

## Capítulo I:

# Las Concepciones del Derecho Administrativo

**SUMARIO:** I INTRODUCCION. LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO. *A) Los fundamentos político-jurídicos del Derecho administrativo. B) El elemento nuclear configurador del Derecho administrativo: a) El punto de vista subjetivo u orgánico. b) La concepción finalista o teleológica. c) Las concepciones basadas en la actividad. d) La cuestión en el vigente derecho positivo español. e) La persistencia de concepciones generales y su ambigüedad. C) Otras precisiones influyentes en el orden conceptual del Derecho administrativo. a) La separación entre Administración y Justicia. b) La separación entre política y Derecho. c) La separación entre Derecho administrativo y servicio público.*

## **CAPITULO I.-**

### **INTRODUCCION: LAS CONCEPCIONES DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.**

De lo dicho en el prólogo, resulta fácil deducir que no existe una concepción unívoca del Derecho administrativo y ello obedece a que la doctrina administrativista ha tratado de encontrar el factor principal que le ayuda a estructurar el contenido de dicho derecho y a definirlo y, de este modo, unos han visto como elemento clave al interés público, otros a la Administración pública, otros el poder, otros la garantía, etc. Pero, determinar lo que constituye el Derecho administrativo o, lo que es lo mismo, cuál es su contenido, no es sólo una cuestión que afecta a los encargados de su enseñanza, sino que constituye también un problema teórico y práctico de suma importancia, porque tiene una repercusión esencial en el modelo de Estado de Derecho correspondiente; en nuestro

caso, como es natural, en el del Estado español, y ello en cuanto el Derecho administrativo se ocupa de la parte del ordenamiento jurídico que representa verdaderamente la sumisión del Estado al Derecho como paradigma del estadio o fase social en la que el Estado se somete a las leyes que dicta o a la Constitución, sin que esté por encima de ellas o exento de su cumplimiento. Pero, si se enfoca, desde otra perspectiva, desde la de la limitación por el Estado de los derechos subjetivos o individuales en favor de los derechos colectivos e intereses públicos, el Derecho administrativo aparece como el instrumento básico del sistema de dominación del Estado sobre la sociedad y como componente del sistema de legalidad que legitima dicho sistema, conforme, aún, con el esquema ideal weberiano.

Por ello, establecer que una determinada cuestión forma parte del Derecho administrativo y constituye, en consecuencia, ordenamiento jurídico, lleva, como conclusión, a considerar que es derecho al que se somete el Estado, o sea al que se someten sus diferentes Administraciones públicas, en una doble garantía, particular o individual y general o colectiva, de los derechos de los ciudadanos. Realizar esta determinación, a su vez, debe llevar necesariamente a plantearse que dicho derecho debe ser efectivo y hacerse realidad, pues de no ser eficaz la norma correspondiente, en la práctica, dejaría de ser derecho o tendríamos que concluir que una parcela del derecho objetivo no somete al Estado; es decir a sus poderes y, por tanto, tampoco a las Administraciones públicas<sup>7</sup>.

---

<sup>7</sup> La necesidad de eficacia del derecho para considerarlo como tal ya fue puesta con mucha claridad por **Ihering** en sus obras *El espíritu del Derecho Romano* y *El fin en el derecho*; en ésta última, en la edición, sin referencia anual, de B. Rodríguez Serra, Biblioteca de Filosofía y Sociología, en p. 269, concretamente nos dice: *el derecho se nos presenta como un mecanismo público destinado a realizar normas reconocidas por el poder público como obligatorias para todos y para el mismo*. Manifestación que no sólo evidencia la necesidad de coacción para la eficacia del derecho, permanente afirmación del autor, sino lo que nos interesa aquí la real importancia del derecho público y, por tanto del Derecho

Con lo antedicho, hemos apuntado una cuestión esencial en el orden jurídico y que presenta, en el orden de la administración pública y en el del control de la legalidad de los actos de las Administraciones públicas y de otros poderes y órganos constitucionales, un punto crucial en el que confluyen la tendencia a incrementar al máximo el control de la actividad de dichas Administraciones sometiéndolas a derecho o la de mantener un margen de acción que les permita ser eficaces y atender a los problemas de cada momento. Este punto crucial presenta, a su vez, múltiples caras o facetas, tales como: el alcance de la reserva de ley, si ésta debe tener un límite o no y, unido a ello, el alcance del reglamento, su naturaleza ordenadora, etc.; la distinción entre organización y derecho; los límites a la discrecionalidad; el concepto de la arbitrariedad o el alcance de los criterios de oportunidad; el concepto de la función pública y el del servicio público; la gestión de tipo empresarial; la denominada privatización; la desreglamentación, etc.; dichos sean estos ejemplos a título enunciativo.

El objeto de nuestro análisis es el de la dicotomía que en el seno del Derecho administrativo representa la distinción entre derecho y organización, en cuanto ella se propone en numerosas ocasiones como una confrontación entre dos conceptos al objeto de determinar qué cuestiones constituyen, o no, dicho derecho y, por tanto, qué puede ser o no objeto de control por los Tribunales contencioso - administrativos. Para el análisis proyectado, parece oportuno, puesto que la cuestión principal es determinar lo que constituye Derecho administrativo, comenzar por ver lo

---

administrativo. Por su parte, en *Espíritu del Derecho Romano*, en la edición de Comares S.L, Granada 1998, p. 39, Ihering dice la <<función del derecho ,en general, es la de realizarse. Lo que no es realizable nunca podrá ser derecho, y, por el contrario, todo aquello que produce esta función será derecho aun antes de ser reconocido como tal (derecho consuetudinario)>>

que hoy en día representa este derecho, de un modo global, pero sobre todo teniendo en cuenta lo que en él supone la dicotomía o relación, si se quiere, entre derecho y organización. Ello constituye, pues, el intento que se realiza en los puntos siguientes.

***A) Los fundamentos político – jurídicos del Derecho administrativo.***

Es común en la doctrina española del Derecho administrativo el considerar que éste, como sistema, tiene su origen básico en la división o separación de poderes tal como se configura a partir de la Revolución francesa; sistema que se consolida en la administración napoleónica. Desde este punto de vista, el Derecho administrativo se presenta, básicamente, como una consecuencia de la separación entre Administración y Justicia. La consecuencia, a su vez, de esta separación es que la definición de lo que es derecho en un caso concreto no constituye sólo una competencia del Poder judicial, así como que la definición general de lo que es derecho o su creación no es, únicamente, tarea del Poder legislativo, sino que en ambos casos es también una competencia del Poder ejecutivo; porque éste reconoce derechos mediante sus resoluciones administrativas y dicta reglamentos que definen o concretan el derecho, e, igualmente, confecciona los proyectos de ley. En resumen, como resulta lógico según la división de poderes, en su concepción jurídica y política, el Poder ejecutivo es un poder jurídico, igual que los otros dos citados.

Insistiendo, pues, en las ideas básicas que se acaban de exponer, el Poder ejecutivo tiene competencias en la creación y definición del derecho en general, pero también actúa en casos concretos reconociendo derechos en favor de terceros o limitándolos en función de los intereses públicos y

generales definidos y establecidos en las leyes. Es decir, la actividad ejecutiva que corresponde al Poder ejecutivo es jurídica y no es sólo material o física o meramente administrativa y gestora.

Además de este aspecto general, que se pone de manifiesto por la doctrina, hay otro también fundamental en el esquema político-jurídico que aquí nos ocupa y es el de considerar que el sistema de Derecho administrativo representa el sometimiento del Estado al Derecho. Prácticamente, pues, de esta afirmación se tendría que concluir que el Derecho administrativo es esencial para concebir la idea del Estado de Derecho, pues él conlleva necesariamente dicho sometimiento, sin el cual no existiría. El Derecho administrativo se configura como esencial en un sistema democrático y se evidencian con ello sus raíces políticas y su importancia en la estructura del Estado. Pero, al manifestar este aspecto de sometimiento del Poder ejecutivo o de la Administración al Derecho, se destaca el aspecto del Derecho administrativo como un cuerpo normativo u ordenamiento jurídico que se les impone y que deben respetar. Es esta la idea del Derecho administrativo como derecho - garantía para los ciudadanos o particulares. Sin embargo, también, por todo ello constituye un instrumento que utiliza la burocracia y contenido propio de su especialización profesional.

Según se destaque el aspecto de poder jurídico del Poder ejecutivo o, en su caso, de la Administración, o su sometimiento a derecho, se destacan, a su vez, los aspectos sociales o individualistas del Derecho administrativo, porque quienes ponen su acento en el aspecto de poder frente a los derechos de los particulares, lo hacen destacando que este poder se fundamenta en el bien social o en el interés público, mientras que quienes destacan las limitaciones de la Administración lo hacen poniendo

de manifiesto el poder del derecho subjetivo o individual frente al poder público. Esta cuestión de lo social y lo particular se nos presenta como una dicotomía, según se ponga de relieve desde puntos de vista liberales o socialistas, cuando en realidad son aspectos inseparables o constitutivos de la propia naturaleza del Derecho administrativo.

Así, pues, concluyendo, las bases jurídico-políticas del Derecho administrativo son la división de poderes y carácter jurídico del Poder ejecutivo y el sometimiento del Estado al Derecho, no como cuestiones inconexas sino como una unidad o consecuencia ineludible. Cuando solamente se pone el acento en la idea del sometimiento del Estado al Derecho, como límite frente a los derechos de los ciudadanos, nos encontramos con el modelo típico del sistema anglosajón o del <<common law>>. Las consecuencias de movernos en éste sistema o en uno de <<régimen de Derecho administrativo>>, son, en definitiva, las de si la Administración decide o no el derecho en casos concretos y si el control de sus actuaciones lo realizan unos órganos jurisdiccionales encuadrados en la propia Administración o lo realiza el Poder judicial a través de su jurisdicción ordinaria o de una especial. En el caso, como es el español, en que la Administración decide en una primera fase lo que es derecho en casos concretos o adopta decisiones que tienen carácter jurídico y cabe el control posterior de estas actuaciones y decisiones por el Poder judicial, aún nos encontramos desde el punto de vista doctrinal en un sistema de Derecho administrativo.

Expuestos los fundamentos que constituyen el objeto de este punto y, parte de su asimilación en nuestro sistema, conviene abordar el apartado siguiente, en el que el problema que se plantea, como ya hemos señalado, para quienes pretenden concebir el Derecho administrativo, es definir el

elemento que le es propio y peculiar y que permite su configuración y la delimitación de su contenido o, lo que es lo mismo, la fijación de sus límites, conexiones y separación del resto de disciplinas y ciencias jurídicas. Es esta cuestión la que trataré de abordar en el punto siguiente<sup>8</sup>.

### ***B) El elemento nuclear configurador del derecho administrativo.***

Se decía en la introducción que el concepto del Derecho administrativo se muestra como una idea clave que permite no sólo concebirlo, sino decidir cuales son las cuestiones, materias y contenidos que le corresponden y delimitar, también, sus relaciones con otras materias; en definitiva, el concepto permite a cada estudioso, con ánimo científico o docente, considerar desde qué puntos de vista o aspectos enfocar la materia y darle sentido.

En este camino para conceptualizar y definir, al cabo, el Derecho administrativo, se puede decir que los distintos autores que de él se han ocupado y se ocupan, se basan en tres aspectos diferentes. Unos ponen el acento en el sujeto o sujetos del Derecho administrativo, otros en la actividad que lo caracteriza y otros en el fin que persigue.

---

8 No considero necesaria una exposición de todos los autores que analizan el concepto del Derecho administrativo y las diferentes posturas al efecto. Toda la doctrina española se ocupa de la cuestión, pues, como ya hemos apuntado, forma parte de la formación exigida para la superación de las pruebas de ingreso en los cuerpos docentes universitarios para las plazas correspondientes a la disciplina. Por ello, sólo destacaré alguna de las visiones que nos ofrecen el conjunto de las concepciones.

En este sentido, el lector interesado puede hacerse con una visión general en las siguientes obras:

**Boquera Oliver, J. M<sup>a</sup>**; “*Derecho Administrativo*”. Editorial Cívitas.- Madrid 1996; 10<sup>a</sup> edición. p. 53 y ss.

**Escribano Collado, P**; *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?* Revista Española de Derecho Administrativo, núm 37, Abril-junio 1983; pp 165 y ss.

**Parejo Alfonso, L**; “*El concepto del derecho Administrativo*”, Caracas, 1984 y en *Manual de Derecho Administrativo*; junto con **Jiménez Blanco, A y Ortega Alvarez, L**. Edit. Ariel; Barcelona 1996.

**Linde Paniagua, E**; “*El Derecho Poder. Una reflexión sobre el Derecho Administrativo*”; Edit. Colex 1999. Por reciente y por su análisis y enfoque destaca la exposición de la cuestión que realiza **Muñoz Machado, S** en su obra *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo I., p. 49 y ss. Edit. Thomson. Civitas. Madrid 2004.

*a) El punto de vista subjetivo u orgánico.*

Los que encuentran en el sujeto la razón explicativa o la causa del Derecho administrativo, se ocupan de destacar que éste se caracteriza porque existe un sujeto que son las Administraciones públicas que constituyen el fundamento de dicho derecho. Desde este punto de vista, pues, si no existieran matizaciones, se llegaría a la conclusión de que toda actividad que se desarrollase por una Administración pública interesaría al Derecho administrativo; sin perjuicio de que el problema principal que se plantearía es el de determinar qué se considera como Administración pública.

Respecto al concepto de lo que constituye una Administración pública para el Derecho administrativo, hasta ahora sólo se había incluido en este concepto -y prácticamente con carácter general se sigue haciéndolo- a las denominadas Administraciones públicas territoriales; es decir: la Administración del Estado o Gobierno central; la Administración de las Comunidades Autónomas y la Administración local, integrada por las provincias y los municipios, con sus organizaciones más representativas: la Diputación y el Ayuntamiento. En este concepto de Administraciones públicas se encuadraban las personas jurídicas dependientes de dichas Administraciones territoriales. En el fondo, pues, sólo se viene considerando Administraciones públicas a las que se corresponden con los distintos gobiernos territoriales, y que, en consecuencia y en conjunto, constituyen los distintos poderes de carácter ejecutivo que cumplen fines generales.

Tradicionalmente se han excluido las administraciones de los otros poderes del Estado: el legislativo y el judicial. Esta situación en la actualidad tiene que ser objeto de revisión o de importantes matizaciones, no sólo porque la Ciencia de la Administración sí las incluya como objeto de estudio, sino porque determinados de sus actos se consideran como administrativos a efectos de impugnación ante la jurisdicción contencioso-administrativa, como más adelante veremos. Sin embargo, la diferencia entre la organización administrativa del Poder ejecutivo y la de los otros dos poderes es substancial, en el siguiente sentido: la primera forma parte del poder, no es una mera organización asistencial de los gobiernos que rigen las Administraciones públicas territoriales, es poder en sí misma y se dirige al cumplimiento de fines generales y su actividad, en principio, se dirige a los ciudadanos en general. Las segundas, son meramente asistenciales se manifiestan hacia el interior, sus fines son la propia organización, no son poder en sí mismas. Todo ello sin perjuicio de que determinados de sus actos de administración sean impugnables y de que, desde el punto de vista de la Ciencia de la Administración, se haga necesario precisar que en estas Administraciones de los poderes legislativos y judicial, en especial en éste último, sus órganos superiores son poder y no sólo su actuación y que, desde ese punto de vista de su organización, los comportamientos que en ella se producen y sus posibles repercusiones en su actividad y en la propia administración de justicia, interesan a dicha ciencia y también a las ciencias políticas.

Es precisamente, esta inclusión, o no, como Administraciones públicas, de la judicial o legislativa, la que nos manifiesta cómo una buena parte de los que mantienen una concepción subjetiva, lo que ponen más de relieve es la existencia de una organización que forma parte del Derecho administrativo o que éste regula. De este modo, la organización

administrativa es derecho en sí misma. Este punto de vista, implica que no sólo se analicen las relaciones que esta organización mantiene con terceros, principalmente con los particulares, sino que también forme parte del derecho el estudio de las estructuras básicas de las Administraciones públicas y sus competencias o poderes, además, de que todo ello es objeto de regulación legal y administrativa, y, lo que para mí es más importante, que los principios que rigen la organización, son derecho objetivo. Con ello la visión individualista del derecho queda superada y se acentúa la existencia de intereses públicos igualmente superadores de la idea del derecho subjetivo. De otro lado, hay que considerar que lo que desde el punto de vista de la organización, entendida en sentido amplio, incluyendo la acción administrativa y de gestión, se muestra como mejor y más eficaz, como buena administración, tiende a convertirse en norma, a dirigirse a informar la actividad administrativa de toda la organización correspondiente, lo que, inicialmente, hace que nazca el derecho de la organización que forma parte del Derecho administrativo y, en definitiva, del interés general, al ser fundamento de la eficacia como paradigma, hoy por todos exigido de las Administraciones públicas. Por ello la organización nunca desde el punto de vista del Derecho administrativo puede limitarse al estudio o análisis de las estructuras orgánicas.

Sea como sea, si observamos atentamente lo antedicho, vemos que no se puede desligar la organización de la actividad que desarrolla y, por ello, los partidarios de estas posturas subjetivas u orgánicas, aun siendo esta su idea conceptual, no pueden prescindir de referirse a la actividad que realizan los sujetos y la organización y, sobre todo, de matizar que básicamente interesa la actividad jurídica de derecho público o de poder y el derecho que regula las organizaciones en su aspecto formal, incluso cuando no desarrollan actividades jurídicas sino meros servicios públicos.

Por la trascendencia del autor en el Derecho administrativo español, no puede dejar de exponerse la posición de García de Enterría, dentro de las concepciones subjetivas, ya que viene a destacar que lo que caracteriza a la Administración es su condición de persona jurídica, puesto que es ella la que se relaciona directamente con los ciudadanos. Esta postura, que se conoce como concepción personalista del Derecho administrativo, contribuye a la exclusión del concepto de Administración pública de la organización administrativa de los poderes judicial y legislativo. Desde mi punto de vista, y con todo el respeto a tan insigne profesor, la postura, aun cuando pone de relieve dicha característica de personas jurídicas de las Administraciones públicas, no nos ayuda especialmente a identificar la razón o causa explicativa del Derecho administrativo, pues la personalidad jurídica se muestra más bien como una consecuencia o necesidad para poder actuar en el mundo jurídico privado.<sup>9</sup> Sin olvidar su conexión directa con la atribución de responsabilidades en el orden general, pero especialmente en el público, en el que juega inicialmente el papel de exonerar de la misma al monarca o al poder soberano, para atribuir, sobre todo las consecuencias económicas o responsabilidades en dicho orden a una persona creada al efecto, papel que finalmente asume cada Administración pública.

La crítica a las posiciones explicativas basadas en la personalidad jurídica ya es antigua; así Spiegel, a principios de siglo, en su obra “Derecho Administrativo”, concretamente nos dice que: *“La concepción civilista del Derecho desempeña un papel insignificante en la Teoría del Estado. Pero su influencia se traduce también en este campo, en la*

*excesiva importancia que se atribuye a la personalidad jurídica del Estado: el Estado es una persona, un sujeto jurídico, un sujeto soberano. Con estos principios, que no son sino medios auxiliares para la construcción, se cree haber descubierto la esencia del Derecho político. En eso estriba la naturaleza jurídica del Estado, el concepto jurídico de éste; el Estado como concepto jurídico se suele definir diciendo que tiene una personalidad, representa un sujeto jurídico, y como el jurista sólo se preocupa de los conceptos jurídicos, considera que el Estado está explicado ya cuando le ha construido como sujeto jurídico o sujeto soberano. ¡Pobre explicación a fe mía!”<sup>10</sup>.*

Esta reflexión referida al derecho político sigue siendo de plena aplicación y, sobre todo, respecto del Derecho administrativo; además de que la concepción personalista no contribuye a generar un claro concepto de las Administraciones públicas, al incluir en él a las organizaciones personificadas que las Administraciones crean, pero que son de ellas dependientes y que se integran en su organización.

*b) La concepción finalista o teleológica.*

Una buena parte de autores ha considerado el fin como el elemento que justifica el Derecho administrativo, dentro de la clásica identificación entre causa y fin, de modo que sería el “*para qué*” lo que caracterizaría a dicho derecho, y ponen de relieve que el fin que le corresponde es el cumplimiento de los intereses o fines públicos. La teoría no tiene hoy

---

9 E.García de Enterría, dedica a la personalidad jurídica de la Administración el Capítulo I de su obra *Curso de derecho Administrativo*, Tomo I; pp, 25 a 39; 9ª edición.Edit. Cívitas. Madrid 1999.

10 Ludwig Spiegel; “*Derecho Administrativo*”; Editorial Labor; Barcelona - Buenos Aires; Biblioteca de Iniciación Cultural. 1933; pp, 159 y 160.

seguidores claros, ya que resulta que dicho fin puede ser de aplicación a más instituciones que las Administraciones públicas territoriales y alcanza, también, a los poderes legislativo y judicial, en su esencia misma y no sólo en parte de su actividad administrativa.

De seguirse esta concepción interesarían al Derecho administrativo todos los poderes públicos y los conflictos o solapamientos con el Derecho político serían múltiples, ya que el interés público es un concepto eminentemente político; además de que tampoco se puede excluir la existencia de actividades privadas que son de interés público o constituyen intereses generales. Si no se quiere caer en esta extensión, se haría necesario matizar que son solamente unos determinados fines públicos los que interesan al Derecho administrativo, lo que, bien, implica una indagación pormenorizada de los mismos, o, bien, una remisión a los que son objeto de cumplimiento por las Administraciones públicas territoriales, o, bien, a los que se cumplen con actividades de determinado corte, tipo o características. Esta indagación es realmente la que se realiza, en el orden práctico, para determinar si una norma tiene contenidos de Derecho administrativo y si los asuntos que regula o los conflictos que en torno a su contenido se puedan plantear corresponden a una jurisdicción u otra. Sin perder de vista que es el poder político, a través del legislativo, el que decide incluir o no como fines públicos a unas actividades u otras, atendiendo a las circunstancias sociales y económicas del momento.

No obstante, la idea de los intereses públicos tiene utilidad en el Derecho administrativo, en cuanto ayuda a comprender que no sólo se trata de la garantía de los derechos subjetivos, sino que, también, existen unos intereses y unos fines que están por encima de aquéllos y que, sirven, para poder limitarlos en beneficio de la sociedad o de la colectividad y que son

el fundamento de las potestades administrativas. El concepto de interés general o de los intereses públicos es también elemento de conexión con la atribución de potestades y sobre todo entre política y administración.

*c) Las concepciones basadas en la actividad.*

Naturalmente, la actividad que se analiza, por aquellos que consideran que ella es el objeto que caracteriza al Derecho administrativo, es la administrativa. Unos consideran que deben aislarse sus características propias y singulares frente a otras, pero, lógicamente, al hacerlo deben considerar la actividad administrativa de carácter público o desarrollada por sujetos de derecho público. Es por ello que, desde mi punto de vista, no tiene interés básico el señalar, como parte de la doctrina hace, que la actividad administrativa es concreta, parcial y subordinada, ya que todo ello constituye una característica común a toda actividad administrativa. Hay que definir y concretar las características y peculiaridades de la actividad administrativa pública que interesa al Derecho administrativo.

En el camino hacia esta definición o concreción, lo primero que se destaca es que interesa la actividad que constituye un elemento jurídico público, dejando al margen las actividades que se encuadrarían en el derecho privado y que él estudia o regula. Aparece, así, la idea de que la actividad administrativa pública constituye un ejercicio de poder y de poder público, lo que significa que es una actividad de carácter coactivo o de poder unilateral que se impone por el sujeto que son las Administraciones públicas a otros sujetos, normalmente los particulares. Hay, pues, que aislar el acto administrativo como una categoría y distinguirlo de los restantes actos jurídico- públicos, en especial de la ley y de la sentencia, porque ellos constituyen objeto de estudio en otras

disciplinas o con carácter general y, además, no constituyen por sí mismos elementos que sirvan para conceptualizar el Derecho administrativo como ciencia singular. Por ello, la doctrina distingue el acto administrativo de estos otros actos jurídicos de carácter público, diciendo que se caracteriza por su subordinación y porque goza de una presunción *iuris tantum* de legalidad, o sea de una presunción que admite prueba en contrario. Se destaca, asimismo, su carácter plenamente subordinado; de modo que, su subordinación es mayor que la que se da en la ley y que la que se da en el acto de juzgar. Resulta, pues, que lo que caracteriza al Derecho administrativo es el acto jurídico unilateral que produce efectos en las situaciones jurídicas o derechos de los particulares; es decir, capaz de crear, modificar o suprimir relaciones jurídicas o derechos subjetivos<sup>11</sup>.

Al hacer la doctrina referencia, en esta concepción, a los efectos sobre relaciones jurídicas y derechos subjetivos, se destacan, frente a lo que decíamos de la organización o de los que mantienen concepciones orgánicas del Derecho administrativo, las repercusiones subjetivas o individuales del acto y se nos ofrece un concepto restringido de éste, que analizamos en otro punto al referirnos, precisamente, al concepto del acto administrativo. Prima, en esta visión, la versión individualista del Derecho administrativo y queda manifiesta la influencia del Derecho civil.

En definitiva, en la concepción del Derecho administrativo se reproducen las teorías conceptuales del derecho público, pero cargadas de muchos matices y reflexiones; puesto que el derecho público ha sido también definido por el interés a que sirve, por sus sujetos o por su carácter imperativo o coactivo.

---

11 Boquera Oliver, José María, Op. cit.; p.323.

*d) La cuestión en el vigente derecho positivo español.*

Si la descrita es la situación que nos ofrece la doctrina administrativista, conviene, para finalizar este punto, que examinemos si lo expuesto tiene o no un reflejo en el derecho positivo español y, para ello, lo mejor es analizar la vigente legislación reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa, ya que ella nos refleja qué actos de las Administraciones públicas constituyen objeto de la misma y también, en consecuencia, puede ofrecernos las pautas para considerar qué organizaciones son o constituyen una Administración pública y, finalmente, por todo ello, nos revela partes esenciales del contenido o del objeto de análisis del Derecho administrativo.

Tras varios años de vigencia de la Constitución española de 1978, se venía haciendo necesaria una modificación de la Ley de la Jurisdicción contencioso - administrativa de 1956, para su ajuste a dicha norma fundamental en muchos aspectos concretos, pero también, en particular, se hacía necesario actualizar el contenido de su artículo 1.2, en cuanto en él solamente se consideraban Administraciones públicas a los efectos de la Ley, es decir a los de determinar los actos impugnables ante dicha jurisdicción, a la Administración del Estado en sus diversos grados, a las Entidades que integran la Administración local y a las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna entidad local, siendo así que diferentes leyes posteriores a la Constitución habían incluido, además, a la Administración de las Comunidades Autónomas, así como consideraban impugnables actos de administración, tanto de personal como de gestión patrimonial, de las Cortes, del Consejo del Poder judicial, del Tribunal de Cuentas, del Constitucional, etc.

La vigente Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso - administrativa, de 13 de julio de 1998, ha atendido a dichas circunstancias y en su artículo 1º ha regulado los actos que constituyen su objeto y también ha estimado, a sus efectos, qué organizaciones se consideran como Administraciones públicas. Pues bien, el legislador no ha sido congruente, ya que, en el punto 3 del citado artículo, considera impugnables, además de la actuación de las Administraciones públicas sujeta a Derecho administrativo y de las disposiciones generales de rango inferior a la ley y de los decretos legislativos que excedan de los límites de la delegación, a los siguientes actos:

a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos a derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.

b) Los actos y disposiciones del Consejo del Poder judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales en los términos de la Ley Orgánica del Poder judicial.

c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General.

Por su parte, el mismo artículo en su punto 2, considera Administraciones públicas solamente a las territoriales; es decir a la del Estado, la de las Comunidades Autónomas, la de las entidades que integran la Administración local y a las de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas a cada una de estas Administraciones.

En consecuencia, la Ley aun cuando considera impugnables los actos de las Administraciones de los poderes legislativo y judicial y de otras instituciones, incluida la del Tribunal Constitucional, no por ello, aun cuando sólo sea al efecto de su impugnación, las considera Administraciones públicas, ni siquiera dice que, los citados con anterioridad, sean actos sujetos a Derecho administrativo sino que emplea la expresión más amplia de Derecho público. Lo coherente, desde el punto de vista del conocimiento de las pretensiones que corresponde a la Jurisdicción contencioso - administrativa, o a los efectos de la Ley, hubiere sido considerar a todas estas instituciones como Administraciones públicas y a sus actos como sujetos al Derecho administrativo. Es indudable que se mantiene un concepto de Administraciones públicas como aquellas que persiguen fines generales y forman parte de los poderes ejecutivos, en el sentido antes apuntado, y que no se incluye a las de los otros poderes e instituciones por tener un carácter meramente asistencial, sin perjuicio de los efectos jurídicos de sus actos administrativos frente a terceros<sup>12</sup>.

En resumen, de la Ley, sólo cabe mantener que, implícitamente, al no recoger el carácter de Administraciones públicas de las de los poderes legislativo y judicial y restantes órganos constitucionales, se apoya en el concepto de la actividad e, indirectamente, mantiene un concepto objetivo del acto administrativo, lo que nos llevaría también a un concepto del Derecho administrativo basado en la actividad. Otra cosa será el alcance

---

<sup>12</sup> Con anterioridad a la vigente redacción de la Ley de la Jurisdicción, la doctrina, en especial **Garrido Falla**, en *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales de Derecho administrativo español*, INAP, Madrid 1982 puso de relieve la necesidad de reconsiderar la concepción del Derecho administrativo a la vista de la impugnabilidad de los actos de otros poderes distintos del ejecutivo. La cuestión, sin embargo, no se plantea en los términos que se manifiesta por mi parte en este punto, sino que la doctrina jurídica mantiene el concepto tradicional de Administración pública; véase, **Pedro Escribano Collado**, *¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?*, Revista de Derecho Administrativo num 37, Abril – Junio 1983, p. 165 y ss.

que se otorga al control de dicha actividad por la legislación y por la jurisprudencia, cuestión que es objeto de reflexión en otros y distintos momentos.

*e) La persistencia de concepciones generales y su ambigüedad*

Si bien, las enumeradas son las concepciones que justifican las posturas doctrinales del Derecho administrativo, además de la del interés público, hay dos ideas siempre presentes en las referencias que se hacen a dicho Derecho. Estas son la idea del poder y la idea de la garantía. Pero son ideas que se presentan, preferentemente, influidas por la visión de los derechos subjetivos; de tal modo, que el poder se entiende otorgado para limitar los derechos subjetivos y como una atribución legal, quedando en segundo plano el hecho de que la Administración no sólo limita, sino que constituye una vía de legitimación y habilitación de las actuaciones de los particulares. Igualmente, cuando se hace referencia al Derecho administrativo como garantía, la referencia lo es para destacar que supone dicha garantía respecto de los derechos subjetivos, siendo así que cuando los limita lo hace en garantía de los intereses públicos o derechos colectivos y, también, que cuando se definen buena parte de las funciones públicas, también lo es en función de ésta última garantía. Perder de vista la ambivalencia del ejercicio del poder y de la garantía del Derecho administrativo, es acentuar de modo exagerado el individualismo, en una postura desacorde con la complejidad de la actual actividad pública, estatal o de las Administraciones públicas.

*C) Otras precisiones influyentes en el orden conceptual del Derecho administrativo*

Pero con lo expuesto no lo han sido todas las cuestiones que influyen en el concepto del Derecho administrativo y que tienen que ver no sólo con su contenido, sino con la estructura de poder del Estado español, con el alcance del poder administrativo y con el del poder judicial y, en definitiva, con el sometimiento del Estado al Derecho y el control jurídico de sus actos. Estas cuestiones son dos, básicamente, una la separación entre Administración y Justicia y otra la que se nos ofrece entre Política y Derecho, sin perjuicio de la incidencia que el concepto técnico del servicio público nos ofrece.

*a) La separación entre Administración y Justicia<sup>13</sup>.*

Son varias los aspectos que presenta esta cuestión, cuyo análisis tiene que partir de estudio histórico de las Administraciones públicas y en especial del avance hacia el Estado de derecho. Desde este punto de vista, primero, hay que considerar que los jueces vinieron formando parte de la organización ejecutiva y funcional que rodeaba al monarca, de modo que se puede decir que en el poder absoluto, administración y justicia se confunden, no están separadas. Destaca, pues, desde la perspectiva que nos interesa, que los jueces no son, mejor dicho no eran, un poder independiente y que según circunstancias o materias actúan con sistemas de jurisdicción delegada o retenida; eran parte del aparato administrativo

---

13 La cuestión forma parte de los tratados de Derecho administrativo, si bien pocos son los que actualmente le dedican un punto concreto. Pueden verse: **E García de Enterría**, Op. cit. Tomo I, p. 481 y ss; **Parada Vázquez**, *Derecho administrativo* I d. Marcial Pons.2000; p. 19 y ss. **Morell Ocaña**, *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. Ed. Aranzadi 1998. p 44 y **Muñoz Machado**, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Op. Cit. Capítulo Segundo IV. 4 p.253 y ss.

del monarca. Este hecho es el que, en el momento de la Revolución francesa y con aplicación de la teoría de la separación de poderes, hace que se genere la desconfianza del nuevo poder político respecto de los Tribunales y se sancionase el principio de independencia de la función administrativa respecto de la justicia, de modo que los jueces no entraran a conocer de los actos de la Administración. Se separaba pues la función administrativa de la de juzgar y nacía un sistema de justicia administrativa que viene representada por el Consejo de Estado francés.

Interesa, pues, reseñar que no se trata tanto de preservar a los jueces de la influencia o dependencia del poder ejecutivo, sino de preservar a las acciones de éste del control del poder judicial, fruto de lo cual es la idea, aún presente en nuestra jurisprudencia, pese a encontrarnos en un modelo de jurisdicción diferente, de que no se pueden juzgar determinadas actuaciones de la Administración pública, porque de hacerlo se estaría administrando.

¿Por qué referirnos a esta cuestión? ¿Cómo influye en el concepto del Derecho administrativo o en su contenido? Pues, bien, si en el prólogo de esta obra evidenciábamos la importancia de la eficacia del derecho para considerar su existencia como tal, tendremos que convenir que, materialmente sólo es derecho el campo material que puede ser objeto de sanción judicial o de juicio por los Tribunales. Si en virtud de esta separación entre administrar y juzgar se configuran campos de actuación administrativa exentos del control judicial, desde el punto de vista material no serían derecho y no serían, por tanto, materialmente Derecho administrativo, aunque formaran parte del contenido del mismo como disciplina académica o científica.

La cuestión está presente en nuestro Derecho administrativo, pese a las afirmaciones claras de nuestra Constitución en el artículo 9 sobre el sometimiento de todos los poderes públicos a la misma y a la Ley y el Derecho, o en el 103 respecto del mismo sometimiento de las Administraciones públicas. Y es así que cuando se juzga u opina que una cuestión no puede ser objeto de control judicial se alega que bien es discrecional o, bien, que es organización o, bien, que es metajurídica. Por ello, resulta que la organización o lo organizativo, se presenta como una cuestión discrecional o metajurídica y se produce una contraposición entre derecho y organización en el seno del Derecho administrativo, coincidente en cierto modo con la que también se ofrece entre lo contencioso y lo gubernativo. Y todo ello es resultado de una utilización anacrónica de ese fundamento o base jurídico- política que supuso, en los inicios del régimen de Derecho administrativo francés, la separación de Administración y Justicia y la consideración de la “función administrativa” como incluyente del juicio o control de legalidad de los actos administrativos, para lo que se crea un órgano administrativo jurisdiccional propio del poder ejecutivo, situación que nada tiene que ver con nuestro modelo actual o sistema constitucional de dicho control.

*b) La separación entre Política y Derecho.*

La separación entre Administración y Justicia antes apuntada, veíamos que tenía una clara raíz política: el evitar el control judicial para la acción administrativa y la consideración de una función administrativa propia y diferenciada. Este aspecto político de la cuestión hace que cuando se aprecia la existencia de una parcela de actividad discrecional u organizativa y se la considera metajurídica, se produzca una identificación, por un lado, con una actividad administrativa no jurídica y, por otro,

discrecional y, por ambas razones, no controlable judicialmente. Pero la consideración de una actividad como discrecional incide en la concepción del denominado acto político o de gobierno, como otra categoría de actos que no son controlables por los Tribunales. Cuestión que aún será matizada al analizar el concepto del acto administrativo, pero que hace que en cierto modo los actos organizativos, como discrecionales, se consideren o, al menos, se asimilen a una acción política. Sin que sea posible olvidar, al efecto, que las decisiones organizativas más importantes suelen ser decisiones de los órganos de gobierno de las Administraciones públicas o de aquellos órganos cuyos titulares son altos cargos de designación política.

Es decir, la conceptualización restringida del acto administrativo que más adelante se analizará, la configuración de una parte de la acción administrativa como organizativa y discrecional sin control judicial y, por tanto, excluida de la categoría de acto administrativo, crea una categoría de actos que no son jurídicos, desde dichos puntos de vista y, que siendo, por su procedencia administrativos, o decisiones de órganos políticos, acaban siendo considerados como propios de la actividad política y confundidos con los actos políticos, que se excluyeron del control judicial. Compleja situación actual, derivada de situaciones políticas distintas de las vigentes, pero que trae como consecuencia que el concepto estricto del acto administrativo y la renuncia judicial al control de todos los actos procedentes de las Administraciones públicas, dé lugar a que desde el Derecho administrativo se propugne una separación formal entre Política y Derecho y se cree una categoría de actos de las Administraciones públicas a los que no se encuadra en la categoría de actos jurídicos ni en la de los actos administrativos creada por el Derecho administrativo, y que se muestran como una cuestión de organización. Al mismo tiempo, como la

organización administrativa como acción administrativa suele ser decisión de los reglamentos de los órganos políticos de la Administración, tal como ya hemos indicado, esta actividad administrativa acaba configurándose como política y olvidándose los aspectos jurídicos y normativos que la subordinan y regulan.

El Derecho administrativo acaba predicando no sólo una separación entre Política y Derecho, sino que, con ello, separa una parte de la Administración pública del Derecho y de este modo la vincula a la Política, mientras que la Ciencia Política configura a la Política y la Administración como un continuo, como actividades consiguientes, sin que, paradójicamente, deje de considerar el Derecho como parte de la actividad política y como creación de la Administración pública.

Todas estas contradicciones y conceptos encontrados o separados por líneas argumentales y consideraciones disciplinares, desde la Administración pública, propiamente dicha, tienen que ser superados, pero también resulta que deben ser explicados de modo unitario, pues es necesario para el avance de la buena Administración pública y del Derecho administrativo. Pero no se debe olvidar que siempre permanece latente un concepto de la Administración pública diferente según los casos y de su configuración o no como poder, según se acentúe o no la separación de poderes; en cuanto, en el sistema francés, la Administración y lo gubernativo comprende claramente una actividad jurídica y jurisprudencial, separada del poder judicial. En el fondo, en esta situación se produce una diferente clase de Derecho, administrativo y ordinario, no una contraposición entre derecho y organización.

*c) La separación entre Derecho administrativo y servicio público.*

Aunque en el capítulo siguiente, al examinar los conceptos básicos para el Derecho administrativo, se analizará el concepto de servicio público, conviene señalar en este punto la separación que dicho concepto también produce respecto del Derecho administrativo, pues viene a distinguir una actividad que no es jurídica en sí misma y a una forma organizativa que se destina preferentemente a dicha actividad que, incluso puede adoptar formas de gestión de derecho privado o empresariales. Esta actual tendencia constituye una verdadera paradoja con la evolución del Derecho administrativo francés que, precisamente, utiliza el concepto o idea del servicio público como idea atractiva de los asuntos o materias hacia el Derecho administrativo y la justicia administrativa. Veremos, pues, en el futuro que la idea del servicio público crea también ámbitos de separación del Derecho administrativo e, influye, incluso no sólo en la forma de gestión de los servicios públicos, sino en la concepción de la función pública y en la del directivo público. Por tanto, el concepto de servicio público se presenta dentro del factor organizativo y no jurídico e influye en estos conceptos que acabamos de señalar, pero también en otros campos como el de la contratación pública o administrativa, creando distinciones o actuaciones, como ocurre respecto de los pliegos administrativos y de los técnicos, en los que se separan aspectos jurídicos y organizativos, técnicos o de gestión, que se alejan del control jurídico y que a través de su consideración técnica u organizativa, acaban siendo dominio de actuación reservado a la clase política y fuente de buena parte de la corrupción vigente.