

Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, Iustel.

El Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General del profesor Muñoz Machado constituye la sistematización y exposición más amplia, completa y detallada del Derecho Administrativo que se ha hecho en España en toda la historia de la disciplina. Incluso a escala europea, muy pocas obras personales pueden parangonarse a este Tratado por su profundidad y alcance.

El término Tratado sólo puede en puridad ser aplicado a una obra que pretende explicar una materia de forma entera y agotadora, sistematizándola y analizando sus instituciones con la extensión y la profundidad que cada una demanda. Ni más ni menos. Por ello, no todas las obras rotuladas de Tratado lo son en realidad. Muchas revelan las apreturas y limitaciones que imponen el resumen o las necesidades de la docencia, cuando no el acarreo de la dogmática aprendida y poco atenta a los requerimientos del presente, mas cercana al mito que a la realidad de las cosas. Pero la obra del profesor Muñoz Machado es cabalmente un Tratado en el sentido genuino del término; un Tratado que, como tal, asume abiertamente el reto –y el riesgo– metodológico de sistematizar una rama entera del Derecho sin escamotear los debates dogmáticos ni la ocasión de reconsiderar cada una de las instituciones del Administrativo y del Derecho Público general a la luz de su pasado y de su finalidad presente, lo que no pocas veces requiere realimentar muchas de esas instituciones, contextualizarlas de nuevo y, a veces, desarraigarlas o simplemente desecharlas. Proyectoado como una obra dividida en cinco volúmenes, de los que ya han aparecido los cuatro primeros, el Tratado está concebido con la intención de aplicar rigurosamente esa metodología desde la reflexión plenamente documentada y con total libertad intelectual.

El profesor Muñoz Machado parte de la percepción de que la mayor parte de las categorías e instituciones jurídicas que se emplean ordinariamente para disciplinar la actuación de los poderes públicos y asegurar su sometimiento al Derecho se formaron a finales del siglo XIX y principios del XX en un contexto político, económico y constitucional completamente diferente del actual. Pese a ello, la dogmática iuspublicista está gobernada por no pocas ideas preconcebidas, decantadas por la inercia de los años y por valores sobrentendidos que muchas veces asumimos de modo acrítico, pero que han perdido o han visto profundamente transformado el sustrato histórico y coyuntural que les daba sentido, convirtiéndose en una especie de armaduras huecas, carentes de encarnadura,

que sólo muy forzadamente se adaptan –muchas veces sin conseguirlo– a las necesidades de la sociedad contemporánea. Ello impone revisar los dogmas recibidos y ponerlos al día. Al hacerlo, el profesor Muñoz Machado va construyendo una sistematización del Derecho Público de nuestro tiempo que tiene muy presentes las circunstancias que han cambiado las claves de la disciplina: el paso de un sistema cerrado y estructurado de fuentes del Derecho a uno extraordinariamente fraccionado, disperso y abierto a fuentes de distinta proveniencia y orientación, en el que los cada vez más complejos procesos de integración normativa presiden la mayor parte de los conflictos jurídicos; el tránsito de una concepción centralizada y centralizadora del Estado a una fuerte descentralización; de la estatalización de los servicios públicos y la presencia del Estado en el mercado a un sistema liberalizado en el que el Estado ocupa funciones de regulador y sólo excepcionalmente de gestor; la transformación de una Administración prestadora y generadora de estructuras de bienestar, a una Administración apremiada por los recortes y la contención del déficit; de un Derecho casi exclusivamente estatalizado, a un sistema jurídico europeizado y globalizado, en suma.

El volumen I del Tratado, editado en 2004 y en 2006, aparece en su tercera edición de 2011 completamente remozado. Se dedica por entero a la configuración histórica y la significación actual de las instituciones fundamentales alrededor de las cuales se organizan y actúan los poderes públicos, y el proceso seguido en los dos últimos siglos hasta conseguir, paulatinamente, su sometimiento pleno al Derecho.

El punto de partida es conocido, los grandes principios y soluciones técnicas que han ido forjando el orden jurídico político–constitucional y la problemática clásica del Derecho Administrativo se sitúan entre las dos coordenadas que delimitan los derechos de los ciudadanos y el principio de autoridad: las habilitaciones de poder exorbitante que la Administración reclama para hacer posible su misión de conservación del orden público y de transformación social, de un lado; y, de otro, la garantía a de los ciudadanos frente al poder, plasmada en el reconocimiento y defensa de los derechos y libertades públicas.

El Derecho Administrativo se ha conformado históricamente como un equilibrio conciliador entre las dos vertientes de la Administración: entre las exigencias del control y los requerimientos de la acción. Por un lado, las técnicas jurídicas de la reserva de Ley, de subordinación del Gobierno al Parlamento, la del Reglamento a la Ley, la responsabilidad del Estado por las actuaciones administrativas, la progresiva extensión del control jurisdiccional a todas las decisiones gubernamentales, la toma de decisiones formalizada en un procedimiento o la adopción de un criterio orgánico del acto administrativo para

proporcionar una vía de imputación efectiva de las decisiones ilegales, no son sino reflejos y concretas manifestaciones de una clara voluntad de sujetar el poder exorbitante de la Administración. Por otro lado, la formidable transformación del papel de la Administración, acelerada a partir de la segunda mitad del siglo XX (de la que el profesor Muñoz Machado analizó sus consecuencias en el marco jurídico europeo en una obra imprescindible sobre *La Unión europea y las mutaciones del Estado*, Alianza Universidad, Madrid, 1993), explica otras tantas técnicas jurídicas, como la ejecutividad y la ejecutoriedad del acto administrativo, la atemperada teoría de las nulidades del acto, la discrecionalidad administrativa, el recurso administrativo previo, el carácter revisor de la jurisdicción contencioso-administrativa o la materialización de la evanescente idea de interés general y sus múltiples exigencias en técnicas muy diversas (que van desde el *ius variandi* de la contratación a la inalienabilidad, inembargabilidad o imprescriptibilidad del dominio público).

Pero, como apuntábamos, el Derecho Administrativo clásico del que siguen siendo tributarias buena parte de las exposiciones modernas de la disciplina, se consolidó en un marco ideológico, socioeconómico y jurídico constitucional diametralmente diverso al de hoy en día. El estatalismo, la primacía de la Ley, la organización los poderes públicos y de sus relaciones, el proteccionismo económico o la concepción de las relaciones entre Estado y sociedad poco tienen que ver entre aquella época y la nuestra. Las nuevas orientaciones que presiden el Derecho Público están conformadas por un cuadro de valores político-constitucionales radicalmente diferentes: la primacía de los derechos ciudadanos por encima de la Ley, la expansión y multiplicación de estos derechos, el vaciamiento de poderes soberanos en pro de instancias europeas e internacionales, la descentralización política interna, la liberación económica y la primacía del mercado, la supeditación de la propiedad y la riqueza productiva al interés general o la entronización de la Justicia como poder dirimente de los conflictos y de toda clase de decisiones de los demás poderes, son algunas de las palancas de transformación que sirven para contrastar la vigencia de las instituciones jurídico-públicas y analizar las mutaciones de los viejos dogmas y la emergencia de los nuevos desde la perspectiva del principio de legalidad, del sometimiento de los poderes públicos al Derecho, cuyas peculiaridades constituyen la idiosincrasia y la razón de ser de la disciplina.

El volumen II, publicado en 2006, está dedicado al ordenamiento jurídico. Explica su estructura y la dinámica de las normas que lo integran, replanteando completamente la doctrina recibida sobre el sistema de fuentes a la luz de las aportaciones de la doctrina más reciente.

Al analizar el consabido problema de la crisis de la Ley y del correlativo avance de normas secundarias de diverso origen, el profesor Muñoz Machado afina las distintas repercusiones de la cuestión: la proliferación e hipertrofia de los productos normativos o en alteraciones sustanciales del ámbito natural de los mismos, el encaje en la cúspide del sistema de fuentes del Derecho Comunitario Europeo (tema de la predilección del autor, que ya tratara en sus obras *El Estado, el Derecho Interno y la Comunidad Europea*, y antes en *El ordenamiento jurídico de la Comunidad Europea y la Constitución Española* Civitas, 1986 y 1980, respectivamente), el extendido juego del Decreto-Ley y de las fuentes gubernamentales con rango de Ley en la creación del Derecho, el peso específico de la potestad reglamentaria, de la planificación y de otras técnicas directivas de naturaleza cuasi-normativa, o la creciente dependencia que la regla de Derecho tiene de elementos y conceptos técnicos definidos normativamente extramuros de sistema jurídico son algunas de más llamativas transformaciones en el sistema objetivo de fuentes en el orden jurídico constitucional.

Junto a ello, desde una perspectiva subjetiva, la obra pone de relieve la proliferación de centros de producción de la regla de Derecho y los problemas de articulación que acarrea esta especie de metástasis de reguladores, con competencias generales o sectoriales, que es fruto de la extraordinaria complejidad del reparto de competencias normativas entre los distintos centros de poder. A la dispersión territorial de éstos, producto de la multiplicación de las Administraciones territoriales con autonomía política y de nuestra incorporación a las Comunidades europeas, se ha unido, además, una incisiva descentralización funcional de la potestad normativa en el terreno económico y productivo. En el contexto de esta otra forma de descentralización, el reconocimiento de poderes normativos a las llamadas Administraciones o autoridades independientes es un fenómeno asentado y en expansión. Más recientemente, también se ha llamado la atención sobre la creciente incorporación, por vía remisoría, de normas de origen privado al ordenamiento jurídico y del papel de la autorregulación en la ordenación de ciertos sectores, verdadero caldo de cultivo de novedosas fórmulas de creación de la regla de Derecho en las que se confunden los aspectos coercitivos con la autonomía de la voluntad y que son fenómenos certeramente Tratados en este volumen.

Tal y como el propio autor dijera en uno de sus más clásicos trabajos (*Cinco Estudios sobre el poder y la técnica de legislar*, Civitas, 1986) el ordenamiento jurídico ha ido “*formando poco a poco una masa, cada vez menos inteligible, dentro de la cual los aplicadores de las normas no pueden desenvolverse con facilidad ni discernir sin esfuerzo cuál es el derecho aplicable a un hecho, relación o situación jurídica determinados*”. El crecimiento incontrolado y desordenado del material normativo conlleva como

consecuencia la inmediata dificultad para conocer cuál es el Derecho aplicable, y más aún, cuál es el Derecho vigente.

Para orientar al aplicador del Derecho que permanente clama por la seguridad jurídica en este abigarrado entramado normativo, el autor depura las pautas de una nueva hermenéutica jurídica: la superioridad normativa de la Constitución (tema predilecto del Profesor Muñoz Machado, magistralmente expuesto en su obra *Constitución*, Iustel, Madrid 2004); la ordenación constitucional de la dinámica del sistema normativo e interpretativo del Derecho, con las correcciones que ha introducido la “europeización de la Constitución”; la reordenación de las relaciones internormativas en torno a los principios de jerarquía, competencia, prevalencia y supletoriedad; o los diversos mecanismos de integración normativa de las normas procedentes de las distintas Administraciones territoriales

El volumen III, aparecido en 2009, versa sobre la organización territorial del Estado y las Administraciones Públicas. La autoridad del profesor Muñoz Machado en el tema está fuera de toda cuestión. Basta recordar la importancia capital de su *Derecho Público de las Comunidades Autónomas*, verdadero Tratado sobre la materia editado en dos volúmenes (primera edición de Civitas, en 1987, y segunda edición –muy remozada– en Iustel, 2007) o las claves históricas de la división (y actual desvertebración) territorial del Estado y de la cuestión del Estado en España (el “problema de España” de los regeneracionistas) que analizó en su monografía sobre *El problema de la vertebración del Estado en España* (Iustel, 2006). O, en el plano ya de la Administración local, lo que ha supuesto la reciente aparición de la tercera edición actualizada y aumentada del imponente *Tratado de Derecho Municipal*, en cuatro tomos y casi cinco mil páginas, coordinado por el propio Muñoz Machado (Iustel, 2011).

Además del tratamiento debido al reparto de competencias y a los mecanismos de resolución de los conflictos de competencias en una obra de esta índole, destaca el tratamiento de los perfiles más problemáticos y lábiles de la cuestión competencial, tales como los derivados del blindaje estatutario de competencias, la determinación legal de las competencias autonómicas en la legislación sectorial, de las dificultades de integración de los desarrollos normativos en marcha de Estatutos que han sido parcialmente declarados inconstitucionales, o los efectos que dicha declaración puede tener sobre los Estatutos que, sin haber sido cuestionados por tal cosa, contienen idénticas prescripciones normativas.

Especial interés tienen los capítulos referidos a los mecanismos de inte-

gración del ejercicio de competencias, donde se ponen en evidencia la fragilidad y las fisuras del sistema. Algo especialmente alarmante en los momentos de máxima tensión del modelo constitucional que actualmente vivimos, en los que tanto en falta se hecha una doctrina del Tribunal Constitucional que verdaderamente aporte seguridad señalando los límites generales al ejercicio de las competencias autonómicas (asunto sobre el que el propio Muñoz Machado ha llamado la atención en un reciente trabajo, publicado en el núm. 15 de *El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho*, de octubre de 2010, que, parafraseando el primer apartado del artículo 147 de la Constitución española, el autor titula “Dentro de los términos de la presente Constitución”).

El IV volumen del Tratado, que ha visto la luz en 2011, lleva por título *la actividad administrativa*. En él convive el tratamiento de las instituciones clásicas en las que se encarna la teoría general del negocio jurídico público, el acto administrativo y los contratos del sector público, con un novedoso planteamiento de los fundamentos y las instituciones jurídicas de la *Regulación*: concepción amplia y general de los aspectos fundamentales de la intervención del Estado en la sociedad y vocablo de remplazo de las clásicas formas de la intervención administrativa que es entendida desde esta perspectiva como un conjunto de normas, instrumentos y técnicas de ordenación, supervisión e intervención pública de la economía y que tiene un valor de ordenación general de la misma, como ha puesto de manifiesto el profesor Muñoz Machado, junto al profesor Esteve Pardo, en el primer volumen (*Fundamentos e Instituciones de la Regulación*, Iustel, 2009) de la obra *Derecho de la Regulación*, compendio en diez volúmenes, coordinador por el profesor Muñoz Machado, de las peculiaridades de la regulación en cada uno de los principales sectores de la economía. Sobre la disciplina jurídica de la regulación se han publicado muchos estudios monográficos en los últimos años, pero era precisa una sistematización y explicación general, que es el objeto fundamental de la segunda parte de este IV volumen del *Tratado*.

Al trazar el tránsito de las concepciones conceptuales de la dogmática iuspublicista clásica, a partir de las formulaciones de la doctrina europea de principios del siglo XX, hasta la vigente fórmula del Estado regulador y del Estado garante, el autor replantea el tema central de la evolución de la secular categoría del servicio público y de su reciente proceso de reconversión. La categoría que sirviera antaño a Duguit y a la Escuela de Burdeos como criterio delimitador del ámbito del Derecho Administrativo y definidora de la competencia de la jurisdicción contencioso-administrativa ha sufrido una transformación radical al socaire de los “servicios de interés económico general” alumbrados en su día por el Tratado de la Comunidad Económica Europea. Esta

otra categoría ha acabado por desplazar la técnica tradicional del servicio público en los grandes servicios en red y los sectores retenidos por una suerte de “recreación” del mercado que pretende, mediante técnicas de regulación, equilibrar la tensión entre el interés público y los intereses privados que se concitan en este tipo de actividades económicas. Equilibrio que implica reconocer rasgos de *esencialidad* en estas prestaciones respecto de las necesidades de los ciudadanos y que se traduce, principalmente, en un conjunto de limitaciones y de obligaciones para los operadores, entre las que destacan la prestación de “obligaciones de servicio público” y la garantía de un “servicio universal”. Con esta última fórmula se pretende cubrir las carencias del mercado para prestar servicios que se consideran esenciales para todos los ciudadanos y que, por ello, no pueden depender del juego de la oferta y la demanda ni del ánimo de lucro. El servicio universal, como la obligación de servicio público más importante de todas, representa el estándar comunitario en el acceso a un conjunto de prestaciones básicas previamente definidas, con una calidad suficiente, ofertado en todo el territorio a un precio razonable y a todos los usuarios, con independencia de cuál sea el operador que contraten y de cuáles las circunstancias geográficas y económicas en las que se desarrolla la oferta.

Pero el alcance que el profesor Muñoz Machado da al ámbito y al objeto de la regulación es bastante más amplio y no se limita a la estricta ordenación y supervisión de los mercados, lo que le permite extender el concepto y proyectar las potestades y técnicas de la regulación a muchos otros ámbitos, como la organización (la creación de Agencias regulatorias es una clara proyección de esta técnica), el procedimiento administrativo (las reglas de transparencia y de simplificación) o la generación de nuevos principios de control de las potestades de regulación. Asimismo, el autor reconfigura de forma totalmente novedosa las técnicas tradicionales de la policía administrativa (y la dulcificación de las mismas a raíz de la Directiva Bolkestein) desde la regulación de los derechos subjetivos, lo que hace partiendo de una sugerente revisión crítica de la doctrina sobre las diferencias entre los derechos en función de que requieran o no prestaciones positivas de los poderes públicos para su realización o ejercicio. Este mismo enfoque es el que, a su vez, le permite situar la actividad de fomento en clave de regulación de empresas y mercados. La concepción de la regulación como técnica de ordenación de derechos le permite finalmente al autor considerar también bajo esta óptica (y la de los límites de la regulación) las potestades ablatorias de la propiedad y de los derechos patrimoniales legítimos y el régimen de intervención de empresas.

Por así decirlo, toda la parte especial del Derecho Administrativo quedaría, pues, bajo el paraguas teórico y conceptual de la regulación, donde enca-

jaría, reformada en todas sus manifestaciones, la tríada tradicional que diferenciaba dentro de la intervención administrativa las actividades de servicios público, policía y fomento.

A falta del quinto y último volumen, los cuatro primeros volúmenes del Tratado suman casi cinco mil páginas y, cuando la obra esté terminada, superará las seis mil. Rara conjunción de rigor, erudición y enciclopedia (impone imaginar el titánico esfuerzo que habrá supuesto el ingente manejo de tal cantidad de datos legales, jurisprudenciales y bibliográficos, tan exhaustivos como actualizados), el Tratado del profesor Muñoz Machado es, además de un verdadero Tratado –en el sentido genuino que notábamos al principio–, una “obra de autor”. Lo es tanto desde el punto de vista del método como del contenido, que refleja claramente las concepciones del autor; pero también es una obra de autor en su forma, que revela un diseño absolutamente personal en el modo de exposición de los contenidos, con la facilitadora ayuda de los subepigrafiados al margen correlativamente numerados, y en la elaboración de los útiles índices analíticos, de materias y autoridades.

Resulta imprescindible seguir la reconstrucción de las exposiciones teóricas, sus proyecciones prácticas y la información inmensa de esta magna obra, por cualquier estudioso, especialista u operador jurídico ordinario que tenga que manejar las instituciones y las técnicas del Derecho Administrativo y del Derecho Público general, y desee conocer su verdadera proyección y significado en el marco constitucional y comunitario europeo actual.

Juan Antonio Carrillo Donaire