007.

pues, que los fundamentos mismos de nuestra cultura jurídica queden en entredicho. El Derecho se ha tornado prácticamente imprevisible y, con ello, cada vez se muestra más como un instrumento al servicio de la arbitrariedad.

Baste con el ejemplo referido para afirmar que en las transformaciones del Derecho Público y, en particular, del Derecho Administrativo, no siempre lo que se presentan como tales se justifican en necesidades reales, en el surgimiento de nuevas exigencias políticas, económicas o sociales. Y es que, cada vez con más frecuencia, no son otra cosa que fruto de una galopante perversión del sistema jurídico. Una degradación que, a su vez, trae causa de una creciente desvalorización de lo jurídico frente a la acción política, a la que el Derecho se pliega sin más.

En cualquier caso, lo cierto es que buena parte de la doctrina iuspublicista viene insistiendo en la necesidad de reajustar la Administración y el Derecho Administrativo a los nuevos tiempos. Nuevos tiempos que, presididos por una nueva relación entre Estado y Sociedad, vendrían a imponer también una reelaboración de los principios de la organización administrativa, de su funcionamiento y de las formas de actuación. En suma, una actualización renovadora de las bases dogmáticas del Derecho Administrativo<sup>14</sup>, lo que, por lo demás, la fuerte crisis económica de

<sup>14</sup> Vid., por ejemplo, muy recientemente J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y Sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013. Por otra parte, ya en 1983 escribía L. PAREJO ALFONSO (en *Estado Social y Administración Pública. Los postulados constitucionales de la reforma administrativa*, Civitas, Madrid, 1983; posteriormente, *Crisis y renovación del Derecho Público*, CEC, Madrid, 1991, y *Transformaciones y ¿reforma? del Derecho Administrativo en España*, INAP/ Derecho Global, Madrid, 2012) que «la imprescindible reconstrucción del Derecho público [...] ha de partir forzosamente de los nuevos y capitales principios definitorios del entero Estado». A su juicio, «la tónica crisis de la Administración y el Derecho Administrativo afecta, más bien, al modelo de Estado, en cuanto a la construcción positiva y dogmática de su organización y funcionamiento; construcción que no se ha revisado al compás de las transformaciones reales, sobrecargando las categorías y técnicas concebidas y formuladas para soportar otros contenidos. Esa sobrecarga ha incidido especialmente sobre la Administración pública, pudiendo sintetizarse en los siguientes aspectos: —crecimiento constante de la actividad del Estado y quiebra de la exclusividad de la detentación del poder real o efectivo por los órganos estatales titulares del poder formal político, en razón a la mayor interpenetración del Estado y Sociedad y, consecuentemente, la mayor importancia adquirida por organizaciones tales como partidos políticos, sindicatos, organizaciones patronales, profesionales, etc., así como el carácter pluralista del orden sociopolítico; —proceso, inducido por la profunda evolución de las tareas públicas, de traslado del centro de gravedad de las decisiones desde el clásico poder preeminente —el Parlamento— al Ejecutivo y, en definitiva, la Administración; y —ruptura de la imagen tradicional de identificación de los poderes en sentido orgánico con las funciones del Estado (legislar, ejecutar y juzgar), por cuanto esa identificación y formalización se encuentra ligada a un preciso sistema histórico de distribución del poder político y de las competencias que ha quedado rebasado y superado en el actual Estado, lo que conduce a que las categorías tradicionales (ley, reglamento, acto) porten hoy contenidos nuevos, impropios de ellas según su concepción establecida (además, naturalmente, de la aparición de formas de actuación difícilmente reducibles a dichas categorías: planificación, concertación...).». De este modo, las tradicionales categorizaciones han comenzado a ponerse en cuestión, dando entrada a otras, como es el caso de la ahora llamada «actuación o actividad regulatoria» de la Administración, alrededor de la cual deberían resistemizarse las potestades de conformación de las actividades privadas y públicas que se reservan a la Administración: vid. S. MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, t. IV, Iustel, Madrid, 2011, pp. 487 ss. y «Hacia un nuevo Derecho Administrativo», en vol. col. *El Derecho Público de la crisis económica. Transparencia y Sector Público. Hacia un nuevo Derecho Administrativo (Actas del VI Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo)*, INAP, Madrid, 2011, pp. 191 ss. Con todo, tampoco faltan opiniones mucho más matizadas acerca de la trascendencia de tales intentos “reconstructivos”: vid., por

los últimos años que aún permanece, no ha hecho sino potenciar de manera muy intensa<sup>15</sup>. Tanta es la insistencia que algunos no han dudado en hablar de “cambio de paradigma”. Pero, ¿qué hay de cierto en todo ello y cuánto de exceso?.

### III

Hay un conjunto de hechos fácilmente constatables que ponen de manifiesto los cambios que, sin duda alguna, está experimentando el Estado social, democrático y de Derecho, que es, por lo demás, la caracterización más acabada en la que se desenvuelve el Derecho Administrativo más perfeccionado.

Por de pronto, es incuestionable la pérdida de poder del tradicional Estado ante las corporaciones transnacionales y las organizaciones internacionales<sup>16</sup>. De una parte, las grandes corporaciones transnacionales no sólo elaboran las normas que de hecho regirán sus relaciones al margen de los ordenamientos nacionales -lo que se ha dado en llamar *lex mercatoria*-, sometiendo sus disputas -incluso con los propios Estados- a árbitros y no a órganos estatales, sino que, además, influyen decisivamente en los propios legisladores nacionales. El fenómeno no es absolutamente desconocido, pero ninguna duda cabe de que la globalización económica no ha hecho otra cosa que potenciarlo y dotarlo de perfiles y características en parte distintas. Por otra parte, es cierto que la competencia económica globalizada puede favorecer parcialmente el asentamiento y reforzamiento del Estado de Derecho en los países menos desarrollados, dado que las grandes corporaciones exigen un mínimo de gobernabilidad que asegure sus inversiones; pero no lo es menos que ese asentamiento del Estado de Derecho no siempre va acompañado de un avance en el Estado social o, mejor, en la protección de determinados bienes y valores sociales fundamentales.

ejemplo, J. A. SANTAMARÍA PASTOR, «Sectores regulados y competencia: un dilema complejo», en vol. col. *Las técnicas de regulación para la competencia: una visión horizontal en los sectores regulados*, Iustel, Madrid, 2011, pp. 23 ss.; o mi propio *Sistema de Derecho Administrativo*, t. II, 2ª ed., Civitas/Thomson Reuters, Madrid, 2013, pp. 67 ss.

<sup>15</sup> La actual crisis económica, ciertamente, está propiciando un ingente número de nuevas reflexiones: entre otras, A. EMBID IRUJO, *El derecho de la crisis económica*, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 2009, y en vol. col. *El Derecho Público de la crisis económica*, op. cit., pp. 21 ss., y, asimismo, *La constitucionalización de la crisis económica*, Iustel, Madrid, 2012; L. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *Crisis económica y transformaciones administrativas*, REDA nº 153 (2012), pp. 89 ss., y *El Derecho Administrativo ante la crisis*, REDA nº 157 (2013), pp. 117 ss.; R. RIVERO ORTEGA, *La necesaria innovación en las instituciones administrativas (organización, procedimiento, función pública, contratos y regulación)*, INAP, Madrid, 2012; vol. col. (dir. A. PALOMAR OLMEDA), *La Administración en tiempo de crisis*, Aranzadi, 2012; vol. col. (dirs. L. COSCULLUELA MONTANER y L. MEDINA ALCOZ), *Crisis económica y reforma del Régimen Local*, Civitas, Cizur Menor (Navarra), 2012; vol. col. (dir. A. M. GONZÁLEZ SANFIEL), *El Derecho ante la crisis: nuevas reglas de juego*, Atelier, Barcelona, 2013; J. ESTEVE PARDO, *La nueva relación entre Estado y sociedad. Aproximación al trasfondo de la crisis*, Marcial Pons, Madrid, 2013; vol. col. (coord. M. BAENA DEL ALCÁZAR) *Reforma del Estado y de la Administración Española*, INAP, Madrid, 2013; vol. col. (coord. J.L. PIÑAR MAÑAS), *Crisis Económica y crisis del Estado de Bienestar. El papel del Derecho Administrativo (Actas del XIX Congreso Italo-Español de Profesores de Derecho Administrativo)*, Ed. Reus, 2014.

<sup>16</sup> Vid., por ejemplo, el ensayo de O. MIR PUIGPELAT, *Globalización, Estado y Derecho. Las transformaciones recientes del Derecho Administrativo*, Civitas, Madrid, 2004

De manera complementaria, el debilitamiento del Estado frente a las grandes corporaciones -no digamos ya frente a ese concepto “quasimístico” de los mercados que la crisis económica que nos embarga ha puesto tan de moda- viene acompañado del potenciamiento de las instancias supranacionales de todo tipo; unas instancias supranacionales que, en todo caso, aparecen como el único freno posible a la expansión del poder de las corporaciones y, sobre todo, de los mercados financieros. La internacionalización se presenta, por tanto, como la alternativa inevitable a una instancia, el Estado tradicional, que ya no es capaz de dar respuesta a la mundialización de los problemas económicos. En estas circunstancias, fácilmente se comprende que el Derecho en general, y el Derecho Administrativo en particular, provengan cada vez menos del Estado, aunque formalmente éste siga siendo el autor de las normas. El origen real y efectivo de éstas es otro y cada vez más radica en las instancias supranacionales, sean públicas o privadas.

Asimismo, el Estado está perdiendo protagonismo en beneficio de la sociedad y, en especial, en beneficio del mercado. Una pérdida de poder que responde a distintas causas: desde la creciente complejidad de amplios sectores de la realidad técnica y científica, incapaz el poder público de controlarla, a las crecientes demandas de participación ciudadana, o, en fin, a la propia crisis del Estado del Bienestar. Todo ello se refleja, entre otros ejemplos que podrían referirse, en la concepción misma del poder normativo, que ha dado lugar a los fenómenos de la llamada autorregulación, aspirando como mucho el poder público a regular la forma en que habrán de desarrollarse esas autorregulaciones (de ahí la expresión “autorregulación regulada”, a la que se ha referido el profesor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>17</sup>). El dominio de la técnica y la ciencia por el sector privado parece imponerlo de una manera irresistible.

Esa pérdida de poder también se refleja en la privatización de no pocas funciones públicas y no sólo en su dimensión normativa. Determinados poderes de inspección y control, de verificación y gestión, no están ya al alcance del tradicional aparato administrativo y, consiguientemente, la Administración necesita contar de manera creciente con colaboradores privados<sup>18</sup>. Incluso, yendo aún mas lejos, ha hecho acto

<sup>17</sup> Vid. su trabajo *Crisis y regulación de mercados financieros. La autorregulación regulada: ¿una respuesta posible?*, RAP nº 180 (2009), pp. 9 ss. Asimismo, J. ESTEVE PARDO, *Autorregulación. Génesis y efectos*, Aranzadi, Pamplona, 2002; M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Derecho Público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en vol. col. *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 631 ss.

<sup>18</sup> La bibliografía sobre este fenómeno de la colaboración es amplísima. Entre otros, C. PADRÓS REIG, *Actividad administrativa y entidades colaboradoras*, Tecnos, Madrid, 2001, y *La Administración invisible. Panorama general y ejemplos prácticos de entidades colaboradoras de la Administración Pública*, Dykinson, Madrid, 2010; J. A. CARRILLO DONAIRE, *El Derecho de la seguridad y de la calidad industrial*, Marcial Pons-IGO, 2000; M. IZQUIERDO CARRASCO, *La seguridad de los productos industriales*, Marcial Pons, 2000, y *La seguridad privada: régimen jurídico administrativo*, Lex Nova, Valladolid, 2004; S. RODRÍGUEZ-CAMPOS GONZÁLEZ, *Calidad industrial e intervención administrativa*, Atelier, Barcelona, 2002; M. TARRÉS, *Normas técnicas y ordenamiento jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2003; D. CANALS AMETLLER, *El ejercicio por particulares de funciones de autoridad. Control, inspección y certificación*, Comares, Granada, 2003;

de presencia con toda intensidad el fenómeno de la “externalización”, consistente, sin más, en que la propia gestión de los asuntos responsabilidad de las Administraciones Públicas se encomiendan a empresas privadas por vía contractual<sup>19</sup>. Con todo, una vez más habrá que decir que las señaladas, y otras más, no son novedades absolutamente desconocidas para el Derecho Administrativo. El llamado ejercicio privado de funciones públicas fue descrito y explicado dogmáticamente por GUIDO ZANOBINI en la doctrina italiana, hace ya más de un siglo<sup>20</sup>; incluso, los institucionalistas franceses (BERNARD GENY) también lo tomaron en consideración<sup>21</sup>. La propia técnica concesional, en fin, forjada al hilo de la obra pública y, posteriormente, del servicio público, abunda en la misma constatación.

Lo relevante ahora, por tanto, es la intensidad con la que se está manifestando esa pérdida de poder del Estado, de manera que la tradicional Administración de prestaciones se está replegando para asumir de manera creciente funciones más reguladoras que de carácter prestacional. La Administración tiende a dejar de prestar directamente bienes y servicios, confiándose todo, o casi todo, a la eficacia y eficiencia del mercado. Se considera que los agentes privados son el motor del desarrollo y que la Administración no debe cumplir otra función que la estrictamente regulatoria. Y por eso mismo se ha comenzado a decir que las tradicionales formas de actuación de la Administración -la policía, el fomento, el servicio público- han quedado ya obsoletas. El nuevo papel de la Administración - se ha llegado a decir, aunque me parece que con

excesiva rotundidad - ya sólo se debe explicar desde la perspectiva de la regulación, de la función regulatoria que asume<sup>22</sup>.

Todas estas transformaciones se pueden visualizar, entre otros muchos aspectos, en los planteamientos acerca de la organización administrativa. Las demandas de una mayor flexibilidad organizativa, también de un adelgazamiento de la Administración, se vienen sucediendo desde hace ya décadas. Otra cosa es que esa reconversión no sólo no se ha hecho efectiva, sino que, incluso, se han venido manteniendo - al menos, en el caso español- políticas diametralmente opuestas. Tanto es así que su efectiva corrección, sólo con la crisis económica y el grave endeudamiento público alcanzado parece haberse comenzado a afrontar<sup>23</sup>.

Por otra parte, la famosa flexibilidad para lograr mayor eficacia y eficiencia, ha llevado a no pocas disfunciones jurídicas, al no tenerse siempre presente que la flexibilidad y la eficiencia deben conciliarse con las exigencias propias del Estado de Derecho, del principio de legalidad y del pleno control jurisdiccional de la Administración. La famosa “huida del Derecho Administrativo”, tanto por la vía de la aparición de una constelación de nuevas entidades instrumentales, como por la de la creciente sujeción de la Administración al Derecho Privado, ha puesto en jaque al objetivo fundamental del Derecho Administrativo: la plena sujeción del poder administrativo a la legalidad, a la ley, y a la jurisdicción, al control, en suma, de los jueces y tribunales de justicia.

Dado que no es posible ahora adentrarse en el examen de esa variada tipología

M. M. DARNACULLETA GARDELLA, *Derecho Público y autorregulación: la autorregulación regulada*, Marcial Pons, Madrid, 2005, y «La autorregulación y sus fórmulas como instrumentos de regulación de la economía», en vol. col. *Derecho de la regulación económica. I. Fundamentos e instituciones de la regulación*, Iustel, Madrid, 2009, pp. 631 ss.; M. CUETO PÉREZ, *Procedimiento administrativo, sujetos privados y funciones públicas*, Civitas, Pamplona, 2008; A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO, *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens, Madrid, 2010; J. CANTERO MARTÍNEZ, «A vueltas con el ejercicio de potestades públicas y su ejercicio por los particulares», en vol. col. *Forme private e interessi generali: quale ruolo per le fondazioni? Atti del XVIII Congresso dell'Associazione italo-spagnola dei professori di Diritto Amministrativo*, Bologna, 27-29 maggio 2010, Bononia University Press, Bologna, 2012, pp. 299 ss.; J. ESTEVE PARDO, *La extensión del Derecho Público. Una reacción necesaria*, RAP n° 189 (2012), pp. 11 ss.

<sup>19</sup> Puede verse mi trabajo *La Administración pública y las reglas de la «externalización»*, Justicia Administrativa. Lex Nova, n° 33 (2006), pp. 5 ss. (también publicado en vol. col. *Le externalizzazioni. Atti del XVI Convegno degli amministrativisti italo-spagnoli Genova, 25-27 maggio 2006*, Bononia University Press, Bolonia, 2007, pp. 43 ss.); Asimismo, vol. col. *La externalización de las funciones de control e inspección en materia de protección del medio ambiente*, Atelier, Barcelona, 2010; R. CALVO ORTEGA, *Actividad tributaria y externalización*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2010; G. GARDINI, «Externalización de funciones administrativas y ejercicio de funciones públicas por privados. La externalización italiana», en vol. col. (dirs. A. GALÁN GALÁN y C. PRIETO ROMERO), *El ejercicio de funciones públicas por entidades privadas colaboradoras de la Administración*, Huygens Edt., Barcelona, 2010, pp. 427 ss.; J.C. LAGUNA DE PAZ, *Regulación, externalización de actividades administrativas y autorregulación*, RAP n° 185 (2011), pp. 89 ss.; vol. col. (dir. L. ORTEGA ALVÁREZ), *Crisis y externalización en el sector público: ¿solución o problema?*, INAP, Madrid, 2011.

<sup>20</sup> Vid. «L'esercizio delle pubbliche funzioni e l'organizzazione degli enti pubblici», en *V. E. Orlando*, vol. II, parte 3ª, 1920, recogido posteriormente en sus *Scritti vari di Diritto Pubblico*, Milan, Giuffrè, 1955, pp. 87 ss. En la doctrina española, F. SÁINZ MORENO, *Ejercicio privado de funciones públicas*, RAP n° 100-102 (1983), vol. II, pp. 1699

<sup>21</sup> B. GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, Recueil Sirey, París, 1930

<sup>22</sup> Recuérdese lo ya dicho en anterior nota 14.

<sup>23</sup> La crisis económica en la que seguimos instalados ha puesto de manifiesto, entre otras consecuencias, la necesidad de acometer una amplia reforma de las Administraciones Públicas, procediendo, además, y con urgencia, a una amplia reducción de la enorme constelación de entidades instrumentales de las que, sin excepción, se han ido dotando todas las Administraciones Públicas territoriales. Se explican así los sucesivos planes de reestructuración y racionalización del sector público aprobados por Acuerdos del Consejo de Ministros de 30 de abril de 2010 (procediendo a la fusión y extinción de algunas sociedades en diversos grupos empresariales: sociedades de aguas, de infraestructuras agrarias, culturales, etc.; y, asimismo, suprimiendo diversas fundaciones del sector público estatal), de 3 de junio de 2011 (añadiendo la extinción de otras tres fundaciones), de 16 de marzo de 2012 (ya mucho más intenso que los anteriores, por cuanto procedió a suprimir y refundir, entre sociedades y fundaciones, un total de 86 entidades estatales) y de 20 de septiembre de 2013 (afectando a otras cinco fundaciones). Y también se explica la elaboración del llamado Informe CORA (Comisión para la Reforma de las Administraciones Públicas), que, asumido por el Gobierno en junio de 2013, prevé, entre otras medidas, aprobar una nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas, con el fin de disponer de un texto completo y codificado de la organización administrativa.

He dado cuenta de esas reformas en mi trabajo “Las reformas de la organización administrativa en España como consecuencia de la crisis económica” (*Conferencia pronunciada en el X Coloquio Luso-Español de Profesores de Derecho Administrativo, celebrado en la Universidad Nova de Lisboa los días 29 y 30 noviembre de 2013*, de próxima publicación). Asimismo, J. L. MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Necesidad de una regulación básica de las modalidades organizativas de las Administraciones Públicas», en vol. col. *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público. Actas del VII Congreso de la Asociación Española de Profesores de Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 2012, pp. 297 ss.; E. MONTOYA MARTÍN, «Reflexiones sobre el sector público instrumental en un contexto de crisis económica: la inaplazable hora de la racionalización», en vol. col. *Estructuras administrativas y racionalización del gasto público...*, op. cit., pp. 15 ss.; SOCIEDAD DE ESTUDIOS DE DERECHO ADMINISTRATIVO, *La urgente reforma del sector público*, El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho, n° 31 (2012), pp. 26 ss.; A. BOTO ALVÁREZ, *El enigma de la descentralización funcional. La utilidad de otros modelos en la reforma de la Administración española*, Erasmus, Barcelona, 2013

de entidades públicas y privadas que conforman el aparato organizativo instrumental de las Administraciones Públicas<sup>24</sup>, me limitaré a decir que la “ingeniería” jurídico-administrativa ha sido capaz de adular de tal manera determinadas instituciones jurídicas que se ha llegado a dar carta de naturaleza, por ejemplo, a las llamadas fundaciones privadas de iniciativa pública, finalmente denominadas fundaciones del sector público. Y todo ello, sencillamente, con el objetivo último, encubierto en proclamas sobre la eficiencia y la eficacia que se persigue, de eludir cualesquiera controles, tanto internos como externos, que la Administración necesariamente debe soportar. Un objetivo, de todas formas, que, desde criterios más funcionales que estrictamente formales, el Derecho de la Unión Europea ha logrado de manera progresiva ir desactivando<sup>25</sup>. De manera que se está imponiendo, y más aún como consecuencia de la crisis económica, el viejo criterio de que, en última instancia, donde haya fondos públicos, sea de manera directa o indirecta, no puede dejar de haber Derecho Administrativo<sup>26</sup>.

Otra manifestación de los nuevos planteamientos radica en la tendencia

<sup>24</sup> Para una exposición global y de conjunto de ese complejo entramado de entes institucionales (organismos autónomos, agencias estatales, entidades públicas empresariales, consorcios, fundaciones del sector público, sociedades mercantiles, etc.) me permito remitir a mi *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2ª ed., Civitas Thomson Reuters, Madrid, 2014, pp. 125 ss. y a la bibliografía allí citada.

<sup>25</sup> Sobre todo en materia de contratación pública. Vid., por ejemplo, la llamada de atención del profesor E. GARCÍA DE ENTERRÍA en “Una nueva Sentencia del Tribunal Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre la contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones públicas (Sentencia *Comisión contra España*, de 16 de octubre de 2003, C-283/00), *REDA* núm. 120 (2003), pp. 667 ss. En este breve pero muy enjundioso comentario del asunto que dio lugar a la condena a España, GARCÍA DE ENTERRÍA insistiría en denunciar “la obstinada posición de nuestro Legislador y de nuestra Administración de legitimar a toda costa una elemental (en realidad cínica) técnica de <<huida del Derecho Administrativo>>, la que pretende conseguirse con el simplicísimo expediente de que la Administración dote a una organización pública genuina del carácter puramente formal de sociedad mercantil (hoy también de fundación), veste con la cual los administradores estarían legitimados para obrar con una libertad absoluta, exactamente igual que un particular, autoeximidos así de las cargas consiguientes (y que la propia Constitución impone sin equívocos) al ejercicio de los poderes públicos” (p. 668). Y concluye: “Hemos de volver a insistir en la absoluta y urgente necesidad de reformar no sólo el texto de la Ley de Contratos, sino también el de la LOFAGE, o Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de 14 de abril de 1997, norma básica de cabecera en la organización administrativa, que extiende en esta materia sus maléficos influjos sobre la totalidad de la Administración española, infringiendo, además del Derecho Comunitario, paladinamente la Constitución en cuanto al régimen propio de lo que ella llama, sin el menor condicionamiento a cuál sea el régimen formal de personificación, los << poderes públicos >>. Igualmente, todas las Leyes Autonómicas que han trasladado el supuestamente cómodo sistema de la LOFAGE a sus ámbitos respectivos. Confiamos en que la Administración española, y sobre todo el Legislador, que dicta las Leyes a que esa Administración ha de someterse (además de al Derecho Comunitario en todo caso), aprenda definitivamente esta no difícil lección” (pp. 676-677).

<sup>26</sup> Un criterio que hace ya más de treinta años, por no remontarme a otros antecedentes, Charles DEBBASCH, *Finances publiques et Droit Administratif*, 1979, pp. 121 ss., expuso con lucidez: «La presencia de fondos públicos es, hoy por hoy, el medio más seguro e idóneo para detectar la acción administrativa, y ello como consecuencia de la crisis del concepto clásico de Derecho Administrativo, que, basado entre otras razones en la distinción entre instituciones públicas e instituciones privadas, en la actualidad no es capaz de poder asimilar la tendencia creciente a que la acción administrativa no aparezca ya siempre referida a las personas públicas». Por eso, más allá de las vestiduras formales, los criterios funcionales para determinar la aplicación del Derecho Administrativo se están imponiendo de manera progresiva.

progresiva a eliminar las intervenciones administrativas previas o preventivas en muy distintos sectores, aunque, de manera destacada, en el ámbito de las actividades económicas y serviciales. El repliegue de la autorización administrativa a favor de las meras comunicaciones de actividad o las declaraciones responsables para poder desarrollar la correspondiente actividad servicial o industrial, es un cambio de extraordinaria importancia que se debe, sobre todo, a una política comunitaria que en la competencia y en su defensa hace descansar su objetivo central<sup>27</sup>. Aunque de inmediato conviene advertir que este cambio de paradigma en la intervención de la Administración no deja de conllevar serios riesgos para la seguridad jurídica y el efectivo ajuste de las actividades a la legalidad. Máxime si no va acompañado de una eficaz supervisión y vigilancia de las correspondientes actividades. Y todo ello sin perjuicio de que, además, el manido argumento de la eliminación de trabas administrativas, como efecto benéfico de la eliminación del control previo mediante la técnica de la autorización, parece desconocer que el desarrollo de las actividades queda ahora comprometido por la necesidad de suscribir pólizas de seguros que cubran los riesgos y daños que puedan generar o la realización de auditorías y otras acreditaciones privadas. Con lo que, a la postre, la eliminación de determinadas trabas burocráticas terminan dando paso a otros costes no menos importantes.

Asimismo, las potestades administrativas, sin desaparecer, tienden a flexibilizarse,

<sup>27</sup> Este cambio ha sido impulsado por el Derecho de la Unión Europea, aunque el legislador español aún ha ido más lejos. La Directiva de Servicios (Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior) ha optado por restringir los mecanismos de control administrativo preventivos consistentes en autorizaciones y figuras similares a supuestos en los que concurren razones imperiosas de interés general, por encontrarse en juego derechos, bienes y valores necesitados de una especial protección, de manera que, para el sector de los servicios, dispone que, como regla general, ha de bastar una declaración responsable o una comunicación previa para que la correspondiente actividad pueda desarrollarse. También en relación a esta cuestión, la atención doctrinal se ha plasmado en numerosísimos trabajos. Entre otros, vid. M. RODRÍGUEZ FONT, *Régimen de comunicación e intervención ambiental. Entre la simplificación administrativa y la autorregulación*, Atelier, Barcelona, 2003, y *Declaración responsable y comunicación previa: su operatividad en el ámbito local*, Anuario del Gobierno Local 2009, Fundación Democracia y Gobierno Local, Barcelona, 2009, pp. 261 ss.; vol. col. (dir. T. DE LA QUADRA-SALCEDO), *El mercado interior de servicios en la Unión Europea. Estudios sobre la Directiva 123/2006/CE relativa a los servicios en el mercado interior*, Marcial Pons, Madrid, 2009; vol. col. (coord. R. RIVERO ORTEGA), *Mercado europeo y reformas administrativas: la transposición de la Directiva de Servicios en España*, Civitas, 2009; F. LÓPEZ MENUDO, «La transposición de la Directiva de Servicios y la modificación de la Ley 30/1992: el régimen de la declaración responsable y de la comunicación previa», *Revista Función Consultiva* núm. 14 (2010), pp. 21 ss., y «Un golpe a la garantía del procedimiento administrativo común. El caso de las declaraciones responsables y las comunicaciones previas», en vol. col. *Derechos y garantías del ciudadano. Estudios en homenaje al profesor Alfonso Pérez Moreno*, Justel, Madrid, 2011; S. MUÑOZ MACHADO, «Las regulaciones por silencio (Cambio de paradigma en la intervención administrativa en los mercados)», *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho* núm. 9 (2010), Justel, pp. 70 ss.; J. R. FERNÁNDEZ TORRES, «Regímenes de intervención administrativa: autorización, comunicación previa y declaración responsable», *Revista Catalana de Dret Public* núm. 42 (2011), pp. 96 ss.; V. AGUADO CUDOLÀ y B. NOGUERA DE LA MUELA, *El impacto de la Directiva de servicios en las Administraciones Públicas: aspectos generales y sectoriales*, Atelier, Barcelona, 2012; vol. col. (dir. L. PAREJO ALFONSO), *Autorizaciones y licencias hoy. Un análisis sectorial tras la Directiva de Servicios*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013; J. I. CUBERO MARCOS, *La comunicación previa, la declaración responsable y el procedimiento administrativo: especial referencia al establecimiento de actividades y a la prestación de servicios*, Aranzadi, 2013;

buscándose fórmulas menos imperativas. Se argumenta que el tradicional acto administrativo ha de ceder el paso a convenios, mediaciones, arbitrajes, recomendaciones y figuras similares. Pero no se suele reparar que esas modulaciones conllevan riesgos importantes. Y es que, a la par que se gana flexibilidad, también aumenta de grado el componente discrecional de la actuación administrativa. Y con ello aumentan de grado, asimismo, las dificultades a las que se enfrenta la jurisdicción para poder controlar plenamente a la Administración. De este modo, alcanzada la plenitud del enjuiciamiento jurisdiccional de la Administración, tras un costoso proceso de prácticamente dos siglos de duración, tal como recordara GARCÍA DE ENTERRÍA en el último de sus libros<sup>28</sup>, la potenciación de la discrecionalidad administrativa a la que se puede llegar, siempre al socaire de esas reclamaciones de menos unilateralidad y más concertación, amenaza seriamente la eficacia plena que se espera del control judicial.

#### IV

Puede ser suficiente con lo dicho para reconocer que los cambios a los que estamos asistiendo son indiscutibles. Mientras que, al menos en la Europa continental, la Administración del siglo XIX y primera mitad del siglo XX desempeñó un papel decisivo en el progreso de una sociedad muy limitada en sus capacidades técnicas y económicas -de ahí el notable desarrollo de una Administración fuertemente intervencionista y prestacional- en la actualidad esa situación se ha invertido.

Una sociedad más fuerte y con mayor capacidad profesional, técnica y económica, está relegando a la Administración Pública a una posición secundaria, cuyas funciones se han de reacomodar obligadamente a un nuevo escenario, buscando materializar los cuatro paradigmas del Derecho Administrativo posmoderno, la “legitimidad”, la “finalidad”, la “eficiencia” y los “resultados”, tan oportunamente resaltados por el profesor DIOGO DE FIGUEIREDO MOREIRA NETO<sup>29</sup>. En la actualidad, ha prendido definitivamente la idea de que, para que los servicios públicos se presten en condiciones adecuadas, la Administración no tiene ya que dotarse de unos medios personales y materiales que la propia sociedad puede suministrar con mayor eficiencia y calidad. Sencillamente le basta con regular, cediendo por completo la gestión.

Ahora bien, a pesar de estos cambios, los fines del Estado social no han desaparecido. La incidencia de esos cambios se refleja más en los medios que en los fines; es decir, en los medios técnicos característicos del Derecho Administrativo. Lo diré de otra forma: la evolución del Estado social - máxime cuando estamos inmersos en una crisis económico-financiera tan grave y profunda - guarda relación, ante todo,

<sup>28</sup> Vid. *Las transformaciones de la Justicia Administrativa: de excepción singular a la plenitud jurisdiccional. ¿Un cambio de paradigma?*, Thomson-Civitas, 2007. Por lo demás, hay traducción al portugués de Fabio MEDINA OSÓRIO, con una presentación de Diogo de FIGUEIREDO MOREIRA NETO, Edt. Fórum Belo Horizonte, 2010.

<sup>29</sup> Vid. su sugestivo ensayo *Quatro paradigmas do Direito Administrativo pós-moderno*, Edt. Fórum, Belo Horizonte, 2008.

con las formas de actuación para asegurar los fines que asume y debe asumir el Estado, los cuales, sin embargo, en su esencia - al menos hoy por hoy -, no se encuentran cuestionados. Podría decirse, en definitiva, que la característica del proceso es la de la subsistencia de los fines y la transformación de las formas de intervención. Y por eso mismo, no creo que pueda decirse, como con creciente frecuencia se viene diciendo, que los fundamentos mismos del Derecho Administrativo estén sustancialmente afectados, aunque sólo lo sea porque los del Estado social y democrático de Derecho siguen vigentes.

Por tanto, al final el reto pasa más bien por reajustar un modelo que, al menos en su estructura básica, no ha encontrado aún alternativa. Aunque también urge poner freno a una degradación injustificada que, interesadamente, apela a los nuevos tiempos para dinamitar logros incuestionables para los derechos y garantías de los ciudadanos. No otra ha sido y es la razón del Derecho Administrativo, la de juridificar y ordenar el poder público y su ejercicio mismo. Un Derecho Administrativo que en gran medida se mantiene como un Derecho de prerrogativa, aunque no sólo, pues, a la vez, aspira ser garante de los derechos de los ciudadanos ante el poder público. Y de ahí que no se deba ceder al simplismo de entender, de forma indiscriminada, que toda disminución de prerrogativas es una conquista de la libertad. Posición ésta aparentemente progresista que, sin embargo, puede ser la más conservadora en cuanto conduce a desarbolar a la Administración y, en definitiva, a dificultar los cambios necesarios para, desde la Ley, avanzar en el camino que conduce de la igualdad jurídica a la igualdad real. No se debe desconocer, en efecto, que los poderes públicos han de estar situados en una posición jurídica singular, si bien esa posición - en defensa de la libertad y de los derechos individuales - debe ser ajustada a la Ley, proporcionada a la consecución de los fines y funciones de interés general que tienen encomendados y siempre plenamente sujeta al control judicial.

Concluyo. Y me parece que nada mejor que hacerlo recordando la advertencia que, ya a principios de los años sesenta del siglo pasado, formulara el profesor Garrido Falla: “Sin duda que los tiempos cambian y que significaría falta de sentido histórico seguir operando en el plano técnico-jurídico como si nada hubiese ocurrido; pero echarlo todo por la borda demuestra todavía más falta de sentido histórico: pues lo que la historia nos ofrece es cabalmente un panorama de oscilaciones ideológicas pendulares en las que los valores y principios que en un momento dado aparecen como superados y caducos, vuelven a surgir después, cuando la etapa siguiente comienza a agotar su virtualidad”<sup>30</sup>.

En definitiva, el Derecho Administrativo de nuestro tiempo no ha dejado de ser el Derecho Administrativo conformado paso a paso, en un proceso lento pero continuo, a lo largo de los dos siglos pasados. Ni se atisba que, hoy por hoy, vaya a dejar de serlo. Sus fundamentos y sus técnicas esenciales, trabajosamente alcanzados, se mantienen y no hay razones concluyentes para afirmar que no pueda ya cumplir

<sup>30</sup> Vid. en su libro *Las transformaciones del régimen administrativo*, Colección de Estudios de Administración, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1962.

la función que da cuenta de su razón de ser. Los tiempos cambian, ciertamente, y es lógico que se impongan ciertos reajustes en las instituciones técnicas características de nuestro Derecho. Con todo, y no otra cosa he pretendido decir, seguro que mucho menos de lo que con tanta frecuencia se suele afirmar.

Madrid, 2 de septiembre de 2014.