

## Capítulo II:

# **ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO; SUS MATIZACIONES Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN.**

**SUMARIO:** ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO, SUS MATIZACIONES Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN: 1. EL REGLAMENTO: 1.1 El reglamento como fuente de derecho. 1.2 El reglamento como norma y la reserva de ley:

*A) Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes. B) Reglamentos de sujeción general y de sujeción especial. C) La competencia del reglamento. D) La motivación de los reglamentos. E) Recapitulación final.* 2. LA IMPORTANCIA DEL DERECHO SUBJETIVO Y LA INCIDENCIA DEL INTERÉS LEGÍTIMO:

*A) Derecho subjetivo y derecho objetivo. B) La noción del interés legítimo. C) Particular situación de los derechos fundamentales.* 3. LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS:

3.1 El concepto de potestades administrativas. 3.2 La cuestión de la potestad organizatoria o de organización y su relación con la discrecionalidad de las Administraciones públicas: *A) Autoorganización y potestad reglamentaria. B) Autoorganización y discrecionalidad. C) Autoorganización y procedimiento.* 3.3. La cuestión de la potestad de programación y de planificación. 3.4 Los límites de las potestades administrativas:

*A) Los límites de las potestades administrativas con carácter general. B) Los límites de la potestad organizatoria. C) La cuestión de los derechos adquiridos.* 3.5 Recapitulación final y consideración de la idea de las potestades inherentes y de las *ad intra*. 4 LA COMPETENCIA:

CONCEPTO JURÍDICO Y ORGANIZATIVO: *A) La competencia elemento en la distinción entre Gobierno o Política y Administración. B) La relación o vinculación de la competencia y la personalidad jurídica:*

*a) La personalidad como referencia de la unidad. b) La personalidad como elemento estructural. c) Personalidad jurídica, derecho administrativo, derecho privado y potestades administrativas. d) Consideración final. C) La relación de la competencia con las figuras de*

Con formato: Fuente: Negrita

*la concesión y la autorización. D) Competencia, función y servicio. E) Los efectos jurídicos de la competencia. F) La competencia como factor organizativo.* 5. LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO. 6. EL CONCEPTO DE LA FUNCIÓN PÚBLICA: **A) La concepción legal de las funciones públicas:** a) *La cuestión en el derecho comunitario europeo.* b) *La situación en el reciente derecho de la función pública. La Ley7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público.* **B) La función pública como forma de organización del poder público o estatal.** 7. LA NOCIÓN O CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. SUS REPERCUSIONES.

## CAPITULO II

### **ALGUNOS CONCEPTOS BÁSICOS PARA EL DERECHO ADMINISTRATIVO; SUS MATIZACIONES Y RELACIÓN CON LA ORGANIZACIÓN.**

En el Derecho administrativo se hace preciso, más que en otras disciplinas, el analizar el sentido de un buen número de conceptos que tratados en el derecho civil, forman parte, realmente, de la teoría general del derecho o, en su caso, del sistema de fuentes. Los conceptos que en este punto analizaremos son precisamente los que utiliza el Derecho administrativo con repercusión en su comprensión y en su aplicación práctica; una buena parte de ellos, son claramente jurídicos, conforme a los esquemas de dicha teoría general, pero, otros, sin dejar de serlo o tener repercusiones jurídicas, se originan en la organización o en la administración pública propiamente dicha. Por ello, resulta, en buen número de ocasiones, que su análisis se produce para desentrañar su

sentido jurídico o sus efectos en dicho orden. En definitiva, muchos de ellos se relacionan con la cuestión de la distinción entre derecho y organización o, dicho de otro modo, con la cuestión de qué parte de la organización administrativa tiene carácter jurídico y, por ello, interesa al Derecho administrativo y forma parte de su contenido. Así, analizaremos conceptos tales como: el reglamento, el derecho subjetivo, la potestad administrativa, la competencia, el servicio público, la función pública e, incluso, en íntima relación con todos ellos, el del acto administrativo; todos ellos importantes en el Derecho administrativo y con repercusiones en el orden jurídico según cómo sean entendidos o utilizados. Y aun cuando, frente a la declaración inicial, ello supone penetrar en las abstracciones y matizaciones propias del Derecho administrativo, trataremos de analizarlos poniendo de relieve la razón por la que se llega a ellas.

## **1.- EL REGLAMENTO.**

Es en el Derecho administrativo donde el concepto de reglamento requiere de análisis y estudio y, ello, porque en él se presentan o manifiestan, en torno a dicha figura, cuestiones tales como la distinción entre norma y acto, el concepto de fuente del derecho, el de reserva de ley, el concepto propio de ley y la ya apuntada distinción entre derecho y organización.

La doctrina ha justificado la necesidad del reglamento en la imposibilidad del legislador de conocer todos los problemas técnicos que afectan a una materia o cuestión. Se dice, por ello, que en el orden legislativo se precisa de la colaboración del Poder ejecutivo y que ésta se produce principalmente a través de una norma que dicta dicho poder y que

es el reglamento<sup>14</sup>. Una vez determinada esta necesidad, que tiene más raíces que la apuntada, lo que se precisa es determinar el alcance, competencia y limitaciones de las normas reglamentarias y es en este terreno en el que se producen las cuestiones que antes hemos señalado de la distinción entre norma y acto, del concepto de fuente de derecho, etc., y que trataremos de perfilar seguidamente, inmersas en el análisis del reglamento como fuente de derecho y como norma, esperando acertar en el orden de exposición, pues en realidad están íntimamente conectadas entre sí.

### 1.1.- El reglamento como fuente de derecho.

Con la reflexión anterior se evidencia la consideración del reglamento como una norma, sin perjuicio de las consideraciones que en torno a ello realicemos en otro punto posterior. Partiendo, pues, de esta premisa, el problema que se pone de manifiesto en el Derecho administrativo es el valor que dicha norma tiene en el ordenamiento jurídico; fundamentalmente, si constituye, o no, fuente de derecho. A la hora de establecer esta valoración es cuando surgen otros problemas que, en realidad, suponen incidir en el análisis del concepto de fuente de derecho y, por ello, el Derecho administrativo tiene que repasar cuestiones

---

14 J. L. Villar Palasí., en sus *Apuntes de Derecho administrativo*. Tomo I; pp. 347 y 348. Distribuidora Dykinson. Madrid 1977, nos dice: *...es preciso recordar la peculiar característica del ordenamiento administrativo que se debate entre el principio de legalidad y plenitud normativa y el apego necesario a lo concreto en la regulación positiva, como ya se vio anteriormente. Esta tensión interna, que alude al <<espacio normativo>>, exigiría que todo detalle, para cada lugar y cada caso, estuviera en la Ley. Sin embargo, como vimos ya, es imposible, si no contraproducente, que un Parlamento pueda eficazmente hacer frente a tal reto. A ello hay que sumar lo relativo al <<tiempo normado>> ya que, el apego a lo concreto conlleva la necesidad de alterar o actualizar la norma con gran frecuencia, para hacer frente a los cambios que continuamente se producen en la realidad sobre la que hay que actuar. De este modo, espacio y tiempo, legalidad y detalle, permanencia y contingenciabilidad, marcan, en la teoría de las normas, el gran envite que el Derecho administrativo ha de aceptar y, por algún camino resolver. Este camino es el que la propia realidad evidencia: apartar, como materia encomendada a la Ley, todo lo relativamente permanente – que no se identifica con las materias reservadas y las precisas de Ley formal, que responden a una problemática diferente- y dejar a la potestad normativa de la Administración lo contingente y variable en el espacio y en tiempo.*

propias de la teoría general del derecho, pero enfocadas respecto de dicho valor del reglamento y del papel que desempeña o debe desempeñar en el ordenamiento jurídico. Y como en otras muchas cuestiones que el Derecho administrativo, como ciencia o disciplina jurídica, debe abordar, dicho valor depende del concepto que se tenga de lo que constituye fuente de derecho.

En la consideración de qué normas constituyen fuente de derecho, se manejan conceptos tales como los de: soberanía, permanencia y norma primaria; pero también se hace preciso estudiar o repasar los conceptos de ley en sentido material y en sentido formal. Una de las razones, de que ello sea así, es la interpretación que doctrinalmente se ha hecho del alcance del artículo 1º del Código Civil, respecto del concepto de ley que maneja, cuando nos dice que *las fuentes del ordenamiento jurídico español son la ley, la costumbre y los principios generales del derecho*. Interpretación de la que dependen muchas otras cuestiones importantes desde el punto de vista jurídico.

Una buena parte de la doctrina mantiene un sentido amplio del concepto de ley que maneja este artículo 1º del Código Civil, entendiendo que comprende a los reglamentos o disposiciones de carácter general, y en apoyo de esta posición existe, por un lado, el punto 2 del mencionado artículo, que nos dice que *carecerán de validez las disposiciones que contradigan otra de rango superior*. Como la redacción de este precepto es anterior a la Constitución, al no existir en su momento diferentes clases o categorías de normas con rango de ley, se ha entendido que el artículo se refiere a los reglamentos, realizándose, por ello, una conexión con el punto 1 y considerando, pues, que el concepto de ley en él recogido comprende

los reglamentos<sup>15</sup>. De otro lado, puede que pesen también, en el ánimo doctrinal, las posiciones contrarias al formalismo en el derecho, por lo que se considere que la realidad nos demuestra, en muchas ocasiones, que los reglamentos, materialmente, contienen preceptos verdaderamente innovadores o que pueden estimarse como creadores de derecho y, por tanto, fuente de derecho. E, incluso, dentro de esta realidad se nos muestra la ya tan conocida frase, atribuida a Romanones, que expresa, mas o menos la siguiente idea: << Dejemos que ellos hagan las leyes que nosotros haremos los reglamentos>>, y revela el valor real que pueden tener éstos.

Pero es que también existen distintas categorías de reglamentos, no sólo por razón de jerarquía sino por el ámbito orgánico y de intereses a que afectan y, por ello, encontramos clasificaciones o referencias en las que consideran la existencia de reglamentos generales, especiales, singulares, estatutarios, jurídicos, administrativos, organizativos, estructurales, etc. Situación que evidencia que la organización a la que puede afectar un reglamento y la cantidad de personas a las que se aplique o la cualidad de éstas puede ser muy diferente, hasta tal punto que los reglamentos más generales, los que regulan nuestra sociedad o se dirigen a los ciudadanos en general - es decir, los jurídicos o ejecutivos - aparecen como más impuestos y menos pactados que los estatutarios o los de sujeción especial, por ejemplo, y la referencia a un acuerdo voluntario o fruto del pacto en los generales se remite a la Ley y al Parlamento, mientras que en los otros es más próxima y negocial, sin perjuicio de la existencia de una regulación por norma con rango de Ley. Esta situación, a no dudar, influye en la

---

15 La mayor parte de la doctrina que se ocupa del derecho general o desde perspectivas distintas del Derecho administrativo, mantiene esta postura de considerar al reglamento como una ley, en un concepto amplio que consideran que es el del artículo 1º del C.C. Al efecto, pueden leerse los comentarios que **Ignacio de Otto** realiza en su obra *DERECHO CONSTITUCIONAL. Sistema de fuentes.*- Edit. Ariel; Barcelona 1993. p 86. Desde mi punto de vista, realmente lo que ocurre es que quienes consideran el reglamento como una ley, no se encuentran, en sus análisis o estudios, con los dilemas que la doctrina administrativista tiene que plantearse respecto de su valor.

concepción del reglamento como fuente, en cuanto que si nos referimos a los generales, jurídicos o ejecutivos, lo normal es que, al afectar a los ciudadanos en general y al ámbito de los derechos y libertades, la regulación legal sea más minuciosa y exhaustiva y el margen de creación de derecho del reglamento prácticamente inexistente, mientras que si se trata de un reglamento estatutario su colaboración en la definición de las situaciones jurídicas es mayor, teniéndose en cuenta, de otro lado, la mayor contribución directa en su confección de los afectados por la norma; de ahí, todas las cuestiones que más adelante se verán respecto de los reglamentos de sujeción general y de sujeción especial.

Estas cuestiones, pues, nos muestran una realidad alejada de los valores o principios que formalmente recogen las leyes, y que otorga al reglamento una importancia distinta de la que cabría considerar desde aquéllos. Y a ello, hay que añadir que las normas con rango de ley se inician en un proyecto que se aprueba por el Gobierno, bien sea el estatal bien el de las Comunidades Autónomas, y en el que participa la Administración, y que es, pues, el Poder ejecutivo el que decide inicialmente el alcance de la regulación por parte de la ley y, así, decide también lo que regulará por reglamentos o, incluso, lo que no se regulará, creando un ámbito real o teórico de discrecionalidad en su actuación ejecutiva. Si, además, el Gobierno o, mejor dicho, el partido político que lo ha conformado, cuenta con mayoría parlamentaria, lo proyectado como ley y la ley aprobada pueden tener el mismo contenido, ya que las posibles enmiendas que modificaran la situación no tendrían ocasión de prosperar. La maniobra en este sentido puede ser claramente perturbadora de las cuestiones que formalmente nos enseña el Derecho, hasta el punto de que en casos concretos pueda afirmarse su inexistencia en la realidad, poniendo en evidencia que el derecho objetivo, sin una actividad concreta dirigida a

su efectividad, no es nada. Dadas algunas posturas doctrinales y jurisprudenciales que otorgan al concepto del Derecho un sentido marcadamente positivista, la decisión de no regular por norma determinadas cuestiones puede conducir a la inexistencia práctica de una buena parte del derecho y obligar a exégesis complicadas y de marcado carácter abstracto, basadas en principios que encierra la Constitución, para concluir o considerar la existencia de un derecho determinado o de la obligación del legislador de proceder a la regulación concreta. La plenitud normativa y el equilibrio entre ley y reglamento que reclama Villar Palasí pueden verse rotos de este modo<sup>16</sup>. De otro lado, este sistema de carácter abstracto que se basa en principios es más propio de sistemas judicialistas que administrativistas y requiere de una mayor preparación jurídica. En la Administración pública, en cambio, es necesario dirigir la actividad de su personal y suplir las carencias de formación que puedan existir o tratar de dar un carácter uniforme a sus actuaciones, de modo que sea, de acuerdo con el principio de jerarquía y en función del principio de mérito y capacidad, el nivel superior de la organización el que se ocupe de concretar los principios. Por esto, las bases propias de los sistemas de corte anglosajón, judicialistas, hay que acogerlas con la precaución debida, dado que el número de jueces será siempre inferior al de funcionarios públicos, y su preparación más jurídica y especializada.

De otro lado, si pensamos en el Derecho administrativo como garantía y en el sometimiento de las Administraciones públicas al Derecho y no sólo a las <<leyes>>, si resulta o es posible que una buena parte del Derecho no se vea concretado o explícito en las leyes y que a ello contribuyan las características de la actividad política y, también, de la administrativa cotidiana, tendremos que concluir que en la Administración

---

<sup>16</sup> Ver nota 14.

pública deben existir personas con una gran formación y capaces de dilucidar o garantizar que el Derecho no se vea anulado por la <<política>> y que gocen además de un status que les permita oponerse a cualquier intento perturbador de lo esencial. Pero esta cuestión es tratada en otros puntos y, ahora, sólo es necesario exponerla para insistir en que la Administración es poder y no una organización subordinada en toda su actividad al Gobierno y que, por lo que respecta a este punto, de ella depende el contenido de las leyes y el valor real de los reglamentos.

Frente a una realidad como la descrita, pues, y paradójicamente, sólo cabe oponer los principios y valores señalados o los conceptos jurídicos que puedan remediar la situación y ser considerados por quien, finalmente, tiene la última palabra: el Poder judicial o el Tribunal Constitucional. Por eso, resulta fundamental analizar cuál es la norma formalmente llamada a ser considerada fuente de derecho y cuáles son las materias reservadas a la ley y, por tanto, que no podrían ser reguladas por el reglamento. Este último punto sería el verdaderamente esencial, más que las teorías respecto de las normas que son o no fuente de derecho. No obstante, para mayor claridad, conviene exponer estas teorías de modo resumido. Así resulta, para una parte de la doctrina, que sólo pueden ser fuentes de derecho las normas soberanas o primarias, lo que implica considerar que toda norma que realmente concreta algo que ya se contiene en una norma superior no es fuente de derecho. Naturalmente que el llegar a la conclusión de que una norma no es soberana o no es primaria porque no innova, está íntimamente relacionado con la capacidad de comprensión del alcance de las abstracciones o conceptos legales, o con el conocimiento de los principios generales del derecho que tenga la persona que realiza la apreciación. Pero sea como sea, desde esta perspectiva teórica, el reglamento como norma subordinada no sería formalmente fuente del derecho y no podría

interpretarse que se incluye en el concepto de ley que maneja el artículo 1º del Código Civil.

Desde otra perspectiva, se dice que el ordenamiento jurídico constituye un todo permanente, utilizándose en este caso la expresión <<ordenamiento jurídico>> como equivalente a fuente de derecho, por lo que sólo las normas que pueden ser o son más permanentes serían fuente de derecho. También, desde esta perspectiva, el reglamento, norma dirigida a regular o resolver problemas o cuestiones más variables y concretas, no sería fuente de derecho o ello dependería de su contenido.

Lo que sí es una determinación del ordenamiento jurídico es que el reglamento no es una norma soberana y, desde los aspectos estrictamente jurídicos, está claramente subordinada a los reglamentos superiores en rango y a la ley y a la Constitución.

En este punto de subordinación se produce otra cuestión que es la del sometimiento o no del reglamento a los principios generales del derecho, lo que hace que también en el Derecho administrativo el concepto de dichos principios tenga que ser objeto de análisis. Y ello es así porque si se mantiene que el artículo 1º del Código Civil en su punto 1 incluye al reglamento en el concepto de ley, al considerar el punto 4 de dicho artículo que dice que *los principios generales del derecho se aplicarán en defecto de ley o costumbre*, resultaría que el reglamento está por encima de dichos principios. Esta situación obliga a considerar qué se entiende por principios generales del derecho en la doctrina y cuál de los conceptos que de ellos existe es el que maneja el Código Civil. Parte de la doctrina hace referencia a los principios generales del derecho como principios de derecho natural que informarían cualquier ordenamiento jurídico y los cuales serían de

aplicación supletoria ante el ordenamiento jurídico positivo existente; todo ello, sin perjuicio de que puedan ser considerados como principios morales inspiradores de todos los ordenamientos y que pueden, incluso, estar por encima del ordenamiento positivo. Otra parte considera que son los que se deducen o se extraen del análisis del propio ordenamiento jurídico. Desde esta segunda posición, si consideramos que los principios generales del derecho se deducen de la ley, habría que concluir que son la ley misma y no algo diferente<sup>17</sup>. Por tanto, no pueden aplicarse en defecto de la ley, sino como tal ley. En definitiva, los principios generales del derecho a que se refiere el Código Civil serían los que se entienden como propios del derecho natural o, en su caso, meramente informadores o subsidiarios, porque sólo así cabe estimarlos aplicables en defecto de la ley y la costumbre. Si los concebimos como derecho positivo y se encuentran en una norma con rango de ley o se deducen de ella, desde el Derecho administrativo resulta evidente que un reglamento no podría contradecirlos.

Lo expuesto, desde el punto de vista del Derecho administrativo, hace que deba considerarse que el reglamento está subordinado a los principios generales del derecho que son consecuencia o deducción de las disposiciones de la ley o del ordenamiento jurídico positivo, pues de considerarlo por encima de ellos su valor excedería del que formalmente le corresponde. Cuando los jueces, erróneamente, aplican literalmente los preceptos de los reglamentos por encima de los principios que se deducen del ordenamiento jurídico, en especial de las leyes o de la Constitución, actúan más bien como funcionarios de la Administración, que como controladores de la legalidad de sus actos. Así, pues, el Derecho

---

<sup>17</sup> El profesor **Luis Díez Picazo** explica en su obra jurídica las distintas posturas doctrinales respecto de los principios generales del derecho, considerando aquellos a que se refiere el Código Civil como normas de derecho positivo, aun cuando respecto a su valor considera que es dotación de la convicción social. Además de en sus textos de Derecho Civil, la cuestión puede verse en su libro *Experiencias jurídicas y teoría del derecho*.- Edit. Ariel; Barcelona 1973, p. 201 y ss.

administrativo muestra contradicciones con parte de la doctrina del derecho civil en la interpretación o alcance del artículo 1º del Código Civil, en cuanto, resumiendo, si los principios generales del derecho son derecho positivo y se extraen, como es lógico, de las normas primarias o soberanas (normas con rango de ley y Constitución), el reglamento no puede contradecirlos y, por tanto, no puede incluirse en el concepto de ley de dicho artículo; si el reglamento se incluye en el referido concepto de ley, los citados principios sólo pueden considerarse en el sentido iusnaturalista, en el informador y en el subsidiario, pero en todo caso no en sentido positivista.

De otro lado, esta concepción de los principios generales como los que se extraen del propio ordenamiento jurídico o de las leyes como derecho positivo, no sólo repercute en la consideración de los límites del reglamento, sino que también puede tener su influencia en el alcance de la supletoriedad del ordenamiento jurídico estatal respecto del ordenamiento de las Comunidades Autónomas, recogida en el artículo 149.3 de la Constitución, pero esta cuestión excede del análisis que en este momento nos planteamos.

Se puede afirmar, pues, a la vista de lo analizado que, desde el punto de vista formal, la función del reglamento no es la de crear derecho o definir lo que se constituye como tal, sino la de concretarlo poniendo de manifiesto el contenido del declarado por la ley. Que el reglamento sea una norma no le convierte en fuente del derecho y el hecho de que ordene la actividad de la Administración no significa que ordene el derecho en general. Claro está que esta afirmación nos conduciría a tener que analizar qué se considera como <<ordenar>> u ordenación, pues para parte de la doctrina <<ordenar>> puede concebirse en sentido equivalente a mandar o

imponer, poniendo de relieve la existencia de una fuerza soberana, con lo que el concepto de fuente del derecho y ordenamiento jurídico serían conceptos equivalentes; otros, en cambio, podemos entender el concepto de ordenamiento en un sentido más amplio tal como “poner orden” y la acepción <<ordenar>> como comprensiva también de aquellas informaciones que nos permiten comprender el alcance y contenido del derecho, de modo que no sólo las normas primarias o las fuentes de derecho, como fuentes de creación del mismo, serían ordenamiento jurídico sino también las normas secundarias e, incluso, para otros, las fuentes de conocimiento.

Se evidencia que también el concepto de ordenamiento jurídico nos ofrece versiones estrictas y amplias, si bien, el término <<ordenar>>, como equivalente a mandato, le otorga un claro sentido positivista y menos amplio que el de fuente de conocimiento. Dependiendo, pues, de la capacidad de cada sujeto para alcanzar a definir o concretar los supuestos que un precepto general o abstracto puede comprender, se considerará a un reglamento como más o menos creador; pero, desde el punto de vista de la organización, los reglamentos sí aparecen como más innovadores y creativos que con respecto a lo <<jurídico>> o al campo de los derechos fundamentales o de los subjetivos.

Conforme, pues, a lo antedicho, hay que considerar que el reglamento, en consecuencia, puede ser una norma pero no es una ley, en cuanto se subordina a ella y se sitúa en un rango inferior. Pero esta cuestión forma parte del punto que a continuación se aborda.

## **1.2.- El reglamento como norma y la reserva de ley.**

Al principio y al final del punto anterior se ha partido de la afirmación de que el reglamento es una norma, por lo que en este punto corresponde analizar su alcance, y es aquí donde de nuevo se presenta la necesidad de repasar o considerar conceptos de la teoría general de derecho, en especial los conceptos o la distinción entre ley en sentido material y ley en sentido formal. Es lo mismo que formularse la pregunta siguiente: ¿cuál es el contenido propio de la norma con rango de ley? ¿cuál el del reglamento? Lo que significa, en el fondo, delimitar la función de ambas normas.

Conocer o determinar lo que es una ley en sentido material es definir qué materias deben ser reguladas por una norma con rango de ley, en primer lugar, pero, en un segundo término, significa reconducir dicha definición a una abstracción desde el punto de vista doctrinal, si se quiere construir un concepto. En el primer sentido es la reserva de ley que contiene la Constitución la que nos permite la definición de dichas materias. En el segundo aspecto, la construcción del concepto significa extraer la causa que determina que la Constitución decida que precisamente son esas materias las que quedan reservadas a la ley.

Respecto de la Administración, el establecimiento constitucional de una reserva de ley implica una prohibición de que, por su parte, se intervenga regulando la materia correspondiente. Por ello, la reserva de ley conduce a determinar la competencia del legislativo o, lo que es lo mismo, a conectar la cuestión con el concepto formal de ley, entendida, en él, como la norma que se dicta por el Parlamento o Poder legislativo; ya que la consecuencia es que la reserva de ley permite que el concepto material de

ley y el formal coincidan. Sin embargo, el concepto material, también significa la posibilidad de distinguir que determinados actos del Parlamento, aun cuando formalmente sean leyes o se denominen así, desde el punto de vista de su contenido, no lo son, sino que pueden ser simples actos o reglamentos. Y es así que el concepto material de ley también implica no sólo la existencia de unas materias que son propias de esta clase de norma, sino que ella se caracteriza por ser general. Así los actos singulares del Parlamento y los reglamentos que regulan su organización quedan excluidos del concepto de ley en sentido material<sup>18</sup>.

Resumiendo, pues, la ley se nos presenta como una **norma general** que regula determinadas materias con carácter obligatorio o necesario y que se dicta por el Parlamento. Al establecerse una reserva material por la Constitución, cuando el Parlamento no regula esta materia, pueden surgir problemas en orden a la actividad administrativa, ya que hay quien piensa que la Administración no podría actuar o carecería de habilitación para hacerlo; pero también significa que en ningún caso la ley puede atribuir al Poder ejecutivo la regulación de la materia, pues ello significaría una remisión al reglamento, pero más que ello, implicaría una deslegalización de la materia y una degradación de la norma que corresponde. Sólo en los casos en que la Constitución habilita al Poder ejecutivo para regular mediante decreto-ley o decretos legislativos podría producirse esta regulación.

---

<sup>18</sup> Al hilo de esta cuestión el lector puede recordar lo ocurrido en el País Vasco con la ilegalización de partidos, disolución de grupo parlamentario y la valoración que se ha otorgado al Reglamento de la Cámara y al concepto de soberanía, para comprender que estas cuestiones y distinciones entre ley formal y material y la diferencia entre lo jurídico propiamente dicho y lo organizativo tienen claras repercusiones.

En cambio, desde mi punto de vista, la falta de regulación por una ley de la materia reservada, si bien implica que no pueda existir una regulación por parte del reglamento, es decir una ordenación jurídica, no puede determinar la inactividad de la Administración en sentido ejecutivo y material, pues los derechos afectados, fundamentales u objetivos, recogidos en la Constitución o en el ordenamiento jurídico, podrían ser o serían ineficaces. Claro es que esta posición conduce a que el control de legalidad de la actuación administrativa correspondiente no se fundamente en una referencia a un precepto legal concreto de norma con rango legal, sino en su ajuste o contrariedad a los principios que se encierran en el ordenamiento jurídico, en especial en la Constitución; cuestión que, por mayor abstracción, es más compleja y exige de funcionarios y jueces bien preparados jurídicamente. Lo expuesto resulta, también, congruente con la condición de poder jurídico del Ejecutivo, la cual lo configura como el elemento básico para que se cumpla y ejecute el ordenamiento jurídico en el plano de los intereses públicos y más allá del concepto del derecho subjetivo, en el que la iniciativa privada en su defensa es lo primordial y en torno del cual surge en el orden procesal toda la teoría de la acción y de la legitimación, que, en cambio, en el orden contencioso- administrativo se matiza por el interés público, sin que ello suponga que la Administración no debe actuar en defensa o protección de los derechos subjetivos, pues esta defensa, en sí misma y en general, es un interés público.

En apoyo, hoy, de esta postura de mantener la procedencia de la actividad administrativa aun a falta de regulación específica, es esencial el artículo 89.4 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que en concreto establece: *En ningún caso podrá la Administración abstenerse de resolver so pretexto de silencio, oscuridad o insuficiencia de los*

*preceptos legales aplicables al caso, aunque podrá resolver la inadmisión de las solicitudes de reconocimiento de derechos no previstos en el Ordenamiento Jurídico o manifiestamente carentes de fundamento, sin perjuicio del derecho de petición previsto por el artículo 29 de la Constitución.* De este modo, lo que la doctrina destacó como una obligación para los tribunales de justicia y no para la Administración, es hoy también obligación para ella, siempre que los derechos se encuentren previstos en el ordenamiento jurídico. La eficacia del derecho con este precepto avanza sustancialmente. No obstante, el precepto por su incardinación en una norma de procedimiento se dirige a evitar el silencio administrativo y la falta de resoluciones administrativas, pero su aplicación a la inactividad material de las Administraciones públicas o incumplimiento de obligaciones, por ejemplo, no prestando servicios o no dictando reglamentos, resulta más difícil y compleja. No obstante, desde mi punto de vista, el hecho de que el principio se desvele en una norma procedimental, no implica, naturalmente que no exista con carácter más general y sea de aplicación en el caso de la inactividad propiamente dicha.

Desde el punto de vista del concepto de ley en sentido material y de la idea y causa que determinaría cuáles son las materias reservadas a la ley, nos sirve o es útil para la reflexión el concepto que nos ofrece Laband, por el que resultaría que es ley la norma o disposición que contiene *proposiciones jurídicas*<sup>19</sup>. Claro es que este concepto nos obligaría a desentrañar qué se entiende por proposiciones jurídicas<sup>20</sup>, lo que, en

---

19 Los conceptos de Laband de ley en sentido material y de leyes administrativas proceden de la obra de **Santamaría Pastor, Juan Alfonso**, “*Fundamentos de Derecho Administrativo I*”; Edit. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid 1988, p.518 y ss. Pero desde el punto de vista de la crítica a la distinción resulta imprescindible el análisis que realiza **De Otto, Ignacio**; op. cit, p. 176 y ss.

20 También en esta ocasión nos es útil el análisis de **Diez Picazo, Luis**; op. cit., p. 23 y ss; el cual viene a equiparar proposiciones, directivas y reglas, considerándolas de algún modo ligadas al comportamiento

definitiva, conlleva concebir qué se entiende por << lo jurídico>> y en ello tenemos que recordar, ya que realizamos nuestras reflexiones en el seno del Derecho administrativo, y sin perjuicio del resto de cuestiones o conceptos que tratamos en otros puntos de este trabajo, que, al respecto, influyen los puntos de vista individualistas o socialistas que se mantengan o, en especial, el valor que se otorgue al derecho objetivo o la consideración que se tenga de qué parte de la organización administrativa constituye derecho.

Aclaremos la idea anterior. Si prima la idea del derecho subjetivo, proposiciones jurídicas serían solamente las que tienen que ver con el concepto restringido del acto administrativo o con la repercusión de la actividad administrativa en la esfera de las relaciones y situaciones jurídicas de los ciudadanos. Si se analiza la cuestión desde el punto de vista de la organización, también serían proposiciones jurídicas aquellas que determinen un principio de derecho objetivo que obligara a la Administración pública y afectara al ámbito de los derechos colectivos o intereses públicos. En esta segunda acepción, los principios de organización recogidos por el derecho que obligan a la Administración y que tienen su origen o representan un interés público, serían proposiciones jurídicas. Claro está que cuando se realiza esta afirmación, repito, lo es desde la perspectiva del Derecho administrativo y, por tanto, poniendo el acento en la actuación administrativa de organización y tratando de

---

humano e incluyendo en ellas a los textos que proponen una organización o una modificación de la realidad.

No puedo dejar de evidenciar la conexión que nos ofrece la idea de la proposición jurídica como aquella que se dirige a organizar o modificar la realidad con la noción de política pública que configura Baena del Alcazar, Mariano, en su *Curso de Ciencia de la Administración*; 4ª edición reformada, pág.261 y siguientes, en la cual aquella se configura como una decisión conformadora y, en principio de carácter innovador que va acompañada de las medidas administrativas necesarias para su seguimiento y ejecución. Este carácter conformador e innovador coincide, pues, con un cambio organizativo o modificación de la realidad, en cuanto se dirige a conformar e innovar la sociedad o la organización pública.

encontrar los límites a la discrecionalidad, pues, desde el punto de vista exclusivo del derecho político y desde el de los intereses públicos, sí existen reservas de ley en materia organizativa, incluso una reserva constitucional. Así resulta cuando la organización se refiere a la configuración de los poderes estatales y públicos y también respecto de los procedimientos encaminados a garantizar el sometimiento a derecho y a la legalidad en la actuación de dichos poderes. Igualmente, la reserva de ley aparece cuando lo que se organiza u ordena es la sociedad, por lo que ya hemos señalado respecto del ámbito de los intereses afectados. De este modo, la organización de los poderes públicos como reserva constitucional, supone considerar que lleva implícita la configuración de las instituciones capaces de ser ellas mismas fuente del derecho, y la organización social, como reserva de ley, supone siempre, al organizar, el establecimiento de los límites que ella misma, como tal organización, conlleva en el orden individual; lo que es una forma de delimitar los poderes o potestades públicas.

En este punto, antes de seguir con los conceptos de Laband, resulta obligada una reflexión en torno a la reserva en materia de procedimiento cuando se trata de garantizar la actuación de las Administraciones públicas, porque así como la garantía de los derechos subjetivos se establece en las normas del procedimiento administrativo y respecto de las resoluciones administrativas y respecto del procedimiento de producción de reglamentos jurídicos, mediante la participación de los grupos de intereses correspondientes, cuando nos movemos en el terreno de las decisiones organizativas y de las políticas públicas que no se formalicen en leyes y reglamentos, o que sólo afecten a intereses públicos, no nos encontramos con una cuestión de reserva de ley, como cuando se afecta a los derechos subjetivos o a la regulación social, donde la proposición jurídica es

fácilmente deducible como existente, sino que, aun cuando exista una reserva de ley, porque las medidas suponen cambios en la sociedad o en el ámbito de los ciudadanos, puede que la norma o ley no establezca garantías para que los intereses públicos se vean protegidos, mediante la exigencia de actos administrativos técnicos que garanticen la bondad y la eficacia de la medida que se formaliza. Luego, en dicho campo, lo que resulta es una obligación del legislador de establecer los trámites y procedimientos a favor de dicha garantía. Es aquí, pues, donde es posible conectar con la Ciencia de la Administración, tal como he señalado a pié de página, y con las políticas públicas, en cuanto, al ser éstas conformadoras de la sociedad y de la organización pública necesaria y requerir de medidas administrativas para su ejecución, seguimiento y eficacia, sería necesario que dichas medidas y factores administrativos necesarios estuvieran garantizados por norma, siendo el reglamento una de estas medidas y procedimiento de ordenación de la bondad, ejecución y eficacia de las políticas públicas, las cuales, además pueden estar formalizadas en una norma con rango de ley. Pero como esto no es siempre así, sino que puede no existir una formalización normativa, es por lo que he considerado, antes, que la reserva de la ley no se hace tan evidente en este campo como en el de los derechos subjetivos y el concepto de proposición jurídica se restringe, al ámbito jurídico en sentido técnico restringido, olvidando el ámbito político o de configuración social.

Ello plantea, o evidencia, que este campo, que es en buena parte organizativo, no tiene la misma defensa que el quebrantamiento de una reserva de ley por vía de los reglamentos o actuaciones administrativas, sino que, si las garantías no están directamente establecidas en norma con rango de ley, hay que demostrar que debían haber sido establecidas, que son obligatorias en todo caso y que no se han cumplido dichas garantías. Es

decir que, aun cuando, el legislador no se ocupó de establecerlas, son de obligada observación por mandato constitucional. Así, paradójicamente, al ser obligación del legislador se podría considerar que es competencia de la ley el establecimiento de dichas garantías, pero su no establecimiento, en caso de que la Administración no las aplique directamente, o las establezca -lo que no le está prohibido si el legislador no lo hizo-, obliga a una dialéctica y defensa muy diferente que la habitual en los quebrantamientos de la reserva de ley y en, definitiva, la cuestión sólo surgirá a la luz, cuando un derecho subjetivo o un interés se vea quebrantado precisamente porque no se han seguido los procedimientos y garantías que han de configurar a una decisión como ajustada a los intereses públicos. Por lo que, cuando no se afecta a derechos subjetivos, sino a intereses públicos o a la eficacia de políticas públicas, la posibilidad del control de la existencia de las garantías precisas puede no producirse nunca. Es indudable, que la situación española en 2012, evidenciada por la crisis económica, en la que la corrupción y la ignorancia de la ley y el principio de legalidad y la existencia de políticas públicas improductivas o generadoras de un gasto público insostenible y de la quiebra estatal, nos pone de manifiesto que estas garantías que se traducen en procedimientos administrativos que hacen eficaz y real el interés público, han de ser formalizadas jurídicamente y constituir una obligación para los poderes ejecutivos y es un derecho de los ciudadanos y de la sociedad que ello sea así.

En resumen, se puede concluir que toda ley relativa a un procedimiento de actuaciones administrativas, debe exigir que queden garantizados los intereses públicos o establecer directamente dichas garantías, lo que es una forma de organizar la actividad de las Administraciones públicas. De este modo, cuando el legislador no lo hiciera, el reglamento debería regular el procedimiento y dichas garantías.

Si la Administración no lo hace o actúa sin cumplir dichas garantías se quebranta el derecho por carencias organizativas. En otro punto, al tratar de la función pública, tendremos algún ejemplo relativo a estas cuestiones. Pero lo que es evidente, al margen de los aspectos limitadores de derechos subjetivos en los que la reserva de ley implica un impedimento o prohibición de actuación de las Administraciones públicas, es que por lo que respecta a obligaciones y garantías o a la efectividad de derechos e intereses públicos no cabe propugnar, o considerar procedente, la inactividad administrativa cuando el legislador no realiza provisiones concretas.

Volviendo a la reflexión conceptual iniciada, Laband también nos ofrece un concepto de *leyes materiales o jurídicas* y otro de *leyes administrativas o espurias*, cuestión que, unida a su consideración de un concepto material de reglamento como disposición que no contiene proposiciones jurídicas, hace pensar que su concepto de proposición jurídica esta más cercano a la primera visión del derecho subjetivo que a la segunda del derecho objetivo. Es por ello, que Jellinek concibe a la regla jurídica (*Rechtssatz*) como aquella *que tiene como fin próximo el de delimitar las esferas de libre actividad de las personalidades recíprocamente entre sí.*<sup>21</sup>

De este modo, la visión civilista o individual del derecho, o su utilización por quienes quieren aislar una parcela de poder del monarca no sometida a la ley y a control, nos ofrece una contraposición entre derecho y organización y aleja el concepto del *hecho administrativo* de lo jurídico, para considerarlo como una cuestión relativa más bien a la Ciencia de la Administración. Y de nuevo, se presenta la necesidad de continuar

---

<sup>21</sup> De Otto. op. cit., p. 171

analizando las consecuencias de la reserva de ley o, lo que es lo mismo, de determinar los límites a que se sujeta el reglamento o cuál es su posible contenido. En definitiva, ello significa determinar qué tipo de norma es el reglamento.

En el Derecho administrativo español este problema tiene una respuesta clara en cuanto existe la reserva de ley en determinadas materias y, en cuanto a ellas, concluimos que el reglamento no puede ordenar o regular respecto de la parte que constituye el núcleo jurídico o principio que determina la existencia de la reserva. El aspecto que no queda claro en este punto y que requiere de exégesis en cada caso concreto por el legislador, pues, es determinar qué cuestiones relativas a una materia constituyen la esencia, núcleo o principio objeto de la reserva, para poder establecer aquellas que pueden ser remitidas a la regulación por reglamentos. Si no se acierta en esta delimitación y se quebranta la reserva se incurre en inconstitucionalidad y la regulación reglamentaria carece de validez.

El otro punto oscuro o, más bien, indeterminado de la cuestión es que nuestra Constitución no establece un límite a la regulación por ley; es decir, no establece materias que sean propias del reglamento o del Poder ejecutivo y en las que la ley no pudiera actuar, con lo que cualquier materia puede ser regulada por ley y con el alcance que ella determine. De este modo, el contenido del reglamento depende de la interpretación de cada reserva de ley en concreto y de la voluntad del legislador o de la apreciación de que determinadas cuestiones, por razones jurídicas o técnicas, más bien por estas últimas, deben ser definidas por la Administración. Pero debe considerarse que esta apreciación empieza en

los borradores y anteproyectos y, por tanto, se inicia en la propia Administración y Poder ejecutivo.

Formalmente, en esta apreciación, lo normal es que el criterio que permite establecer la causa más general de la reserva de ley, es el recogido por la doctrina, según el cual forman parte de la reserva de ley las cuestiones que afectan a los derechos y libertades fundamentales y al orden fiscal y tributario. En este sentido Stuart Mill nos dice: *“La meta de los patriotas consistió, por tanto, en fijar límites al poder que pudiera ejercer el dirigente sobre la comunidad; de modo que esta fijación de límites fue lo que entendieron por libertad. Se intentaba de dos maneras: primero, obteniendo el reconocimiento de ciertas inmunidades llamadas libertades políticas o derechos, cuya violación por parte del gobernante se contemplaba como un abuso de competencia y que, si lo cometía, llevaba a considerar justificada una resistencia específica o una rebelión general. Un segundo recurso, en general más tardío, consistió en el establecimiento de controles constitucionales, mediante los que el consentimiento de la comunidad o de algún cuerpo similar, supuestamente representativo de sus intereses, se convirtió en requisito necesario para alguno de los actos más importantes del poder gobernante”*.<sup>22</sup>

Con anterioridad, Locke al señalar los límites que la sociedad y la ley natural han fijado para el Poder legislativo, en tercer y cuarto lugar, nos ofrece las siguientes bases de la figura de la reserva de ley: <<Tercero, *no puede fijar impuestos sobre la propiedad del pueblo, sin el consentimiento del pueblo*, expresado por ellos mismos, o por sus diputados.>> y <<Cuarto, *el legislativo no debe ni puede transferir el poder de hacer leyes*

---

<sup>22</sup> **Stuart Mill**; *“Sobre la libertad”*; Editorial Espasa Calpe; Colección Austral; Madrid; pp. 64 y 65.

a ningún otro, ni depositarlo en otras manos que no sean las que el pueblo eligió a tal fin.>><sup>23</sup>

Pero, además, en esta indagación de la razón de ser de la reserva y, por tanto, del alcance del reglamento como norma, la realidad nos muestra que más que los derechos y libertades fundamentales lo que prima es la afectación o no a los derechos subjetivos o a la propiedad y al gasto público. En el fondo, pues, toda cuestión que afecta a los derechos de los ciudadanos, que tiene un sentido patrimonial, se considera que debe ser objeto de regulación por el Parlamento y que en ella no puede actuar el Poder ejecutivo si la ley no le habilita; pero téngase en cuenta que, por la época en que se produce, existe una clara oposición al poder del monarca; oposición que, en cierto modo, pese a las distintas circunstancias, pervive frente a la Administración. Sobre estas bases es sobre las que la doctrina jurídica y nuestra jurisprudencia establecen, también la reserva de ley. Pero, una vez más, atendiendo a la situación actual política y económica de España, creo que la consideración del gasto público como reserva de ley, lo que se manifiesta en la Ley de presupuestos, implica una serie de consecuencias o reflexiones respecto de las políticas públicas y los procedimientos, siendo el campo de la subvenciones uno de los más susceptibles de crítica y análisis.

Quedan aquí de manifiesto dos puntos que se traducen en dos conceptos fundamentales en el contenido del Derecho administrativo y que tratamos en otros momentos: el derecho subjetivo y la potestad administrativa. Por ello, resulta que el ámbito normal de actuación del reglamento es el organizativo, ya que cualquier repercusión o limitación de

---

<sup>23</sup> **Jhon Locke**; *“Dos ensayos sobre el gobierno civil”*; Editorial Espasa Calpe; Colección Austral; Madrid; p. 309.

los derechos subjetivos, aun cuando tenga razón de ser en los intereses públicos, debe ser objeto de regulación por norma con rango de ley y, todavía más, si consideramos que es también el legislador el competente para determinar los intereses públicos en su vertiente más general o abstracta. La cuestión final queda conectada con la consideración de cuándo un asunto está regulado o no por la ley, lo que tiene que ver con nuestras manifestaciones anteriores relativas a la abstracción y concreción, y al acierto de la ley en regular lo básico, de modo que el reglamento nunca regule la materia reservada, sino que simplemente concrete lo ya dispuesto. Pero, en este aspecto, queda el problema de los procedimientos que son necesarios como garantía de eficacia y legalidad, que deberían estar establecidos por la ley, también como garantía y obligación, y no por el reglamento, pero que de no hacerlo aquélla y de hacerlo el reglamento, tampoco implicaría necesariamente la nulidad de éste, si la medida era necesaria y ajustada a los principios generales del Derecho administrativo y la Ciencia de la Administración.

No obstante, antes de definir o resumir el campo propio de la regulación por el reglamento, hay que poner de relieve que la doctrina realiza una distinción o clasificación de los reglamentos en jurídicos o ejecutivos y reglamentos administrativos, que sigue poniendo de relieve que, en el fondo, se establece una separación entre derecho y organización, considerando a ésta como el campo propio del reglamento y a éste más como una norma administrativa que jurídica; aún más, si observamos que cuando se hace referencia a los reglamentos jurídicos también se les denomina como ejecutivos o se les equipara; lo que significa que, en el orden jurídico, el reglamento no es definidor de lo que constituye derecho, sino que se limita a ejecutar la ley. Esta ejecución de la ley, debe entenderse en sentido general, no sólo como ejecución de una ley concreta

o determinada. Esta situación nos hace pensar que, desde estos puntos de vista, en que organización y derecho aparecen como una dicotomía, sería lo jurídico lo que en esencia constituiría la reserva de ley. Claro es que conviene recordar que nos estamos desenvolviendo en el campo de lo formal y teórico y no en el de la realidad.

Establecer que lo jurídico, o, mejor dicho, el concepto de lo jurídico que se nos ofrece desde los esquemas del derecho civil o como consecuencia del concepto de ley en sentido material de Laband, es una reserva de ley, tiene como contrapartida el que la parcela organizativa o la organización en sí misma es propia de la Administración y del reglamento. Ello, por tanto, significa, en principio, constituir un campo de actividad discrecional no sujeto a derecho, lo que puede no ser ya una mera cuestión formal jurídica, sino una decisión que favorece la patrimonialización de la organización pública y la detracción del derecho de una buena parte de la actividad administrativa; es decir, significa negar, en cierto modo, una de las razones de la existencia del Derecho administrativo y la negación de uno de sus fines. Sólo, la existencia de unos principios constitucionales y de una reserva de ley en materia de gasto público, impide que desde el punto de vista formal o jurídico podamos afirmar por completo que esto es así. De otro lado, si recordamos todo lo antedicho, en estos planteamientos doctrinales sobre las posibilidades de actuación de la Administración al margen de la ley o sin regulación legal previa, la carga de la defensa de los derechos subjetivos, por un lado, y la tendencia política a escapar del control judicial mediante la consideración de lo organizativo como discrecional o metajurídico, por otro, afectan a la efectividad de los intereses públicos e incluso de derechos fundamentales, cuando el legislador no prevé adecuadamente o la Administración no proyecta las leyes con la perfección técnica correspondiente, pues, con base, en los

principios que la doctrina mantiene de inactividad administrativa, el resultado es la ineficacia del derecho.

Tampoco debemos olvidar que un momento antes hemos afirmado que, desde el punto de vista de los intereses públicos y del derecho político, existen reservas de ley en el orden organizativo en las cuestiones de configuración de los poderes estatales y públicos y en los procedimientos encaminados a garantizar el sometimiento a la legalidad y a derecho en la actuación de dichos poderes (sin olvidar la cuestión de la obligación de establecer las garantías a favor de los intereses públicos y su eficacia) Lo que en definitiva nos propone concluir que el otorgamiento de potestades constituye una reserva de ley, si bien quede por abordar la cuestión de las atribuciones de potestades *ad intra* o en el seno de la propia Administración, o el caso de las potestades inherentes, de lo que nos ocuparemos en otro momento.

Conviene, ante el cúmulo de cuestiones relacionadas entre sí que hemos expuesto, que recapitulemos la cuestión analizando dos puntos para finalizar éste. Uno, la distinción entre reglamentos jurídicos o ejecutivos y reglamentos independientes o administrativos y, otro, las funciones del reglamento.

### A) *Reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes*<sup>24</sup>.

---

<sup>24</sup> Resulta de interés al objeto de este punto, pero también, respecto de otros antes apuntados, como la competencia del reglamento y la reserva de Ley el trabajo de **Muñoz Machado S.** *Sobre el concepto de reglamento ejecutivo en el Derecho español.* Revista de Administración Pública núm. 77; Mayo – Agosto 1975. pp. 139 y ss. Como antecedente a este Trabajo existe la *Moción sobre la consulta al Consejo de Estado de los reglamentos ejecutivos de las leyes* en el núm. 69 de la misma Revista; Sección Documentos y Dictámenes; pp. 469 y ss Por lo que se refiere a los reglamentos independientes o autónomos, también en la Revista de Administración Pública destacan los artículos de **Clavero Arévalo,** *¿Existen reglamentos autónomos en el Derecho español?* Núm 62, mayo-agosto 1970; pp 51 y ss. y de **J. Salas,** *De nuevo sobre los reglamentos autónomos en el Derecho español;* núm. 84, septiembre-diciembre 1977; pp 645 y ss. En la Revista Española de Derecho Administrativo se encuentran de **Sainz Moreno F.** *Reglamentos ejecutivos y Reglamentos independientes;* núm. 20, Enero-marzo 1979; pp129 y

Una muestra de la separación que se produce entre derecho y organización o del sentido que nos ofrece la doctrina de lo jurídico, es la distinción entre reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes, equivalente a la que también se denomina distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos. Al efecto de que se aprecie el arraigo de la distinción, veremos el sentido que a los conceptos de reglamentos ejecutivos y reglamentos independientes otorga la jurisprudencia. Así una Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de enero de 1997 nos dice:

*“El reglamento ejecutivo es aquél que desarrolla una Ley, o la complementa. Los reglamentos ejecutivos exigen el dictamen del Consejo de Estado, como garantía << ex ante >> de objetividad e imparcialidad y como garantía de perfección técnica y acierto en la elaboración de los mismos.*

*Los reglamentos independientes, por el contrario, regulan materias no comprendidas en el ámbito de la reserva de Ley: de ahí que la doctrina científica más cualificada enseñe que los reglamentos independientes sirven para regular todo lo relativo a la organización administrativa, así como para regular el ejercicio de poderes que a la Administración les esté conferidos discrecionalmente. Los reglamentos independientes tienen como límites los derivados de su propia naturaleza: por ello, este tipo de reglamentos no pueden modificar ni derogar el contenido de una Ley, ni el contenido de otros reglamentos de mayor jerarquía. Ni tampoco los reglamentos independientes pueden limitar derechos subjetivos ni situaciones jurídicas adquiridas.”*

---

ss. y **Colom i Pastor B.** *Reglamento independiente y potestad reglamentaria: cinco años de experiencia constitucional.* Núm. 40-41 Enero- marzo 1984; pp 239 y ss

Otra sentencia del mismo Tribunal de 15 de octubre de 1997, al referirse al reglamento ejecutivo y la necesidad, respecto a él, de dictamen preceptivo del Consejo de Estado, dice: *Sobre este punto, existen algunas divergencias jurisprudenciales, atendiendo en algunas sentencias a una concepción material comprendiendo en el concepto los Reglamentos que de forma total o parcialmente completan, desarrollan, pormenorizan, aplican o complementan una o varias leyes, entendidas como normas con rango de ley, lo que presupone la existencia de un mínimo contenido legal regulador de la materia, aspecto que en este caso no concurre, por tratarse de una resolución interpretativa en desarrollo del Real Decreto 877/1987 y en otras sentencias, representando otra tendencia jurisprudencial, se da cabida también en una perspectiva formal, a aquellos Reglamentos que ejecuten habilitaciones legales, con independencia de cualquier desarrollo material, resultando excluidos del informe preceptivo del Consejo de Estado los proyectos informados que son objeto de alguna modificación no esencial, los Reglamentos independientes, autónomos y los Reglamentos derivados de la potestad doméstica de la Administración, en su ámbito organizativo interno, así como los Reglamentos de necesidad....*

También el Tribunal Constitucional recoge esta doctrina y así en su Sentencia 360/1993 de 3 de diciembre, en un conflicto de competencias entre el Gobierno central y el Gobierno Vasco, relativo a la competencia del Estado en materia de legislación laboral, en su fundamento jurídico cuarto, nos dice:

*“ Ya en la STC 18/1982 ( fundamento jurídico 5º) se dijo que <<cuando la Constitución emplea el término “legislación laboral” y la atribuye a la competencia estatal, incluye también en el término los reglamentos tradicionalmente llamados ejecutivos, es decir aquellos que*

*aparecen como desarrollo de la Ley y, por ende, como complementarios de la misma, pues si ello no fuera así, se frustraría la finalidad del precepto constitucional de mantener una uniformidad en la ordenación jurídica de la materia, que sólo mediante una colaboración entre Ley y Reglamento ( o mediante una hipertrofia inconveniente desde el punto de vista de política legislativa) del instrumento legal, puede lograrse. Mientras que, por el contrario, no aparecen necesariamente dentro del concepto de legislación los reglamentos que carecen de significación desde el citado punto de vista por referirse a los aspectos organizativos. Y que finalmente dentro de éstos debe incluirse los que afectan a la mera estructuración interna de la organización administrativa>>*

Como consecuencia de esta doctrina, el Tribunal Constitucional concluye que ello lleva a la exclusión de la competencia autonómica de los reglamentos de desarrollo y que a las Comunidades Autónomas les correspondería la competencia reglamentaria tocante a los aspectos organizativos de su Administración en la materia discutida.

De lo expuesto de la doctrina jurisprudencial, cabe matizar que los límites que se consideran propios en el caso de los reglamentos independientes no son sólo de aplicación en ellos, sino también respecto de los reglamentos ejecutivos, en cuanto la doctrina científica también señala la subordinación a la ley de estos reglamentos y, al hacerlo, se dice que en ningún caso pueden invadir la reserva de ley y, además, que la ley que se ejecuta o desarrolla debe haber tratado todas las cuestiones esenciales, de modo que el reglamento sólo se desenvuelva en su carácter de complemento. Tal como decíamos, el reglamento en el orden jurídico sólo es ejecutivo, no crea derechos, no los define; ello corresponde a la ley. Como se comprenderá, en el fondo, todo depende del concepto de reserva

de ley y de la apreciación de lo que se considere que una ley debe en todo caso regular, sin que el reglamento pueda intervenir y, en ello, vemos latente siempre el concepto del derecho subjetivo y de su garantía.

También, de la distinción resulta la existencia de una concepción por la cual la organización, pues, se presenta como una materia en la que la Administración puede actuar con “independencia” de la ley. Si bien conforme a otras reservas que hemos señalado, debemos entender que en este caso se trata de la mera organización administrativa, si bien tampoco los límites o significado de esta expresión son claros. En esencia, para determinar los límites del reglamento en materia organizativa habría que atender o distinguir entre la organización social, la del poder y la administrativa, las dos primeras son objeto de reserva de ley, mientras que en la tercera habría que distinguir los aspectos jurídicos de los mera y simplemente organizativos. Sin embargo, hay que insistir, que en el concepto de organización cabe entender, por ejemplo, comprendido el procedimiento, pero que, además, éste es, también, manifestación de poder y constituye a su vez una garantía; de modo que esta organización procedimental si bien guarda aspectos reservados a la ley, como ya hemos adelantado no puede impedir, en defecto de regulación expresa o concreta, que las garantías u obligaciones que el ordenamiento jurídico establece en abstracto dejen de ser cumplidas y hechas eficaces por las Administraciones públicas y para ello se escude en la falta de dicha regulación. Por ello, cuando superamos la perspectiva del derecho subjetivo y de su garantía y contemplamos los intereses públicos y su eficacia, no puede considerarse que un reglamento de organización no pueda establecer garantías de procedimiento a favor de dicha eficacia, si bien lo ideal es que sea la norma con rango de ley la que lo haga, pues de este modo la garantía tiene mayor seguridad y permanencia; pero, repito, no se puede considerar

quebrantada una reserva de ley, pues con la regulación no se estaría estableciendo límites a derechos subjetivos.

Sin embargo, la cuestión expuesta en este punto, no acaba con la distinción analizada, sino que se hace preciso examinar otra distinción.

### ***B) Reglamentos de sujeción general y de sujeción especial<sup>25</sup>.***

La distinción entre reglamentos de *sujeción general* y reglamentos de *sujeción especial*, igualmente presente en la doctrina y en la jurisprudencia e íntimamente relacionada con la de reglamentos ejecutivos e independientes, refleja que en nuestras relaciones con el Poder ejecutivo o con las Administraciones públicas existen unas que tienen como fundamento nuestra condición común de ciudadanos, por lo que se califican de sujeción general en razón de que, en principio, todos estamos sujetos a la relación correspondiente; tal es el caso, por ejemplo, de la sujeción a la potestad tributaria. Otras relaciones, tienen su raíz en una actividad especial o concreta, en una condición nuestra, también concreta o especial o particular, que se halla regulada por el Derecho administrativo; tal es el caso de la relación que puede unir, por ejemplo: al industrial, al farmacéutico, al funcionario, etc. con la Administración, a través de los reglamentos que regulan la actividad o profesión que realizan o a través de un estatuto jurídico que establece una relación directa con una organización o servicio público. En el caso, de las relaciones de sujeción general, normalmente, nos encontramos frente a una potestad que produce una

---

<sup>25</sup> Frente al caso de la distinción entre reglamentos ejecutivos e independientes, la distinción entre reglamentos de sujeción general y de sujeción especial no ha generado un tratamiento individualizado, sino que hay que acudir a la bibliografía general de Derecho administrativo o a obras específicas que tratan de relaciones específicas de sujeción especial o de la potestad sancionadora o de derecho disciplinario, para desentrañar los problemas que plantea.

limitación de un derecho subjetivo o de una libertad, en favor de un interés público superior. En el caso de las relaciones de sujeción especial, suele nacer el derecho subjetivo o reconocerse en virtud de un acto administrativo, normalmente de una autorización o concesión administrativa; pero también la actividad correspondiente, en su regulación administrativa, está sometida a condiciones, limitaciones y obligaciones para el particular y sujeta a un régimen sancionador o disciplinario. En otros casos, la relación jurídica tiene su origen en la pertenencia a una organización o institución determinada o en un contrato relativo a un servicio público.

Es precisamente el campo del derecho sancionador y la competencia del reglamento en dicho campo, la causa de la distinción doctrinal que ahora nos ocupa, pues aun cuando la determinación de las conductas de los particulares o ciudadanos que constituyen una infracción y el establecimiento de las sanciones, en su grado y cuantía, resulta ser, conforme al artículo 25.1 de la Constitución, una reserva de ley, en las relaciones de sujeción especial se estima que puede existir una mayor colaboración del reglamento en la delimitación de dicho derecho sancionador.

En este orden, la jurisprudencia refleja esta concepción por la que el reglamento puede ser considerado como legislación al efecto del artículo 25.1 de la Constitución, así por ejemplo, en la Sentencia del Tribunal Supremo de 10 de febrero de 1997, pero en la cual se considera, en su fundamento cuarto, que igualmente en los reglamentos de sujeción especial opera el principio de legalidad y la reserva de ley y, así, inicialmente, nos dice:

*La aplicación del principio de legalidad en el ámbito de las relaciones de sujeción especial ha dado lugar a una cierta vacilación doctrinal y jurisprudencial, pues, sobre la base, no cuestionada en general de la posible diferencia de trato respecto al juego más riguroso de ese principio en el ámbito de las relaciones de sujeción general y de la necesidad en todo caso de que también en las de sujeción especial se parta de una previa habilitación legal, no es unánime la delimitación de cuál sea su concreto alcance.*

La Sentencia resume la cuestión del sometimiento o no de los reglamentos de sujeción especial del siguiente modo:

*Hemos de proclamar por tanto que aun en el ámbito de las relaciones de sujeción especial opera el principio de legalidad, en su manifestación de reserva de Ley, si bien en este ámbito se abran mayores espacios a la colaboración del Reglamento; pero siempre sobre la base de una previa definición de los tipos de infracción y de las sanciones en norma con rango de Ley, sin que quepan por tanto remisiones en blanco o habilitaciones genéricas.*

Tal es la doctrina del Tribunal Constitucional expresada con precisión en el Fundamento Jurídico 8º de la STC 61/1990, de 29 de marzo, que con referencia a la garantía formal implícita en el artículo 25.1 CE dice:

*<<Ciertamente es que esta garantía formal ...ha sido considerada a veces susceptible de minoración o de menor exigencia, no sólo en supuestos de normas sancionadoras preconstitucionales (...) como, en fin, en las situaciones llamadas de sujeción especial “ aunque incluso en dicho*

*ámbito una sanción carente de toda base legal devendría lesiva del derecho fundamental que reconoce el art. 25.1 de la Constitución” ( STC 219/1989 fundamento jurídico 2º). En todo caso, se dice en estas sentencias, lo que prohíbe el art. 25.1 CE es la remisión al reglamento que haga posible una regulación independiente y no claramente subordinada a la Ley, pero no la colaboración reglamentaria en la normativa sancionadora.>>*

Para más adelante concluir lo siguiente:

*La singularidad de las relaciones especiales de sujeción no afecta a ese esquema esencial de modo que la simple habilitación genérica, sin previa regulación material en la Ley, baste para llenar las exigencias del principio de legalidad en ese campo, sino que se refleja, a lo más, en que el ámbito de colaboración reservado al Reglamento pueda ser mayor.*

*En todo caso la mayor particularización de los tipos de infracción de las sanciones, así como de la correspondencia de éstas a aquellos, definidos en sede reglamentaria, sólo será posible en la medida que esa regulación específica pueda reconducirse a previas definiciones en sede de ley, aunque sean de tipo más genérico, lo que no ocurre cuando el tipo reglamentario no tiene correlato discernible en la Ley, que es lo que ocurre en el caso de habilitaciones legales en blanco, técnica admitida como correcta en la sentencia recurrida, cuya tesis al respecto no podemos compartir.*

*Resulta claro por lo que llevamos expuesto, que una Ordenanza Municipal no puede ser fuente primaria de un ordenamiento sancionador, ni aun en el ámbito de las relaciones de sujeción especial, y que su oportunidad reguladora en ese campo debe partir de la base de una previa regulación en la Ley, a la que debe ajustarse.*

El fundamento cuarto de la sentencia evidencia toda la carga que en la materia tienen los conceptos que antes hemos señalado, en especial los de norma primaria o fuente, los de la reserva de ley, el de disposición de carácter general, la limitación de derechos subjetivos, concepto de lo organizativo y el de servicio público.

De lo expuesto, se deduce la consideración de que lo jurídico se conecta con la existencia de derechos subjetivos o con la repercusión de la acción administrativa en ellos, mientras que el reglamento puede actuar, sin una previa habilitación legal o con una mayor discrecionalidad o iniciativa, cuando la cuestión se relaciona con aspectos organizativos. Si bien, tampoco resulta igual que el reglamento afecte a la organización social que a la meramente administrativa de una institución. La primera sigue afectando al campo de lo jurídico, mientras que la segunda es la que conecta con el concepto de reglamentos administrativos. Los reglamentos que regulan actividades específicas de los ciudadanos, así por ejemplo: las actividades molestas, o la alimentación, etc., ordenan la sociedad y no el servicio público o la organización administrativa propiamente dicha, cuestión que precisaremos en otros momentos más adelante. Queremos decir que dentro de los reglamentos de sujeción especial, aquellos que regulan actividades de los ciudadanos y no relaciones estatutarias en el seno de una institución pública o servicio público, ordenan la sociedad y su sentido jurídico es por ello más general que los estatutarios, los cuales, más cercanos a los asuntos administrativos, siguen siendo jurídicos y de sujeción especial y no meramente administrativos, si bien como es lógico afectan al orden institucional o de la organización correspondiente de modo directo, sin perjuicio de que al quebrantarse el reglamento e incurrir en infracciones se haya podido afectar a terceros que se relacionan con la

institución correspondiente, pero dicha afectación se presenta casi siempre como singular. Sin embargo, los reglamentos que ordenan actividades profesionales o sociales y que, por tanto, ordenan la sociedad, son más generales y sus infracciones se presentan más bien como de orden público. Es evidente en dicha situación o diferencia entre dichos reglamentos de los considerados doctrinalmente de sujeción especial que la predicada mayor contribución o colaboración en la ordenación sancionadora es más lógica en los de orden estatutario o institucional que en aquellos que ordenan la actividad social. Surge, también, la relación de estos diferentes reglamentos de sujeción especial con la distinción entre procedimientos sancionadores y disciplinarios, produciéndose estos últimos en el seno de las relaciones estatutarias y no respecto de los reglamentos reguladores de actividades sociales o económicas.

En orden a la tipificación de infracciones y sanciones como una reserva de ley, las sentencias reflejadas nos ponen de manifiesto cómo el problema real radica en el acierto que la ley o el legislador, si se quiere, tenga en su capacidad de abstracción; es decir, radica en reducir a un concepto abstracto un buen número de supuestos que luego el reglamento va concretar o especificar. En este punto, además de tener claras las conductas que se consideran punibles, es donde la experiencia juega su papel, pero no sólo para la concreción, como parece deducirse de la consideración de dicho factor como causa para predicar la colaboración del reglamento, sino también para poder acertar en la configuración de la abstracción. No debemos olvidar que los proyectos de ley, o sus borradores, nacen en el seno de la Administración pública y es en ella donde se elige el camino de una mayor o menor concreción o, lo que es lo mismo, entrar o no en el detalle y la casuística. Al respecto, la ley detallada puede dejar de exponer supuestos, conductas o infracciones concretas, pues

no todo puede ser objeto de conocimiento o previsión, y, cuando la realidad nos las muestre, puede ser que la actividad de la Administración dirigida a sancionarlas se encuentre con la réplica de la inexistencia de tipificación y la imposibilidad de sancionar; por ello, la abstracción permite solucionar mejor el problema, bien porque el acto sancionador motive que los hechos están comprendidos en el supuesto abstractamente tipificado en la ley, bien porque la Administración vaya especificando cada día más los casos concretos que la ley tipificó en abstracto. Pero, como decimos, la experiencia es necesaria tanto para concretar como para realizar la abstracción previa. También, es posible la utilización de cláusulas o previsiones de carácter residual en la ley y así es frecuente que en las tipificaciones legales aparezcan, por ejemplo, apartados de contenido similar a éste: <<cualquier otra conducta asimilable a las anteriormente descritas>>; fórmula que permite a la Administración actuar motivando que la conducta, no expresa o concretamente tipificada, se halla encuadrada dentro de los supuestos que la ley penaliza. No obstante, se corre el peligro de que soluciones como la apuntada se consideren remisiones en blanco, pero no debe de ser así en beneficio del derecho, pues lo que realmente debe considerarse es que la Administración realice una correcta conexión mediante una motivación y fundamentación que demuestre que nos hallamos en un supuesto contemplado en la abstracción legal, contrario a derecho y punible. La abstracción legal nunca puede ser una remisión en blanco, si las reglas de la interpretación y la obligación de motivación de la Administración se aplican correctamente y se utiliza el ordenamiento jurídico como tal y no una ley o un precepto de modo aislado.

También se evidencia con la exposición literal de la Sentencia, cómo es necesario que estos conceptos sean explicados al estudiar el Derecho administrativo, pues de lo contrario quien acabe los estudios de derecho y

pretenda ejercer la profesión, se va encontrar ante un mundo de difícil comprensión. De otro lado, también hay que evidenciar que una cuestión es que la Administración no pueda tipificar infracciones o establecer sanciones sin habilitación legal previa y otra es que no pueda actuar evitando daños y perjuicios a terceros o quebrantamiento de derechos fundamentales, por ejemplo, estableciendo al efecto medidas cautelares, sin perjuicio, en su caso, de las indemnizaciones correspondientes a quienes sin culpa o negligencia o en virtud de acciones no tipificadas como infracción o falta se vean afectados por la medida.

Como consecuencia de lo antedicho, conviene, pues, poner de manifiesto cuál es la competencia del reglamento o sus funciones principales.

### ***C) La competencia del reglamento.***

De los aspectos formales que antes hemos manejado y que están presentes en los conceptos formal y material de ley, así como del concepto material de reglamento que nos ofrece Laband, resulta que el reglamento no tiene como objeto la creación de derecho; no se constituye como tal objeto, pues, el realizar proposiciones jurídicas. En los aspectos jurídicos la finalidad del reglamento es sólo de desarrollo y complemento de lo establecido en la ley; de modo que, en lo jurídico, su competencia es residual y limitada. Por lo tanto, su campo competencial propio, sobre todo, es el organizativo; si bien determinar este campo no es tampoco una cuestión sencilla, como se deduce del concepto ya analizado de los reglamentos de sujeción especial. Si atendemos a las diferencias entre sujeción general y especial, habría que señalar que en el ámbito de la primera es donde no procede la formulación de proposiciones jurídicas por

parte del reglamento y, en el orden de la segunda, la ley debe haber definido los elementos esenciales de los aspectos relativos a las relaciones de las instituciones correspondientes con los terceros, en especial por lo que respecta a las relaciones estatutarias y debe haberlo hecho, normalmente, regulando genéricamente las instituciones de que se trate, en especial en la distribución de poder y capacidad o, en su caso, en garantía de los intereses públicos o de la propia institución en su finalidad, y el reglamento puede regular el detalle con una mayor competencia definitoria, al quedar los aspectos estatutarios comprendidos también en el ámbito organizativo de la institución concreta. Así ocurre, por ejemplo, en el caso de los Colegios profesionales, Universidades, etc., de ahí que en el caso de cada institución se considere que el estatuto es su “ley”. En resumen, en el ámbito de la sujeción especial la regulación general que la Ley realice de un determinado tipo de institución constituye en esencia una regulación de la organización social, mientras que el estatuto de cada una de las instituciones es una regulación de carácter esencialmente organizativo que alcanza a proposiciones jurídicas en el orden institucional y complementarias de la ley. Sin embargo, cuando la institución no es una mera persona jurídica sino una Administración pública, el ámbito estatutario alcanza a personas que no sirven los intereses de una mera empresa u organización, sino que están al servicio de intereses generales y la ley debe garantizar dicho servicio, y, además, ejercen autoridad o potestades. De ahí que, por ejemplo, el estatuto de los funcionarios públicos constituya en lo esencial una reserva legal como veremos más adelante.

Sin perjuicio de la observación general anterior y con la ambigüedad que el concepto de lo organizativo y lo jurídico presenta según el ámbito

territorial u organizativo al que se dirija la norma, se pueden establecer las siguientes funciones o competencias del reglamento:

En el ámbito jurídico, el reglamento concreta el derecho objetivo que con carácter abstracto y general se fija en la ley; de modo que especifica los supuestos, casos y muestras que constituyen dicho derecho declarado legalmente. Es decir, tipifica el derecho ya declarado, en virtud de la experiencia y conocimiento técnico de la Administración o de sus funcionarios.

En razón del concepto analizado de las relaciones de sujeción especial, el reglamento viene estableciendo las condiciones o características técnicas de todo orden que determinadas actividades deben cumplir, limitándolas en virtud del derecho objetivo declarado y de los intereses públicos que en él se definen; permitiendo también con ello el ejercicio de derechos reconocidos de forma general en favor de los particulares, de modo que la acción administrativa, mediante autorizaciones o concesiones, los concrete como derechos subjetivos. A este orden obedecen los reglamentos que regulan actividades industriales y empresariales, o cuestiones de medio ambiente, alimentación, sanidad, etc.

Es en estas regulaciones en las que se fijan obligaciones para los que desarrollan la actividad consiguiente, no como producto de una relación jurídica negocial, sino como un deber, propiamente dicho, cuyo incumplimiento constituye una infracción administrativa que da lugar a la correspondiente sanción, que también es concretada y se especifica por el reglamento, conforme a los presupuestos y previsiones de las leyes. Así pues, los denominados reglamentos de sujeción especial, en especial las denominadas reglamentaciones técnicas, concretan los límites que con

carácter general o abstracto vienen determinados en las leyes y a los que se someten los particulares en virtud de la existencia de derechos colectivos o intereses públicos superiores; por lo que, en todo caso, la interpretación de su ajuste o no a lo previsto en la Ley, depende de que ésta haya definido previamente dichos derechos colectivos o intereses públicos o el valor superior a que deben someterse los derechos subjetivos de los particulares. En este campo, lo que ocurre, es que quien tiene experiencia sobre los casos que se presentan en la actividad de los particulares y que afecten contrariamente al valor protegible o protegido, es la Administración; por ello, resulta que la colaboración en la definición de las infracciones es mayor, evitando la prolijidad de las leyes, tal como ya habíamos señalado en el punto anterior. De otro lado, en el ámbito de los reglamentos estatutarios, frente a las reglamentaciones técnicas, por ejemplo, tal como hemos señalado al inicio de este punto, se regulan aspectos relativos al régimen disciplinario de los sujetos al estatuto correspondiente y también en este aspecto sancionador el reglamento colabora con mayor amplitud que en las regulaciones del orden social general, ya que las proposiciones jurídicas en dicho ámbito también revisten carácter organizativo y, al ser el estatuto la ley de la institución correspondiente, dicha regulación aparece como competencia propia del reglamento, sin perjuicio de las definiciones generales por norma con rango de ley.

También al reglamento corresponde establecer los procedimientos por los cuales los ciudadanos pueden hacer efectivos sus derechos y que son el cauce de producción de los actos administrativos, dentro de un marco legal previo del procedimiento administrativo general y común. De este modo, por ejemplo, el reglamento regula las solicitudes, en su formato, plazo concreto, términos y requisitos; señala los órganos competentes para resolverlas, etc. Esta regulación, por ejemplo, en el caso expuesto en el

párrafo anterior de regulación de actividades de los particulares, se nos puede ofrecer de modo singular en el mismo reglamento que las regule o, bien, puede darse en un reglamento específico para ello. Pero también, en este orden procedimental, el reglamento puede precisar los actos de trámite que el legislador exija como garantía de la legalidad, acierto, eficacia y eficiencia de los actos administrativos y los órganos a los que corresponden. Cuando el procedimiento a regular no afecta directamente a resoluciones administrativas y derechos subjetivos propiamente dichos, sino a otros actos administrativos o políticas públicas, el reglamento, si la ley no se ha ocupado de hacerlo o no ha regulado procedimientos concretos, debe establecer las garantías y trámites que justifiquen, su racionalidad, equidad, eficiencia, bondad y eficacia, en orden a los intereses públicos o generales y derechos colectivos y fundamentales.

Estas competencias se relacionan con el campo de los derechos de los particulares, en su reconocimiento y efectividad y en sus límites frente a los intereses públicos señalados por la ley. Con respecto a la organización, el reglamento, tal como hemos dicho, se mueve en su campo propio y, así, es el encargado, una vez las leyes han establecido la regulación básica, de estructurar los órganos administrativos y de señalar sus competencias y funciones y de regular las actuaciones no jurídicas de la Administración; es decir, las de gestión o las técnicas de funcionamiento de un servicio público o de los propios servicios administrativos.

En este orden de la organización, sin embargo, no existe una total discrecionalidad, sino que existen límites establecidos en la Constitución y en las normas legales, que suelen tener como raíz principal, la economía en el gasto público, la eficacia, la eficiencia y la racionalidad en la gestión, o base en las limitaciones que derivan de la necesaria objetividad y principios

que recoge el artículo 103 de la Constitución, incluido el del mérito y la capacidad para el acceso a los puestos de trabajo de funcionarios públicos. Por ello, el reglamento, en este campo, también se puede constituir como el elemento indicado para fijar los procedimientos y técnicas más apropiadas en orden a la eficacia y eficiencia administrativa, señalando las actividades, estudios e informes y, en consecuencia, las competencias dirigidas a fundamentar y motivar las decisiones y garantizar los principios señalados, tal como ya se ha indicado al referirnos a procedimientos no dirigidos a la producción de resoluciones administrativas. De este modo, el reglamento se constituye en instrumento contra la arbitrariedad y en delimitador del ámbito verdaderamente discrecional.

Todo lo antedicho, nos pone de relieve que el reglamento, aun cuando es una norma y ordena determinadas actividades de los ciudadanos en virtud de los límites que a ellas establecen las leyes y los intereses públicos - éstos como resultado de la ordenación social -, no es una norma soberana, no es una ley propiamente dicha, todo lo más es una disposición de carácter general y, en consecuencia, está plenamente subordinada al ordenamiento jurídico en su sentido amplio y es controlable por el poder jurisdiccional. Y aun en aquellos casos en que se desenvuelve en el campo organizativo y cuenta con mayor discrecionalidad, se ve limitada por principios básicos generales que condicionan la organización administrativa de carácter público.

El reglamento, en conclusión, constituye un elemento esencial del Derecho administrativo, en su estudio y en su realización práctica por las Administraciones públicas.

Pero, el reglamento, en el aspecto organizativo, sin perjuicio de lo antedicho y de su limitación por los principios generales indicados, cumple también el fin de poder ordenar o dirigir la actividad administrativa de los funcionarios, sobre todo en las Administraciones públicas fuertemente centralizadas, unificando criterios y conductas. De este modo, el funcionario se refiere al reglamento para justificar su actividad y, raramente, introduce análisis jurídicos para interpretar su adecuación a derecho, salvo que pertenezca a servicios jurídicos. De otro lado, este carácter director de la actividad de los funcionarios se muestra más claramente en las denominadas Circulares e Instrucciones, sobre cuya naturaleza normativa, o no, se ha reflexionado por la doctrina<sup>26</sup>, pero cuyo objeto o finalidad, sin lugar a dudas, no es la de establecer o concretar el derecho, sin perjuicio de que materialmente puedan jugar el papel de verdaderos reglamentos. Su ámbito real es el interno de la propia Administración y no el surtir efectos respecto de terceros, por lo que en la distinción que nos ocupa serían organización y no derecho. Así pues, las instrucciones y circulares manifiestan los aspectos organizativos en cuanto, en la realidad, sujetan y dirigen la actividad de los funcionarios y de otros sujetos a la jerarquía o autoridad administrativa, incluso jurídicamente, según lleguen a innovar o no o, simplemente, por obediencia y por las consecuencias disciplinarias que puedan derivar del incumplimiento, o por la postura funcional de no discutir el valor jurídico o la validez de lo ordenado.

---

26 En este sentido véase **Baena del Alcázar, M.**, *Instrucciones y Circulares como fuente en el Derecho administrativo*. RAP. Núm. 48, 1965, p. 107 y ss. **Moreno Rebato, M.**, *Circulares, instrucciones y órdenes de servicio: naturaleza y régimen jurídico*. RAP, num 147, 1988, p. 159 y ss. **Santamaría Pastor, J. A.**, en su obra *Principios de Derecho Administrativo*. Vol. I, Editorial Centro de Estudios Areces, S.A; Madrid 2000; p. 316 y ss. realiza un adecuado resumen de la variedad y problemas de estas normas internas, distinguiendo entre las de carácter informativo, directivo y preceptivo. Por su parte **Morote Carrión, José Vte.**, mantiene el carácter jurídico o normativo de las circulares en su obra *Las circulares normativas de la Administración Pública*; Ed. Tirant lo Blanch. Valencia 2001.

Finalmente, desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración, hay que señalar que el reglamento puede ser un medio de formalización de las políticas públicas, en cuanto sean decididas por el Gobierno sin remisión al parlamento, si bien en estos casos hay que tener en cuenta si existe o no una reserva de ley en la materia o puntos que se regulen.

#### *D) La motivación de los reglamentos.*

Para finalizar con la valoración del reglamento como norma nos queda una cuestión por analizar y es la de si debe, o no, motivar las decisiones que en él se adoptan. Cuestión que se plantea precisamente pensando en los reglamentos denominados administrativos u organizativos, porque si la organización constituye un campo independiente para la Administración pero el derecho objetivo la somete a límites o a principios básicos o la condiciona con otros de sus imperativos, se impone la siguiente pregunta: ¿cómo podremos controlar las decisiones organizativas que se adopten directamente en un reglamento o el acto que se motive sólo en la decisión reglamentaria previa?

Lo que queremos exponer, en definitiva, es, sin perjuicio del análisis que se realizará de las cuestiones que se plantean en orden a la idea de la discrecionalidad, que cuando la Administración se arroja en la condición técnica u organizativa de una cuestión para decidir en un determinado sentido, debe exponer los criterios y motivos que la inducen, incluso su ajuste a los límites que le impone el ordenamiento jurídico, porque ello permite mejor el control de la adecuación de su decisión y si ella es la más justa o eficiente, en su caso.

Esta motivación, sin embargo, no puede consistir sólo en un preámbulo normativo, ni en meras y simples afirmaciones, sino que supone la creación clara y detallada de un expediente en el que consten todos los análisis realizados y las exigencias legales del procedimiento para la adopción de las disposiciones de carácter general. Teniendo en cuenta, respecto de este último, las diferencias resultantes de que el reglamento sea meramente organizativo o jurídico, ya que en el primer caso no es preciso el dictamen de los órganos consultivos de las Administraciones públicas. Por tanto, en estos casos es la función pública o son los funcionarios profesionales, neutrales e imparciales, los que con su actuación, informes, estudios y actos de trámite constituyen el expediente que justifique la adecuación de la medida adoptada a los intereses públicos y a la eficacia, eficiencia y racionalidad que constitucionalmente es exigida. Expediente que es exigible jurídicamente y que, por ello, se convierte en factor jurídico y de garantía.

### ***E) Recapitulación final***

Si bien, en los puntos anteriores se ha analizado el carácter de norma del reglamento, en algunos momentos se ha apuntado una diferencia en el seno de los reglamentos, sobre todo cuando al partir de la diferencia entre reglamentos ejecutivos e independientes, o reglamentos jurídicos y administrativos, se decía que algunos se muestran como normas administrativas más que jurídicas. Ello, en realidad significa, sin perjuicio de las diferencias que también hemos señalado en el seno de los reglamentos de sujeción especial, que los reglamentos administrativos no constituyen una categoría única y no sólo por su forma o jerarquía, sino por su contenido material y que en muchos casos de los denominados reglamentos independientes o administrativos su categoría de disposiciones

de carácter general es discutible. Esta cuestión se puede presentar en algunos de los denominados reglamentos orgánicos o en los que distribuyen competencias o, por ejemplo, y, como veremos, en las relaciones de puestos de trabajo. También la cuestión se muestra respecto de las normas estatutarias, si bien éstas se presenten en ámbitos que gozan de autonomía.

Así, por ejemplo, Díez Picazo nos dice que *en la mayor parte de las llamadas <<normas de organización>>, más que verdaderas normas, lo que hay son actos jurídicos particulares. Las genuinas normas jurídicas pueden, en ocasiones, llevar a cabo una distribución de potestades, de facultades de derechos y de obligaciones, pero en tal caso, su papel fundamental es el de establecer criterios de decisión sobre posibles conflictos nacidos de la formulación de pretensiones y, de un modo u otro, justificar estas últimas o privarlas de justificación.*<sup>27</sup>

El hecho de que lo señalemos es porque esta cuestión puede tener repercusión en el orden de la jurisdicción contencioso administrativa, en especial en el sistema de impugnación de las disposiciones de carácter general y, sobre todo, porque es respecto de las impugnaciones y de dicha jurisdicción donde se muestran las contradicciones que supone la identificación plena entre disposiciones de carácter general y reglamentos.

En definitiva, en este punto se ve que la distinción entre derecho y organización no sólo juega el papel que se le viene atribuyendo de constituir una forma de excluir del control de la jurisdicción a ciertos actos del poder ejecutivo o de la Administración, sino que nos evidencia una especie de orden jerárquico o de importancia en el seno del derecho o, por

---

<sup>27</sup> Díez-Picazo, Luis op. cit. p. 90

lo menos, en el de los reglamentos de modo que la mayor importancia de los mismos, su rango, y su carácter de legislación, norma jurídica o regla de derecho, depende de su contenido real, hasta el punto que muchos de ellos son meros actos. Actos cuyos contenidos son meramente organizativos y que si importan al derecho es porque se sujetan a reglas y principios que recogen normas jurídicas y administrativas de rango superior y sobre todo porque, conforme con el párrafo reflejado de Diez Picazo, el incumplimiento de la norma, regla o factor organizativo, determina la posibilidad de formular una alegación y pretensión en el seno de un procedimiento o proceso jurídico. Sin perder de vista que indirectamente pueden afectar a la racionalidad de la organización administrativa y del gasto público y, por tanto, en la carga fiscal a los ciudadanos, lo que implica, desde mi punto de vista un efecto jurídico y posibles pretensiones jurídicas.

De este modo, los denominados reglamentos independientes, administrativos o simplemente organizativos, sin olvidar las denominadas instrucciones y circulares, pueden perfectamente encontrarse fuera del concepto de norma jurídica en sentido estricto o en el que se maneja por Laband<sup>28</sup>. Sin embargo, aun cuando, en cuanto a su contenido, no se conciben como jurídicas, estas normas, en la medida que obliguen, por ejemplo, a la organización administrativa o a las autoridades públicas, adquieren de inmediato sentido jurídico, pues su incumplimiento sí puede dar lugar a efectos jurídicos, cuando repercuta en los derechos de terceros y en la medida que exista acción para exigir el cumplimiento de la norma, o

---

28 Así **De Otto**, op. citada, pp 176 y 177, tras criticar la postura de Laband, al entender que determina una escisión de dos poderes normativos en el seno del Estado que conduce en realidad nada menos que a una escisión entre derecho y no derecho en el interior del ordenamiento jurídico, refleja los propios términos en los que el mencionado autor especifica que <<si una ley no tiene por objeto una regla jurídica, sino que regula una cuestión concreta....sus efectos materiales no son los de una regla de derecho sino los de un acto jurídico>> y <<esta ley debe ser juzgada siguiendo las reglas que se aplican a los actos jurídicos en que entre el contenido en la ley>>.

cuando afecte al incumplimiento de un fin o interés público que incluso es la base o raíz del interés legítimo como derecho reaccional o acción procesal o procedimental. Pero queda, no obstante, el problema de determinar si, por esta razón última, estos reglamentos serían disposiciones de carácter general o este concepto debemos reservarlo para aquellos reglamentos que regulan situaciones universales o realizan regulaciones generales aun cuando sean de sujeción especial, definiendo derechos y obligaciones con carácter general o específico en todos los ciudadanos o respecto de determinados de ellos y no sólo una obligación o resultado organizativo. Hay que tener en cuenta que las reglas de organización, en cuanto se mueven en un terreno técnico, en principio, tienen un componente discrecional, si bien, una vez se dictan o aprueban, obligan a la propia Administración; se destaca el sentido ordenador que les preside pero no tienen como objetivo principal o directo el obligar a terceros particulares o constituir derechos en su favor, si bien ello no elimina efectos jurídicos en dichos sentidos. En este caso por ejemplo se encuadra, por muchos, a las instrucciones y circulares.

Aquellos casos en que podemos considerar que existe un acto y no una norma o reglamento, como veremos en el caso de las relaciones de puestos de trabajo, nos encontramos más bien con resultados de una actividad técnica o de aplicación de normas técnicas, ni siquiera recogidas en el mundo jurídico y con regulaciones previas que son las que realmente constituyen la obligación para las Administraciones públicas, por lo que ésta no deriva en verdad del resultado que refleja el acto; el cual, en realidad, se muestra como un acto complejo. De modo que, cuando se discute la pretendida norma, reglamento o disposición, no se discute, en el fondo, normalmente su legalidad como en el caso de las verdaderas normas o reglamentos de carácter jurídico, sino la actividad técnica realizada, el

resultado, o los hechos o la realidad sobre los que se ha actuado y que no constituyen, pues, supuestos de hecho o previsiones concretas de una ley.

Como vemos, pues, la cuestión resulta muy compleja, pero adquiere sentido cuando se observan posturas jurisprudenciales como las que más adelante se analizan en orden a las relaciones de puestos de trabajo de las Administraciones públicas.

De otro lado, la consideración de los reglamentos como ejecutivos o jurídicos, en su caso, determina que se exijan trámites formales en su aprobación, tales como consultas a los grupos o asociaciones de intereses afectados o dictámenes de órganos de carácter consultivo jurídico como el Consejo de Estado o instituciones equivalentes de las Comunidades Autónomas. Lo que según los conceptos que se manejen o el grado de importancia jurídica o trascendencia hacia el exterior del reglamento resultará necesario o no; pero siempre con la dificultad añadida que encierra la distinción, la cual puede llevar a que las Administraciones públicas y sus órganos consultivos, ante la duda, vean complicado el trámite o gestión de aprobación de los reglamentos, considerando jurídico cualquier reglamento que no sea meramente estructural. En este sentido, es en el que el concepto de reglamentos ejecutivos se puede concebir como menos restrictivo que el de reglamentos jurídicos para incluir de éstos solamente aquellos que constituyen una norma colaboradora de la Ley, en el sentido de que constituyen **un complemento indispensable** de aquélla, un desarrollo, y no una mera ejecución o realización práctica. Serían pues reglamentos que constituyen lo que se denomina legislación material y no meramente formal.

De todo lo expuesto, también resulta la singularidad que presentan las normas estatutarias que son de naturaleza reglamentaria y que, normalmente, con la existencia previa de una regulación general institucional por norma con rango de ley, teniendo un carácter marcadamente organizativo, son claramente jurídicas para la institución correspondiente, constituyendo su ley.

Pero, además, finalmente se nos ha manifestado otra cuestión importante que es la de la colaboración del reglamento en la configuración del poder administrativo y en el establecimiento de las garantías en orden a la legalidad de los actos administrativos y en la eficacia y eficiencia de las decisiones administrativas en general, sobre todo cuando es preciso determinar los trámites preceptivos para dicha garantía. Si en este orden que tiene que ver con reglamentos que establecen las competencias y procedimientos de actuación, se considera o estima que nos encontramos en materia organizativa donde impera la discrecionalidad, se pueden producir perturbaciones importantes ya que, entonces, si no se aprecia, en consonancia, que nos encontramos en un campo que afecta a potestades públicas y a garantías en favor de los intereses públicos y de los derechos de los ciudadanos individuales o colectivos y no descubrimos la esencia de la reserva de ley, que a no dudar existe, podemos concluir que es competencia exclusiva del reglamento el establecimiento de estas competencias y garantías y, entonces, si el reglamento no las establece o lo hace de modo inadecuado, la eficacia del derecho puede no producirse o dar lugar a la indefensión.

A través de toda esta cuestión, además de la complejidad que encierran las diferencias o matices que existen entre los conceptos de *principios, reglas, normas, preceptos*, etc. o la obligada utilización de lo

abstracto o general y de lo concreto y específico en la que es necesaria la complementariedad de la ley por el reglamento, están latentes las bases del Estado de derecho y de la división o separación de poderes y sobre todo la consideración de que la Administración no puede normar o legislar respecto de los fundamentos y principios a los que ha de someter su actuación, ni respecto de los derechos y libertades de los ciudadanos, lo que implicaría que no forma parte de su potestad o competencia la creación de derecho<sup>29</sup>. Pero no debemos olvidar que estas bases nacen en un momento en que la Administración pública es una organización muy diferente de la vigente y en donde predomina o interesa únicamente limitar su poder frente a los derechos de los ciudadanos, mientras que en la actualidad la perspectiva de su papel en la configuración social, la realización y efectividad de los servicios públicos, de los derechos fundamentales y de los derechos colectivos y prestación de servicios es fundamental, con lo que la efectividad de todo este derecho objetivo no es sólo una cuestión de normación o legislación, sino de actuaciones encaminadas a ello. De este modo, el avance del Estado de derecho, el mayor intervencionismo estatal, la prestación de servicios públicos y el logro de un mayor bienestar social constituyen nuevas bases que presiden la actividad administrativa y respecto de ellas no pueden regir parte de las anteriores, en cuanto sean limitativas de la actividad de la Administración dirigida a producir la eficacia de derechos fundamentales o generales, porque tratando de limitar la actividad de la Administración en protección de los derechos de los ciudadanos, puedan en realidad acabar siendo impedimento para su eficacia.

---

<sup>29</sup> Estas bases del Estado de derecho y esta limitación de la Administración, la explica y resume adecuadamente **Jürgen Habermas**, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*, Edit. Trotta. Madrid 1998; p 237 y ss.

## 2.- LA IMPORTANCIA DEL DERECHO SUBJETIVO Y LA INCIDENCIA DEL INTERÉS LEGÍTIMO.

De lo expuesto hasta ahora se deduce claramente el peso específico que el concepto de derecho subjetivo tiene en el derecho en general, pero también en especial en el Derecho administrativo, hasta el punto de que la propia concepción de este derecho, así como muchos de los conceptos técnicos que se generan en su ámbito, en su doctrina y en la jurisprudencia, se desarrollan en torno a él. Por esta razón, también, es en el seno del Derecho administrativo donde la distinción entre derecho objetivo y derecho subjetivo cobra un sentido y unas repercusiones especiales, que lo diferencian de otras disciplinas jurídicas de derecho privado.

### A) *Derecho subjetivo y derecho objetivo.*

Desde los puntos de vista del derecho privado y de la repercusión que la propiedad tiene en la evolución del derecho en general, el derecho subjetivo se presenta como la figura más destacada del derecho efectivo y se presenta no sólo como un patrimonio del individuo, sino como una garantía o título que concita la acción del Estado en su defensa, cuando en las relaciones subjetivas se ve atacado o enervado. Pero, antes que todo derecho subjetivo nazca o se produzca, en una sociedad organizada como la nuestra, existe una previsión legal acerca de él o de su producción. Esta regulación u ordenación previa es lo que conocemos como derecho objetivo o como ordenamiento jurídico.

Sin embargo, previamente a analizar el derecho objetivo, es preciso recalcar el sentido del derecho subjetivo como un concepto patrimonial, como un derecho individualizado en una persona, hasta tal punto que forma

parte de su patrimonio; es decir, aparece como una propiedad. Y ello porque requiere que exista, con anterioridad, un hecho jurídico que determine que sea así; normalmente, un acto o una relación jurídica. Cuestión que ofrece una serie de matizaciones cuando los derechos de que gozan los ciudadanos son todavía declaraciones de la ley y cuando, si bien no se han concretado como tales derechos subjetivos, sí se presentan como un derecho exigible; es decir cuando existe un derecho a que se hagan realidad, un derecho a su concreción y efectividad. Cuestión que tiene especial relevancia en el orden de los servicios públicos y en la actividad administrativa. Podemos decir, pues, que el derecho objetivo se presenta como una voluntad de ser y el derecho subjetivo es esa voluntad convertida en realidad. El derecho subjetivo es un hecho; es el efecto de la voluntad que se traduce en el ejercicio de las facultades que constituyen el contenido del derecho. Pero ambos son derecho. Sin embargo, si atendemos a la opinión de que sólo el derecho efectivo es realmente derecho, el derecho subjetivo se muestra como la eficacia del derecho propiamente dicha, en un sentido individual.

La efectividad del derecho objetivo en las relaciones de derecho privado, o sea en aquellas que el ordenamiento jurídico encomienda a la actividad individual o de orden privado, es el resultado del ejercicio o manifestación de voluntades o querer del individuo. Cuando la efectividad del derecho objetivo depende de la organización pública, de las Administraciones públicas, la voluntad no es el resultado de un hecho individual, sino del hecho social de la ley y, así, en Derecho administrativo, buena parte del derecho objetivo se traduce en obligaciones de la Administración y, en cuanto esto es así, para el particular existe bastante más que una expectativa de derecho. Si esto no fuera así el derecho objetivo dejaría de ser derecho. Por tanto se podría, en estos casos y de

forma paradójica, hacer referencia al derecho objetivo como un derecho subjetivo colectivo o común a los ciudadanos que se traduce en obligaciones del Estado y de sus Administraciones públicas. Y estas obligaciones alcanzan o comprenden la necesidad de institucionalizar vías y procedimientos de hacer efectivo el derecho objetivo que se presentan como verdaderos derechos subjetivos<sup>30</sup>.

Si hemos convenido que el derecho subjetivo constituye la efectividad del derecho objetivo, tendremos que convenir también que el ataque a un derecho subjetivo lleva implícito el quebrantamiento del derecho objetivo. Por eso nos interesa ver los mecanismos que desde el Derecho administrativo se nos ofrecen en defensa del derecho objetivo, cuando quien sufre un perjuicio no es titular de un derecho subjetivo o una situación jurídica individualizada.

### ***B) La noción del interés legítimo.***

El ataque a un derecho subjetivo constituye, pues, un daño efectivo y real, incluso una expropiación del derecho o sus facultades. El ataque al derecho objetivo se protege con el interés legítimo y la acción popular, sin perjuicio de la responsabilidad de las autoridades y funcionarios públicos. El daño es a la legalidad y al interés que ella protege. Individualmente existe un perjuicio, o un beneficio, cierto o posible. De este modo, son interesados todos los destinatarios del beneficio o posible derecho declarado por la ley.

---

30 La obra de **Jürgen Habermas**, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del derecho*. op.cit., a través de todo su texto nos evidencia el importante papel que el derecho subjetivo juega en el derecho moderno, pero en especial en su p. 196 manifiesta que los derechos políticos han de institucionalizar el uso público de libertades comunicativas en forma de derechos subjetivos.

Cuando el título de la acción de defensa del derecho es el derecho subjetivo, la defensa de la ley también está presente en la acción, ya que ésta la otorga el Estado no sólo en defensa del derecho subjetivo, sino también en la del ordenamiento jurídico que reconoce con carácter general este derecho y los hechos que lo generan, pero esta finalidad se presenta en un segundo plano. En cambio, cuando el origen de la acción es la defensa de los intereses públicos definidos en las leyes, el derecho objetivo y su defensa, aparecen en un primer plano como control de legalidad y la acción que se otorga al interesado, bajo las figuras o conceptos del interés legítimo y de la acción popular, tiene como fin primero la defensa de dicho derecho objetivo, pero en definitiva el interesado está defendiendo su derecho subjetivo a la efectividad del derecho objetivo declarado. Lo que ocurre, es que en esta concepción del derecho subjetivo se supera el sentido patrimonial al no resultar el conflicto una cuestión de intereses privados o derechos individualizados, en principio, sino que lo que prima es la defensa de la legalidad. Pero, en el fondo, y por dicha razón se realiza este análisis, subyace la valoración del derecho subjetivo como una cuestión jurídica o de derecho y la del interés legítimo o defensa de la legalidad como cuestión más bien organizativa; todo ello por la visión restringida de lo jurídico.

Los límites entre el derecho objetivo y el derecho subjetivo, desde los puntos de vista sociales, públicos y organizativos, no son tan claros como nos los viene mostrando la teoría en general, si bien la configuración del concepto o figura del interés legítimo como derecho reaccional no haya hecho necesaria una reflexión en mayor profundidad al respecto.

Es lógico, pues, que frente al derecho subjetivo, el interés legítimo sea un concepto particular del Derecho administrativo y que sus técnicas propias sean las de defensa del derecho objetivo, cuya realización práctica

está encomendada como fin a los poderes del Estado; en especial a las Administraciones públicas y al Poder judicial, puesto que al legislativo le corresponde, básicamente, su definición. El interés legítimo, pues, es un concepto clave en la defensa del derecho de la organización; pero, además, lo que nos revela su importancia es que cómo elemento constitutivo o legitimador de una acción jurídica es realmente un verdadero derecho subjetivo que tiene su raíz en ese derecho general a la efectividad del derecho declarado por las leyes. En este sentido, de la importancia de estos conceptos y del interés general en el derecho, conviene recordar como Ihering nos decía que el *punto saliente de la organización del derecho, reside en la supremacía del interés general sobre los particulares intereses del individuo*<sup>31</sup>. Esta supremacía, desde mi punto de vista, es la que requiere del cumplimiento del derecho objetivo y la que concibe como instrumento para ella al interés legítimo como un verdadero derecho subjetivo reaccional y obliga, de otro lado, a establecer una organización administrativa y procedimientos encaminados a la eficacia del derecho objetivo y de los intereses públicos o generales.

Pero la realidad nos muestra que la idea del derecho subjetivo está tan arraigada desde su vertiente individual que se olvida la defensa de los intereses públicos. Y se olvida esta defensa cuando la Administración pública no aplica el derecho objetivo que se traduce en figuras o conceptos distintos del derecho subjetivo o no actúa conforme a los principios que en el orden organizativo le marca el ordenamiento jurídico o cuando los Tribunales de Justicia se limitan a contemplar si hay un derecho subjetivo afectado o no, y dejan de examinar el ajuste de la acción administrativa a dichos principios o aplican la letra del reglamento considerándolo derecho, sin examinar su ajuste a la ley o a los principios generales del derecho. Y

---

<sup>31</sup> *El fin del derecho* op. cit. p.187

esta afirmación, nos conduce a la reflexión en torno a la concepción que dichos tribunales nos ofrecen de la denominada potestad organizatoria de la Administración, que es otro concepto que limita la defensa del derecho objetivo y, con ello, nos acercamos al punto siguiente que es, precisamente, el del análisis del concepto de las potestades administrativas, que resulta íntimamente ligado a este del derecho subjetivo. Sin embargo, conviene, con anterioridad, realizar algunas reflexiones respecto de la situación de los derechos fundamentales, en relación con los derechos subjetivos, y su conexión con la organización.

No obstante, antes de dicho análisis, conviene también decir aquí, sin perjuicio de un tratamiento posterior, que todas estas cuestiones afectan al alcance y sentido del control de legalidad que sobre los actos administrativos le está conferido al Poder judicial o, mejor dicho, a los Tribunales de Justicia y, sobre todo, afectan a los límites de esa potestad organizatoria de las Administraciones públicas y su posibilidad de control judicial.

### ***C) Particular situación de los derechos fundamentales.***

El examen de esta situación de los derechos fundamentales no se va a efectuar desde la perspectiva del Derecho constitucional, sino partiendo de las mismas bases que hasta ahora: las del Derecho administrativo y de la actividad administrativa respecto de ellos. Para ello, partiré de una consideración efectuada por Jürgen Habermas en su obra *Facticidad y validez*, cuando, en primer lugar afirma: *Por lo demás, la constitución de un poder ejecutivo tiene por consecuencia que los derechos de libertad resultantes del derecho a iguales libertades subjetivas de acción cobren el sentido adicional de derechos liberales de defensa de la autonomía privada*

*de los sujetos jurídicos frente al aparato estatal*<sup>32</sup>. Para continuar, un poco más adelante, diciendo: *Estos derechos fundamentales <<liberales>> en sentido estricto, constituyen, consideradas las cosas históricamente, incluso el núcleo de las declaraciones de derechos del hombre.* Es esta afirmación de relación con los derechos del hombre lo que nos sitúa frente a unos derechos fundamentales, que, además, adquieren carácter universal. Se nos muestran así los derechos fundamentales con un carácter superior al derecho subjetivo, tal como antes lo hemos expuesto, puesto que aun cuando la doctrina y su concepción como tales derechos fundamentales nos los presenta como situaciones subjetivas y como detonantes claros de acciones en su defensa - por lo tanto con un alto grado de protección -, ofrecen matices sustanciales respecto del derecho subjetivo, en cuanto su realidad y protección nacen siempre del derecho objetivo, en el sentido de que no precisan de una concreción por actos o negocios jurídicos que los encarnen en el individuo, sino que basta con su declaración legal y de ella nace la prohibición de su ignorancia o quebrantamiento y la obligación de crear ámbitos y una organización social que los haga realidad. En resumen, son derecho objetivo de aplicación directa y obligan a una organización social a través del Estado que no sólo los respete sino que los haga efectivos mediante su propia acción y estructura organizativa.

Constituyendo derechos de cada individuo, resultan fundamentales para todos y, hasta, universales, pero la acción o actividad estatal para su efectividad se dirige a la colectividad, a todos, mediante actos que son generales o constituyen acciones políticas y no sólo mediante resoluciones individualizadas y, en todo caso, éstas no son las constituyentes de dicho derecho como individualizado o subjetivo, sino siempre la declaración legal objetiva. La organización pública cobra aquí un papel principal y la

---

<sup>32</sup> Op. cit. p. 243

situación jurídica protegida se reconoce en norma constitucional y es objeto de amparo en la jurisdicción defensora de la Constitución, sin perjuicio de otras acciones procesales. Ante el derecho fundamental, la situación jurídica correspondiente no presenta, normalmente un título como el derecho subjetivo normal que lo acredita (resolución, contrato, acto jurídico, etc.), no tiene el mismo sentido patrimonial que la mayor parte de los derechos subjetivos. La existencia de la situación jurídica que constituye el derecho fundamental, repito, nace directamente de la ley constitucional, pero necesita la comprobación de la existencia de una actuación que la ataca y subvierte o de una omisión que no la hace efectiva cuando debe serlo. Esta perspectiva coloca a los derechos fundamentales como especialmente protegidos y con bases procesales, de acción, prueba y defensa, diferentes de las que se presentan ante los derechos subjetivos y la acción legítima en su defensa. Frecuentemente, de modo distinto que respecto del derecho subjetivo, no se trata de pretender el restablecimiento en una situación jurídica expropiada o perjudicada, sino de solicitar su establecimiento o un estado de protección.

Por ello, si frente a las actuaciones de las Administraciones públicas, se mezclan, en la acción de defensa del derecho subjetivo, la titularidad del mismo y el interés legítimo en defensa de la legalidad, ante el derecho fundamental y frente a la Administración, se juzga también la actividad desarrollada, pero, igualmente, las omisiones y carencias organizativas para su defensa y eficacia. Se supera la esfera meramente individual para entrar en la colectiva y en la eficacia de los intereses públicos o generales. Lo que determina la obligación que corresponde al Estado de establecer la organización u organizaciones precisas para ello, pero también la organización general o social que habilite la realidad de los derechos fundamentales. Por este carácter público y no individual de la defensa de

los derechos fundamentales, el quebrantamiento de los mismos por la acción administrativa pública reviste caracteres de mayor gravedad que cuando la infracción nace de la acción de los particulares. También la inactividad pública en defensa de derechos fundamentales, adquiere un sentido mayor de antijuridicidad que en otros casos.

En resumen y para finalizar, la universalidad o generalidad de estos derechos, su pertenencia común a todos, su <<fundamentalidad>> supera la subjetivización o individualización del derecho liberal y los convierte en derechos colectivos o comunes. Son o constituyen una categoría que no se presenta tanto como límite del poder estatal, que por supuesto no puede atacarlos, sino como una obligación de realización y efectividad para los poderes públicos. No son adquiribles por el esfuerzo individual, negocio contractual o actividad económica de los individuos sino por la consecución de estados sociales y protecciones establecidos por el poder estatal o político.

### **3.- LAS POTESTADES ADMINISTRATIVAS.**

Antes de entrar en el análisis, desde el punto de vista jurídico, de las potestades administrativas, aunque pueda ser de sobra conocido por el lector, debemos hacer constar que, frente al sentido individual del derecho subjetivo, nos encontramos ante un concepto social y político, en cuanto la potestad administrativa se otorga a la Administración, en principio, como una renuncia del poder individual en beneficio de la colectividad y, en definitiva, constituye una defensa no sólo del derecho colectivo, sino de los derechos de los más débiles frente al más fuerte; de modo que, para la colectividad y los más débiles, las potestades administrativas constituirían, por la obligación de su ejercicio, algo más que un mero interés legítimo, en

cuanto garantizan no sólo los intereses públicos sino también el que los derechos subjetivos y los fundamentales no se vean vulnerados por la fuerza física o el poder de terceros. Es, pues, una de las instituciones nacidas en garantía del derecho objetivo y de los intereses generales. De ahí que en general la doctrina administrativista destaque el carácter de *potestades-función* de las administrativas o su naturaleza fiduciaria, sin perjuicio de las matizaciones que realizaremos en otro momento.

Enfocando la cuestión, ya desde un punto de vista más estrictamente jurídico, resulta que una de las manifestaciones o características del derecho es la de ser un poder, pero con la resultante de la existencia de distintas clases de derechos y también distintas especies de poder. El derecho subjetivo que antes hemos analizado es la manifestación más clara del derecho- poder, puesto que supone o determina, normalmente, el ejercicio de facultades sobre una cosa o bien, la facultad de su disfrute o de disposición, pero también porque, tal como hemos señalado, es el título que permite el ejercicio de acciones en su defensa ante el poder estatal y que, en consecuencia, obliga a actuar a dicho poder. Así, pues, cuando la efectividad de un derecho no se produce de modo normal y pacífico, cuando se necesita su manifestación como poder, cuando exige de la actuación o fuerza coactiva, es el Estado quien como poder jurídico actúa y coacciona, utilizando la fuerza que le es propia y que los particulares por sí mismos no pueden utilizar. La coacción social, pues, se ejercita a través del Estado, pero referida siempre a un fundamento legal y, por tanto, jurídico y legitimador, que tiene su causa en el interés general y en la eficacia del derecho declarado u objetivo, sin perjuicio de su concreción como derecho subjetivo.

En el ejercicio estatal de este poder coactivo, ante la acción procesal, el principalmente habilitado es el Poder judicial. Pero no toda la eficacia y realidad del derecho objetivo declarado por las leyes dependen de una iniciativa privada o acción procesal o es fruto del cumplimiento del contenido de relaciones subjetivas entre particulares. Una buena parte de la efectividad del derecho objetivo e, incluso, de la efectividad de los derechos subjetivos depende o resulta de una actividad del Poder ejecutivo o de las Administraciones públicas. Y de éstas y de aquél depende siempre la efectividad de los derechos colectivos o de los intereses públicos. Y, tal como hemos apuntado con anterioridad, de la actividad de las Administraciones públicas depende la protección genérica de los derechos subjetivos de los ciudadanos y los fundamentales, la que los garantiza, podríamos decir, de modo preventivo, la que determina el establecimiento de un orden social al efecto, la que los defiende como una manifestación no individual sino general o colectiva, la que da prioridad a unos sobre otros en interpretación jurídica de su mayor o menor importancia o peso, la que no es meramente reparadora como lo es la acción judicial.

Por ello, tal como hemos visto, salvo en el ejercicio de estas acciones de defensa que resulta de la iniciativa del particular, titular del derecho subjetivo afectado, en los casos en que los poderes públicos, en concreto las Administraciones públicas, tienen que actuar, en función de los intereses públicos o en favor del orden social, limitando los derechos subjetivos o regulando la actividad de los particulares que es reflejo de dichos derechos, se precisa de una habilitación por la ley a dichas Administraciones para intervenir en dicho campo, lo que supone el otorgamiento de poder en favor de la Administración. Estos poderes de la Administración en el orden señalado son los que conocemos bajo la denominación de potestades administrativas. Pero, sin perjuicio de insistir

en la idea en momentos posteriores, hay que resaltar ahora que esos poderes se otorgan a la Administración en función de toda clase de intereses públicos y no sólo para intervenir frente a los particulares, sino también en defensa y garantía de los principios de organización que como tales intereses se definen en las leyes. Es decir hay potestades hacia fuera y hacia dentro de la organización administrativa<sup>33</sup>, pero ello no supone, como veremos, la existencia de una potestad autoorganizatoria. También existen potestades que habilitan para imponerse a los particulares y las denominadas potestades inherentes, las cuales, sin perjuicio de posteriores análisis, no son sólo las de organización, sino las que suponen el ejercicio obligatorio de defensa y eficacia del derecho objetivo, de los derechos fundamentales y de los intereses públicos.

Sin embargo, antes del examen del concepto de estas potestades, que forma parte del contenido propio del Derecho administrativo, conviene poner de relieve, de un modo simplista, que la cuestión es, previamente a su enfoque administrativo, un asunto relativo al Derecho político y constitucional y que, por ello, debe quedar con anterioridad manifiesto que, independientemente de la reserva de ley y de las habilitaciones a las Administraciones públicas por la ley, el Poder ejecutivo o los poderes ejecutivos, dada la división territorial de dicho poder en Administraciones públicas, son poderes públicos de por sí, de un modo inherente, como ya hemos apuntado y tal como reconoce la Constitución Española, y que si no

---

33 **Villar Palasí, J.L.**, en sus *Apuntes de Derecho Administrativo*. Op. Cit. Tomo I Distribuidora Dykinson. Madrid 1977, p. 139 y ss, se refiere a la distinción de dos esferas a las que se aplica la potestad de la Administración, una interna o doméstica y otra externa o relacional, para un poco más adelante, en consonancia con alguna de las afirmaciones que realizamos en esta obra, afirmar a su vez que "el haber circunscrito el principio de legalidad sólo al ejercicio de potestades administrativas que afectaban directamente a los particulares fue la causa de que tal principio fuese –en la formulación liberal del siglo XIX- más que una conquista espectacular, un instrumento que se volvió en contra de sus propios autores, contra su propia finalidad en una medida importante, al dejar exento de las exigencias del principio justamente lo interno o doméstico de la Administración".

fuera así no podrían cumplir con los fines, funciones y competencias que les atribuye dicha máxima norma y que, para el ejercicio de su poder, no siempre necesitan de una habilitación parlamentaria, sino que dicha habilitación ya existe directamente configurada en la Constitución. Por ello, en muchos casos, la ley sólo hace que concretar el poder que la Constitución otorga. Esta cuestión se olvida, o no se resalta adecuadamente, quizá debido a que nuestra Constitución vigente es de 1978 y durante un buen número de años la doctrina ha hecho referencia a la ley, en su sentido de norma parlamentaria, para considerar el otorgamiento de potestades a las Administraciones públicas.

Hecha esta manifestación previa, conviene analizar estrictamente el concepto de potestad administrativa.

### **3.1.- El concepto de potestades administrativas.**

Las potestades administrativas han sido concebidas por la doctrina, en sus inicios, como derechos subjetivos de las Administraciones públicas. Concepción que, en consecuencia, otorgaba a la potestad un sentido patrimonial, por el que las Administraciones públicas podrían disponer de ellas con la misma libertad que los particulares usan de sus derechos. Como se verá, aún hoy subsiste en cierto modo esta concepción cuando discrecionalidad y arbitrariedad se confunden. Estos poderes, sin embargo, no son derechos subjetivos de las Administraciones a las que se atribuyen, sino que forman parte del derecho objetivo y constituyen un ejercicio obligatorio para ellas. Frente a las potestades, las Administraciones públicas no gozan de facultades de disposición o disfrute que ejercer a su libre albedrío, sino que se encuentran ante un deber, que se ha de cumplir cuando se dan los presupuestos legales que determinan su ejercicio. La

visión de la potestad como un derecho de las Administraciones públicas es pobre, constituye una proyección del mundo civil, inadecuada para el derecho público o, en su caso, una visión desviada por los políticos o cargos públicos<sup>34</sup>.

El ejercicio de las potestades administrativas no siempre se produce para limitar directamente los derechos subjetivos de los ciudadanos o particulares en beneficio del orden social o de los intereses públicos definidos por las leyes, sino que también se produce para habilitar el ejercicio de derechos que se hallan limitados por regulaciones normativas que exigen que las Administraciones públicas comprueben que se cumplen los requisitos legales para que dicho ejercicio se pueda producir. En estos casos, los actos administrativos, resultado del ejercicio de la potestad administrativa, tienen el carácter de generadores o creadores de situaciones jurídicas en favor de los particulares, o si se quiere de simplemente habilitadores, sin perjuicio de la posibilidad de que las Administraciones públicas realicen actividades configuradoras de derechos que tengan otras raíces u orígenes no basados en regulaciones limitativas, sino de fomento o servicio público. También conviene resaltar que las potestades administrativas, como garantizadoras de derechos fundamentales o de la efectividad de los derechos subjetivos con el carácter preventivo que antes

---

34 Dos autores explican la evolución del concepto de las potestades administrativas de modo que facilitan su conceptualización, son **Villar Palasí** y **García de Enterría**; el primero en sus *Apuntes de Derecho Administrativo*, obra ya citada, Capítulo 9º, p. 159 y ss, y el segundo en su obra también citada *Curso de Derecho Administrativo*, Tomo I, p. 435 y ss. La diferencia más sustancial entre uno y otro es la consideración de **Villar** de la potestad como una manifestación de la competencia, mientras que **García de Enterría** considera a la potestad como un antecedente de la competencia. Es indudable la conexión de ambos conceptos como veremos, en su momento, por ello y desde la perspectiva de esta conexión y la que también se produce con el concepto de función resulta de sumo interés el trabajo de **Baena del Alcázar**, *Competencias, funciones y potestades en el ordenamiento jurídico español*. Homenaje a Enterría III, p. 2453 y ss.

Por lo que hace a la potestad organizatoria, que ocupa los puntos siguientes, **Santamaría Pastor, J.A.**, la trata en parte, tanto de su concepción como de su alcance en *La teoría del órgano en el Derecho Administrativo*; Revista Española de Derecho Administrativo; núm. 40-41; Enero-marzo 1984; pp. 43 y ss.

hemos señalado, aun cuando se manifiestan limitando los derechos de terceros, tienen una vertiente que afecta a la organización de servicios públicos en su acepción general y no restringida, en cuanto obliga a formas determinadas y específicas de organización administrativa, como veremos en su momento y como ya hemos apuntado. En el fondo, este último aspecto sencillamente pone de relieve la simple cuestión de que toda potestad, como el propio poder del que son manifestación, tiene causa y raíz en el amplio concepto del interés público.

En consecuencia con lo antedicho, pues, unas veces, este interés público conlleva la necesidad de intervención de la Administración limitando los derechos subjetivos y existe, por tanto, una manifestación del poder coactivo del Estado, por lo que las potestades se ejercen de oficio, aunque la iniciativa sea una denuncia o la defensa individual de un derecho subjetivo. Otras, la acción administrativa limita la libertad del individuo para ejercer o iniciar una actividad sin una previa comprobación de su ajuste a la legalidad y autorización consiguiente, sin perjuicio del permanente control posterior a la autorización de la persistencia de la legalidad o de la adecuación a ella; en este caso, la limitación lo es, inicialmente, no de un derecho subjetivo en sentido estricto, sino de un derecho fundamental u objetivo abstractamente formulado.

De otro lado, en buena parte de ocasiones, los intereses públicos defendidos no son los traducidos en derechos subjetivos o individuales, sino, tal como hemos reiterado con anterioridad, en intereses y derechos colectivos y fundamentales, de modo que éstos y aquellos intereses constituyen el mismo objeto, pero respecto de los cuales los particulares no tienen o gozan en su defensa de una acción procedimental o procesal concreta, salvo que exista un derecho subjetivo en su favor por concreción

individualizada del derecho colectivo o se trate de un derecho fundamental. En estos casos u ocasiones, normalmente, son considerados titulares los grupos o asociaciones que representan dichos derechos colectivos y siendo la causa normal de su acción o reclamación la inactividad administrativa; sin perjuicio, naturalmente, de la ilegalidad, tanto derivada de la propia inactividad como de la concesión, a favor de terceros, de derechos subjetivos contrarios a dichos derechos colectivos y a los requisitos establecidos en su eficacia y, en consecuencia, contrarios a derecho. Pero, finalmente, cuando éstos derechos tienen su traducción en cuestiones internas, requisitos y principios de organización de la propia Administración, puede no existir en su favor una acción individualizada, sino que se instituye en su favor o garantía una función pública, cuyo ejercicio no da lugar a relaciones subjetivas con ciudadanos, salvo que el caso pueda afectar a relaciones de supremacía especial o estatutaria, normalmente entre los funcionarios y la Administración.

Pero cuando ni siquiera es así, el control de la legalidad de los actos administrativos puede quedar perfectamente sin efecto si no se afecta a derechos subjetivos o intereses legítimos, pues no se ha planteado la existencia de una acción popular. La acción coactiva en el seno de la organización administrativa no existe entonces y la judicial depende de la afectación a dichos derechos subjetivos e intereses legítimos o, en su caso, derechos fundamentales, que permitan, indirectamente, observar la legalidad o no de la actuación administrativa en su faceta organizativa afectante a intereses públicos. Pero, además, la apreciación de la ilegalidad dependerá de unos criterios técnicos especializados en posesión de los propios funcionarios y políticos, en su caso. La garantía, entonces, debe surgir de la previsión y exigencia por parte del legislador de trámites preceptivos en los procedimientos y expedientes administrativos que

garanticen la legalidad sobre la base de los principios organizativos recogidos por el ordenamiento jurídico y de la justificación de la eficacia y racionalidad de las medidas a adoptar, tal como ya se ha indicado al referirnos a la motivación de los reglamentos. Estas garantías al establecerse en el seno de la organización administrativa, en su sentido amplio, se traducen en lo que hemos denominado potestades *ad intra*. Potestades que ejercería la Administración en el seno de los procedimientos administrativos como garantía de las resoluciones o decisiones políticas y administrativas, sin necesidad de que se traduzcan en derechos subjetivos.

Lo que resulta indudable del examen de la doctrina es que las potestades administrativas, hoy en día, se manifiestan como concreciones del poder administrativo y que constituyen una habilitación de la ley a la Administración pública en general. Como hemos dicho antes, no se analizan desde el punto de vista de la Constitución, sino que la referencia a la habilitación de la ley se realiza, básicamente, desde el concepto de ley parlamentaria; si bien en la actualidad se hace referencia al otorgamiento de las potestades administrativas por el ordenamiento jurídico, entendiéndose incluida la vía del reglamento. El tercer aspecto que se resalta es, preferentemente, que la habilitación se otorga para intervenir en la esfera de los derechos de los ciudadanos, en su aspecto subjetivo, y con el acento puesto en la posibilidad de su limitación; es decir, no se manifiesta que también la habilitación pueda serlo para la constitución o creación de derechos subjetivos o para la garantía de intereses públicos o derechos colectivos de los ciudadanos. En definitiva, las potestades administrativas se muestran como manifestaciones del poder jurídico de las Administraciones públicas y con ello, de nuevo, el alcance de lo jurídico se constituye como elemento clave para estimar si existe o no una potestad administrativa. Pero, como hemos señalado, en los casos en que

estrictamente se afecta a cuestiones de organización y eficacia de la Administración puede no existir una coacción para hacer efectivo el derecho, ya que únicamente existe en defensa de los intereses públicos una función pública que se manifiesta como un poder que la Administración ejerce en su propio seno, normalmente, frente al órgano que tiene el poder decisorio, que suele tener un titular de designación política.

Si bien, un poco más adelante nos ocupamos de ello, frente a esta función pública como potestad hacia dentro de la organización, en cambio, la denominada doctrinal y jurisprudencialmente como potestad organizatoria o autoorganizatoria, se presenta como la facultad de limitar los derechos de terceros - ordinariamente los sujetos al estatuto que regula la correspondiente institución- en virtud de la organización, y con ello se trata de manifestar que frente a la facultad de la institución de organizarse no existen derechos. Por ello, en este caso sigue predominando en el concepto de la potestad organizatoria el factor limitativo, mientras que la potestad *ad intra* que aquí tratamos de definir se presenta, para nosotros, como garantía de intereses públicos y como balance o equilibrio entre las dos partes del Poder ejecutivo: Gobierno y Administración.

En conclusión, el concepto de potestades que la doctrina expone, evidencia una íntima conexión con los derechos subjetivos. Por ello, cuando la actividad administrativa no se dirige a la esfera de dichos derechos subjetivos, sino que repercute en los aspectos organizativos, punto que principalmente nos interesa, se suele hacer referencia a la ya citada potestad organizatoria y como una potestad discrecional de la Administración y también surge el concepto de las potestades inherentes a las Administraciones públicas. Pero antes de desmenuzar todas las implicaciones que tienen estos conceptos o acepciones de las potestades

administrativas, conviene ver qué referencia a ellas resulta del propio ordenamiento jurídico.

Del ordenamiento jurídico español, del precepto que mejor se pueden concluir las potestades administrativas que corresponden a las Administraciones públicas es del artículo 4 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local que respecto de los Municipios, Provincias e Islas viene a indicar, más o menos, las siguientes:

- Potestad reglamentaria.
- Potestad de autoorganización
- Potestades tributaria y financiera.
- Potestad de programación o planificación.
- Potestades expropiatoria y de investigación, deslinde y recuperación de oficio de sus bienes.
- Potestad de ejecución forzosa.
- Potestad sancionadora.
- Potestad de revisión de oficio de sus actos y acuerdos.

En conexión con estas potestades, recoge también el artículo la presunción de legitimidad de los actos administrativos y su ejecutividad, así como la inembargabilidad de los bienes y derechos de dichas entidades y las prerrogativas de la Hacienda Pública respecto de sus créditos. Este artículo 4 ha sido modificado por la Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local si bien no ha afectado a las potestades expuestas sino sólo a la forma de su exposición.

En cierto modo, pues, junto al concepto estricto de la potestad administrativa como limitación del derecho subjetivo del particular, se nos

ofrece también la idea de privilegio en favor de la Administración, cuando se hace referencia a la ejecutividad o a la presunción de legitimidad o a la inembargabilidad antes señaladas, etc. La realidad de lo que se nos evidencia es que todo lo reseñado constituye una manifestación o manifestaciones del poder público con repercusión en el ámbito jurídico y en la esfera de las relaciones con los particulares, salvo por lo que se refiere a las que se denominan como potestad de autoorganización y de programación o planificación.

Y es con referencia a este tipo de las denominadas potestades cuando surge la cuestión de la también denominada potestad organizatoria ya apuntada repetidamente, pero que analizaremos más detalladamente a continuación.

### **3.2.-La cuestión de la potestad organizatoria o de organización y su relación con la discrecionalidad de las Administraciones públicas.**

Como vemos del artículo 4 de la Ley 7/1985, antes reseñado, y como resulta de la doctrina y la jurisprudencia, a las Administraciones públicas se les reconoce una capacidad para organizarse por sí mismas; capacidad que viene denominándose como potestad autoorganizatoria o simplemente como potestad organizatoria o de organización.

El hecho de que esta cuestión interese al Derecho administrativo o que tenga repercusiones jurídicas tiene su razón de ser, desde mi punto de vista, en tres cuestiones: una, que la capacidad de organizarse forma parte de la autonomía que corresponde a las Administraciones públicas; dos, que

dicha capacidad se opone, alega o enfrenta a determinados derechos o intereses de personas que con ellas se relacionan (en especial funcionarios y concesionarios de servicios públicos) como fundamento para su limitación o no reconocimiento y, tres, que se integra en el campo de las denominadas potestades discrecionales y, consecuentemente, según interpretaciones, como una actividad no sometida a derecho o no controlable judicialmente.

Sea como sea, si la organización aparece para muchos, tal como hemos dicho, como un campo que es independiente de la ley, resultaría un contrasentido hacer referencia en este campo a la existencia de una potestad administrativa, cuando ésta se configura precisamente como una habilitación de la ley. Debiendo tener en cuenta, además, la cuestión ya reflejada de una posible inexistencia de coacción estatal para hacer efectivos los límites o principios que sujetan a esta potestad de autoorganización. No obstante lo dicho, en los apartados siguientes efectuaremos las matizaciones que presenta la cuestión.

#### ***A) Autoorganización y potestad reglamentaria.***

La primera de las cuestiones, la de que la autoorganización o la capacidad de organizarse forma parte de la autonomía de las Administraciones públicas, no constituye, en principio, contenido único o propio del Derecho administrativo. Forma parte de la capacidad que a cualquier persona corresponde, sobre todo de las personas jurídicas en general, tanto públicas como privadas, sin perjuicio de los límites a que les someta el ordenamiento jurídico. Lo que ocurre es que la capacidad de organizarse tiene una primera manifestación que es la capacidad de dictarse una norma reguladora de la organización de la persona jurídica

correspondiente y esta capacidad se puede estimar integrada en el seno de la potestad reglamentaria, al considerarse como reglamentos las normas estatutarias del órgano o persona jurídica. No obstante, el rango de la norma depende de la institución que se regule y del poder que la constituye, pero nos referimos al reglamento al tratar aquí de los órganos administrativos y de las personas jurídicas, entendiendo que en estas últimas cuando existe una reserva de ley para su creación, ésta tiene su origen no en la organización propiamente dicha, sino en el otorgamiento de la personalidad jurídica en sí y en el control del gasto público.

En definitiva, pues, resulta que, de nuevo, a través del concepto de potestad, se nos presentan las cuestiones que afectan a la distinción entre reglamentos jurídicos y administrativos o normas conducta y normas de organización y al propio concepto de reglamentos generales frente a los estatutarios, a los de sujeción especial y los meramente competenciales y organizativos. Es decir, tal como ya se ha analizado en otro capítulo anterior, y en relación con el concepto de la potestad como poder que se ejerce en el ámbito de los derechos subjetivos y de las relaciones jurídicas con los particulares, hacer referencia a una potestad reglamentaria sería considerar incluidos en ella solamente a los reglamentos jurídicos o ejecutivos y no a los administrativos, o a las normas conducta y no a las normas de organización; ya que inicialmente sólo aquellas normas o reglamentos que contienen proposiciones jurídicas extenderían sus efectos fuera de la propia organización. También esta situación haría que coincidieran plenamente los conceptos de reglamento y disposición de carácter general, ya que muchos reglamentos organizativos se dirigen únicamente a la propia Administración, sin perjuicio de que el reparto de competencias que puedan contener tenga un reflejo hacia el exterior a través de los actos administrativos y sus requisitos formales.

Esta reflexión, unida a las afirmaciones que con anterioridad hemos realizado, respecto de que no es propio del reglamento, como elemento ordenado, el innovar o crear derecho, sino más bien el de concretarlo, así como el haber considerado más propio del reglamento el campo organizativo, nos obliga a considerar que, igualmente, al desenvolverse en ambos campos, el jurídico y el organizativo, el reglamento puede verse tanto incluido como potestad reglamentaria que como manifestación de la potestad de autoorganización. Lo que, desde mi punto de vista, es evidente es que la capacidad que toda organización posee de organizarse, entendiendo como tal la de fijar su estructura orgánica y distribuir poderes, funciones y competencias, no tiene su origen en una habilitación legal para producir efectos en la esfera de los derechos de terceros ajenos a la organización, aun cuando, dependiendo de que la organización actúe conforme o no a la estructura y distribución de poder que fijan sus estatutos, sus actos puedan ser válidos o inválidos, en cuyo caso sí pueden producirse efectos en los derechos de terceros. Otros matices ofrece el establecimiento de los procedimientos de actuación cuando tienen trascendencia externa, como luego veremos.

En consecuencia, la causa de esta capacidad, o si se quiere potestad de autoorganización, y el fin de la misma, no coinciden, pues, con los que determinan la existencia de potestades en la Administración pública. Los únicos derechos de terceros que pueden conculcarse vienen establecidos como intereses públicos que, naturalmente, se traducen en derechos colectivos de los ciudadanos, tal como hemos apuntado anteriormente, y que dan lugar por ello a límites establecidos constitucional o legalmente. Así, en efecto, toda la capacidad de organizar que tiene la Administración viene limitada por la ley, que establece garantías a favor de principios

generales conforme a la exigencia constitucional, por ejemplo, de eficacia administrativa o racionalidad en el gasto público. La ley, en principio no habilita a la Administración para organizarse, sino que circunscribe y delimita su capacidad, y el hecho de que en esta parcela de la organización la garantía sea un ejercicio de funciones públicas no convierte claramente a éste en el ejercicio de una potestad, porque ya hemos dicho que no se traduce en la existencia de coacciones ejercitables por la propia Administración o por el poder judicial de modo directo, sino en la fijación en el ordenamiento jurídico de procedimientos o trámites que son garantías normalmente aplicables o realizables por actos administrativos o técnicos de los funcionarios. Es decir, no le convierte en una potestad en el sentido que se otorga al derecho subjetivo como poder, habilitador de una acción procesal, sino como un acto de autoridad o como una función pública, si bien aún son posibles más matizaciones que se efectuarán en otro momento.

Por ello, desde nuestro punto de vista, con carácter general, no cabría pues hacer referencia propiamente a una potestad de autoorganización, tal como apuntábamos inicialmente, sino más bien a una capacidad. Lo que ocurre es que en esta parcela de la autoorganización y con referencia a los entes o personas jurídicas se produce la especie de los reglamentos conocidos como estatutarios o simplemente como estatutos, en los que no sólo se regula la organización propiamente dicha sino también el ámbito del derecho que rige las relaciones entre la institución correspondiente y las personas que se sujetan al reglamento y que al no ser un ámbito general o común a cualquier ciudadano su regulación no se considera, en principio, como campo propio reservado a la Ley, sino que se estima lógico que al reducirse al ámbito relacional y al existir colaboración y participación de todas las partes en la elaboración de la norma, el reglamento contribuya de

modo más directo al establecimiento de potestades o poderes respecto de las personas que se relacionan con la institución o sirven en ella.

La cuestión que aquí planteamos conecta con la recapitulación efectuada al analizar el reglamento, ya que resultaría, de excluir los reglamentos orgánicos del concepto de la potestad reglamentaria para incluirlos en la capacidad de autoorganización, que de la organización solamente podríamos considerar reglamentos jurídicos a las normas que recogieran principios o reglas de conducta de la Administración en la materia, pero no a las meramente estructurales. Esta cuestión resulta primordial para poder concebir o determinar, por ejemplo, la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo, como ya hemos señalado. De otro lado, de mantener el carácter de reglamentos de estas normas o actos que simplemente organizan o estructuran, se presenta la necesidad de distinguir, en el seno de los reglamentos, lo que son disposiciones de carácter general, así como insistir en la idea de los reglamentos jurídicos y a tener en cuenta, en el seno de los organizativos, a los que se denominan como estatutos o a los que establecen procedimientos de reconocimiento de derechos o de participación en las actuaciones correspondientes.

En definitiva, la capacidad o potestad organizatoria se presenta como normativa en cuanto, al ser preferentemente técnica y derivada de la experiencia de la Administración pública, es una concreción de conductas o procedimientos que son a su vez concreción, manifestación o aplicación de las reglas y principios generales y abstractos de organización que recogen las normas con rango de ley o constitucionales. Por ello se dice que los reglamentos administrativos se desenvuelven en el campo propio de la Administración.

Pero, se deduce de lo dicho que más que referirnos a una potestad organizatoria lo que es verdaderamente importante es que en orden a la organización también surgen potestades - más bien garantías que se traducen en funciones públicas y competencias -, como límite de la libertad o capacidad de organizarse las Administraciones públicas y que dichos límites se muestran en el campo del ajuste a derecho de la actividad administrativa y de las garantías a favor de los intereses públicos y derechos de los ciudadanos y que al no ser capacidad de autoorganización y ser funciones públicas, se deben configurar como una reserva de ley, sin perjuicio de la colaboración del reglamento. Lo que ocurre es que dichos límites y garantías se deben traducir en procedimientos y trámites administrativos que se dan en el seno de la organización administrativa y que, como hemos dicho, no se configuran inicialmente como derechos subjetivos o legitimaciones procesales, si bien en el sentido que hemos visto que manifestaba Díez Picazo, desempeñan el papel de permitir, en su caso, la formulación de pretensiones en vía judicial.

Pero, es necesario, insistir en la idea de que la consideración de la existencia, en el campo de las funciones públicas o garantías, de una reserva de ley, no tiene la misma significación prohibitiva de actuación del reglamento que en el caso de las limitaciones de derechos o intervención en la esfera patrimonial de los ciudadanos, puesto que si el reglamento actúa en dicho campo sin previa regulación o previsión legal, lo hace para hacer efectivos derechos y en su garantía, lo que no vicia su actuación de nulidad o incompetencia. Lo normal, en realidad, es que el derecho correspondiente esté establecido en vía constitucional o de modo abstracto en la ley, por lo que respecto a su eficacia hay que entender habilitada a la Administración. No obstante, en los casos concretos pueden presentarse múltiples

situaciones o afectaciones a otros derechos y a terceros que puedan hacer matizar nuestra afirmación.

***B) Autoorganización y discrecionalidad.***

Las razones que antes hemos expuesto para que la potestad organizatoria interese al Derecho administrativo, están íntimamente unidas en cuanto que el campo de lo organizativo se viene considerando como una actividad discrecional de las Administraciones públicas. Es decir, se mantiene que las Administraciones públicas pueden organizarse con libertad y ello se alega cuando por terceros que se relacionan con la Administración, normalmente en el campo que antes hemos descrito como de *sujeción especial*, se discute la decisión organizativa de la Administración por entender que es contraria a sus derechos o intereses. Y es, entonces, cuando la doctrina y la jurisprudencia, frente a estas reclamaciones o alegación de derechos encontrados con la decisión administrativa, oponen la existencia de la potestad de autoorganización u organizatoria, calificándola de discrecional o técnica; es decir, en resumen, al particular se le niega la existencia de derechos subjetivos o adquiridos por razón de la organización decidida en un momento, ya que se considera que la Administración tiene libertad de organización y que puede cambiar su criterio discrecionalmente sin que le limiten las situaciones que en la organización gozan las personas afectadas por la decisión. Y, en general, al realizar esta alegación frente a los intereses de los particulares, se viene renunciando a indagar o enfrentar esta actuación administrativa con la existencia o no de un verdadero interés público que imponga o aconseje la organización determinada o a exigir la existencia de los apoyos técnicos que así lo determinen; incluso, a veces, la alegación del particular de intereses públicos ignorados o del incumplimiento de normas

procedimentales o ausencias de estudios e informes previos, parece considerarse como exorbitante de la acción procesal que corresponde al particular, olvidando, en cierto modo, que no es sólo el derecho subjetivo el que sustenta la acción de los particulares frente a la Administración y ante los tribunales, sino también el interés legítimo con base en la legalidad de la actuación administrativa.

El efecto de esta postura doctrinal y jurisprudencial, en cierto modo, es que la cuestión que se discute, al ser discrecional, queda fuera del derecho y no resulta controlable, estableciendo así un campo de separación entre el Poder judicial y el ejecutivo; campo propio de éste y en el que aquél no puede intervenir, porque estaría sustituyéndole<sup>35</sup>. O, también, que la decisión adoptada es esencialmente técnica y no jurídica y que los Tribunales de Justicia carecen del criterio técnico necesario para sustituir por otra la decisión adoptada<sup>36</sup>, o, también puede haber ocasiones en que,

---

35 Este concepto de lo discrecional o de la potestad organizatoria como una cuestión metajurídica es la que se evidencia en el artículo de **Pérez Olea, Manuel**, *La discrecionalidad administrativa y su fiscalización judicial*.- Estudios en homenaje al Profesor López Rodó.- Universidad de Santiago de Compostela.- Universidad Complutense- Consejo Superior de Investigaciones Científicas.- Madrid 1972. Vol. II.- p. 73 y ss. Igualmente es de considerar el artículo de **Alvarez Rico, M**, *El control de la potestad organizatoria de la Administración*. D.A núm.161; 1976. Pero donde se manifiesta con mayor claridad es en **Clavero Arévalo, Manuel**, al exponer: *El ejercicio de la potestad discrecional produce efectos de Derecho, efectos jurídicos; pero el esencial contenido del acto discrecional, la razón de ser del contenido del acto, es algo que queda fuera del campo del Derecho, es algo metajurídico. Y precisamente por ello es por lo que el ejercicio de la potestad discrecional no puede quedar sometido al control jurisdiccional, porque los Tribunales de justicia, en buena técnica, sólo pueden fiscalizar actos cuyo contenido sea esencialmente jurídico. Por ello el juez o el Tribunal contencioso han de declarar la incompetencia de jurisdicción ante los actos discrecionales, a no ser que vulneren el fin de la ley y sean susceptibles del recurso por detournement de pouvoir, en los países en que éste se admite.* "Estudios de Derecho Administrativo" Edit. Instituto García Oviedo – Universidad de Sevilla y Editorial Cívitas. Madrid 1991, p.36.

36 Al respecto es de lectura obligatoria la obra de **Tomás - Ramón Fernández**, *Arbitrariedad y discrecionalidad*.- Edit. Cívitas.- Colección Cuadernos Cívitas. Madrid 1991 y la más reciente edición de *De la arbitrariedad de la Administración*; Cívitas 3ª edición, Madrid 1999 Pero en orden al concepto de la discrecionalidad existe un buen número de obras de las que destacan las siguientes:

**Mozo Seoane, A**; *La discrecionalidad de la Administración Pública en España*; Montecorvo, Madrid 1985.

**Sánchez Morón, M**; *Discrecionalidad administrativa y control judicial*; Tecnos, Madrid 1994.

**Beltrán de Felipe, M**; *Discrecionalidad Administrativa y Constitución*; Temas Clave, Tecnos; Madrid 1995.

**Alonso Más, Mª José**; *La solución justa en las resoluciones administrativas.*; Tirant lo Blanch, Universitat de València, 1998.

por el contrario, la jurisdicción considere que no es necesaria una prueba pericial técnica al tener el propio tribunal el conocimiento correspondiente y la capacidad de apreciar y valorar la cuestión. Solamente desde el punto de vista, por el que la decisión de la Administración se impone a cualquier situación del individuo que con ella se relaciona, es desde el que cabe referirse, pues, a la capacidad de autoorganización como una potestad. Porque la otra potestad que hemos puesto de manifiesto en orden a la organización sería la que se muestra hacia dentro y que se atribuye como una función pública en el seno de un procedimiento administrativo, bien en forma de informes, dictámenes, estudios o propuestas. Funciones de carácter técnico que constituyen garantías de intereses públicos y privados, en su caso.

Para que se comprenda mejor la cuestión de la potestad autoorganizatoria vamos a examinar alguna jurisprudencia en el sentido apuntado de actuación discrecional.

Así, por ejemplo, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de fecha 23 de octubre de 1997, referida a las relaciones de puestos de trabajo de la Diputación Foral de Bizkaia, en su fundamento de derecho quinto, dice: << *La Administración en la mencionada labor de análisis y adopción de un determinado modelo de organización de su personal, posee amplias facultades que se incardinan dentro de su discrecionalidad técnica, de ahí que haya de ser debidamente acreditado el error en la apreciación de los hechos determinantes y en la toma de cierta decisión.*>>

En Sentencia del Tribunal Supremo de 11 de mayo de 1979 ( RJ 1979\1800 Aranzadi), en su segundo considerando se dice: <<*Que el*

*primer motivo impugnatorio se apoya en la invocada vulneración del principio de respeto a los derechos adquiridos, dado el carácter de funcionarios integrados en la antigua Escala Técnica, de los que unos pasan a integrarse en la Escala Superior y otros, por no reunir los requisitos de la norma impugnada, permanecen en la citada Escala Técnica; mas es sabido que frente a la potestad organizatoria de la Administración, ejercitada por norma de adecuado rango, no cabe la invocación de tales derechos adquiridos, dada la situación estatutaria que liga a los funcionarios con la Administración a la que sirven y que no genera una situación inalterable que venga a limitar o mermar aquella potestad....>>*

Otra sentencia, más reciente, también del Tribunal Supremo, de fecha 4 de junio de 1996 ( RJ 1996\5367, Aranzadi), relativa a la clasificación de puestos de Subinspectores de Hacienda Adscritos A y B, en su fundamento cuarto, nos dice: << Al amparo también del número 4º artículo 95.1 de la Ley Jurisdiccional, se formaliza el motivo segundo en el que se alega la infracción del artículo 5 de la Orden de 26 de mayo de 1986, argumentándose que en dicho artículo no aparece distinción alguna en el grupo de Subinspectores Adscritos y aunque ello no excluye la potestad organizativa de la Administración para establecer la diferenciación entre grupo <<A>> y <<B>> como pone de relieve la sentencia recurrida, el tratamiento económico diferenciador sólo puede justificarse por una organización del servicio según la cual los que ocupen los puestos <<A>> desarrollen funciones determinadas o conozcan asuntos diferentes que los atribuidos a los puestos <<B>>, lo que, a juicio de los recurrentes, no ocurre en el presente caso, ya que en el informe que el Inspector Jefe aporta, << al contrario de lo señalado en la sentencia que se recurre, se señala “ que la atribución de tareas por el Jefe de la

Unidad de Inspección entre los diversos componentes de la misma, **había de hacerse** obligatoriamente en función de la complejidad de cada tarea y grado de preparación” >>. Tiempo verbal el usado por el Inspector que no significa precisamente una afirmación sino todo lo contrario, es decir, si había de hacerse es que no se hacía. Para seguir diciendo que << **había de atenderse**, por tanto, a los diferentes puestos de trabajo y niveles, para atribuir las tareas más complejas>>. Es decir, el mismo tiempo verbal, que volvemos a insistir no significa una afirmación sino todo lo contrario, si había que atenderse **es que no se atendía**. O lo que es lo mismo se está afirmando que todos hacían las mismas tareas sin distinción>>.

El motivo no puede prosperar, pues aparte de no haber referencia a la validez del catálogo, después de admitir que la Orden de 26 de mayo 1986 **no impide la potestad organizatoria de la Administración para establecer un distinto contenido a los puestos << A >> y << B >>**, lo que en realidad cuestiona el recurrente es la apreciación de la prueba por parte del Tribunal << a quo >>, lo que como antes se indicó, no es susceptible de revisión casacional.

Cabe seguir analizando más jurisprudencia en este sentido y, así, el Tribunal Supremo en Sentencia de 12 de marzo de 1990, recogida en el repertorio de La Ley, 1990-3, 243, dice: *Como consecuencia de la facultad de la Administración de cambiar la organización administrativa - potestas variandi- el funcionario público no tiene un derecho adquirido frente a la ley que pueda oponer a una nueva organización establecida por la respectiva norma legal o estatutaria, en el caso de la referida a los directores de centros docentes públicos afectados por la nueva regulación, y ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inmovilidad de residencia y a los*

*sueldos consignados en los presupuestos, que son derechos adquiridos que se vinculan a la Administración y que, como tales derechos incorporados al patrimonio del funcionario, podrán ser reclamados por los interesados si fueran desposeídos de ellos por los procedimientos que el ordenamiento establece.*

En relación con la potestad organizatoria, tanto respecto de las situaciones estatutarias como con carácter general respecto de las relaciones de sujeción especial, nos encontramos, por ejemplo, con la Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de junio de 1997, recogida en el repertorio de La Ley, 1997, 10964, que nos dice: *La jurisprudencia no reconoce como derechos adquiridos - a efectos de exigir la posible responsabilidad de la Administración - los derivados de la situación estatutaria de los funcionarios públicos como consecuencia del poder de organización que corresponde a las Administraciones públicas, y tampoco debe existir el expresado reconocimiento cuando se trata de la regulación de las profesiones sujetas a la intervención administrativa, en que no ya el interés ligado a la buena organización administrativa sino los intereses generales de la sociedad son los que directamente llevan al ordenamiento jurídico a autorizar la fiscalización del poder público sobre determinados aspectos de su actividad; en estos casos permanece con todo su sentido la exigencia de que se mantenga la potestad de innovación normativa, con el fin de que no queden petrificadas regulaciones al margen de la evolución real de los intereses generales y del ejercicio de las facultades de apreciación de los órganos llamados a velar por ellos, según las competencias reconocidas por la CE y la Ley.*

Vemos, pues, la concepción que la jurisdicción contencioso - administrativa mantiene en torno a la potestad organizatoria, pero no me

resisto a exponer una sentencia del orden jurisdiccional social relativa a la potestad del director de un centro hospitalario en organizar las guardias médicas en el mismo. Siendo los hechos que un médico al tener una edad superior a 45 años, conforme a previsión normativa, solicita, al citado director, que le sea aceptada su renuncia a efectuar dichas guardias. No obteniendo respuesta y recurrido el acto presunto, obtuvo, del Juzgado de lo Social núm. 1 de Badajoz, sentencia favorable que fue recurrida por el Insalud, ante la Sala antes citada. El Tribunal Superior de Justicia de Extremadura, en Sentencia de 8 de mayo de 1992, revoca la de instancia del Juzgado y en orden a la discrecionalidad, en el caso citado y en su fundamento quinto, parte de los conjuntos de resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia y dice: *Mas pese a esa potestad discrecional del Director del centro para la organización de los servicios de guardia y para excluir de los turnos de guardia - << podrá>>- a determinado personal, se pueden agrupar las resoluciones de los Tribunales Superiores de Justicia en dos conjuntos: a) Aquellas para las que la facultad del Instituto, por medio de sus órganos competentes, no admite revisión en cuanto al fondo: De esta manera lo comprendieron las Sentencias de los Tribunales Superiores de Justicia de Cantabria de 19-10-1990; de Madrid de 27-9-1989, 30-3-1990 y 24-4-1991; de Galicia de 30-11-1989; y de Baleares de 7-5-1991. b) Aquellas para las que la decisión ante la solicitud de exoneración de guardias médicas ha de ser razonada, cuyo razonamiento es susceptible de revisión ante los órganos jurisdiccionales: así lo establecen las Sentencias de los Tribunales Superiores de Cantabria de 18-4-1991 y de Baleares de 6-10-1989, 11 marzo y 9 marzo 1991.*

*Esta Sala, ante la diversidad de criterios, ha de recoger el reseñado en primer lugar por las razones siguientes: 1) **Si nos encontramos frente de una potestad discrecional, quiere ello decir que no está sujeta***

*a reglas o pautas y si - vía judicial - no sólo establecemos ésta, sino que decretamos su idoneidad o inidoneidad, la facultad discrecional se convierte en reglada; poco valor podemos dar a la dirección de un hospital, sino a la de cualquier empresa o centro autónomo, si aquellas facultades que pueden determinar una mejor o peor gestión de las mismas, con entera libertad, se las mediatiza hasta tal punto de señalarle la dirección que en ese determinado asunto, para el que tiene plena autoridad, debe seguir. 2).....*

Se aprecia, pues, con carácter general y en resumen, que la concepción que se ofrece de la potestad de organización es la de una potestad discrecional, al considerar que, por una parte, la organización estructural o administrativa de las Administraciones públicas es una competencia propia de la Administración, cuestión técnica y no jurídica y, por otra, al estimar que en el orden de la regulación de la actividad de los profesionales - es decir, en el campo de la denominada sujeción especial - corresponde a la Administración la determinación o apreciación de los intereses públicos o generales que habilitan su intervención en la esfera privada. El concepto de la sentencia reflejada del orden jurisdiccional social va más allá e identifica o confunde discrecionalidad con arbitrariedad.

Respecto de la postura que se adopta con ocasión de la solicitud de pruebas periciales en cuestiones doctrinales y en pruebas selectivas u oposiciones, en este caso en unas convocadas por el Consejo del poder judicial, el Auto de 20 de abril de 2012 (rec.204/2010) nos dice : 3.- *El control de la discrecionalidad técnica, en lo que hace al acierto del contenido de la decisión controvertida, según jurisprudencia de esta Sala sólo es posible en los casos de errores evidentes y, por ello, la invalidación*

*de tales decisiones no puede hacerse desde la mera discrepancia doctrinal. Por lo cual, la demostración en sede jurisdiccional de la existencia de unos posibles errores jurídicos evidentes lo que requiere, por parte de quien pretenda sostenerlos, no es una prueba pericial, sino la consignación de argumentaciones que, sin necesidad de asesoramientos técnicos, pongan de manifiesto la ostensibilidad de la equivocación que pretenda denunciarse.*

Esta concepción de la potestad de organización y también de la discrecionalidad técnica se realiza frecuentemente sin consideración de los límites a que está sometida o sin confrontación o prueba respecto de la procedencia técnica de la medida adoptada, porque dicha técnica es propia del sector público y no existe en el campo privado, con lo que la prueba procesal, como tal, o como procede o es normal en el campo del proceso civil, no se presenta, limitándose a la documentación obrante en el expediente o a las afirmaciones de las partes. Ello conduce, las más de las veces, a que el juzgador considere que no puede sustituir el criterio seguido por la Administración porque se excedería en su función y pasaría a ser administrador, con lo que el concepto de la potestad organizatoria como discrecional o metajurídica le facilita la solución de no entrar en la materia y resolver sin compromiso.

Sin embargo, tanto la doctrina como la jurisprudencia se ha encargado de poner de relieve que las potestades administrativas están sujetas a límites y con ellas, naturalmente, la potestad discrecional y la organizatoria. Pero esta cuestión la analizaremos en otro punto más adelante, para a continuación referirnos a la denominada, con anterioridad, como potestad de programación y planificación. No obstante, sí señalaremos que en la mayor parte de los casos la falta de control puede

tener su raíz en que el legislador, tanto el parlamentario como el ejecutivo, no diseñan las garantías para el ejercicio objetivo de la función pública o para la eficacia de los intereses públicos que pueden afectarse por cuestiones organizativas, sin perjuicio del posible control judicial con fundamento en principios generales recogidos en la Constitución.

También, antes y en conexión con lo antedicho, hay que resaltar que si realmente la determinación de lo que es organizativamente procedente es una cuestión profesional y técnica, es por lo tanto una función propia de profesionales de la Administración pública, es decir, de los funcionarios o empleados públicos y en la medida que el juicio profesional deba figurar en garantía de los intereses públicos o reglas y normas establecidas, dicho juicio es un acto de autoridad y no sólo técnico sino jurídico en virtud de la garantía que supone, y si los Tribunales de Justicia no se consideran capaces de sustituirlo sólo cabría exigirlos como parte sustancial de las decisiones administrativas, de ahí que prediquemos que resulta ser una función legislativa el establecimiento de dicha garantía para que pueda ser eficaz y controlable.

En consecuencia, si se supera el concepto del derecho subjetivo como única preocupación y el de la potestad organizatoria de la Administración como discrecional o arbitraria y se configuran, en cambio, como poderes públicos, o potestades, a las actividades administrativas dirigidas a garantizar los intereses públicos definidos por las leyes, nos encontraremos con una modificación sustancial de los conceptos restringidos del acto administrativo o de la potestad autoorganizatoria, que no podrían mantener sus actuales concepciones, ya que las potestades irían dirigidas bien a limitar o ampliar la esfera de los particulares o bien a limitar la libertad de organización de las Administraciones públicas en

virtud de los intereses públicos, reglas y principios establecidos, o, lo que es igual, la potestad de organización no resultaría discrecional, sino que constituiría al contrario un límite para el poder ejecutivo, en cuanto tiene que tener su fundamento en los intereses generales y ejercerse conforme a los principios legalmente establecidos, lo que exige el mencionado establecimiento por el legislador de garantías procedimentales y poderes a favor de los funcionarios públicos y técnicos que justifiquen con sus actos la eficacia y racionalidad de la decisión. Esta atribución de poderes sí puede configurarse como una potestad de carácter doméstico o *ad intra*, pero supone que una parte de la organización del poder ejecutivo se impondría formalmente a otra, o garantizaría, por imperativo legal, la legalidad y el acierto de la decisión adoptada por esa otra parte de la misma organización. De ahí que, inicialmente, quepa considerar que existe una reserva de ley en la materia. Pero aun considerando que el reglamento o el legislador administrativo puede realizar la regulación o el establecimiento de estas garantías –normalmente a través de la atribución o reparto de competencias–, el problema surge cuando no lo hace y, además el legislador no ha previsto nada, en cuyo caso cualquier análisis jurídico tiene que tener una referencia o fundamento jurídico en la Constitución, argumentando en torno al artículo 9 o al 103; pero, en consecuencia, con una mayor complejidad y nivel de abstracción.

Lo que nos evidencia igualmente todo lo expuesto es que la distinción entre derecho y organización también se manifiesta en un distinto sentido y alcance en la reserva de ley, según afecte a los derechos y libertades, en cuyo caso se manifiesta como un límite a la actuación del reglamento, o afecte a la organización, en cuyo caso aparece la cuestión como una obligación de atención del legislador de velar por el establecimiento de garantías a favor de los intereses públicos. También del

mismo modo que manifestábamos anteriormente, la reserva de ley o, en otro sentido, la habilitación al reglamento o a la actuación administrativa, no tiene el mismo sentido cuando se trata de limitar derechos que cuando se trata de hacerlos efectivos, de modo que la actuación reglamentaria directa, sin previa habilitación, en el establecimiento de las citadas garantías no puede entenderse contraria a derecho aun cuando se estime la existencia de la obligación de hacerlo como residente primariamente en el legislador parlamentario.

Por tanto, vemos que la cuestión que nos ocupa, que no ofrece problemas frontales cuando el acto técnico o de trámite garantiza la legalidad en defensa de derechos subjetivos, ofrece en cambio, cuando se garantizan los intereses públicos, un problema más importante pues afecta a las relaciones entre políticos y altos funcionarios y manifiesta la existencia de un poder de éstos sobre aquellos que puede ser objeto de controversias, pero que es acorde con el carácter de poder que también es propio de la Administración y no sólo de los órganos de gobierno. El diseño por el legislador de las garantías aparece claro en el caso de los derechos subjetivos, pero no tanto en el de los intereses públicos; además, de que hay que tener en cuenta la colaboración del reglamento en este orden de fijar trámites o competencias en el seno interno de la organización. La cuestión tiene su relación con las cuestiones que analizaremos en el punto relativo a la función pública.

### ***C) Autoorganización y procedimiento.***

Todo lo expuesto no agota las cuestiones que en torno a la autoorganización se presentan, pues, en ocasiones anteriores hemos hecho

referencia al procedimiento como una cuestión organizativa, lo que obliga a más matizaciones en torno a este asunto.

Realmente, el procedimiento de actuación administrativa organiza o regula las formas a que ésta debe someterse. En sentido amplio es, efectivamente, organización. Sin embargo, la actuación de las Administraciones públicas trasciende del propio ámbito interno, en cuanto afecta a la sociedad y los ciudadanos, con lo que en aquellas actuaciones que tienen dicha trascendencia, ésta resulta bien política o, bien, jurídica, revistiendo el procedimiento, entonces, dos aspectos: uno el de garantía jurídica y de cumplimiento de intereses públicos y, otro, el de participación de los ciudadanos en la actividad que afecta a sus derechos o intereses. Cuando hay trascendencia externa, el procedimiento trasciende, pues, de lo autoorganizativo y se ve constreñido a establecer las formas y trámites que garantizan el derecho y los intereses públicos, lo cual resulta ser una limitación u obligación jurídica que se impone a las Administraciones públicas, al establecer los procedimientos que regulan sus distintas formas de actividad. En cuanto esto ocurre, el defecto formal se convierte en elemento que habilita para la acción procesal o de reclamación.

De todas formas, si consideramos el procedimiento de actuaciones con trascendencia interna, a no dudar, nos encontramos ante una capacidad inherente o propia de toda organización, y, cuando nos referimos a procedimientos con trascendencia externa, no es que nos hallemos frente a la necesidad de una habilitación para actuar en el campo de los derechos de terceros o de los ciudadanos, que debe o puede haberla según los casos, sino que desde el aspecto organizativo lo que interesa es resaltar que en este caso el procedimiento es el conjunto de garantías necesarias para que la Administración haga efectivos dichos derechos y legitime su actuación.

También, pues, en las normas que regulan los procedimientos nos podemos encontrar con reglamentos, o, en todo caso, con preceptos jurídicos o administrativos, según, tengan trascendencia externa o no, o sean cauce de participación. Cuando se precisa ordenar la actividad administrativa en sus formas y no se afecta a dicha esfera externa, se puede actuar mediante instrucciones y circulares que sólo tienen eficacia interna y que no pueden modificar el derecho. En estos casos en que se trata de ordenar la tramitación y gestión de los asuntos administrativos no podemos dejar de considerar la existencia de procesos organizativos o de organización y, tampoco, en todo caso, puede dejar de considerarse la existencia de una ordenación, si bien su mayor o menor carácter jurídico, o la carencia de dicho carácter o naturaleza, dependerá de los efectos que pueda tener respecto de terceros o de su adecuación o no a los fines marcados en el ordenamiento jurídico.

### **3.3.- La cuestión de la potestad de programación y de planificación.**

Destaca de la enumeración de potestades que realiza la legislación de régimen local la consideración de la existencia de una potestad de programación y planificación. Y ello por dos razones; la primera, porque resulta una equiparación entre las dos actividades y, la segunda, porque la actividad planificadora que más trascendencia o repercusión jurídica tiene es la de la planificación urbanística, la cual viene siendo considerada como una manifestación de la potestad normativa o reglamentaria de las Administraciones públicas y frente a la cual se viene reconociendo la existencia de un *ius variandi* por parte de la Administración, en el sentido de que la planificación en sí misma no crea derechos subjetivos en favor de

los particulares, cuando no han sido realizados o hechos efectivos durante su vigencia; de modo, por ejemplo, que una variación del plan no da lugar a indemnizaciones cuando los derechos que en él antes se reconocían no se han consolidado.

Pero junto a esta planificación de clara naturaleza normativa se hace referencia a otras como, por ejemplo, la planificación económica o la sanitaria, etc., que una veces, según su alcance, pueden tener carácter normativo y regular la actividad de los particulares o fijar procedimientos para que hagan efectivos sus derechos y otras solamente afectan a la actividad de las Administraciones públicas, fijándoles metas o fines a alcanzar o, finalmente, pueden presentar carácter mixto. Sea como sea, esta actividad planificadora es siempre una actividad normativa o reglamentaria, ya tenga alcance jurídico externo o meramente interno u organizativo.

Pero es esta última posibilidad la que hace que también se produzca una identificación entre potestad organizatoria y potestad planificadora, situación que se nos manifiesta precisamente en el campo de la función pública y en especial con referencia a las relaciones de puestos de trabajo y que ha sido objeto de análisis en el punto anterior a través de la jurisprudencia, y, también, como más adelante se verá, en la planificación por programas y presupuestaria. Nos sirve al efecto de esta identificación, la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco que antes hemos reflejado y que, por ejemplo, refiriéndose a las relaciones de puestos de trabajo, tras resaltar que su fin último es el de constituir *un diseño racional y realista de las necesidades* de la Administración, dice lo siguiente: << Así lo establece el art. 15 L 30/1984 que es ley básica aplicable a todas las Administraciones públicas, que nos recuerda que las relaciones de puestos de trabajo son el instrumento técnico a través del

*cual las diferentes Administraciones públicas ordenan su personal, de acuerdo con las necesidades funcionales que tengan estableciéndose en las mismas todos y cada uno de esos puestos, con las funciones características y denominación que tiene cada uno de ellos así como los requisitos que ha de reunir el personal que pretenda ocupar el mismo. **Al fin y al cabo nos encontramos con una manifestación más de la potestad planificadora de las Administraciones públicas que han de prever sus necesidades en materia de personal que traducen materialmente en esas relaciones de puestos de trabajo >>.***

Todo lo antedicho y equiparaciones tales como la que realiza esta sentencia, lo que nos ponen de manifiesto, pues, son tres cuestiones: una, la conexión entre los reglamentos y la organización, que ya hemos analizado; otra, la también conexión entre la actividad técnica y la ordenación, la reglamentación y la planificación y, una tercera, que es la del alcance de lo discrecional y lo reglado. En el fondo de todo ello subyace la determinación de lo que es jurídico o derecho y lo que no lo es, o, lo que es lo mismo, qué cuestiones pueden o no controlar los Tribunales de Justicia.

Atendiendo a las relaciones de puestos de trabajo por ejemplo, se nos manifiestan estas cuestiones del modo que a continuación se expone. Primero, la determinación de los puestos de trabajo y de los órganos necesarios en un Administración pública, constituye un elemento organizativo. Segundo, dicha determinación implica un estudio técnico o análisis previos de necesidades o de la realidad existente, atendidos los fines y competencias del órgano correspondiente, para fijar al final las características del personal que debe desempeñar los puestos, dentro de la organización jurídica de la función pública; también requiere un análisis de la carga de trabajo cuando lo que se trata es de incrementar efectivos. Por

último, y en tercer lugar, el resultado del estudio técnico constituye una propuesta, que aprobada conforme al procedimiento establecido es un elemento ordenador, pero también es un resultado, una manifestación de la realidad existente que según las circunstancias puede conllevar un plan de actuación. En el caso de que conlleve un plan de actuación, existiría una previsión; pero este carácter de previsión, también conllevaría la necesidad de exponer el plazo en que se prevé su cumplimiento.

No obstante, la realidad no ha configurado a las relaciones de puestos de trabajo como una previsión de efectivos o de plantillas, sino como reflejo de los puestos existentes en un momento dado, provistos o vacantes, quedando el elemento planificador, en la legislación básica estatal de la función pública, configurado y referido a los Planes de empleo en su modalidad de Planes Integrales de Recursos Humanos, regulados en el artículo 2 del Reglamento General de Ingreso del Personal al servicio de la Administración General del Estado, como otro componente organizativo. También, en un párrafo tercero del artículo 18 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, en su primera redacción, establecía que *la oferta de empleo deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes. Indicará asimismo las que de ellas deban ser objeto de provisión en el correspondiente ejercicio presupuestario y las previsiones temporales para la provisión de las restantes*, lo que, en cierto modo, indica que podían existir puestos que constituían vacantes cuya provisión no se realizaba en un solo ejercicio económico y se iban dotando presupuestariamente en diferentes años. Hoy el Estatuto Básico del Empleado Público en su artículo 10.4 establece una medida con las mismas consecuencias, aun cuando sea al regular el funcionario interino.

Parece lógico a la vista de esta disposición el pensar que en las relaciones de puestos de trabajo se podían configurar estos puestos como una previsión, pendiendo su efectividad de la correspondiente dotación presupuestaria y en combinación, en su caso, con la plantilla corporativa o del cuerpo funcional correspondiente. El precepto también permitía a efectos de oferta, y dados los problemas que más adelante se analizan, establecer un calendario o *previsiones temporales* y aplazar la oferta de vacantes que, sujetas a procesos de provisión y movilidad, no se concretaban como tales hasta momentos posteriores, correspondientes a otro ejercicio presupuestario. Estas cuestiones, hoy, en virtud del Estatuto del empleado público, quedan al arbitrio de la regulación de desarrollo por cada Administración pública.

De lo dicho resulta, pues, que sea posible que se realicen estas identificaciones entre potestad organizatoria y planificadora. Pero, básicamente, a la planificación la debemos considerar, más bien, como un elemento ordenador, que teniendo un fundamento o substrato técnico, se dirige preferentemente a actividades que repercuten directamente en la sociedad y, en consecuencia, equiparable a la potestad reglamentaria, sobre todo en cuanto incida en la actividad o en los derechos de los particulares. En cambio, la potestad organizatoria adquiere importancia en cuanto actividad técnica que se dirige a la propia organización y estructura de las Administraciones públicas, que se considera como metajurídica y, en consecuencia, discrecional y no controlable por la jurisdicción contencioso-administrativa.

Sin embargo, la cuestión, como ya se ha apuntado, no es tan sencilla pues el Derecho administrativo además de suponer una garantía para los derechos subjetivos, lo es también para los intereses públicos o generales,

lo que lleva a considerar qué efecto jurídico tienen esos intereses generales sobre las decisiones organizativas de las Administraciones públicas, lo que trataremos de analizar en el punto siguiente.

No obstante, antes de realizar dicho análisis, y considerando las relaciones de puestos de trabajo y ante la sacralización que la jurisprudencia viene realizando de la potestad de autoorganización, no me resisto a comentar una Sentencia del Tribunal Constitucional, de 13 de julio de 1998, en un recurso de amparo, que respecto de la exclusión de un agente forestal del Estado de un concurso para la provisión de puestos de una Administración autonómica, por considerarla contraria al principio de igualdad y al de acceso en condiciones de igualdad a la función pública (Artículos 14 y 23.2 de la Constitución), concluye, para mí de modo impropio, con el siguiente cuarto considerando<sup>37</sup>:

*La movilidad de funcionarios entre las distintas Administraciones Públicas y, en concreto, entre funcionarios de las Administraciones Autonómicas y la del Estado, que es el supuesto que ahora nos interesa, se encuentra regulada en el artículo 17.1 L.30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, norma que si bien parte de la consideración de que la movilidad puede contribuir a una mejor utilización de los recursos humanos hace depender esta posibilidad de lo que dispongan las relaciones de puestos de trabajo. En definitiva, deja que sea cada una de las Administraciones Públicas la que, a través de las Relaciones de Puestos de Trabajo, determine los puestos que pueden ser desempeñados por funcionarios de otras Administraciones Públicas.*

---

37 El comentario de esta Sentencia y un análisis de la naturaleza jurídica de las relaciones de puestos de trabajo ya se realizó por mi parte en el trabajo *Las relaciones de puestos de trabajo: Su naturaleza jurídica y problemática*. Revista General de Derecho; Números 670- 671, Julio – Agosto 2000, pp 8981 a 8998.

*Ningún reproche de inconstitucionalidad puede realizarse a esta forma de regular la movilidad entre los funcionarios de la Administración estatal y la Autonómica. Debe tenerse en cuenta que la remisión que efectúa el art. 17 L. 30/1984 a las Relaciones de Puestos de trabajo constituye una forma de permitir que la CC.AA puedan ejercer sus competencias en materia de organización de su propia función pública, lo que, en sí mismo, constituye un bien constitucionalmente protegible y por ello no puede considerarse que la reserva que efectúen las relaciones de puestos de trabajo a Cuerpos de funcionarios propios y específicos de esa Administración sea contraria al art. 23.2 CE.*

*El reconocimiento constitucional de la autonomía de los diversos entes territoriales que configuran el Estado conlleva que estas entidades tengan su propia Administración Pública y consecuentemente las competencias necesarias en materia de autoorganización. De ahí que este Tribunal haya venido afirmando que las Administraciones Públicas disfrutan de un amplio margen de actuación a la hora de consolidar, modificar o completar sus estructuras y de configurar o concretar organizativamente el **status** del personal a su servicio (TC SS 57/1990, 293/1993 y 9/1995). En el caso de las CC.AA., que es el supuesto que ahora interesa, este principio de autoorganización tiene además un respaldo constitucional expreso en los artículos 147.2 c), 148.1.1 CE y los concordantes de los Estatutos de Autonomía - en este caso el art. 31.1 del EA Castilla - La Mancha - por lo que, sin perjuicio de que tengan que respetar la legislación básica en esta materia ( art. 149.1.18), deben reconocérseles competencias para organizar su propia Administración Pública, lo que implica reconocerles también competencias en materia de organización de su propia función propia.*

Creo que esta Sentencia merece una crítica profunda que voy a tratar de resumir, y que resulta plenamente útil a los efectos que se persigue en este trabajo. El núcleo esencial del conflicto que se plantea como objeto de análisis en la sentencia es realmente el de la existencia de dos principios legales con raíces constitucionales, el de la movilidad de los funcionarios y el de la autoorganización de una Administración pública. La sentencia analiza el artículo 17.1 de la Ley 30/1984, que en realidad declaraba un derecho, pero que literalmente decía: *Con el fin de lograr una mejor utilización de los recursos humanos, los puestos de trabajo de la Administración del Estado podrán ser cubiertos por funcionarios que pertenezcan a cualquiera de las Administraciones Públicas, **de acuerdo con lo que establezcan** las relaciones de puestos de trabajo.*

Decía que el artículo realmente establecía el derecho a la movilidad, si bien es cierto que se manifestaba prudentemente al tener que respetar el derecho de autoorganización de las distintas Administraciones públicas. El elemento básico estructural de la función pública resulta ser el de las relaciones de puestos de trabajo y en orden a ellas ya hemos visto que impera el criterio de que son disposiciones de carácter general, si bien desde mi punto de vista con un substrato técnico previo que es el del análisis y clasificación de los puestos de trabajo que consiste en definir sus características; es decir, las funciones que en ellos se van a desarrollar y los requisitos que se requieren para desempeñarlos, que como consecuencia se convierten en los requisitos que debe cumplir las personas que pretendan dicho desempeño. En definitiva, de las características y requisitos de los puestos de trabajo, resultan o se desprenden los méritos y capacidades para su ejercicio y desempeño y el grado de su importancia y posible baremación. Toda una compleja actividad de la que las relaciones de puestos de trabajo no son más que su reflejo formal y gráfico y la

manifestación de la voluntad del órgano de Gobierno correspondiente y titular de la máxima competencia estructural, y que, además, tiene unas repercusiones económicas.

Por tanto, cualquier acceso de una persona a un puesto de trabajo de una Administración pública debe realizarse **de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo**. Y esto es lo único que reflejaba el citado artículo 17 y no una potestad de definir si se puede o no acceder desde una a otra Administración, pues esto ya estaba decidido por la Ley y, para mí, con relación no sólo en los artículos 14 y 23.2 de la Constitución, sino con sus artículos 19, como fundamental y básico, 39.1 en cuanto la movilidad funcional es también un medio de protección a la familia cuando permite la unión de matrimonios separados por razón del lugar de trabajo y, finalmente, el artículo 10, en la medida que al facilitar la carrera administrativa también es un medio que permite un mejor desarrollo de la personalidad del funcionario. A mayor abundamiento hay que tener en cuenta que en aplicación del artículo 48 del Tratado de las Comunidades Europeas-, en su punto 4 -hoy 39 del Tratado de la Unión Europea), que establece el principio de libre circulación de trabajadores dentro de la Unión, el Estado español ha reconocido el acceso de los ciudadanos comunitarios a los empleos públicos, dentro de los límites que en su día fijó la Comunicación 88/072/02<sup>38</sup>. Y siendo de aplicación este principio respecto de la Unión Europea, ¿no lo pueden ser en territorio

---

38 De esta Comunicación y sus consecuencias me he ocupado en las siguientes ocasiones:

- *Lecciones de Derecho Administrativo*.- Edit. Fundación San Pablo C.E.U.- Valencia 1998; p. 171 y ss.; y en la edición de 1995 en la página 173 y ss.
- *La selección del personal en la Administración Pública*. Edit. Instituto Valenciano de Administración Pública. Conselleria de Administración Pública.- Valencia 1989; pp. 24 a 41.
- *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. Op. cit., p. 27 y ss.

También se ocupa de esta comunicación y de la cuestión del acceso de ciudadanos de la Comunidad Europea a los empleos de la Administración pública, el trabajo de **Baena del Alcázar** y **Marcel Piquemal**: *Las Administraciones nacionales ante la Unión Europea*. En la Revista Española de Administración Pública, núm. 90 Abril-junio 1996.

nacional y respecto de los nacionales? o ¿puede limitarse con el único fundamento abstracto de la potestad autoorganizatoria?

De otro lado, la sentencia, y hay que suponer que la demanda por tanto, no consideraba otro precepto: el artículo 15.2 de la Ley 30/1984, que, aunque no básico y relativo a la Administración del Estado, reflejaba una aplicación práctica del principio de movilidad que establecía el artículo 17, al decir que los puestos de trabajo serán de adscripción indistinta a todos los funcionarios incluidos en el ámbito de la Ley y fijar el carácter excepcional de la adscripción de un puesto con carácter exclusivo en favor de un cuerpo de funcionarios, salvo cuando dicha adscripción se derive **necesariamente** de la naturaleza y de la función a desempeñar en el puesto y con la garantía de que ello se determine por el Gobierno. Es decir, cualquier exclusividad en favor de un grupo determinado de funcionarios sólo puede derivar de la naturaleza del puesto y de la función a desempeñar.

Por tanto, la limitación de la concurrencia a los puestos de trabajo de una Administración pública única y exclusivamente a los funcionarios propios y no a los ajenos, es contraria al principio de movilidad de los trabajadores, incluidos en el concepto, como es natural, los funcionarios, tal como la Ley 30/1984 reconocía, y constituye un impedimento para éstos en su libre residencia o circulación; así como, también, puede impedir la reunión de los miembros de una familia cuando alguno de ellos por razón de trabajo cambie su domicilio y limita la carrera de los funcionarios. Limita, igualmente, la libre concurrencia y acceso a la función pública, principios de aplicación a la provisión de puestos de trabajo y no sólo a los sistemas de ingreso en dicha función pública como también ha declarado el Tribunal Constitucional. Y todo ello se limita por un pretendido derecho de

autoorganización de una Administración pública, sin que queden justificados en la relación de puestos de trabajo la razón, causas o motivos que impiden el acceso de un foráneo a dicha Administración o el interés superior que así lo requiere o los impedimentos que la realidad impone para que no sea efectiva la previsión legal. En resumen, un pretendido elemento ordenador de la función pública, siempre y en todo caso subordinado a la ley, se convierte de modo general y abstracto en un elemento de ineffectividad de un principio general declarado por una ley que, además, se relaciona con los diversos preceptos constitucionales analizados. Y para apoyar un razonamiento tan desviado, se realiza un reflejo del contenido del artículo 17 de la Ley 30/1984, en el que no se considera su tenor literal cuando decía *de acuerdo con lo que establezcan las relaciones*, sino que se elude el verbo establecer y se dice que se hace depender la posibilidad de *lo que dispongan*. Es de este modo como desaparece el derecho, se niega la existencia de una base obligatoria para las Administraciones públicas no estatales, se convierte en mera declaración programática y queda sin análisis si es racional o no la medida de la Comunidad Autónoma correspondiente y si es o no su obligación el facilitar el cumplimiento del **precepto básico** o cuáles son, en su caso, los obstáculos que impiden la posibilidad declarada legalmente.

Pero, además, de todo esto, es que desde aquí también podemos dar respuesta a estas cuestiones, pues el antecedente de esta Sentencia se encuentra en otra del Tribunal Supremo de fecha 12 de mayo de 1994 que, en vía de unificación de doctrina literalmente decía que el artículo 17 sólo establecía una posibilidad *en tanto en cuanto las relaciones de puestos de trabajo de la función pública de las Comunidades Autónomas contenga expresa previsión al efecto*. Todo ello, además fundándose en los argumentos de la lesión que la interpretación del derecho podía producir no

sólo en el orden patrimonial sino también en el organizativo o incluso en la esfera de los intereses públicos que la Administración autónoma tiene encomendada. También considera la sentencia que de producirse la provisión de un puesto sin que exista previsión en las relaciones de puestos de trabajo se puede seleccionar a personas sin la cualificación específica prevista por la Administración autonómica con perjuicio grave para el interés público.

El lector de este trabajo me va a perdonar este largo excursus alrededor de esta cuestión, pero resulta muy clarificadora respecto de las que se plantean en torno a la relación entre organización y derecho y, además, afecta a una cuestión relativa a la función pública que no sólo ha constituido y constituye tema de mi especial atención, sino que por mis circunstancias personales he vivido en el inicio de la Administración de la Comunidad Autónoma Valenciana, con una participación muy directa en la Ley 10/1985 de la Función Pública Valenciana, lo que me ha permitido conocer los problemas organizativos que planteaba inicialmente la movilidad de los funcionarios en la organización de dicha función pública.

Pues bien, en la primera redacción de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, el artículo 18 establecía, con carácter básico y, por tanto, obligando a las Comunidades Autónomas, el concepto de *Oferta de empleo público* y en su tercer párrafo decía literalmente que dicha oferta *deberá contener necesariamente todas las plazas dotadas presupuestariamente y que se hallen vacantes*. Y en el párrafo siguiente que *la publicación de la oferta obliga a los órganos competentes a proceder, dentro del primer trimestre de cada año natural a la convocatoria de acceso para las plazas vacantes comprometidas en la misma y hasta un 10 por 100 adicional. Tales convocatorias indicarán el*

*calendario preciso de realización de las pruebas, que, en todo caso, deberán concluir antes del 1 de octubre de cada año, sin perjuicio de los cursos selectivos de formación que se establezcan.* Este sistema, salvo en la obligación de ofertar todas las vacantes existentes, estaba cargado de irracionalidades, pues el legislador trasladaba medidas que tenían su origen en las experiencias y sistemas de una Administración corporativa y centenaria a Administraciones, como la valenciana, con bases estructurales diferentes, esas sí con fundamento en su capacidad de autoorganizarse. Resulta absurdo que se considere básico que el 1 de octubre se tengan que haber celebrado las pruebas selectivas o que la oferta de empleo público tenga que estar realizada en el primer trimestre del año<sup>39</sup>; sobre todo en cuanto las pruebas selectivas a que se refería el cuarto párrafo se entendía que eran las que conocemos bajo la genérica denominación de *oposiciones*. Ello, resumiendo, implicaba que antes de ofertar a ingreso las vacantes existentes debían ofrecerse a los funcionarios de carrera por el sistema de concursos de méritos y que estos concursos puede que no estuvieran resueltos antes del primer trimestre en que se tenían que ofertar al exterior las vacantes; también suponía que los requisitos y méritos de cada puesto tenían que estar predeterminados en las relaciones de puestos de trabajo y ello determinaba toda una labor de análisis de miles de ellos. Pero si, además, se ofrecía en estos concursos de mérito los puestos de trabajo a los funcionarios de otras Administraciones públicas se podían haber anunciado a oferta puestos que nunca serían ofrecidos en la convocatoria consiguiente de las pruebas selectivas, pues se habrían cubierto por dichos funcionarios, lo que por cualquier persona podía ser interpretado como un incumplimiento del contenido de la oferta y conducir a un contencioso que

---

39 Quien pueda estar interesado en el tema de la provisión de puestos de trabajo puede ver mi trabajo *El puesto de trabajo en la Administración Pública Española*.- Revista Andaluza de Administración Pública nº 27.- Julio- Agosto- Septiembre de 1996. p. 299 y ss. También puede ver el tema 4 *La provisión de puestos de trabajo y la carrera administrativa*, de los Apuntes de empleo y la función pública, recogidos en la sección de Estudios en [morey-abogados.com/aula.htm](http://morey-abogados.com/aula.htm)

podría a su vez obligar a convocar el número de plazas o puestos previstos en aquélla. Es decir, todo un desorden provocado por una irracional o poco clara previsión legislativa o por una falta de corrección inicial por parte de la Comunidad Autónoma de dicha irracionalidad, poniendo en evidencia que nunca podían considerarse básicas medidas que fueran en contra de las peculiaridades organizativas que constitucionalmente y por su autonomía le corresponden y que, además, establece en su organización de la función pública o, por supuesto, tampoco pueden considerarse básicas reglas y procedimientos que fueran contrarios a la buena gestión y administración.

Por lo tanto, cuando regían estas absurdas medidas, era lógico que existieran alegaciones que inclinaran a la jurisdicción a resolver en el sentido que lo hace el Tribunal Supremo en su sentencia, pero en el artículo 70.2 del Estatuto básico si bien se establece la aprobación anual de la oferta no señala un calendario ni expresamente obliga a ofrecer todas las vacantes, las dificultades desaparecen, tanto más dada la modificación del artículo 18.4 de la Ley 30/1984, eliminando la obligación de ofrecer en concurso a los funcionarios las vacantes previamente a las convocatorias de ingreso, y dada, igualmente, la modificación realizada por la Ley 13/1996 que añadió un nuevo párrafo a su apartado 6, por el que se deja a cada Ley de Presupuestos el señalamiento de los criterios aplicables a la Oferta de Empleo y en virtud de la cual desde dicha Ley y, de momento, en las siguientes leyes presupuestarias, se ha venido reduciendo, con carácter básico, salvo excepciones, la oferta de empleo a menos de un 25 por cien de la tasa de reposición de efectivos, a lo que se añaden las medidas adoptadas por razón de la crisis económica. Pero, además, si recordamos, lo que con anterioridad se ha reflejado de la primitiva redacción del artículo 18 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública y de la posibilidad de *previsiones temporales*, establecida en su párrafo

tercero, comprenderemos que con una buena aplicación técnica y justificación, el artículo permitía solucionar los problemas que se alegaban para evitar el ingreso de personal de otras Administraciones y configurar adecuadamente la oferta de empleo público. De otro lado, también había que tener en cuenta el concepto de vacante que la legislación ofrece, como aquella que no puede ser cubierta por el personal existente, lo que supone que no se debía ofertar ninguna vacante que aún debiera ofrecerse en concursos de provisión de puestos de trabajo al personal en activo. En la cuestión, además, hay que considerar la diferencia conceptual entre plaza y puesto de trabajo, que permite que, aún no ofrecidos previamente los puestos al personal funcionario, se pueda determinar el número de plazas a ofertar, contando con que en el momento de resolución de las pruebas selectivas, ya se habrían resuelto los concursos previos entre funcionarios y las vacantes estarían más determinadas.

Nada existe, pues, que pueda permitir establecer un límite al acceso de funcionarios de otras Administraciones, como no sea que sus méritos y capacidades no coinciden con los previstos en las relaciones de puestos de trabajo y que deben estar recogidos en la convocatoria correspondiente. No conozco qué fórmula permite decir o decidir en abstracto que un agente forestal de Castilla - La Mancha no puede realizar la misma función en Aragón, o si los bosques gallegos requieren de conocimientos o experiencias distintas de los asturianos y si las diferencias no pueden suplirse con un pequeño curso que enseñe las especialidades o peculiaridades de la zona geográfica correspondiente; o si debe saberse el valenciano, el gallego o el vasco para apagar incendios y si todo ello es bastante para impedir la concurrencia en una convocatoria y limitar los derechos constitucionales antes mencionados. No encuentro razones técnicas generales, previas al examen de los méritos correspondientes, que

permitan no hacer posible la movilidad prevista en la ley. No comprendo que los Tribunales, Supremo y Constitucional, puedan variar la letra del artículo 17, para sustituir la expresión “de acuerdo con lo que establezcan las relaciones de puestos de trabajo” por la de “en cuanto las relaciones de puestos de trabajo... contenga previsión al respecto” como hace el primero o, como hace el segundo, cambiar el verbo establecer por el de disponer.

Es indudable que se está otorgando a las relaciones de puestos de trabajo un valor que no les es propio, pues si es que tienen un contenido dispositivo u ordenador no puede ser el de determinar si se puede o no acceder desde otras Administraciones públicas a la propia, sino simplemente en qué, o bajo qué, condiciones se puede hacer y nunca de modo impeditivo absoluto. Los principios básicos se imponen a la ordenación de los puestos de trabajo concretos y las razones impeditivas que pudieron existir hoy no existen en muy buena parte. El único posible es que la persona que pretende acceder desde otra Administración no reúna las condiciones que se requieren o que las de los funcionarios o empleados propios resulten mejores o que entre unas administraciones y otras hay tanta diferencia en las exigencias y conocimientos para el ingreso en el empleo público, que no exista garantía de que un funcionario de una Administración esté capacitado para actuar en otra, sin prueba acreditativa o sistema de valoración. Las relaciones no establecen derechos sólo los requisitos, características y funciones de los puestos. No pueden considerarse más que como un elemento ordenador, resultado de una actividad técnica o conjunto de actos previos de carácter técnico, que son materialmente un acto administrativo no una disposición de carácter general en su sentido estricto. Incluso, cuando la realidad administrativa desborda o cambia el contenido de los puestos de trabajo lo obligado no es ajustar la situación a lo establecido en las relaciones, impidiendo la

adaptación a las necesidades reales de la Administración, sino reclasificar los puestos de trabajo y, en consecuencia, modificar la relación, pero ello no implica la modificación de un ordenamiento jurídico.

Se evidencia con este caso que la organización tiene límites, así como la distinción ya efectuada entre potestad reglamentaria y autoorganización, y que no puede ser concebida en los términos absolutos que se presentan en la expuesta sentencia del Tribunal Constitucional, de modo que se hace preciso que definitivamente examinemos los límites que someten a las potestades administrativas.

Pero todo lo que he manifestado, si bien contiene derechos y principios incontestables, queda de nuevo en el aire en virtud del reciente Estatuto Básico del empleado público, Ley 7/2007, en cuanto ahora, en su artículo 84, remite los criterios de movilidad a un Convenio de Conferencia Sectorial u otros instrumentos de colaboración entre la Administración General del Estado y las Comunidades Autónomas y la Entidades locales, lo que me parece una verdadera renuncia del poder estatal a establecer de modo claro y tajante el derecho de movilidad entre los funcionarios españoles o el personal de sus Administraciones públicas. Un verdadero quebranto de la reserva de ley, pues es el propio Estatuto el que debió establecer los criterios, como antes ocurrió con el artículo 15.1 de la Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública, pero ahora aún puede ser que con un criterio peor, pues las relaciones de puestos de trabajo se presentan más con un carácter técnico que el Convenio y la Conferencia Sectorial de carácter más político. Este artículo es una decisión en consonancia con intención de establecer un régimen jurídico adecuado para un futuro Estado federal o confederado o también, de acuerdo con lo

ya dicho, que se desconfía de la formación y preparación de los funcionarios según Comunidades autónomas.

### **3.4.- Los límites de las potestades administrativas.**

De lo expuesto respecto de las potestades administrativas podemos resumir o destacar que su causa u origen es social, en cuanto se dirigen al cumplimiento y efectividad de los intereses generales o públicos, y esa causa es la que determina, a su vez, la habilitación legal a la Administración para su ejercicio y, también, que su vertiente de acción dirigida a limitar los derechos subjetivos haya sido la mayormente expuesta por la doctrina. Pero es, igualmente, el interés público el factor que determina que las denominadas potestades discrecionales encuentren también su límite. Del mismo modo, desde otro punto de vista general, las potestades se manifiestan como componente principal de la denominada coacción social.

Lo antedicho lleva a considerar cuáles son los límites de las potestades administrativas, pero sobre todo, lo que más importa, cuáles son los de aquellas que se consideran incluidas en las denominadas potestades discrecionales; básicamente, pues, los límites de la que se ha dado en llamar potestad organizatoria, la cual es, dada la relación entre derecho y organización que se trata de analizar, la que más nos interesa.

#### ***A) Los límites de las potestades administrativas con carácter general.***

Desde el punto de vista del concepto estricto de potestades como poder otorgado a la Administración para limitar o condicionar los derechos

de los ciudadanos en función de los intereses generales, el primer límite es que del ordenamiento jurídico primario resulte atribuida la potestad a la Administración pública correspondiente. Los problemas que plantea esta cuestión son los relativos a determinar si el ordenamiento jurídico otorga o no la potestad, puesto que dicha atribución no se realiza siempre por el legislador de forma tan expresa como hemos visto que lo hace el artículo 4 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, ya en sí mismo abstracto pues no establece competencias concretas, sino que en caso de la atribución genérica es precisa una deducción derivada del análisis de las leyes que atribuyen competencias a las Administraciones públicas. Las competencias y los fines delimitados por las leyes es lo que permitió establecer y abstraer la existencia de potestades concretas en favor de las Administraciones, de ahí la conexión que la doctrina establece entre el concepto de potestades y el de competencias, cuestión en la que insistiremos al analizar éste último en otro punto.

De otro lado, en la determinación de la existencia o no de una potestad a favor de una Administración, cuando de ninguna norma concreta se deduce una atribución expresa, es donde el concepto de los fines públicos juega su papel. Trataré de explicar esta cuestión, ya apuntada al analizar el reglamento como norma y señalar, entonces, que la inexistencia de una regulación u ordenación jurídica no puede determinar la inactividad de la Administración. En dicho momento, también apuntaba que el control de la legalidad de la actuación administrativa se tendría que realizar partiendo de su ajuste a los principios generales que se encierran en el ordenamiento jurídico y concluía que esta postura es más congruente con la característica del Poder ejecutivo como elemento básico para la eficacia y realidad de los intereses públicos, superándose así el límite del derecho subjetivo.

En general, el legislador y los agentes jurídicos (Tribunales, doctrina, etc.) cuando se refieren al sometimiento al derecho de los poderes e instituciones públicas, emplean términos tales como: ordenamiento jurídico, ley y Derecho, con mayúscula. La variedad de la terminología o el empleo de uno de ellos con mayúscula o sin ella, plantea una serie de dudas, en cuanto puede entenderse que la utilización tiene un carácter indistinto o que, por el contrario, cada término tiene un significado concreto y diferente de los otros. Así, por ejemplo, en general cuando se utiliza el término “ley” o el de “leyes”, se entiende que en el concepto se incluyen los reglamentos y no así cuando se utiliza, genéricamente, el término “Ley”. Sobre el concepto de ordenamiento jurídico y su conexión con el de fuentes del derecho ya hemos realizado referencias con anterioridad, pero en orden a la cuestión de los límites de la actuación de la Administración, cabe entender que el concepto se utiliza más bien en sentido positivista, como conjunto de normas positivas; sobre todo, cuando junto a él en otros momentos se utiliza el término Derecho, el cual puede adquirir un sentido más omnicomprendivo e incluyente de los principios generales del derecho, incluso en su acepción de derecho natural. Un ejemplo, que nos puede ser útil es el de los artículos 9 y 103 de la Constitución; así, el primero somete a los poderes públicos a la misma y *al resto del ordenamiento jurídico*; mientras que el segundo somete a la Administración pública *plenamente a la ley y al Derecho*.

El ordenamiento jurídico respecto de las Administraciones públicas determina, como decíamos, sus fines y competencias y, al hacerlo, hay que entender que aquéllas deben actuar para su cumplimiento. Cuando la competencia no aparece clara, pero sí está claramente determinado el fin, hay que entender que se ha habilitado a la Administración para actuar y que

si en la actuación precisa o necesita de la utilización del poder, también se le han otorgado implícitamente las potestades necesarias para la efectividad de aquél<sup>40</sup>. Por ello, la existencia o no de potestades requiere de un análisis total del ordenamiento jurídico y no es el resultado sólo de atribuciones concretas, expresas o pormenorizadas. Pero, tal como también hemos apuntado, la consideración de la existencia o no de una potestad depende, muchas veces, de que el sujeto que realiza la apreciación tenga como punto de vista principal el derecho subjetivo o, por el contrario, contemple la vertiente de los intereses generales y los fines públicos. En todo caso, es indudable que debe producirse un equilibrio, pero cuando existe un conflicto entre dicho derecho subjetivo y los intereses generales deben predominar éstos y cuando ellos requieren de una actuación administrativa para su eficacia, ésta no puede ser impedida mediante un análisis reglamentista del ordenamiento jurídico, exigiéndole precisiones y concreciones exactas o competencias perfectamente delimitadas.

Resulta así que realmente la referencia que la doctrina jurisprudencial o la jurídica en general realizan de los derechos adquiridos, como concepto que se presenta frente a la potestad organizatoria, no tiene una verdadera razón de ser y que perfectamente se puede hacer referencia en estos casos a derechos subjetivos, pues el límite no es la organización sino el interés general. Los derechos subjetivos, pues, también están limitados por los intereses generales.

---

40 La importancia del fin como elemento de control del adecuado ejercicio de la potestad o de la existencia o no de discrecionalidad es puesta de relieve por toda la doctrina, pero resulta interesante la lectura del trabajo de **Santiago González – Varas Ibañez**, *El control judicial de la discrecionalidad administrativa a la luz de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y otras enseñanzas procesales del Derecho Comunitario para el proceso administrativo español* (Informe para el Parlamento Europeo acerca del futuro de la política social comunitaria); Revista de Administración Pública, núm. 135; septiembre - diciembre 1994, pp 303 a 339; en cuanto entre los criterios que, para el control de la discrecionalidad cuando el sujeto obligado tiene discrecionalidad para actuar, destaca el fin y su conexión con la desviación de poder.

Conviene aquí realizar una reflexión en torno a la posibilidad de que las Administraciones públicas puedan otorgarse potestades administrativas a través de reglamentos, tal como García de Enterría considera<sup>41</sup>, pues en el mantenimiento de esta postura tienen indudables repercusiones cuestiones tales como la reserva de ley, la inactividad administrativa antes apuntada, las situaciones de sujeción general o especial de los afectados, la eficacia de los derechos fundamentales, la existencia de fines y obligaciones a cumplir por las Administraciones públicas, etc. De modo que, no podemos considerar que el reglamento atribuya potestades en materias reservadas a la Ley, pues en dichos casos es la norma con dicho rango la única que puede otorgarlas; sin embargo cuando el ordenamiento jurídico, tal como decíamos antes, ha señalado unos fines que cumplir y unas obligaciones, aun cuando sean genéricas, a las Administraciones públicas, es indudable que el reglamento puede concretar las potestades dirigidas a hacer efectivos fines y obligaciones, siempre que los aspectos limitativos de los derechos de los ciudadanos afectados estén predeterminados legalmente; es el caso de las relaciones de sujeción especial. En orden a la prestación de servicios públicos o en el campo de la creación y reconocimiento de derechos o en el de la organización administrativa también el reglamento puede concretar potestades. Sin embargo, como cabe deducir del análisis que con posterioridad se realiza del concepto de función pública, la defensa de determinados intereses generales declarados en la Constitución y en las leyes depende del establecimiento por el legislador de procedimientos y trámites concretos con dicha finalidad y de la configuración de actos de trámite preceptivos que cabe configurar como poderes o potestades pero “ad intra”, como ya hemos manifestado. Y, en este sentido, y dada la dependencia de los funcionarios respecto del nivel político, no resulta plenamente satisfactoria una concepción de la potestad organizatoria por la

---

41 Véase **García de Enterría**, op. cit., Tomo I, p. 441

cual el poder legislativo considerara competencia del reglamento y, por tanto, del poder ejecutivo el establecimiento de estas garantías procedimentales que en realidad lo son de intereses que corresponde salvaguardar a la Ley, pues, tal como hemos dicho, si ésta no lo hace y el reglamento tampoco, los intereses públicos no quedan salvaguardados.

Se produce, pues, en cierto modo una paradoja ya que en virtud de poner de manifiesto que la Administración no puede limitar derechos subjetivos si no le habilita la Ley, por generalización se puede llegar a exigir siempre de una Ley para cualquier actuación de la Administración, incluso cuando se actúa en defensa de derechos subjetivos o fundamentales y, en cambio, se puede considerar normal, al no afectar directamente a derechos subjetivos, que la protección de intereses generales no sea una reserva de ley, ya que la Administración sí está legitimada para defenderlos con carácter general o dicho, de otro modo, porque constituyendo su competencia esencial y su razón de ser, no necesita habilitación salvo cuando limita derechos subjetivos. De este modo, si el poder legislativo renuncia al diseño legal de garantías y el poder ejecutivo no las establece, los intereses generales pueden quedar sin efecto. Y, finalmente, el poder judicial no tendría más asidero legal para defender dichos intereses que la abstracción de la Constitución para determinar si existe una actuación contraria a Derecho, tal como ya hemos apuntado anteriormente, con el agravante de que en la mayor parte de los casos se trataría de juzgar una inactividad o falta de actuación concreta y, además, normalmente, de carácter normativo o regulador. En definitiva, de lo dicho, hay que concluir que corresponde a la Ley o constituye una reserva de ley, la atribución de potestades o garantías a favor de la Administración frente a la otra parte del Poder ejecutivo, pero sin que pueda considerarse, en el sentido tradicional de la reserva de ley, como una exclusividad competencial del legislativo en

la materia que elimine la posibilidad de reglamentación, sino como la fijación de una obligación de la Ley en evitación de una desregulación y una ausencia de defensa de los intereses públicos o generales y como una medida de equilibrio entre las competencias de las dos partes del Poder ejecutivo<sup>42</sup>. Cuando, por el contrario, el reglamento pueda diseñar una organización que no satisfaga las garantías a favor de una actuación legal de la Administración o favorable a los intereses públicos, si de la norma con rango de ley no se deduce un precepto en el que apoyar la contrariedad a derecho, sólo queda, como se ha reiterado, el apoyo en la Constitución y el análisis de la decisión para determinar su posible inconstitucionalidad. Sólo el acudir a este tipo de solución permite que la falta de regulación o disposición por el legislador parlamentario evitara que el reglamento pueda establecer las garantías, pero también permite controlar la regulación orgánica por reglamento si tampoco las define o bien las contraría. En todo caso, si es el reglamento el que establece las garantías, no establecidas por el legislador, y lo hace conforme al cumplimiento de fines perseguidos en el ordenamiento jurídico, esta actuación no puede considerarse contraria a Derecho.

Finalmente, por lo que se refiere a la efectividad y protección de derechos fundamentales no sólo son posibles potestades por vía

---

<sup>42</sup> Esta cuestión de evitar la inactividad administrativa o su ineficacia ha sido vista por **Schmidt-Assmann**, Op. Cit. P.26, cuando dice: *En suma, pues, el Derecho administrativo ha de satisfacer una doble finalidad: la ordenación, disciplina y limitación del poder, al tiempo que la eficacia y la efectividad de la acción administrativa. Ello obliga, entre otras consecuencias, no sólo a utilizar el canon de la prohibición de exceso (principio de proporcionalidad), sino también el de la prohibición de defecto.*

Por mi parte, en mi actividad de asesor jurídico en una Conselleria de la Generalitat Valenciana, he sido testigo de qué manera a través de los reglamentos orgánicos, atribuían o dejaban de atribuir competencias a determinados órganos, incrementando su poder interno o evitando cuestiones conflictivas o cómo se vaciaba, a voluntad, al Servicio jurídico de competencias de informe, según pudieran resultar de mayor o menor conflictividad con el poder político, dejando en poder de éste la decisión de remitir o no los recursos administrativos a informe y hurtando, pues, al posible proceso contencioso el informe- garantía que supone la intervención del citado Servicio. Decisiones que eran puramente burocráticas y no políticas.

reglamentaria, sino que en mi opinión es posible la acción directa en cumplimiento o aplicación de la Constitución como norma.

En definitiva, la existencia o no de un límite en el ordenamiento jurídico para el ejercicio de potestades administrativas depende en mucho de la formación del sujeto que ha de realizar la apreciación y del sentido que otorgue al ordenamiento jurídico.

Adentrándonos de modo más concreto en los límites de las potestades administrativas, la doctrina ha venido fijándolos en dos sentidos básicamente; uno, en orden a determinar si la potestad y competencia ejercidas en limitación de un derecho subjetivo lo han sido con fundamento o no y, otro, en cuanto a poner freno a la discrecionalidad y arbitrariedad de las Administraciones públicas, lo que conlleva el determinar los límites de la potestad organizatoria.

En el primer aspecto, toda potestad requiere que se ajuste al fin para el cual ha sido otorgada, sin que se produzcan, pues, desviaciones de poder. Como toda potestad de carácter limitativo el ajuste al fin determina, a su vez, que los hechos que desencadenan su ejercicio sean también los previstos normativamente y hayan acaecido en la realidad y, finalmente, se requiere que la ejerza el órgano competente para ello; siempre con las matizaciones que el ordenamiento jurídico ofrece en torno a la incompetencia como vicio productor o no de una nulidad de pleno derecho. En íntima conexión con todo lo antedicho, también se exige que se haya seguido el procedimiento administrativo establecido en cuanto a sus requisitos esenciales. En este sentido, la derogada Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso - administrativa en su exposición de motivos evidenciaba su ánimo de reducir al máximo los actos de naturaleza

administrativa que no se sometieran a la jurisdicción contencioso - administrativa y respecto de la discrecionalidad decía concretamente lo siguiente: *Al relacionar los actos excluidos de fiscalización contencioso - administrativa, la Ley no menciona los actos discrecionales. La razón estriba en que, como la misma jurisprudencia ha proclamado, la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un << prius >> respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.*

*La discrecionalidad, por el contrario, ha de referirse siempre a alguno o algunos de los elementos del acto, con lo que es evidente la admisibilidad de la impugnación jurisdiccional en cuanto a los demás elementos...*

Fin, hechos, competencia y procedimiento, pues, se configuran como presupuestos esenciales para el ejercicio de toda potestad administrativa, pero en especial constituyen los elementos reglados por los que toda potestad o actividad discrecional puede ser controlada. Sin embargo, de la citada exposición de motivos de la Ley Reguladora de la Jurisdicción contencioso - administrativa de 1956, también queda claro que el límite principal es el ajuste o no a Derecho del acto y así nos decía: *La discrecionalidad, en suma, justifica la improcedencia, no la inadmisibilidad, de las pretensiones de anulación; y aquélla no en tanto el acto es discrecional, sino en cuanto por delegar el Ordenamiento jurídico en la Administración la configuración según el interés público del elemento del acto de que se trata y haber efectuado el órgano con arreglo a Derecho, el acto impugnado es legítimo.*

Vemos, pues, que el interés público, cuya configuración se encomienda a la Administración, es la primera razón de que aparezca la pretendida discrecionalidad; es decir, constituye el primer fundamento; pero ello no supone que dicha configuración no deba realizarse conforme a Derecho; o sea, teniendo en cuenta todos los principios técnicos o generales que, recogidos por las normas, condicionan o limitan la actividad administrativa.

El límite propio y natural de la actividad discrecional es que se cumpla el interés público que se persigue; interés público que por razones técnicas precisa de una apreciación de la Administración y sólo cuando resulte que el interés público se cumple o cuando técnicamente no pueda contestarse la apreciación realizada, hay que considerar que no puede discutirse la decisión administrativa. Lo que ocurre es que así como en el derecho privado las apreciaciones técnicas o peritajes resultan de actividades profesionales corrientes en la sociedad, en la administración pública, la apreciación técnica puede ser, además, propia y singular del campo público, de modo que el peritaje debería ser realizado por un especialista en la gestión administrativa pública, que como funcionario no suele o no puede acudir al proceso judicial como perito; cuando, además, puede ser que el establecimiento del criterio técnico o del procedimiento para su especificación y manifestación también sea labor funcional a través de la proyección de reglamentos o trámites concretos de procedimientos administrativos. Es así como el juez que en el ámbito civil no tiene inconveniente en juzgar con fundamento en criterios técnicos de profesionales o peritos no juristas, sí los tiene respecto de actos administrativos de raíz técnica, creyendo que de sustituir su criterio administraría y no juzgaría o, simplemente, porque no puede alcanzar a descubrir el criterio técnico que no ha definido el legislador.

La solución a este problema viene establecida en Derecho administrativo por las normas de procedimiento y por el concepto estricto de la función pública que en otro punto analizaremos, por los cuales el peritaje se traduce en el informe técnico y en las propuestas de resolución que deben obrar en los expedientes administrativos y fundamentar las resoluciones y actos administrativos, sin perjuicio de la posibilidad de regular mediante reglamentos administrativos los procedimientos técnicos o garantías correspondientes. En todo caso, la motivación de la decisión o del acto administrativo discrecional exigida hoy por la legislación de procedimiento administrativo constituye una obligación basada en la garantía de acierto y de la satisfacción de los intereses públicos. Tampoco hay que olvidar, pues, lo ya dicho respecto de la obligación del Poder legislativo de velar por el establecimiento de las garantías a favor de los intereses públicos mediante la fijación o exigencia de procedimientos o trámites para ello, lo que, en el fondo constituye una atribución de poder en uno de los elementos del Poder ejecutivo que es la Administración y una limitación del poder del otro, constituido por los órganos de gobierno.

Pero hoy es cierto que estimo que se ha abierto una brecha en los límites a las potestades discrecionales, pues existe un calculado sistema de legislar en forma demasiado abstracta y general, otorgando a las Administraciones públicas, sobre todo en algunos campos de la subvención o de actos que se consideran como sujetos al derecho privado, un margen aparentemente muy amplio de actuación y discrecionalidad, y considerando que la ley que ampara la actuación es la de los presupuestos públicos anuales correspondientes y los créditos generales destinados a esas actividades, bien de subvención, bien de aval o bien de financiación, por ejemplo. En estos casos en los que la corrupción ha irrumpido con fuerza es

donde ha de ser riguroso el establecimiento de una reserva de ley, de la clara determinación del fin público e interés público que en cada caso se sigue y de los procedimientos y garantías a seguir; de modo que la acción sea controlable y, en su caso, exigibles las responsabilidades correspondientes. Por tanto, no se puede considerar cumplida la reserva de ley con la simple inclusión de créditos globales en la ley de presupuestos o listados de los beneficiarios, sin apoyo en la autorización de una ley especial para ello, que motive y establezca la existencia del interés público que justifica la dotación y el gasto. Los valencianos tenemos reciente, aun cuando sea en primera instancia judicial, el ejemplo de la suspensión de un aval concedido por un organismo público (instituto financiero) a una fundación de un club de fútbol para adquisición de acciones de dicho club; cuestión que provoca la reflexión en torno al interés público existente y fin público al que acudir como justificante de la acción. Hoy la crisis económica hace más evidentes las alegrías con que se actúa y las discrecionalidades que conducen a la desviación de poder.

Introducidos ya en el campo relativo a las potestades discrecionales y en él que constituye objeto principal de nuestro análisis la potestad organizatoria, es por lo que a continuación abordaremos la cuestión respecto de ella.

### ***B) Los límites de la potestad organizatoria***

Al analizar la potestad organizatoria han sido tratadas, o simplemente apuntadas, cuestiones que afectan al alcance que a la misma debe otorgarse. La primera era aquella referida a la potestad organizatoria como potestad de autoorganizarse, que considerábamos como la capacidad de las Administraciones públicas de fijar su estructura orgánica y distribuir

poderes, funciones y competencias y respecto de la cual afirmábamos que su origen o fundamento no era el de la habilitación legal para producir efectos en la esfera jurídica de terceros tal como ocurre cuando la potestad se concibe con carácter estricto. La segunda cuestión tenía que ver con el hecho de que en el campo de las relaciones de sujeción especial también surgiera la alegación doctrinal y jurisprudencial de la existencia de una potestad organizatoria. Una tercera cuestión era la relativa a la identidad establecida en algunos casos entre ciertas manifestaciones de la potestad reglamentaria, tales como la planificación y las relaciones de puestos de trabajo y la potestad organizatoria.

Cuestiones todas estas que no sólo evidencian la diversa utilización del concepto de organización, sino también que dicha diversidad puede suponer la existencia de límites de la potestad organizatoria diferentes según los casos. Así pues, sin perjuicio, de los límites que ya hemos señalado que afectan a las potestades discrecionales, conviene que se examine si existiría una diferente limitación según dicha variedad e, incluso, si algunos de los casos incluidos en la potestad organizatoria realmente no son tales o, más bien, si hay que mantener un concepto restringido de dicha potestad.

En el primer aspecto, cuando existe una referencia a la potestad de autoorganización de una institución, ya he señalado que mi consideración es que nos encontramos con una manifestación de su capacidad de obrar e, incluso, de determinar en qué medida y de qué forma sus actos producirían efectos jurídicos. Pero no considerando que exista una potestad en el sentido de poder otorgado para producir efectos en la esfera jurídica de los particulares. Esta capacidad, pues, supone la posibilidad de decidir una organización determinada, de distribuir funciones y facultades, de delimitar

responsabilidades, competencias y procedimientos; lo que, en definitiva, delimita formalmente la validez de los actos que dicte la institución. No obstante, estas facultades o alguna forma organizativa pueden estar preestablecidas por la Ley y, tal como hemos visto, en algunos casos, el de las garantías de objetividad y defensa de intereses generales, por ejemplo, deberían serlo. En el campo de la Administración pública pueden también existir principios de derecho de rango normativo que condicionen la decisión organizativa. Pero, además, la decisión organizativa adopta la forma de reglamento, si bien de los que hemos dado en llamar organizativos o administrativos.

La cuestión, inicialmente, se presenta como propia del ámbito interno de la Administración, pero puede trascender de él, en cuanto la decisión que se adopte, al no cumplir con la decisión organizativa, reglamento administrativo, o procedimiento establecido, pueda ser impugnada por aquellos que entiendan que les afecta negativamente.

Los principios generales y de derecho que rigen la organización administrativa, en la Constitución y en las leyes y el propio reglamento administrativo, constituyen el límite de la potestad de autoorganización<sup>43</sup>. En este sentido, juega como límite la racionalidad y eficacia administrativa, así como el gasto público, cuestiones en las que desempeña su papel el informe o estudio técnico que ya hemos calificado de función pública.

---

43 Un estudio detallado de los principios que rigen la organización administrativa en la Constitución Española, es el realizado por **Alvarez Rico, Manuel** en su obra *Principios constitucionales de organización de las Administraciones Públicas*; Edit. Instituto de Estudios de Administración Local.- Madrid 1986. Respecto de la potestad organizatoria y de sus límites se ocupa **Santamaría Pastor, Juan A.**, en *La teoría del órgano en el Derecho Administrativo*. Op. cit Revista Española de Derecho Administrativo 040-041 Enero- Marzo 1984.

En el segundo aspecto, por lo que se refiere a las relaciones de sujeción especial y a la potestad organizativa, se debe atender al diferente grado que se manifiesta en la concepción de dicho tipo de relaciones. Si, por ejemplo, se hace referencia a la relación especial que une a los funcionarios con la Administración, lo normal es que se esté considerando a la potestad de la Administración como potestad de autoorganizarse, para poner de relieve la ausencia del derecho del funcionario a que se mantenga la organización existente o una determinada. La raíz de la potestad en este caso es que la Administración se organice conforme al interés público imperante en cada momento; lo que no deja de ser una cuestión compleja, si bien desde el punto de vista jurídico la cuestión se presenta como una materia o decisión técnica, cuyos límites radican en los principios generales antes señalados, cuyo quebrantamiento requiere de una prueba difícil o de una demostración de la existencia de una desviación de poder. Pero, sea como sea, capacidad o potestad, su regulación legal no se origina para habilitar a la Administración en la limitación de los derechos individuales o subjetivos. En todo caso, la posibilidad de establecer una organización determinada tiene el límite de que se dirija a un fin concretamente atribuido por el ordenamiento jurídico a la Administración pública correspondiente. Las Administraciones públicas no pueden crear organizaciones para fines distintos de los que les corresponden. Finalmente, como en su momento se ha reflejado al tratar del reglamento, en estos casos se trata de la organización institucional y no de la social.

Si, en cambio, nos referimos a las relaciones que unen a la Administración con ciertas categorías de ciudadanos, en virtud del ordenamiento jurídico a que se someten determinadas de sus actividades, tales como: el comercio, la industria, la sanidad, el transporte, etc., y donde se manifiesta la necesidad de una autorización previa o la existencia de una

potestad sancionadora, en estos casos nos encontramos con una previa habilitación de la Ley, que señala con carácter general los límites a que se someten dichas actividades y que encomienda a la Administración la regulación de desarrollo y concreción. En estos casos, pues, la causa sí es una habilitación para actuar limitativamente sobre la esfera de derechos y libertades de los ciudadanos, en virtud de intereses públicos superiores, pero la manifestación organizativa no es interna, es social y no es autoorganización; además, tiene una manifestación como potestad reglamentaria y como reglamento jurídico y no administrativo.

Cuando la actividad que se regula, en cambio, es un servicio público que, por estar considerado como propio de las Administraciones públicas, es objeto de concesión por ellas a los particulares, también existe una relación especial entre el concesionario y la Administración y de nuevo aquí aparecen las facultades que tiene la Administración de organizar el servicio público y, con ello, también se nos manifiesta la potestad organizatoria en su sentido interno o de autoorganización, sin perjuicio de que los reglamentos que regulan el servicio público también se ocupen de la relación con sus usuarios y, en esta última, aparezca la potestad en su sentido limitativo o sancionador, incluso considerando la existencia de potestades en favor del concesionario.

En la medida que nos encontramos con manifestaciones de la autoorganización, los límites son principios legales con base en intereses públicos que se dirigen a la autoridad y que ésta debe considerar y aplicar; además de que dichos límites se presentan, la mayor parte de las veces, como un fin público y se garantizan mediante funciones públicas de carácter técnico. Cuando, en cambio, la potestad organizatoria tiene una raíz social y mantiene unas relaciones jurídicas de orden limitativo de la

actividad de los particulares, existe una manifestación externa y una normativa que obliga a unos terceros a su cumplimiento y a la autoridad a una actividad dirigida a vigilar dicho cumplimiento y a sancionar las desviaciones. El ejercicio en estos casos de la autoridad, lo es en términos de poder y no con el carácter técnico del caso anterior. Este segundo aspecto se manifiesta tanto en el caso en que regulan actividades como en el caso de los servicios públicos.

Nos queda por analizar la relación entre potestad organizatoria y la denominada potestad planificadora, que a su vez tiene una manifestación como potestad reglamentaria, tal como hemos señalado. Al hacer referencia a la planificación como potestad, es indudable que el modelo típico es, por ejemplo, el de la planificación urbanística, en la que sí cabe hacer referencia a la potestad en cuanto que se regulan los derechos urbanísticos y se somete a límites y requisitos a la actividad de los particulares en dicho orden. Sin embargo, cuando se hace referencia a la planificación como una actividad ordenadora de la actividad interna de las Administraciones públicas; es decir, cuando nos referimos a una función administrativa, no lo hacemos respecto de una potestad en su sentido estricto, sino a la capacidad de autoorganización, sin perjuicio de su repercusión en los funcionarios o empleados públicos, por ejemplo.

Es aquí, pues donde cabe referirse a las relaciones de puestos de trabajo o los planes de empleo, que también se presentan no sólo como una función administrativa planificadora, sino, tal como señala alguna jurisprudencia en el caso de las relaciones de puestos de trabajo, como una ordenación, es decir como una norma. Si la naturaleza de las relaciones de puestos de trabajo puede ser objeto de controversia, lo que no cabe duda es que tienen consecuencias distintas que las de un acto administrativo

singular y exceden de las de un acto general, siendo desde mi punto de vista el resultado de un procedimiento y, realmente, se configuran como un acto complejo; pero lo que verdaderamente nos interesa aquí es señalar que de ser consideradas como una disposición general o reglamento, formarían parte de los reglamentos denominados organizativos o administrativos y que añadiría a la complejidad de impugnar un reglamento la de que la materia se considera metajurídica; es decir, técnica y discrecional en consecuencia. Por tanto, su control, tal como hemos señalado con carácter general para las actividades discrecionales, se realizaría, básicamente, por sus elementos formales y por el cumplimiento del fin. En este aspecto, las relaciones de puestos de trabajo nos ofrecen un punto diferente a los reglamentos y es que, con carácter previo, precisan de un análisis y clasificación de puestos de trabajo que las condicionan y en la que deben incluirse las razones o motivos que determinan la clasificación, en especial las funciones a realizar en el puesto y las condiciones técnicas o de capacidad que deben reunir las personas llamadas a desempeñarlas; es decir, deben contener las circunstancias que determinan el sistema de provisión de puestos de trabajo y, en definitiva, el sistema de acceso a la función pública en los puestos de una misma naturaleza. La inexistencia de dichos estudios pormenorizados y razonados supone la falta de procedimiento y la carencia de fundamento para la decisión; pero una vez realizada una clasificación si la realidad de la actividad administrativa o la racionalidad determina que es desajustada, también puede ser discutida la relación de puestos en dichos puntos concretos. Es más, existiría la obligación por parte de la Administración de reconsiderar la clasificación efectuada en su día y ajustarla a la realidad efectiva, o, caso contrario, a eliminar las corruptelas que modifiquen la ordenación que las relaciones de puestos de trabajo determinan.

En este sentido, la Sentencia del Tribunal Constitucional 48/1998 señala por ejemplo que la relación de puestos de trabajo *no explicitaba la exclusión de determinados colectivos profesionales* lo que puesto en relación con la manifestación que realiza más adelante de que << Desde esa perspectiva, resulta constitucionalmente admisible que, al servicio de la organización administrativa, la Ley, que tampoco puede agotar la materia, recurra a un instrumento técnico como la relación de puestos de trabajo a través del cual se realice la ordenación del personal, de **acuerdo con las necesidades de los servicios, con precisión de los requisitos para el desempeño de cada puesto de trabajo, con mayor razón cuando lo que se trata no es de regular las condiciones de acceso a la función pública, como de definir las características esenciales de los puestos de trabajo a desempeñar por personal que ya es funcionario.**>> La Sentencia sigue señalando que el objeto a dilucidar es la improcedencia de que en la relación se fijen ciertas condiciones en virtud de las cuales puedan seguirse determinadas exclusiones **sin que aporte razonamiento alguno que acredite porqué.** Y en torno a esta cuestión, en su fundamento octavo la Sentencia nos dice: << A los efectos de enjuiciar el fundamento racional y objetivo de una diferenciación basada en criterios de mérito y capacidad, resulta claro que no es lo mismo que los requisitos se hayan determinado en términos positivos (una concreta titulación, experiencia mínima, conocimientos o capacidades, por ejemplo), que por vía negativa ( v.gr.: Prohibición de acceso a determinados colectivos, con independencia y al margen de que eventualmente concurren o no tales elementos). Cabe afirmar, en línea de principio que **la configuración de las condiciones de acceso por vía negativa requiere de una mayor y más severa justificación objetiva y racional para superar el juicio que el art. 23. 2 impone.**>>.

De esta sentencia se deducen los límites que impone el análisis de los puestos de trabajo como justificación racional de los datos resumidos que puedan figurar en la relación y como expediente que la acompañe y fundamente técnicamente y que permita el control; pero también se deduce que en este caso al ordenar la función pública, las relaciones de puestos de trabajo están sujetas al principio de igualdad y al de mérito y capacidad y, finalmente, que cabe comprobar por los Tribunales que es cierto que las condiciones o características establecidas son reales y ajustadas a las necesidades que impone el servicio, pues así hay que deducirlo de la expresión antes reflejada de << y al margen de que eventualmente concurran o no tales elementos.>><sup>44</sup>.

Sin embargo, estos límites que enuncia la Sentencia, no son considerados por la 156/1998 de 13 de julio, de la que en otro punto hemos reflejado y criticado su cuarto considerando.

En conclusión, la potestad organizatoria está, al igual que las potestades discrecionales en general, sometida a límites, que tienen su fundamento en el cumplimiento de intereses públicos que se recogen en la legislación y cuya eficacia requiere de una actividad técnica que justifique y fundamente la correspondiente decisión, pero también exige en ocasiones que el poder legislativo la establezca como garantía. Sin dicho fundamento técnico, independiente y objetivo, no existe justificación y el cumplimiento del fin o interés público perseguido no queda garantizado y se produce una ilegalidad, en cuanto se quebrante el procedimiento, pero también en cuanto se incumpla el ordenamiento jurídico. Es por ello que es de aplicación a la potestad organizatoria toda la reflexión que se produce en la

---

<sup>44</sup> Estos aspectos los he tratado en el artículo *Las relaciones de puestos de trabajo: Su naturaleza jurídica y problemática*, ya citado en nota anterior.

distinción entre discrecionalidad y arbitrariedad y, en la medida que ambas se confundan, no habría que hacer tanto referencia a la potestad organizatoria como potestad discrecional sino que, señalando parte de la doctrina simplemente su carácter de potestad inherente, quedaría destacado, más bien, el hecho de su limitación y su carácter técnico - administrativo. No obstante, ya se ha señalado, que en sentido restringido la autoorganización no se presenta tanto como una potestad, sino como una capacidad limitada y ordenada por la ley y sujeta a procedimientos y garantías, pero ante el incumplimiento de éstos y éstas, salvo que existan derechos subjetivos e intereses legítimos que legitimen acciones jurídicas, no hay potestad, pues la función pública que encierran los procedimientos y garantías se ejercen por los funcionarios y no son potestades frente a terceros, sino que constituyen una obligación de ejercicio y objetividad en el mismo. Son en definitiva manifestación de procedimientos encaminados a garantizar la efectividad de artículos de la Constitución, tales como el 9 y el 103. En todo caso ya hemos manifestado que en el seno interno se manifestarían como poderes de la Administración frente a los órganos de gobierno, en cuanto como garantía condicionarían los actos o resoluciones del nivel político. Sólo en este sentido podríamos admitir el concepto de potestades para dichas actuaciones que realmente encuadramos en el concepto de funciones públicas o en su ejercicio.

### ***C) La cuestión de los derechos adquiridos.***

Con anterioridad, al señalar la limitación de los derechos subjetivos hemos dejado para más adelante algunas precisiones en torno a los denominados derechos adquiridos, de modo que vamos a tratar de perfilar las cuestiones que en su concepto se plantean y de analizar el verdadero alcance de las mismas.

Respecto de estos derechos adquiridos y su declarada inexistencia frente a la organización, **lo que realmente se está diciendo es que no se tiene un derecho subjetivo a que un modelo determinado de organización permanezca**, pero no que ante un cambio justificado de la organización no puedan resultar lesiones o perjuicios o no quepa considerar la existencia de derechos que se deben respetar porque ya son subjetivos, o lo que es lo mismo por que se han “adquirido”; es decir, porque han entrado a formar parte del denominado patrimonio del individuo. Adquirido y subjetivo, pues tienen el mismo sentido y ninguno de los dos derechos, si es que cabe distinguirlos, supone que no puedan ser sacrificados, ya que precisamente es en el seno del derecho público y del administrativo en especial, donde se manifiesta la existencia de los denominados derechos subjetivos limitados. Lo que ocurre es que cuando se hace referencia a la potestad organizatoria se utiliza el término de derechos adquiridos y no el de derechos subjetivos.

Al respecto, por ejemplo, la Sentencia, ya referida, de 12 de marzo de 1990 al referirse a la potestas variandi y señalar que ente ella el funcionario no tiene un derecho adquirido que pueda oponer a una nueva organización, veíamos que decía, no obstante, “*y ello sin perjuicio de los derechos que la propia ley les reconoce relativos a su categoría administrativa, a su inamovilidad de residencia y a los sueldos consignados en los presupuestos que son derechos adquiridos que se vinculan a la Administración...*”. Por lo tanto no es que los cambios en la organización permitan a la Administración sacrificar cualquier derecho de los funcionarios, si no que lo que realmente se refleja es que no se tiene derecho a exigir la permanencia de una determinada organización y, también, en consecuencia que no proceden indemnizaciones derivadas de

los cambios organizativos. Pero una cosa es, como ocurre frente a la planificación urbanística, que no se tenga derecho a que permanezca una determinada organización o que el simple cambio organizativo no dé lugar a indemnizaciones en sí mismo y otra que no puedan adquirirse derechos basados en decisiones organizativas o no deban respetarse determinadas consecuencias del hecho organizativo respecto de las personas.

En conclusión, frente a una reorganización la Administración tiene que respetar determinados derechos de los funcionarios que son adquiridos o subjetivos y que constituyen una garantía para ellos. El grado personal de los funcionarios nació precisamente para consolidar categorías y condicionar las continuas reformas administrativas. También se tiene derecho a que la organización sea racional y que sirva para cumplir los fines establecidos, según los principios que encierra el artículo 103 de la Constitución; y en este sentido los más capacitados para observar la irracionalidad de los cambios administrativos, son precisamente los funcionarios. La actualidad nos demuestra, en cambio, que muchas veces las reorganizaciones no tienen más finalidad que apartar a determinadas personas de organizaciones concretas o satisfacer simples intereses burocráticos, de grupo o corporativos o, simplemente, personales, por lo que la existencia de frenos o límites a la organización, sobre todo mediante la exigencia de racionalidad y estudios previos o mediante el reconocimiento de derechos adquiridos, puede ser beneficiosa, en cuanto limita la arbitrariedad.

### **3.5.- Recapitulación final y consideración de la idea de las potestades inherentes y de las *ad intra*.**

El cúmulo de cuestiones que se han tratado en este capítulo, hace necesario que se realice una recapitulación, en un intento de configurar el concepto de potestades, sobre todo analizando las referencias que se realizan por la doctrina a las denominadas potestades inherentes o a las potestades *ad intra*. Al efecto, no hay más remedio que recordar que nos encontramos en todo el Derecho administrativo con la existencia de una confluencia de dos enfoques básicos que se presentan, de modo paradójico, tanto como opuestos que como complementarios. El enfoque individualista resalta el derecho subjetivo, el enfoque orgánico resalta el factor social y a la Administración pública como encargada de satisfacer los intereses públicos. Desde el punto de vista individualista o liberal, toda intervención de la Administración pública se presenta como una actuación limitadora de libertades, desde el punto de vista organicista se presenta como garantía de los intereses públicos o derechos colectivos y de las libertades, al someter éstas a aquéllos y garantizar su realidad efectiva. Desde este segundo punto de vista el ejercicio individual de las libertades se garantiza mediante el poder público que limita su perturbación y su ataque desde la perspectiva de un falso derecho o libertad. También desde este punto de vista la efectividad del derecho subjetivo, garantizado en las leyes, constituye un interés público más. La Administración pública se presenta como una organización, más bien como una institución que es manifestación de la organización social del poder. La organización, así, manifiesta su factor o factores jurídicos.

La potestad administrativa, por la visión individualista, se presenta como poder otorgado por la Ley a la Administración para actuar en campos

o mediante actuaciones que, inicialmente, no le corresponden o que, en su tiempo, no le correspondían. Si bien, por supuesto, en todo caso su contenido pueda coincidir con poderes antes residentes en el monarca. Poder y limitación de derechos confluyen en el concepto básico de las potestades, pues incluso cuando la Administración habilita a los particulares para actuar, lo es en campos que con anterioridad eran de libre actuación. Visión que se manifiesta en los conceptos que de las autorizaciones y las concesiones, como actos administrativos, mantiene la doctrina del Derecho administrativo, y su base en el concepto del *derecho preexistente*. Esta influencia histórica en el concepto debería obligar a su precisión o, en su caso, a su revisión y, en consecuencia, repercute en las doctrinas de la vinculación positiva o negativa de la Administración a la Ley, como hemos apuntado en otro momento.

Si la cuestión se analiza teniendo en cuenta las raíces de la distinción entre derechos y obligaciones o, más bien, desde la de poderes y deberes, las potestades aparecen con el doble carácter de poderes y deberes. Si la actuación de la Administración se configura como un poder de limitar derechos subjetivos, se presenta como potestad administrativa frente al individuo y como deber frente a los intereses públicos y a los ciudadanos en general. Si la actuación se configura como creadora o habilitadora de derechos y facultades, para el individuo constituye un derecho y es una obligación de la Administración pública y frente al interés público sigue constituyendo un deber; el aspecto de poder - límite o de potestad administrativa, como imposición o coacción, no aparece. La extensión, pues, del concepto de potestad a la habilitación y creación de derechos puede perturbar el concepto, salvo que se identifique con los deberes de la Administración, cuando realmente nos encontramos ya en el campo más concreto de los derechos y obligaciones, en el aspecto relacional. Incluso

en caso de inactividad administrativa, y sólo desde el punto de vista de la Administración, de su funcionamiento y organización, surge el concepto del deber. Esta consideración, pues, de la potestad en el campo favorable a los ciudadanos determinaría una concepción coincidente con un deber, más que con un poder y alejada del carácter discrecional que doctrina y jurisprudencia suelen otorgar a las potestades.

La realidad es que, sin perjuicio de que el ejercicio de las potestades constituya un deber, desde el análisis conceptual a que nos lleva la doctrina, resulta conveniente circunscribir el concepto de potestades al aspecto de poder que se impone a los individuos y ciudadanos y matizar las restantes situaciones. Pero, entonces, hay que seguir recapitulando y analizar si es posible, pues, hacer referencia a potestades inherentes o a potestades *ad intra* o a potestades discrecionales o, si en cambio, se ha acabado identificando todo poder o facultad de las Administraciones públicas con una potestad.

Desde el punto de vista de la organización, de la social y de la del Estado, en un régimen de Derecho administrativo debemos considerar que el ejercicio de potestades como poder de limitación de los derechos subjetivos y de los de los ciudadanos, es una cuestión inherente a la Administración pública. ¿Por qué, entonces la referencia doctrinal a las potestades inherentes como clase específica? Sencillamente porque la, también, referencia a la potestad organizatoria o autoorganizatoria y la configuración de la misma como poder frente al que no existen derechos subjetivos, obliga a justificar el hecho de dicho rechazo en el carácter inherente a la Administración pública de dicha potestad o encuentra sólo dicha justificación y hace que se considere o identifique el carácter de inherente como una clase específica de potestades que no tendrían su

origen o nacimiento en la Ley, sino en el propio carácter o naturaleza de la Administración pública, siendo así, en nuestra opinión, que dicha naturaleza justifica todas las potestades, en cuanto ella es la de poder público obligado a ejecutar la ley y hacer efectivos los derechos, tanto subjetivos como públicos o generales, sin perjuicio de que su otorgamiento constituya o no una reserva de ley. La cuestión de fondo, pues, respecto de la potestad autoorganizatoria no es esa, se trata simplemente de que la capacidad de organización de las Administraciones públicas no es una potestad administrativa, no se ejerce para limitar derechos, ni, tampoco directamente para crearlos, nace para cumplir fines, para realizar actuaciones, para funcionar y para ser eficaz, sin perjuicio de que, como consecuencia de la organización, se afecte a derechos consolidados o se creen o se produzcan determinados efectos jurídicos y, además, la reserva de ley en el campo de la organización no tiene el peso específico y la importancia que tiene en el de los derechos subjetivos o de las libertades públicas, sino que tiene como base el otorgamiento de los poderes básicos y el límite del gasto público y la eficacia y racionalidad.

Pero esta posibilidad de producir efectos jurídicos y el hecho de que el derecho establezca principios que rigen la organización o que la sujetan y limitan, obliga a considerar que ésta no es una cuestión metajurídica, en cuanto regulada y en cuanto capaz de beneficiar o lesionar y en cuanto es posible su valoración por los tribunales desde dichos principios y aspectos regulados o desde el de la lesión que no se debe soportar jurídicamente. Lo que obliga a determinar que tampoco es procedente la referencia a una potestad discrecional, primero en cuanto hemos visto que el ejercicio de las potestades no es discrecional sino obligatorio, como deber que constituye, y en cuanto que lo discrecional sólo se da o aparece en el modo de la actividad correspondiente a realizar en ejercicio de la potestad; en el

sentido de que no todos los aspectos de dicho ejercicio y actividad están reglados o recogidos en la norma y es posible o necesaria una actuación técnica de la Administración. Esta actuación técnica tampoco es libre, sino que está sujeta a límites en garantía de los intereses públicos, pero estos límites se configuran como una serie de principios legales, sin que se manifieste la existencia de una reserva de ley, propiamente dicha; cosa que, en cambio, sí se manifiesta respecto de la limitación de derechos subjetivos, cuya garantía sí se realiza a través de la reserva de ley en el otorgamiento de potestades a la Administración y se muestra como un elemento reglado necesario. La discrecionalidad, en resumen, se configura, pues, simplemente como un margen de elección entre alternativas, reguladas o no.

De otro lado, la referencia a la existencia de potestades inherentes también se realiza en el sentido de evidenciar que existe una atribución de potestades a la Administración que no precisa de concreción y que se hallan implícitas en el ordenamiento jurídico o en la atribución de fines a las Administraciones públicas y así, por ejemplo, Santamaría Pastor se refiere a las *potestades implícitas o inherentes* como: *las que, sin constar de manera explícita en la norma de atribución, pueden deducirse racionalmente de la misma mediante una interpretación sistemática y finalista que tienda a conferirle coherencia. Si una norma diseña un marco de regulación que ha de suponerse coherente y completo, ha de concluirse que atribuye todas las potestades necesarias – y sólo ellas- para que la finalidad reguladora pueda cumplirse enteramente*<sup>45</sup>. Cuestión de evidente sentido común y que sólo tiene el obstáculo real de la denominada potestad sancionadora, respecto de la cual sí se exige una concreción y precisión legal o tipificación de infracciones y sanciones. También coherente con la

---

45 Santamaría Pastor, Juan. *Principios de Derecho Administrativo*. Volúmen I op. cit., p. 396.

postura que hemos mantenido, al tratar del reglamento, respecto a que la falta de una regulación legal, podrá formalmente, en virtud de la existencia de una reserva material de ley, no permitir la regulación por norma reglamentaria, pero no conducir a la inactividad administrativa, sobre todo cuando se trata de proteger derechos fundamentales. No obstante, desde mi punto de vista, abundando en lo antedicho, toda potestad concebida como deber o como de organización, resulta ser inherente y consecuencia de la propia naturaleza de la Administración pública y de sus fines públicos o generales que precisan del poder para hacerse efectivos. Es decir, toda atribución de potestad se origina en los fines establecidos por el ordenamiento jurídico y en la necesidad del uso del poder o de la coacción. Por lo tanto la clasificación de las potestades, en este sentido tiene fundamentalmente un carácter más bien didáctico. De no ser así la Administración pública no existiría en su configuración de poder y pasaría a ser una mera organización asistencial similar a la de cualquier empresa o institución.

Sólo queda por analizar si es posible hacer referencia a las potestades *ad intra*. Por tales, hemos de considerar las que Villar Palasí denomina como *domésticas*<sup>46</sup>, en concepción que las contrapone a la existencia de las potestades hacia fuera o no domésticas. Es decir, la concepción contrapone, o debe suponerse que lo hace, la existencia de poderes que se ejercen no respecto de los ciudadanos o, al menos, no directamente, sino respecto de la propia organización. Pero una reflexión detenida de la cuestión y de las actividades que puedan suponer un poder en este aspecto interno, sólo puede llevar a considerar las actuaciones que suponen ejercicio de autoridad y de ellas se destacarían las que nacen de la relación de jerarquía que existe en el seno de las Administraciones públicas, cuya manifestación

---

46 Ver nota 33

más evidente sería la potestad disciplinaria, y las cuales en cuanto se traduzcan en actos jurídicos o impositivos sí son potestades propiamente dichas, aun cuando en el seno de una sujeción especial. Pero otras manifestaciones de estas denominadas potestades domésticas o *ad intra* como puedan ser los informes vinculantes o preceptivos en el seno de los procedimientos administrativos o en la adopción y toma de decisiones administrativas y políticas, son realmente funciones públicas existentes en garantía de intereses públicos y, por supuesto, de derechos subjetivos o colectivos, que dan lugar con su ejercicio a actos administrativos de trámite.

Las de carácter disciplinario y de jerarquía serían potestades públicas por razón del sujeto que las realiza, pero también son propias de toda organización en la que existe jerarquía y mando. En cambio, las que hemos considerado funciones públicas, también resultarían inherentes a la naturaleza de una Administración pública que debe garantizar todos los intereses públicos definidos más o menos abstractamente o de modo general en el ordenamiento jurídico. Pero a ellas, estimo, que conviene más el nombre de *funciones públicas* y de actos de autoridad técnica, que la consideración de potestades, pues aun cuando es posible estimar que el acto de trámite de carácter vinculante se impone a la voluntad del órgano decisor, en ningún caso se pretende el establecimiento de una coacción o imposición de un sector de la Administración, el profesional o técnico, sobre el político, sino simplemente de garantizar la legalidad y acierto de los actos administrativos, decisiones administrativas y políticas y de permitir su control judicial. Lo único que se impone es la existencia del propio acto de trámite, o se debe imponer, cuando la garantía es necesaria. El establecimiento de estas garantías, funciones públicas y actos de trámite

exige de su constancia en el expediente, sin lo que el acto dictado está viciado y puede ser anulado.

#### 4.- LA COMPETENCIA: CONCEPTO JURÍDICO Y ORGANIZATIVO<sup>47</sup>.

La competencia es un concepto que maneja el ordenamiento jurídico siempre referido a los órganos de cualquier institución, pero que tiene un origen inicial meramente organizativo y de distribución de trabajo. La competencia adquiere carga, sentido y repercusión jurídica, cuando constituye el reparto de responsabilidades o funciones en orden a la realización de actos que van a producir efectos jurídicos, principalmente con repercusión en terceras personas o respecto de la institución u organización de que se trate.

En el Derecho administrativo la competencia aparece tratada ya al analizar el concepto de potestades y así lo vemos en autores como García de Enterría o Villar Palasí que relacionan ambos conceptos, de modo que configuran a las competencias como una concreción de las potestades administrativas<sup>48</sup>. Lo que se quiere decir, en la relación entre ambos conceptos, es más o menos lo siguiente: 1) La Ley atribuye en abstracto, o de modo más o menos concreto, las potestades a las Administraciones

---

<sup>47</sup> En el análisis de los principios de organización sigue siendo básico **García -Trevijano Fos, J.A.**, en su *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II; Vol. I, Op. cit.; ocupándose del principio de la competencia en la página 390 y ss. En la página 397 establece una división o distinción entre competencia interna y externa, refiriéndose a la primera como *sin relevancia normalmente frente al administrado y la segunda es la técnicamente jurídica*. En esencia pues está diferenciando el ámbito interno u organizativo y el jurídico o externo. Con anterioridad, p.392, nos indica que *cuando los administrados no tienen medios jurídicos a su alcance para alegar y hacer valer la competencia violada, ante los Tribunales, nos encontramos ante el concepto denominado <<esfera de mansiones>>*.

<sup>48</sup> Así **E. García de Enterría** nos dice que la competencia es la medida de la potestad. Op. citada. Tomo I; p. 539. Por su parte **Villar Palasí**, en sus citados *Apuntes de Derecho Administrativo* Tomo I, p. 164, en cambio, considera a la competencia como el antecedente de la potestad y la relaciona con la capacidad.

públicas. 2) Estas las distribuyen o atribuyen a sus órganos administrativos a través de las competencias. Así, por ejemplo, la Ley o la Constitución, si se quiere, reconoce la potestad sancionadora a todas las Administraciones públicas; pero las leyes o, en su caso, los reglamentos distribuyen las distintas competencias sancionadoras y así hay potestades sancionadoras en diversos órdenes o materias: industria, trabajo, sanidad, tráfico, etc. Por Ley se regula una materia, se señala la potestad sancionadora de las Administraciones públicas respecto a ella y se tipifican faltas y sanciones. Después, cada Administración concreta estas potestades o ámbito competencial en competencias específicas o concretas de sus respectivos órganos, atribuyéndoles distintas funciones respecto de la sanción: un órgano inspecciona y levanta actas que constituyen un documento público, otro instruye o propone, otro informa preceptivamente y otro, según la competencia atribuida, resuelve o sanciona, por ejemplo.

El ejemplo que hemos puesto lo es respecto de una materia o campo reservado a norma con rango de ley; si nos refiriéramos a un campo más genérico, como el de la acción administrativa general, veríamos que es el reglamento el que distribuye las competencias de una Administración entre sus órganos, señalando las funciones de éstos, entre ellas la de dictar actos administrativos o resoluciones. Esta distribución suele hacerse al mismo tiempo que se fija la estructura del órgano correspondiente. Estos reglamentos, o la parte de los reglamentos que a esta distribución se dedica, son reglamentos organizativos; lo que confirma lo antes dicho de que las competencias son inicialmente una cuestión organizativa, más que jurídica.

Pero ya hemos dicho, al inicio de este punto, en qué momento adquiere sentido jurídico el concepto y que ello se produce cuando la competencia tiene como resultado un efecto jurídico tanto externo como

interno; si bien el interno, o referido a la propia organización, tiene trascendencia jurídica respecto a lo que redunde en una obligación de la misma o afecte a la validez de sus decisiones o acuerdos. Por ello, desde mi punto de vista y desde el jurídico, respecto de las Administraciones públicas, la competencia puede definirse del siguiente modo: *la atribución por el ordenamiento jurídico a un órgano administrativo de funciones dirigidas a producir actos administrativos o normas jurídicas en materias determinadas o, bien efectos en el seno de un procedimiento administrativo*<sup>49</sup>.

Sin embargo, ya que en este trabajo se trata de no observar lo jurídico desde la visión estricta que nos ofrece el concepto de la relación jurídica, cabe remarcar que, tal como resulta de la definición ofrecida, la competencia se presenta como un depósito de la autoridad que podemos denominar *jurídico-decisoria*, pero que al incluir los efectos en el seno de un procedimiento administrativo también se están incluyendo aquellas decisiones o apreciaciones técnicas que informan las resoluciones jurídicas o administrativas propiamente dichas, así como las certificaciones que dan fe pública de hechos o datos, propias de las actas de inspección, por ejemplo, o de los registros públicos, pero también debemos comprender todo análisis o informe técnico que sirve de apoyo a cualquier decisión o proyecto adoptado en el seno de la Administración pública, en cuanto justifique su procedencia y ajuste a los fines e intereses públicos. Es decir, se nos muestra aquí, ya, un aspecto que trataremos más adelante y que es la conexión entre autoridad y función pública y de ésta con el concepto de los actos administrativos. También se evidencia, pues, que las competencias

---

49 Esta es esencialmente la definición que consta en mi libro *Lecciones de Derecho Administrativo*.- Op. cit.; pp. 63 y 94. La definición que nos facilita **García -Trevijano Fos**, Op. cit. p.390, es la siguiente, de carácter más general: *La competencia viene definida como conjunto de facultades, de poderes y atribuciones que corresponden a un determinado órgano en relación con los demás.*

coinciden con el ejercicio de una función pública. En consonancia con lo antedicho, por ejemplo, la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, en su artículo 5 nos ofrece un concepto de órganos administrativos, considerando como tales a *las unidades administrativas a las que se les atribuya funciones que tengan efectos jurídicos frente a terceros, o cuya actuación tenga carácter preceptivo.*

Pero como la competencia, hemos señalado, se entiende por la doctrina que constituye una manifestación o concreción del poder, y por mi parte se pretende no reducir este poder a sus manifestaciones respecto de los derechos subjetivos o de las relaciones jurídicas directas con terceros, se debe incluir en el concepto de la competencia, de acuerdo con el sentido general ya apuntado, el poder que se traduce en la posibilidad de decidir o adoptar políticas públicas o decisiones político – administrativas y de diseñar la organización y las estructuras públicas en los niveles no reservados a la ley o regulados por ella.

En resumen, la competencia tiene un componente básico inicial de corte organizativo y desde dicho punto de vista no es importante construir un concepto, pues él se correspondería con el concepto gramatical que encierra el término y que define el diccionario como *incumbencia*; es decir, como lo que a uno incumbe y corresponde, de tal modo, que desde esta versión todo órgano y toda persona de una organización tendría competencias. Desde la perspectiva jurídica del Derecho administrativo sólo interesan aquéllas incumbencias que producen efectos jurídicos o que suponen decisiones de poder o, en su caso, técnicas que condicionan o informan dichos actos y decisiones. No obstante, en la medida que la eficacia y eficiencia de las Administraciones públicas constituye un

mandato constitucional y un interés público fundamental, las incumbencias que tienen como objeto o fin ser la garantía de dicha eficacia y eficiencia, deberían ser también configuradas como competencias, trascendiendo o superando a la concepción que tiende a considerar sólo las resoluciones administrativas o lo jurídico en sentido restringido.

También quiero resaltar que refiero o me ocupo de la competencia respecto de los órganos administrativos, pero no la considero en la acepción doctrinal que se refiere a los aspectos de la distribución del poder del Estado, o del reparto de potestades y ámbitos competenciales entre las Administraciones públicas territoriales. Sólo, a continuación, trataré de analizar, primero, cómo el concepto encierra una carga política y contribuye a distinguir los componentes del Poder ejecutivo (Gobierno y Administración) y, segundo, las relaciones que la competencia mantiene con la creación de personas jurídicas y, finalmente, los efectos o consecuencias jurídicas que comporta la competencia de los órganos administrativos.

***A) La competencia elemento en la distinción entre Gobierno o Política y Administración.***

Que el Poder ejecutivo o los poderes ejecutivos se componen de dos instituciones u organizaciones que son el Gobierno y las Administraciones públicas es harto sabido y parece una obviedad que tengamos que recordarlo; no obstante, sí hay aspectos de esta cuestión que es preciso abordar y que, además, repercuten en otros muchos puntos que se tratan en el Derecho administrativo, tales como el concepto de acto administrativo, el de acto político e, incluso, el de Administración pública; este último aspecto ya ha sido apuntado en el momento inicial de este trabajo al señalar

la necesidad de una revisión del concepto a la vista de la impugnabilidad de determinados actos de administración de los poderes legislativo y judicial.

En este orden, parece preciso explicar, en primer lugar, que el poder de las instituciones públicas se presenta como resultado de una cesión por parte de los ciudadanos o del pueblo; de ahí, que todo otorgamiento de potestades a las Administraciones públicas se configura como una reserva de ley, del mismo modo que la configuración del poder del Estado constituiría una reserva en favor de la Constitución o una competencia del poder constituyente; sin perjuicio de lo ya dicho respecto de la atribución de potestades por reglamentos en competencias no limitativas. Esta base, teórica o no, constituye hoy un dogma que conduce a una estructura formal concreta del Estado tanto en su organización como en los procedimientos que determinan la atribución del poder a las distintas instituciones que lo componen. Por ello, o como consecuencia, el ordenamiento jurídico administrativo nos ofrece una concreción del poder por la cual aquellas decisiones concretas que corresponden al Poder ejecutivo en general, se reparten, entre sus componentes (Gobierno y Administración), atendiendo a su mayor o menor relación con la repercusión en los derechos de los ciudadanos, con la sujeción general o especial o con su carácter político o meramente organizativo. Y esto es así, también, como resultado de que la estructura de poder es una cuestión política en su primer estadio, propia del Derecho constitucional y de análisis en la Teoría del Estado, pero que en la segunda fase, la del ejercicio del poder, presenta aspectos no sólo políticos sino también de administración pública y obliga a distinguir al poder, o la Política, de la Administración. Dado que tanto en el Poder legislativo como en el judicial, sus administraciones no se configuran constitucionalmente como poderes sino como organizaciones de apoyo o asistenciales, nos interesa la cuestión sólo respecto del Poder ejecutivo.

En el seno de este poder, la Constitución española en su artículo 99 nos muestra al Gobierno, inicialmente, como resultado de un proceso o procedimiento político ligado a las elecciones generales; de modo que el Rey propone, previa consulta con los representantes designados por los grupos políticos, un candidato y al cual, una vez se le ha otorgado la confianza parlamentaria, se le nombra Presidente por el Rey, y queda habilitado por la propia Constitución, en su artículo 100, para componer el Gobierno o nombrar al resto de sus miembros. De este modo, el Gobierno se presenta como vinculado a la voluntad popular o a la de sus representantes y, como consecuencia de ello, las competencias que determinan ejercicio de poder que repercute en los derechos de los ciudadanos o que son ejercicio de potestades se atribuyen al Gobierno o a sus componentes, teniendo en cuenta la importancia o repercusión de la materia e, incluso, sus efectos respecto de la generalidad o no de los ciudadanos o en organizaciones territoriales o corporativas y profesionales, por ejemplo. Este proceso político y su raíz u origen en procesos electorales se concibe como un hecho legitimador del poder.

Del mismo modo y por la misma razón, las competencias en el seno de la Administración pública se reparten en los órganos políticos, normalmente en las Direcciones Generales, o en los meramente administrativos, atendiendo a que a los primeros corresponden los actos administrativos o decisiones que implican ejercicio de poder y que no están atribuidos al Gobierno o a sus miembros, mientras que los actos administrativos que presentan una decisión o manifestación técnica son propios de los órganos administrativos desempeñados por funcionarios o propios de éstos, simplemente. Es por ello que la potestad reglamentaria se atribuye por la Constitución al Gobierno, sin perjuicio que las normas

reglamentarias de rango inferior y de competencia no general sino relativa a materia correspondiente a un sólo ministerio, por ejemplo, de la Administración estatal, correspondan a sus titulares y, a la vez, miembros del Gobierno.

La misma reflexión y el mismo proceso corresponden respecto de los gobiernos y Administraciones públicas territoriales (Comunidades Autónomas y entes locales) Pero también todo tipo de organización reserva sus decisiones de poder y las que les obligan frente a terceros a sus órganos ejecutivos, tal como se deduce también del ordenamiento jurídico privado.

En general, pues, el poder, la decisión, se vincula a la parte política del Poder ejecutivo, que es temporal, de libre nombramiento y cese, y las decisiones más ordenadas, sin ámbito discrecional, regladas, en una palabra, y técnicas, corresponden a los funcionarios especialistas, seleccionados por mérito y capacidad y permanentes. De este modo, Política y Administración o Gobierno y Administración pública, se matizan y diferencian, pero, igualmente se complementan y en ello juega un papel primordial la competencia y, por ello, ésta adquiere sentido jurídico y alcanza la categoría de concepto propio del Derecho administrativo.

Independientemente, pues, de los clásicos argumentos para distinguir el Gobierno de la Administración, en los que se resalta la dirección y mando que corresponde al primero y la calidad de aparato técnico de la segunda, que ya ponen de manifiesto que el poder caracteriza al Gobierno, se manifiesta que las cuestiones que se acaban de exponer presentan la distinción desde el punto de vista jurídico y desde el político y revelan que es la competencia uno de los instrumentos que permiten apreciar los matices de la diferencia; sobre todo en cuanto pone de relieve que toda

decisión importante que no está reservada a la ley, corresponde al Gobierno o parte política del Poder ejecutivo. La competencia decisoria aparece como el real ejercicio del poder, mientras que la técnica se muestra más bien como garantía o, en su caso, como función pública o administrativa. Otra cosa es que dicha garantía se convierta, por el hecho de serlo y por constituir la competencia técnica una exigencia en un procedimiento, en un condicionamiento de la resolución y en una obligación de motivar en contra si no se asume y que este aspecto, en su caso, de obstáculo a superar le otorgue sentido o apariencia, o, incluso, carácter de poder. En un sentido abstracto y general el poder radica en el Derecho<sup>50</sup>. La distinta competencia de políticos y funcionarios y la diferente característica de sus actos y del poder que encierran, en virtud de la previsión legal o del Derecho, constituye el sistema de equilibrio entre Gobierno y Administración, es decir del Poder ejecutivo.

---

50 En estos párrafos pretendemos resaltar la existencia de una postura que entiende justificada la legitimación de los políticos y que, como contrapunto, parece deslegitimar a los funcionarios, al mismo tiempo que queremos resaltar que la legitimación en realidad es una consecuencia de las decisiones y atribuciones realizadas por la Ley. En este orden es muy aclaradora la postura de **Baena del Alcázar, Mariano**, mostrada en su *Curso de Ciencia de la Administración*. Volumen I. Edit. Tecnos. Madrid 1999; p. 294, cuando manifiesta lo siguiente: *Desde luego hay que partir del principio de mérito y capacidad que en las democracias occidentales viene impuesto por el sistema político. Cuando así es el principio constituye de por sí un título de legitimidad, aunque legitimidad distinta de la basada en la confianza política. Rara vez se advierte que en la dialéctica ahora en estudio lo que se produce es una tensión entre dos legitimidades igualmente constitucionales.*

En torno a la importancia de las actuaciones técnicas en los expedientes administrativos o decisiones en general, que hemos tratado de poner de relieve, y que desde nuestro punto de vista se traducen en una forma de poder, son también significativas las afirmaciones de Baena en la obra citada, cuando dice: p. 276. *Ahora bien, desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración lo que importa, sobre todo, es que las demás tareas que se realizan para obtener el equilibrio y la integración (del modo específico que se desprende de la decisión política y sus consecuencias) son lo que llamamos las funciones administrativas. Estas tareas se encaminan principalmente a hacer posible la decisión política, por lo que deben articularse en torno a ella. De su adecuada ejecución depende que se obtenga la eficacia, o cumplimiento de los fines de la decisión política, y la eficiencia, que implica la ejecución a costes tolerables, debiendo referirse ambas a la decisión política;* o cuando, con posterioridad en la p. 284, en el mismo sentido afirma: *En todo caso se impone un desplazamiento de la atención hacia la eficacia de la decisión conformadora que requiere un funcionamiento correcto de la Administración, para concluir más adelante diciendo No se trata como cuestión candente, de que se lleve a cabo de modo más rápido la tramitación de ciertos documentos ( con ser esto deseable) sino de que se hagan las previsiones adecuadas para que se presten correctamente los servicios.*

En el fondo de lo que acabamos de exponer, existe una reserva competencial en favor de los órganos políticos de la organización administrativa, que comprende las normas reglamentarias y las resoluciones administrativas importantes o con trascendencia para los ciudadanos. Reserva que puede ser modificada por razones organizativas, en principio, pero sólo de modo formal, sin que la competencia se convierta en propia del órgano que la recibe, sin que se convierta en titular de la misma; así el ordenamiento jurídico permite la delegación de competencias y las encomiendas de gestión; en el primer caso sí se delega la producción de efectos jurídicos hacia el exterior de la organización, mientras que en el segundo no se atribuye la competencia de dictar actos o resoluciones jurídicas, sino meras funciones administrativas o actividades materiales.

También en este orden, el ordenamiento jurídico vigente ha permitido una figura nueva que se conoce como la delegación de firma de resoluciones y actos administrativos por sus titulares en los titulares de los órganos o unidades administrativas que de ellos dependan, sin que ello altere la competencia. Esta figura, absurda, desde mi punto de vista, tal como la expone la legislación de procedimiento administrativo vigente (artículo 16 de la Ley 30/1992), pone de manifiesto uno de los puntos de roce entre las necesidades organizativas y la formalidad jurídica y trata de solucionar la excesiva carga que produce la acumulación de competencias resolutorias en los órganos administrativos de nivel político, pero sin acudir a la desconcentración de competencias de modo definitivo en los órganos que realmente las ejercen. En el caso de la delegación de competencias, es evidente que esto es así, pero en el caso de la delegación de firma, se huye de delegar la competencia, al menos formalmente, y se dice que se delega lo que es una simple operación material, por tanto. Se marca así, a mi modo de ver, una diferencia en ambas figuras, en la delegación de competencias

se delega la decisión, mientras que en la delegación de firma no. En el segundo caso, pues, el ordenamiento jurídico parece mantener que se firma una decisión adoptada por el órgano competente para resolver<sup>51</sup>.

Técnicamente la Ley 30/1992 no ha acertado y ha producido una confusión, al mismo tiempo que pone de relieve que la firma de las resoluciones es una mera formalidad, pero, todavía más, en cierto modo, ha consagrado una corruptela, aquella que conducía a que muchos órganos no firmaban sus resoluciones, utilizándose fórmulas de autorización, orden o delegación, de modo que firmaban otros órganos dependientes del competente para resolver y, con ello, también evidencia que las decisiones de los órganos de nivel político, en ciertas materias o cuestiones, consisten en una mera firma, sin que conozcan o les interese todo el alcance de lo que resuelven. Lo lógico, pues parece ser que se ajustase la organización administrativa a la realidad y que los órganos administrativos que realmente preparan las decisiones que otros firman, pudieran adoptarlas de modo que los principios de desconcentración y descentralización administrativa fueran efectivos. Ello no resulta posible, porque, aun cuando nuestro ordenamiento jurídico no lo expone con claridad, lo impide la reserva existente, en favor del nivel político, de las decisiones y actos administrativos con trascendencia importante en lo interno y en lo externo; es decir, del poder; poder jurídico propiamente dicho. De ahí estas fórmulas complicadas de cambios temporales de la competencia que permite el ordenamiento jurídico. De otro lado, el responsable es quien decide, de ahí que la competencia nos ofrezca una conexión directa con la responsabilidad. Cuestión esta que, también y como contrapartida, produce

---

51 En este sentido se manifiesta **Luis Cosculluela Montaner** en su *Manual de Derecho Administrativo*.- Edit. Civitas. Madrid 1997, p. 183. Por mi parte, he reflejado esta postura en *Lecciones de Derecho Administrativo I*.-Edit. Fundación Universitaria San Pablo C.E.U.- Valencia 1995.- p. 98 y en la edición ampliada de 1998, ya citada, p. 102.

disfunciones en cuanto los cargos políticos, para eludir responsabilidades, soliciten informes no preceptivos o traten de que en el expediente existan opiniones técnicas favorables a una postura política concreta; lo que, cuando se trata de opiniones jurídicas no preceptivas, produce la excesiva juridificación de procedimientos. Pero también se puede producir el fenómeno contrario que el funcionario ponga a la firma del político meros informes u opiniones técnicas, ocultando su intervención en ellos.

No obstante, por lo que se refiere a la delegación de firma, que constituye un elemento perturbador de este sistema tradicional, por el que, respetando el orden formal, se realiza un ajuste organizativo más real, hay que resaltar que la práctica administrativa y el ordenamiento permiten soluciones que, de ser aplicadas correctamente, hacen inútil la figura. Puesto que ella no supone o implica una decisión, debe considerarse apropiada en el caso en que hay que firmar un número importante de resoluciones del mismo contenido. En estos casos, la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común contiene soluciones tales como la que permite el artículo 55, que contempla la adopción verbal de decisiones, en cuyo caso, dice que la constancia escrita del acto se efectuará y firmará por el órgano inferior o funcionario que la reciba oralmente, expresando en la comunicación del mismo de la autoridad que procede. Es lo que los funcionarios han conocido siempre como traslado o comunicación de resoluciones, bien sea con la fórmula de la decisión verbal, bien con la de firmar el órgano competente, una única resolución comprensiva de todas las personas a las que afecta, solución también prevista en dicho artículo 55.

En resumen, existe un factor jurídico de raíz política que marca límites en la competencia resolutoria y decisoria de la parte del Poder ejecutivo que se conoce como Administración y que determina unas pautas en la organización o reparto de competencias en la estructura y unos sistemas de cambio temporal de aquéllas que manteniendo el reparto formal permiten una mayor efectividad y celeridad.

De este modo, pues, resulta que el factor estructural de la Administración pública es un elemento jurídico, pero quedan por examinar los efectos jurídicos hacia el exterior que tiene el factor de la competencia y sus grados si cabe.

***B) La relación o vinculación de la competencia y la personalidad jurídica.***

La competencia es un concepto estrechamente ligado a otros conceptos y así, en consonancia con lo que anteriormente acabamos de exponer, la doctrina lo relaciona con las potestades y a través de ellas con la capacidad y la personalidad jurídica.

Al inicio de este trabajo, y al referirnos a las concepciones del Derecho administrativo, se evidenciaba el valor jurídico que se atribuye a la personalidad, cuestión lógica en cuanto se le añade el calificativo de jurídica y en cuanto el ser persona jurídica supone la capacidad de ser sujeto de derechos y obligaciones y conlleva la capacidad de obrar.

Sin menoscabar la importancia que el concepto tiene, estimo, sin embargo, que en las Administraciones públicas la cuestión de la personalidad jurídica se presenta con una repercusión distinta que respecto

de los sujetos privados. Pienso que cuando nos referimos a las Administraciones públicas en sus actuaciones de poder o de derecho público no tiene importancia preguntarnos si son o no personas jurídicas; lo que importa es que se sea consciente de que son un poder del Estado y, en cada caso, que se les haya habilitado por una ley para actuar en la materia concreta y que, cuando el poder afecta a los derechos subjetivos o a la esfera patrimonial de los particulares o a sus derechos fundamentales, tengan otorgadas las potestades administrativas correspondientes y, además, éstas se desarrollen dentro de los límites que marca el ordenamiento jurídico. Y esta apreciación se realiza de modo más concreto analizando las competencias que las normas atribuyen a los órganos administrativos.

No obstante, la personalidad, con relación a la competencia, no se presenta sólo como un concepto que permite a la Administración pública actuar, sobre todo en el sector del derecho privado, o como un elemento definidor o conceptual de las Administraciones públicas, también lo hace como un elemento orgánico, u organizativo si se quiere, y no sólo jurídico. Cuando se presenta como elemento organizativo, la personalidad se constituye en un elemento técnico. Y, así, podemos referirnos a la personalidad jurídica como la técnica que permite hacer efectivo el principio de unidad en la administración pública o como un instrumento puro y simple de organización para crear estructuras dotadas de autonomía administrativa y de gestión. Analizamos, más detenidamente, estos aspectos.

*a) La personalidad como referencia de la unidad.*

El ordenamiento jurídico administrativo no deja de manifestar respecto de las Administraciones públicas que ellas actúan con personalidad jurídica única. Dicha manifestación no sólo se dirige a evitar que se diga que las Administraciones públicas actúan con una doble personalidad jurídica: pública y privada, sino que resalta que cada Administración pública constituye una unidad a la que cabe atribuir o achacar las consecuencias de las actuaciones de sus órganos administrativos. Es por esta razón que una buena parte de la doctrina refiere las competencias respecto a las Administraciones públicas o a las personas jurídico-públicas y respecto de los órganos administrativos se dice que sólo tienen atribuciones. Pero lo cierto es que el ordenamiento jurídico administrativo, en especial la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, se refiere a las competencias de los órganos administrativos, mientras que también parte de la doctrina refiere la personalidad jurídica al Estado.

A pesar de ello, esta postura no deja de ser racional y explica el distinto valor o consecuencias que el ordenamiento jurídico administrativo atribuye a la incompetencia jerárquica, por ejemplo, respecto de la funcional o material. De modo que el vicio de incompetencia es más grave cuando es una Administración territorial la que actúa en lugar de otra a la que correspondía, o, del mismo modo, si nos referimos a distintas personas jurídicas. Sin embargo, la incompetencia se considera subsanable o como un vicio menos grave cuando entre las personas u órganos que han actuado hay una relación jerárquica o existe un órgano superior a ambas, etc. En cambio, el vicio de incompetencia material o funcional, en su caso, no sólo determina que puedan haber actuado órganos o personas distintas a las

competentes, sino que normalmente conlleva una incompetencia técnica por falta de especialización.

No se pretende aquí abordar todos los matices que estas cuestiones presentan, sino, simplemente, revelar que la referencia competencial dirigida a las personas manifiesta que el reparto de las competencias dentro de cada persona jurídica es más una cuestión organizativa que jurídica, sin perjuicio de que las leyes puedan señalar límites o determinen formas concretas de organizarse. Por contra, el reparto de competencias entre Administraciones públicas territoriales es un reparto de poder y ello sí constituye, de por sí, una cuestión jurídica, sin perjuicio de su raíz política. En menor nivel, el reparto de competencias entre personas jurídicas de una misma Administración, en cuanto atribución de autonomía o descentralización funcional, siendo una cuestión organizativa, también tiene aspectos de atribución de poder, pero de una calidad diferente o con matices distintos que en el caso de las Administraciones públicas territoriales. Estos aspectos constituyen, en cierto modo, el contenido del punto siguiente.

*b) La personalidad como elemento estructural.*

La personalidad jurídica, pues, tal como la hemos analizado en el punto anterior, se configura como una técnica que permite la actuación de los entes creados por las personas físicas y, al mismo tiempo, la de las Administraciones públicas territoriales, en cuyo caso es el poder del Estado el que se reparte entre ellas, pero también en cada una de éstas se presenta como una forma de organizarse; es decir, también, como una técnica de reparto de competencias que el ordenamiento jurídico o la doctrina viene denominado *descentralización funcional*. Técnica por la cual una

Administración pública crea organizaciones, las cuales, frente a los simples órganos administrativos, son dotadas de personalidad jurídica. De este modo, aparece una doble ficción, no sólo la de la personalidad jurídica como tal, sino la de personas jurídicas que no son realmente independientes, que no dejan de formar parte de la Administración pública que las crea. Si desde el punto de vista de las personas físicas sus órganos no tienen independencia y desde el punto de vista de las jurídicas tampoco, las organizaciones personificadas a las que ahora nos referimos se nos presentan como órganos que se separan del cuerpo correspondiente aparentando ser personas distintas.

De este modo, la descentralización como concepto, bien sea la territorial o política o bien la funcional, está íntimamente ligado al de la personalidad jurídica, mientras que el concepto de la *desconcentración* queda vinculado al reparto de competencias dentro de una misma persona y entre sus órganos, bien repartiéndolas hacia los inferiores en la línea jerárquica, bien hacia los situados fuera del centro geográfico de la Administración correspondiente; es decir, hacia la periferia.

La descentralización funcional, pues, aun cuando determina la creación de personas jurídicas, constituye una forma de estructuración, pero con el matiz antes apuntado de que no sólo se otorga una competencia en el sentido de atribución, sino que el hecho de ser una persona tiene, forzosamente, que implicar la existencia de una autonomía o de una voluntad independiente; es decir supone la transmisión de ciertos poderes. El hecho jurídico, pues, es el alcance de esta voluntad o independencia y su grado, límites y condicionamientos; cuestión que, en el fondo, enlaza con la forma de integración en la estructura orgánica de la Administración de que depende o, en su caso, de los procedimientos administrativos que permiten

el control de su actividad. La existencia de estos entes personificados o descentralizados, pero que forman parte de una Administración pública concreta, es el hecho que hace que, desde mi punto de vista, la personalidad jurídica no sea el elemento conceptual de la Administración pública en general y de que ésta aparezca como un hecho más importante de raíz política y de poder estatal, superior a las repercusiones o consecuencias jurídicas que implica la idea de la personalidad jurídica, más propia del orden jurídico privado. Sin perjuicio de otras repercusiones que en otros momentos apuntamos, en cuanto en algunos aspectos, de la historia de la Administración pública y del Derecho administrativo se deduce que las actuaciones como persona jurídica de la Administración eran las que se producían en el ámbito del derecho privado o de aquel que se sujetaba al control de los Tribunales ordinarios y no a la jurisdicción administrativa, propiamente dicha.

Pero en este trabajo se trata de evidenciar las conexiones o límites entre lo jurídico y lo organizativo, por lo que conviene abordar si las Administraciones públicas, en este orden de organizarse como una simple estructura orgánica o mediante la creación de personas jurídicas, gozan de libertad o discrecionalidad o si existen límites y condicionamientos jurídicos o de racionalidad. Es decir, se trata de evidenciar qué criterios o principios son los que pueden determinar que se acuda, en el seno de cada Administración pública, a una organización personificada o no.

Con carácter general, se puede afirmar que, hasta hace muy poco, la cuestión principal que se presenta en este aspecto es la de que la actividad a desarrollar por el ente o persona jurídica tenga un contenido económico. Y dentro de ello, o por dicha razón, el primer punto que se manifiesta es que exista la capacidad de generar con dicha actividad unos ingresos que sean

la fuente principal de un presupuesto y de una caja o tesorería propia, elemento esencial en la capacidad del ente y en su autonomía. Y es por ello, por lo que estas personas jurídicas, organismos autónomos o empresas públicas, surgen alrededor de la gestión de los servicios públicos como organización prestacional en favor de los ciudadanos que permite la percepción de una tasa, tarifa o precio; o en la gestión del dominio público o de los bienes patrimoniales. Esa existencia de una capacidad de crear un fondo económico es lo que determina que a los organismos autónomos, por ejemplo, se les denomine también fundaciones públicas.

Como consecuencia de este carácter económico de la actividad, el segundo aspecto que presenta la cuestión, es no sólo que cabe crear un ente o persona jurídica, sino que es posible que dicha actividad se rija por el derecho privado y no se sujete al derecho administrativo, incluso que la organización también se estructure conforme a modelos societarios o mercantiles, llegando más allá de la prestación de servicios para alcanzar el carácter de empresa productora de bienes que salen al mercado o que realiza operaciones mercantiles y financieras.

Pero también se presenta un tercer aspecto, vinculado al carácter económico, y que se conecta con la denominada privatización de los servicios públicos, en cuanto, en lugar de acudir las Administraciones públicas a crear sus propias organizaciones gestoras, de derecho público o privado, se utiliza la fórmula de la concesión de la actividad a los particulares, mediante formas contractuales, a cambio de la percepción de un precio por dicha concesión, y el establecimiento de tarifas que percibe el concesionario de los usuarios del servicio, y sin que éste pierda su condición de servicio público.

Se manifiesta en todo lo expuesto que, en esencia, la actividad a desarrollar por estos organismos no es jurídica en sí misma, y tampoco implica un ejercicio de potestades de modo directo, sino que se trata de prestaciones materiales y físicas en favor de los ciudadanos que quedan comprendidas en el concepto estricto y técnico del servicio público que mantiene el Derecho administrativo y que éste se ocupa de ello en cuanto es su organización la que forma parte de él, porque lleva aparejado un régimen jurídico propio, constituye un fin público, afecta al gasto e interés público y a una decisión de gobierno y política. También constituye una cuestión jurídica en cuanto, cuando no se opta por mantener una organización propia para el desarrollo de la actividad, la fórmula de otorgamiento de la actividad al sector privado constituye una forma de contratación administrativa. Por ello, también aquí se manifiesta la dicotomía entre derecho y organización, sobre todo la diferencia entre gestión y poder; éste en el sentido de capacidad de afectar a las relaciones jurídicas propiamente dichas, bien limitándolas, bien creándolas. En las parcelas en las que nos encontramos con estas encomiendas de gestión a particulares por vía contractual, el poder se manifiesta en la potestad o facultad que el ordenamiento jurídico otorga a la Administración para que pueda realizarlas; en cambio la relación jurídica que surge de ello constituye un negocio jurídico o contrato en cuanto interviene la voluntad del particular concurriendo al procedimiento convocado y aceptando las consecuencias de la adjudicación y, finalmente, en la ejecución de la gestión o prestación, en sus incidencias, aun existiendo unas cláusulas contractuales reguladoras, surge de nuevo el poder unilateral de las Administraciones públicas a través de múltiples posibles expedientes que dan lugar a resoluciones o actos administrativos concretos, tales como sanciones, acuerdos de modificaciones contractuales, etc.

Decisiones de este tipo, que constituyen opciones entre acudir a una organización o estructura pública, aun en los casos en que se acuda a formas de derecho privado, o a encomendar, parcial o totalmente, la actividad al sector privado, tienen indudable repercusión en la dimensión orgánica de las Administraciones públicas, pero también en el entramado social; constituyen opciones políticas a desarrollar en el marco de la Constitución y de los principios organizativos que ella incluye, sociales o de administración pública.

La vinculación de estas personas jurídicas con lo económico se ponía claramente de relieve en el artículo 2 de la derogada Ley de Entidades Estatales Autónomas, que decía que *los Organismos autónomos son entidades de Derecho público creadas por la Ley, con personalidad jurídica y patrimonio propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público*. De otro lado, en cuanto a las personas jurídicas que se organizan conforme al derecho privado y que la citada Ley denominaba *empresas nacionales*, el artículo 4 las calificaba como *aquellas creadas por el Estado, directamente o a través de Organismos autónomos, para la realización directa de actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza y finalidades predominantemente económicas*.

En orden a la afirmación realizada respecto del carácter de órganos mas que de verdaderas personas jurídicas independientes de estas entidades, la exposición de motivos de la citada Ley de Entidades Estatales

Autónomas de 1958, en su punto 1 de Justificación decía: *Aunque toda Administración pública cabe en último término referirla a la del Estado, la necesidad de adecuar su estructura a los diferentes intereses públicos, más cada vez en número, intensidad y diversidad, por los problemas sociales, económicos y técnicos que plantea la sociedad actual, ha llevado a todos los países modernos a la creación de diversas Entidades estatales que bien pueden denominarse autónomas, ya porque ha sido preciso dotarlas de una personalidad jurídica distinta de la del Estado, ya porque, aun faltando dicha personificación, requieren, no obstante, una cierta autonomía funcional y financiera, sin la cual los servicios que tienen encomendados no podrían atenderse o lo serían deficientemente.*

***Sin embargo, aun en los casos en que dichas Entidades gozan de personalidad distinta de la del Estado, no se trata de personas independientes del mismo, y ello explica que para lograr la coordinación y unidad necesarias a toda actividad pública y conseguir con ello la máxima eficacia, de acuerdo con el concepto de unidad de poder, esté aquél jurídicamente habilitado en todo momento para adoptar con respecto a ellas las medidas normativas y de fiscalización que sean precisas, sin mengua de la diversidad, autonomía y agilidad que constituyen razón y presupuesto básicos de su existencia.***

En definitiva, no se conciben como organizaciones distintas de las Administraciones públicas de las que dependen y se alegan razones de eficacia administrativa en su fundamento.

Por lo que respecta a la vigente legislación, la Ley 6 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de 14 de abril de 1997, ha regulado bajo la denominación de *Organismos públicos*, tanto a los organismos autónomos como a las entidades públicas empresariales.

A estos Organismos públicos en su artículo 2.3 los define como aquellos que *tienen por objeto la realización de actividades de ejecución o gestión tanto administrativas de fomento o prestación, como de contenido económico reservadas a la Administración General del Estado*. Persiste, pues, la idea básica de que la actividad a realizar tiene un contenido económico, puesto que la gestión de fomento y la de prestación también suelen tener dicha consideración. Y al referirse en concreto a los organismos autónomos, en su artículo 45, nos dice que éstos *se rigen por el Derecho administrativo y se les encomienda en régimen de descentralización funcional y en ejecución de programas específicos de la actividad de un Ministerio, la realización de actividades de fomento, prestacionales o de gestión de servicios públicos*.

Sin embargo, el legislador parece empeñado en introducir la confusión y el posibilismo en este campo, ya que si bien este artículo es claro en cuanto al carácter ejecutivo y administrativo de la actividad de los organismos autónomos, la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales; Administrativas y del Orden Social, en su artículo 60 se refiere a *organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero o análogos* a efectos de su adaptación a la Ley 6/1997, sujetándolos, en general, al régimen que ésta marca para los organismos autónomos, y menciona, a título de ejemplo, organismos tales como: el Fondo de Regulación y Organización del Mercado de Productos de la Pesca y Cultivos Marinos; la Entidad Estatal de Seguros Agrarios; el Instituto Nacional de Artes Escénicas y de la Música; el Parque Móvil Ministerial; el Centro Nacional de Información Geográfica y Centro Español de Metrología; el Boletín Oficial del Estado y las Confederaciones Hidrográficas. Habría que analizar si realmente estos organismos realizan actividades administrativas o son, en verdad, comerciales, industriales, etc.;

su clasificación por la Ley 50/1998 como organismos autónomos, debemos entenderla en el sentido de que son organismos sometidos a Derecho administrativo. Pero también hay que tener en cuenta que, según la reciente Ley de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, pueden acabar siendo tal tipo de organismo público y así ella misma califica de agencia estatal al Boletín Oficial del Estado, por ejemplo.

De otro lado, la misma Ley 50/1998, en su artículo 111, después de haberse discutido, en el seno de la Administración sanitaria, la posibilidad de organizar la gestión del Sistema Nacional de Salud mediante fundaciones sujetas al derecho privado o a la Ley de Fundaciones, sin llegar a este extremo, escapa de la figura de los organismos autónomos para utilizar la de fundaciones públicas sanitarias, pero naturalmente calificándolas de organismos públicos que se rigen por lo dispuesto en dicho artículo, pero que en el caso de las estatales, en lo no dispuesto en él, las remite al régimen jurídico de las entidades públicas empresariales y, por tanto, las sujeta a la Ley 6/1997. Otro contrasentido, porque el Sistema Nacional de Salud no se rige, salvo excepciones, por un sistema de contraprestaciones económicas a percibir de cada usuario a modo de precio o tarifa, sino de las aportaciones al Régimen de la Seguridad Social o, en su caso, por las dotaciones presupuestarias y, además, constituye una competencia o servicio permanente y regular a prestar por la Administración pública<sup>52</sup>.

Para apreciar el contrasentido hay que decir que en la Ley 6/1997, por lo que respecta a las entidades públicas empresariales, es el artículo 53

---

<sup>52</sup> El interesado en este tema de las fundaciones sanitarias puede acudir al libro de **Marcos Vaquer Caballería**, "*Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública: La reforma de los servicios públicos sanitarios*".- Edit. Marcial Pons.- Madrid 1999, con un interesante prólogo de Luciano Parejo Alfonso, en el que tratan aspectos muy relacionados con los analizados en nuestro trabajo.

el que las califica de Organismos públicos a los que encomienda *la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación*.

El artículo, en su punto segundo, manifiesta que estas entidades se rigen por el derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en la propia Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria. Frente a los organismos autónomos, no se refiere la Ley en el caso de las entidades empresariales a servicios públicos sino a meros servicios y, además, que se rijan por el derecho privado, en congruencia con la figura descrita. No es este el caso, pues, de la sanidad pública, ya que en ella no predomina tanto la actividad sanitaria como el carácter de prestación de la Seguridad Social o si no en servicio público no sujeto a contraprestación para los que cotizan a ésta.

Es evidente que la Ley 50/1998 está estableciendo a las fundaciones públicas sanitarias como un tipo singular de organismo público, cuyo régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad, intervención y de control financiero, según el citado artículo 111, punto 10, las sujeta al régimen que para las entidades públicas empresariales fija la Ley General Presupuestaria, al mismo tiempo que en el punto 9 del citado artículo les permite los mismos recursos económicos que para los organismos autónomos prevé el artículo 65.1 de la Ley 6/1997. Esta última medida, pone de manifiesto que si bien la Ley 50/1998 no califica a las citadas fundaciones como entidades públicas empresariales, pretende para ellas su mismo régimen presupuestario, etc.; pero, que al no realizar un actividad de derecho privado, ni operaciones comerciales o mercantiles, ni producir bienes, sus ingresos no pueden ser sólo los que inicialmente el

artículo 65.2 prevé para aquellas entidades y tiene que permitirles nutrirse, como a los organismos autónomos, de consignaciones presupuestarias públicas o transferencias corrientes y de capital procedentes de las Administraciones o entidades públicas.

Pero no finaliza con esta regulación de la Ley 50/1998 la polémica, ya que, tal como el Real Decreto 29/2000, sobre nuevas formas de gestión del Instituto Nacional de la Salud, ha evidenciado, no se entiende que esta Ley haya constreñido o limitado la posibilidad de existencia de fundaciones privadas o fundaciones en mano pública, sino que por el contrario éstas son posibles también y así este Real Decreto las regula, junto con los consorcios, las sociedades estatales y las fundaciones públicas sanitarias ya analizadas. El Real Decreto se constituye así como un claro ejemplo del posibilismo en que se quiere desarrollar la cuestión, sin que se establezcan las pautas por las que procede una u otra forma de organización y sin fijación de conceptos claros. Así, por ejemplo, la remisión que se realiza a favor de las fundaciones privadas o constituidas al amparo de la Ley 30/1994, en el artículo 38 del Real Decreto, es la de considerar como tales aquellas, *sin ánimo de lucro constituidas por el Instituto Nacional de la Salud, que destinen y afecten a un patrimonio a la realización de fines sanitarios de interés general y que tengan por objeto la gestión y administración de los centros, servicios y establecimientos sanitarios de protección de la salud o de atención sanitaria*. Como se ve el artículo mezcla conceptos tales como “fines sanitarios de **interés general**” concepto, este último, más amplio que el de fines públicos o competencias públicas, con la “gestión y administración” de centros, establecimientos y servicios: Simplemente un galimatías.

Pero, no se han acabado aquí las posibilidades, pues, mediante la Ley, estatal, 28/2006, de 18 de julio, de agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, se regula esta figura que se constituyen como personas jurídicas que se crean para *la gestión de los programas correspondientes a políticas públicas de competencia del Estado*, pero que según el artículo 2º están dotadas de *personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión*. Estas Agencias, en virtud de la Disposición final primera de dicha Ley se incluyen como un tercer tipo de Organismo Público, modificando así el artículo 43 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado. Un criterio, pues, se añade que resta importancia a lo antedicho del valor económico del servicio y que establece un mayor posibilismo, pues, ahora, cabe crear personas jurídicas sobre la base de dos amplios conceptos el de *programas y políticas públicas*. La realidad es que toda actividad administrativa es reconducible a un programa o política pública. Sin perjuicio del análisis que en el capítulo IV se realiza de la figura, por las afirmaciones que la Ley 28/2006 hace respecto de que las agencias constituyen una fórmula de *responsabilización por resultados*, cabe afirmar que se presentan como una forma de descentralización y de creación de centros de responsabilidad, lo que en sí mismo es favorable, sin perjuicio de si la solución de problemas que se pretende tenía que ser la creación de una nueva estructura o era y es una mera cuestión de procedimientos.

Estas definiciones, sus confluencias y sus aparentes contradicciones, nos muestran la dificultad de obtener las pautas o criterios que permitan elegir entre las diferentes formas de organización propia o diferenciada, o entre personas jurídicas de derecho público o de derecho privado. Pero todas las cuestiones relacionadas con todas las clases de organismos públicos u organizaciones personificadas que nos ofrece el actual

ordenamiento jurídico administrativo las analizaremos en el capítulo que dedicamos a la organización propiamente dicha y a la decisión organizativa. Si bien, antes trataremos de analizar todavía la cuestión del sometimiento de estas organizaciones al Derecho administrativo o al derecho privado.

*c) Personalidad jurídica, derecho administrativo, derecho privado y potestades administrativas.*

De las definiciones de organismos autónomos y de entidades públicas empresariales y de lo antedicho respecto de las agencias estatales, queda claro que cualquiera que sea su forma son **organismos públicos**; es decir forman parte de la estructura de la Administración pública que los crea. También se deduce, a primera vista, que los organismos autónomos y las agencias estatales se rigen por Derecho administrativo y las entidades públicas empresariales por el derecho privado, salvo en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas y por lo que les atañe en la propia Ley 6/1997. Dado este primer aspecto, ¿se pueden deducir de las definiciones o de la ley los criterios o principios para decidir la creación de un organismo autónomo, una agencia estatal o, por contra, de una entidad empresarial? La realidad es que para obtener una respuesta no es suficiente con examinar estas figuras y dicha ley, pues, igualmente es preciso conocer los criterios que existen para decidirse a favor de otras formas de organización personificada que existen en nuestro ordenamiento por lo que también hay que analizar los que presiden la organización como una sociedad mercantil o una fundación privada, como las que hemos mencionado en el ámbito sanitario. Esta es la cuestión que se analiza en el capítulo IV.

No obstante, sí es posible establecer que, como se ha dicho en otros puntos y con anterioridad, el ejercicio de potestades constituye una reserva a favor de la organización de poder y del Derecho administrativo, por tanto lo es, también, en los términos que en otro punto he establecido, lo que alcanza o comprende al ejercicio de funciones públicas y de las garantías a favor de la eficacia jurídica y de la general de las Administraciones públicas. Pero, en cambio, de otro lado, existe una tendencia política bastante general que apoyándose en la crítica popular respecto del funcionamiento de las Administraciones públicas o de la burocracia, pretende, desde perspectivas liberales y alejadas de un régimen de Derecho administrativo, la existencia de una mayor eficacia de las organizaciones privadas sobre las públicas, proponiendo por tanto, no sólo una reducción de la estructura pública y una privatización de organizaciones y servicios sino la eliminación de buena parte de dicho derecho o una huida o escape del mismo o de sus procedimientos y fórmulas. Cuestión ésta que no puede considerarse solamente como una ignorancia de la singularidad de las Administraciones públicas como organización y de los principios básicos que las conforman de acuerdo con un modelo de Estado de Derecho de tradicional raigambre en buena parte de Europa, sino como un verdadero intento de apropiación de la organización administrativa pública por la clase política y los partidos políticos. Sin embargo, esta huida se ve frenada porque frente a esta tendencia política, en cambio, el ordenamiento jurídico de la Hacienda Pública y la regulación presupuestaria ponen orden, calificando prácticamente como organismo público a todo aquél en que predominan las aportaciones de Tesoro público, sometiéndolos a las normas contables correspondientes y los límites establecidos en garantía de la racionalidad y economía del gasto público. Igualmente, la normativa europea supone otro freno o barrera a estas tendencias, al someter a prácticamente todos estos organismos dependientes de las

Administraciones públicas a la normativa de la contratación administrativa<sup>53</sup>. Otra cosa es cuando los controles fallan o no se realizan.

*d) Consideración final.*

En definitiva, principalmente, de todo lo expuesto lo que se evidencia es la ficción que supone la creación de personas jurídicas y de que en realidad quien actúa es la Administración pública y no otro ente distinto; de modo que la cuestión tiene una vertiente claramente organizativa y que la ordenación jurídica peca de imprecisiones y deficiencias técnicas que pueden, incluso, ser queridas, para que en el seno de la ambigüedad cada gestor o político adopte las soluciones que estime más convenientes. De este modo, resulta que determinados servicios, los denominados públicos, se encomiendan directamente a las Administraciones públicas por las leyes, pero éstas pueden permitir y aquéllas ceder su gestión o concederla a los particulares; otros servicios, aun siendo públicos, son prestados también por los particulares, por razones sociales diversas, casos de la enseñanza o sanidad, por ejemplo; de modo que, en casos como los citados, cuando no es suficiente la gestión directa, el servicio público puede concertarse con las empresas privadas establecidas en el sector, e, incluso, vemos que se utiliza la figura de las fundaciones. De otro lado, servicios propios de la actividad privada, incluso

---

<sup>53</sup> Esta huida del Derecho administrativo fue puesta de manifiesto por la doctrina en el momento de la regulación de los organismos autónomos y con motivo de la cuestión que ahora examinaremos por **García de Enterría, E**, en *Una nueva Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre la sumisión a las normas comunitarias sobre contratación pública de las sociedades mercantiles de titularidad de las Administraciones Públicas (Sentencia Comisión contra España, 16 de octubre de 2003, C-283/00)* Revista Española de Derecho Administrativo núm. 120, pp 667 y ss. **Muñoz Machado, S**, en su *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*; Op. cit., p.61 y ss, se refiere a esta cuestión de la huida del Derecho administrativo, atribuyendo el origen de la expresión a M. Clavero y refiriendo la reacción contraria doctrinal al proceso, las fórmulas propuestas para evitarlo y sobre todo la garantía que para ello supone el derecho comunitario europeo, resaltando el papel que hoy juega y el freno o límites que supone.

actividades productivas, pueden de modo coyuntural y de singular ser realizadas por las Administraciones públicas, naturalmente, hay que considerar que previa motivación de la ley que lo autorice.

Por todo ello, según, predominen visiones liberales o socialistas, el marco legal permite diversas soluciones, pero en todo caso hay que poner de relieve que la creación de personas jurídicas privadas permite la patrimonialización de la organización, eludiendo, en algunos casos, los procesos selectivos de personal que presenta el ordenamiento jurídico del personal de las Administraciones públicas; si bien en este punto también se ofrecen paradojas y contrastes, ya que por un lado se intenta el escape de esta normativa, pero, de otro, el citado ordenamiento trata de regular los procesos selectivos de todo organismo público, sea cual sea el derecho por el que se rija, de acuerdo con criterios objetivos o de mérito y capacidad o de fomentar y facilitar la movilidad entre sectores de organización pública de Derecho administrativo y la de derecho privado. Las mismas paradojas se muestran en el ordenamiento que regula el régimen económico y presupuestario de la organización pública, pues con los organismos públicos se trata de eludir el régimen general y, por otro, la regulación trata de que estos organismos no escapen de las reglas generales y de control, si bien obtengan una gestión más ágil. Ya hemos reflejado también la cuestión en orden a los contratos administrativos, cuya legislación no permite escapar a las entidades de derecho público del Derecho administrativo cuando su actividad es de interés general o cuando el capital que las financia es mayoritariamente público y como, en este sentido, el propio ordenamiento de la Comunidad Europea tampoco lo permite respecto de las obligaciones que impone a los Estados miembros.

La misma figura de las agencias estatales participa de estas contradicciones, pues, siendo la denominación de “agencias” proveniente de la organización norteamericana y propuesta, en muchas ocasiones, como fórmula para actuar conforme al derecho privado, ha acabado regulándose como un organismo público y de derecho público.

De otro lado, la posibilidad de fundaciones privadas o reguladas por la Ley de Fundaciones, constituidas por las Administraciones públicas y los fines que dicha Ley les atribuye, ha hecho factible que en campos como el sanitario se considere la creación de estos entes de derecho privado en un intento de escapar de la contratación administrativa y de los sistemas públicos de selección de personal, si bien resultan controlados en el orden contable y económico y, también en la líneas generales de los principios básicos de igualdad, publicidad y concurrencia o del mérito y capacidad.

En definitiva, hay una tensión permanente entre los principios de eficacia y celeridad en la gestión, que son principios de buena administración, y los principios de mérito y capacidad, el de libre concurrencia, y el control del gasto público que son principios jurídicos que afectan más directamente a la esfera de los derechos de los particulares, en cuanto el principio de mérito y capacidad y el de libre concurrencia tienen su raíz en el principio de igualdad y el control del gasto público en el equilibrio y racionalidad de la carga impositiva y contribución de los ciudadanos. Pero también existe en el seno de la organización otra tensión por el dominio de la misma.

Enseguida regresaremos a estas ideas, pero quizá quepa aventurar que de los principios jurídicos que acabamos de señalar como límites a los propios principios de eficacia y celeridad de la administración pública,

posiblemente sea el del control del gasto público el que permita más soluciones técnicas, siempre que se refuerce el sistema de responsabilidades de los gerentes y administradores públicos, cosa que en cierto modo parece perseguir la regulación de las agencias estatales. Y ello puede ser así, pues, aun cuando el principio en sí es, como hemos dicho, de raíz jurídica, su aplicación o realización práctica es una cuestión organizativa, siempre más sencilla e interna que la que plantean las actividades que se encuentran limitadas por los principios jurídicos de la igualdad, mérito y capacidad o de la libre concurrencia. Es decir, en este orden de control del gasto público existen servicios u órganos especializados, como son las Intervenciones económicas o una rígida normativa presupuestaria, así como un control parlamentario, lo que permite mayores soluciones o mecanismos de control. En cambio, los mecanismos para controlar el ajuste de una actividad al principio de libre concurrencia o al del mérito y capacidad, no siempre surgen o resultan de una norma o previsión que se muestre contraria a los mismos, sino de inaplicaciones fácticas de las mismas y de desviaciones de poder, que obligan a reclamaciones o recursos administrativos o contencioso – administrativos, y que no se presentan, pues, como cuestiones intrínsecamente jurídicas sino, las más de las veces, disfrazadas con motivaciones muy generales y abstractas que se traducen, en bastantes ocasiones, sobre todo en materia de personal o en los contratos administrativos, en meras baremaciones o puntuaciones y porcentajes, sin que las razones que conducen las valoraciones o a los puntos o atribuidos en valoración del elemento correspondiente o el porcentaje atribuido sean realmente explícitas y permitan el seguimiento y control de las decisiones adoptadas.

Es también evidente que en la gestión de las Administraciones públicas, en todo aquello cuya regulación corresponde al Derecho administrativo y donde existe el ejercicio de un poder público o es necesario el establecimiento de unas garantías a favor de intereses públicos, la administración se convierte en administración pública y en parte del poder público, constituyéndose ella en sí misma en garantía. En la medida que la actividad no sea de derecho público y las garantías que, en orden a los intereses públicos, estén establecidas, no dependan en ningún caso de la administración y actividad de la organización o institución y persona propiamente dicha, sino de la Administración pública matriz en la que se encuadra, esa administración será, o podrá ser, más propia o similar a la existente en las empresas privadas, de modo que los procedimientos también serán diferentes de los de una Administración pública y el personal que preste servicios en la organización podrá ser laboral y no funcionario público. La necesidad de sujetarse en dichos casos a procedimientos de actuación propios del sector privado resulta de una lógica aplastante. Lo que ocurre es que se pretende colocar en sistemas de derecho privado a servicios y actuaciones que no quedan claramente encuadrados en dicho sector sino en el público y se quieren eludir tanto sistemas o procedimientos tendentes al control del gasto como los sistemas selectivos que se fundan en el principio de igualdad, concurrencia y mérito y capacidad que se han declarado legalmente de aplicación a todo el sistema o sector público cualquiera que sea el derecho por el que se rija la organización. Es indudable que en la medida que se establece un modelo de gestión privada, la dirección de la organización actúa como el propietario de una empresa y la patrimonializa, mientras que en un modelo público la patrimonialización puede producirse por el político o por propio funcionariado en su favor, sobre todo si la dirección es de políticos inexpertos o de partido y no de gobierno o, en su caso, tecnócratas.

Sea como sea, cuando el legislador se decide por un sistema de derecho público también lo hace por sus consecuencias, pero sobre todo está condicionado por las exigencias de los intereses públicos que inciden en el modelo de organización. Las garantías de control y racionalidad del gasto público son siempre ineludibles, en todo caso, sea cual sea el modelo de organización que sigan las Administraciones públicas; en cambio, el principio de libre concurrencia, igualdad y mérito que se predica en el artículo 23 de la Constitución, que se ha extendido a todo personal que trabaja en una Administración pública, sólo lo es con respecto a funciones y cargos públicos, por lo que la extensión a los trabajadores o personal laboral no se presenta, inicialmente, como consecuencia directa de la Constitución sino de los requisitos establecidos por las leyes que regulan la función pública, por lo que otras soluciones podían haber sido adoptadas. Realmente la extensión al personal laboral tiene su fundamento en el artículo 14 de la Constitución más que en el 23, pues, ante cualquier empleo público, cualquier ciudadano debe estar en las mismas condiciones que los demás y el mérito y la capacidad resulta un criterio objetivo de capacidad y adecuación en su caso al puesto de trabajo. Pero esta cuestión incide en la del concepto de funciones públicas y funcionarios públicos que abordaremos en otro punto.

Finalmente, es posible todavía realizar otra reflexión, que con fundamento en que todo organismo dependiente de las Administraciones públicas, sea calificado como de derecho público o privado, está sometido al Derecho administrativo, resulta que realmente lo único privado o de derecho privado que existe es la actividad correspondiente y que se rige por unas normas que se encuadran técnica o doctrinalmente en dicho sector del derecho. Todo el resto que se corresponde con la organización de dichos

entes públicos, salvo en el caso de las sociedades mercantiles, es derecho público y administrativo, y aún éstas tienen un proceso previo a su constitución que es un proceso o procedimiento de derecho público.

Pero desde que escribí las anteriores reflexiones, se ha producido una importante crisis económica en Europa y muy marcadamente en España que hace que en 2012 se estén produciendo una serie de recortes económicos que han de afectar de modo importante a las estructuras administrativas y a la organización de las diferentes Administraciones públicas, de tal manera que lo primero que se ha evidenciado es el desproporcionado e irracional número de entidades públicas y de las fundaciones de derecho privado, siendo una de las primeras medidas que se están acordando la de su fusión o supresión según los casos. Hecho demostrativo de la utilización inadecuada de las personas jurídicas y de la carencia de análisis previos sobre su eficacia y adecuación a los recursos económicos públicos.

***C) La relación de la competencia con las figuras de la concesión y la autorización.***

En lo dicho en el apartado anterior ha surgido la relación entre la competencia y las figuras de la concesión y la autorización, que son dos clases de actos administrativos de importancia, sobre todo en cuanto se ponía en evidencia que existen competencias que son, a su vez, una reserva en favor de las Administraciones públicas; es decir, que la actividad correspondiente está atribuida, en principio, por el ordenamiento jurídico a las Administraciones públicas. También porque, igualmente, se evidenciaba que existían otras competencias que las Administraciones públicas ejercían en concurrencia con actividades, en el mismo sentido o

campo, de los particulares. En el primer caso, en el de la reserva, decíamos que surgía la figura jurídica de la concesión y, en el segundo, el de la concurrencia, la figura de la autorización. Al mismo tiempo, la situación evidenciaba la relación existente con el concepto de servicio público, con el de dominio público así como con las relaciones contractuales y las denominadas de sujeción especial; teniendo todo ello repercusión en formas de organización y procedimientos distintos.

De la competencia reservada y exclusiva surge, entre otras, la forma contractual de la concesión en la gestión de servicios públicos y de la concesión del dominio público, considerado por parte de la doctrina como una forma de propiedad y, en este caso, la concesión se muestra como un derecho real en favor de los particulares. Sin perjuicio de seguir analizando diferencias y contenidos en ambos casos, conviene resaltar que tanto de la reserva como del dominio público resulta y se nos está ofreciendo o mostrando, de algún modo, un concepto patrimonial; se nos ofrece la idea de algo que siendo propio de las Administraciones públicas se concede, en cambio, a los particulares mediante un acto jurídico, en unos casos como un negocio jurídico y en otros mediante un acto jurídico unilateral. Sin dichos actos no puede haber actividad de los particulares, en unos casos porque no puede nacer y en otros porque de existir sería ilegal.

Y todo lo antedicho, además, se ofrece o aparece en relación con el concepto general de competencia que en su momento hemos analizado, lo que supone evidenciar que las competencias públicas surgen en orden a los fines públicos que debe cumplir la Administración pública y que en la determinación de esos fines se analiza, de forma más o menos directa, lo que es propio de la actividad pública o ejercicio por las Administraciones públicas y si lo es, o debe serlo, de modo permanente o no; en lo que, a su

vez, influye el posible desarrollo o no por los particulares de una actividad o, en su caso, la necesidad de que ella se someta a controles o límites. Concesión y autorización, son figuras que se desarrollan, centran y definen en torno al concepto de lo exclusivo o propio y también en torno a las actividades de carácter económico, pero, a su vez, también teniendo en cuenta la permanencia o temporalidad del aprovechamiento o actividad del particular.

Y esta idea de la temporalidad o no de la actuación de los particulares nos hace regresar a la idea interrumpida de las diferencias que nos ofrecen las figuras de la concesión y la autorización; así como de las diferentes competencias que respecto de cada figura ejerce o resultan para la Administración pública. Decíamos que en torno a las figuras reseñadas se nos presenta el concepto de servicio público y el de dominio público, sin perjuicio de otras cuestiones como la de las relaciones de sujeción especial, pero, en todo caso, se nos muestra el carácter económico de las actividades a desarrollar.

Si atendemos al servicio público, en su momento hicimos referencia a los que constituyen una reserva a favor de las Administraciones públicas, y ello, hemos apuntado, constituye, en cierto modo, la existencia de una competencia exclusiva y la similitud de dichos conceptos o ideas con la de la existencia de una propiedad en favor de la Administración y, por ello, cuando ésta permite la actuación de los particulares prestando el servicio público correspondiente, es mediante el acto de la concesión. Se da algo, se negocia, se recibe una contraprestación en forma de canon o precio contractual. De otro lado, respecto de la temporalidad, en el caso del dominio público, resulta que las distintas normas que se ocupan de dicho dominio (aguas, costas, minas, etc.) a los efectos de considerar la figura de

la concesión, la conectan con que el particular desarrolle la ocupación del dominio público de forma permanente o realice el aprovechamiento de forma continuada, lo que deriva en un procedimiento, también de carácter negocial, que exige convocatoria pública y libre concurrencia y que otorga un derecho real, transmisible e indemnizable, en caso de resolución o rescate.

En estos casos de concesión, en general, pues, propiedad, permanencia en el derecho concedido, naturaleza contractual, derecho a indemnización, en su caso, y transmisibilidad, son consustanciales y, como consecuencia, se exige libre concurrencia y un procedimiento que garantice la igualdad para los concurrentes, cuyas primeras exigencias son la convocatoria pública y la transparencia; así como la participación de funcionarios públicos en el procedimiento. Pero siempre en todo caso, la propiedad sigue siendo pública y el servicio y la competencia para desarrollarlo también. En estos casos, además, el ordenamiento jurídico, en la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, considera la imposibilidad de que por los particulares o terceros se adquieran derechos o facultades por silencio administrativo; es decir, no es posible la existencia de silencio positivo y se prevé, en su caso, la nulidad de pleno derecho.

Las autorizaciones, en cambio, respecto del concepto de servicio público, se nos presentan únicamente en torno a los servicios públicos impropios; es decir, en orden a actividades de interés público, en campos o actividades de carácter económico que tradicionalmente han sido propias del sector privado o de profesionales determinados y que han precisado de una regulación ordenadora en defensa de los intereses públicos y que exige una intervención de las Administraciones públicas, la primera de las cuales,

es la autorización para comprobar el cumplimiento de lo ordenado, la segunda el control y la inspección, la tercera la sanción, en su caso, y, la final, la anulación o revocación de la autorización. Estas características son también las que surgen en orden a las relaciones de sujeción especial cuando se presentan respecto a actividades sujetas a autorización; pues puede haber relaciones de sujeción especial cuya actividad de los particulares no esté sujeta a autorización, y ser libres o de carácter estatutario, pero sí estar sujetas a controles, sanciones, etc. En estos casos, la actuación administrativa es unilateral, tanto al autorizar como al ejercer el resto de competencias y no existe relación con una idea patrimonial o de propiedad, sino directamente con intereses públicos, colectivos o sociales. Por dicha razón y por la teoría del derecho preexistente, para estos casos la previsión del silencio administrativo, con carácter general, es de sentido o valor positivo.

Cuando la autorización se refiere al dominio público, persiste la existencia de una propiedad pública y en cambio para llegar a determinar que procede aquélla y no la concesión, hay que penetrar o relacionarse con otros conceptos que tienen que ver con la actividad y uso a realizar o con el tiempo de ocupación del dominio público correspondiente. Así en el ordenamiento jurídico local vemos que el Reglamento de Bienes de las Entidades Locales al referirse a su utilización distingue, respecto de los de dominio público, un uso común general de libre ejercicio, uso común especial normal sujeto a licencia y un uso privativo y un uso anormal sujetos a concesión administrativa. Influye en la calificación de estos usos la exclusividad o compatibilidad con otros usos, el ajuste al destino principal del bien o no y la intensidad del uso o la ocupación que conlleve. En todos los casos referidos al dominio público también rige la regla del

silencio negativo y de la nulidad de pleno derecho, antes señalada para los servicios públicos reservados.

En este aspecto, como en la gestión de servicios públicos, para que lleguemos a las fórmulas concesionales, nos tenemos que encontrar con un claro contenido económico en la actividad a desarrollar por los particulares. Así el uso común general del dominio público, al corresponder por igual a todos los ciudadanos, sin que el uso de uno impida el de los demás y al ajustarse a la naturaleza de los bienes, es de libre ejercicio. Sin embargo, cuando dentro del uso común, es decir el ajustado al bien y su destino principal, se puede producir una especial intensidad, una peligrosidad o cualquier otra circunstancia que convierte al uso en especial y no general, en este caso el reglamento local sujeta el otorgamiento o efectividad del uso a licencia, es decir a autorización. Pero también, el reglamento se refiere a un uso privativo, excluyente, pues, del mismo uso para los demás, y a un uso anormal, es decir que no es conforme con el destino principal del bien, en cuyos casos procede la concesión; de modo que la exclusividad y especialísima utilización determinan una utilidad económica especial para el concesionario y el pago por éste de un canon a la Administración. Contenido económico doble, pues, en la explotación y en el negocio jurídico resultante de la concesión.

En definitiva, nos refiramos a los servicios públicos o al dominio público, las autorizaciones y concesiones, no sólo se relacionan con la competencia, porque se desarrollan en cuestiones que corresponden o competen a las Administraciones públicas, sino también porque, en torno a ellas, éstas ejercen determinadas competencias. Así, respecto a las autorizaciones, si se trata de las de servicios impropios, al igual que las de actividades en general sujetas a licencia, la competencia primera es la de

comprobación del cumplimiento, por el particular y la actividad a desarrollar, de los requisitos establecidos por el ordenamiento jurídico para su ejercicio, mediante funciones de control e inspección, funciones y competencias que permanecen en el caso de concederse la autorización, vigilando el desarrollo de la actividad y su ajuste a derecho y en casos de incumplimientos se extienden a la posibilidad de incoar expedientes sancionadores y sancionar, en su caso. Similares competencias y funciones se dan en orden al dominio público y los usos respecto del mismo que están sujetos a licencia, pues hay que comprobar que el uso solicitado encaja en el supuesto legal y, una vez concedida licencia y autorización, permanece la obligación de vigilar y comprobar el ajuste del uso a los límites legales y reglamentarios.

Cuando nos referimos a concesiones, tanto de gestión de servicios públicos como de aprovechamientos o usos de dominio público, la competencia primera de la Administración es la de establecer el régimen jurídico del servicio o de la utilización, bien mediante una reglamentación o bien mediante memoria explicativa; derivando además la cuestión en unas cláusulas, que determinan el objeto del contrato o de la concesión, los límites a que se somete, los deberes y obligaciones del concesionario, los de la Administración; precios, tarifas, canon, etc.; bienes, obras e instalaciones destinadas a la concesión; duración de la misma; cuadro de infracciones y sanciones; etc. De este modo, las funciones de vigilancia y control, así como de inspección y sanción, en estos casos de concesión, tienen una primera fase que se cumple comprobando que la propuesta del concurrente a la convocatoria para la concesión se ajusta a lo previsto en el expediente y la memoria confeccionada por la Administración y cumple los requisitos de capacidad y solvencia en su caso y, en una segunda fase, se muestran como facultades, si bien impuestas por el ordenamiento jurídico

público, fruto o consecuencia del contenido del negocio jurídico y de sus cláusulas, si bien siempre ejercidas mediante actos administrativos unilaterales, producto del ejercicio de potestades administrativas.

#### *D) Competencia, función y servicio*

Al principio del punto que dedicamos al concepto de la competencia, hemos ofrecido su versión jurídica, en la que nos ha interesado destacar sus efectos jurídicos y, así, se ha descrito la competencia como la atribución de *funciones* dirigidas a producir actos administrativos, normas jurídicas o efectos en el seno de un procedimiento administrativo.

No obstante, a medida que hemos ido abarcando cuestiones relativas a la competencia y a sus relaciones con otras, han ido apareciendo los factores organizativos y hemos visto que a través de cambios en el ejercicio de las competencias se producen cambios en la organización y, también, que en su vinculación con la personalidad jurídica, el servicio público, concepto que aún tenemos que analizar, se nos muestra en sí mismo como una competencia administrativa o, incluso, como una reserva a favor de las Administraciones públicas.

Así, pues, se nos manifiesta la existencia de una relación entre el concepto de *función* y el de *servicio* con la competencia, primero de modo genérico y, de inmediato, mediante la calificación de funciones y servicios públicos. El concepto *función* se nos ofrece como el contenido de la competencia, como el elemento definidor o que concreta la misma. Así, pues, es el elemento que permite definir o determinar la actuación de diversos órganos administrativos respecto de una materia y, de este modo, por ejemplo, a un órgano se le atribuye la previsión o planificación, a otro

la dirección, a un tercero la ejecución, a otro el asesoramiento y a uno, finalmente, la decisión, sin perjuicio de que en torno a todo ello, otro órgano, por último, ejerza un control o, incluso, asuma la revisión de lo decidido o actuado, mediante una nueva decisión.

Se dice, pues, que la función crea el órgano, pero también se puede añadir que concreta y determina su competencia.

Pero la función se ejecuta o ejerce y, por ello, igualmente, representa a la competencia en acción, constituye el ejercicio de la competencia y, cuando nos referimos a la competencia en su sentido jurídico público, lo que se ejercen son funciones públicas; concepto que también analizaremos más adelante. Esta conexión con lo público también nos manifiesta que la función se conceptúa muchas veces como acción a favor de un tercero.

Y surge aquí, algo que la doctrina ha expuesto y que es la contraposición existente entre función pública y servicio público, como también veremos. No obstante, sí expondremos cómo García Trevijano nos dice que las funciones se desarrollan sobre todo, en el campo de la (llamada tradicionalmente) actividad jurídica<sup>54</sup>. A nosotros nos interesa ahora evidenciar, simplemente, que la competencia se relaciona, en su sentido jurídico, con la función pública y, en su sentido organizativo y también finalista, con el servicio público. Las demás implicaciones de estas cuestiones se verán al analizar los conceptos de función pública y servicio público.

---

54 Op. cit. p.21.

*E) Los efectos jurídicos de la competencia.*

De lo que llevamos analizado, la competencia como concepto jurídico es evidente que se relaciona con los actos administrativos, que, a su vez, constituyen un concepto jurídico que hemos de analizar. Por ello, el principal efecto jurídico que se pone de manifiesto respecto de la competencia, tiene que ver con la validez o no de los actos administrativos y, así, en principio, para que el acto administrativo sea válido ha de haber sido dictado por el órgano competente para ello. El vicio de incompetencia puede afectar a la validez del acto dictado. Ciertamente, si la competencia no la analizamos desde el punto de vista estrictamente jurídico sino desde sus acepciones corrientes, vemos que en una primera se nos muestra como <<incumbencia>>, pero, en una segunda, también como <<aptitud>> o <<idoneidad>>; desde estas acepciones la incompetencia significa la intervención de aquel a quien no incumbe o corresponde, o la carencia de aptitud y técnica para hacerlo. También desde estos aspectos resulta lógico que la incompetencia pueda afectar a la validez de lo realizado.

Nuestro ordenamiento jurídico, en concreto la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en su artículo 62.1 b) declara nulos de pleno derecho los actos de las Administraciones públicas *dictados por órgano manifiestamente incompetente por razón de la materia o del territorio*. Se deduce del precepto que la incompetencia debe de ser manifiesta y producirse en territorio o materia que no compete al órgano; también, en consecuencia, se deduce que la incompetencia por razón de jerarquía no da lugar a una nulidad de pleno derecho o radical, sino en todo caso a una simple anulabilidad o nulidad relativa.

Sea como sea, en estas distinciones y matizaciones se nos muestra la relación entre derecho y organización, en cuanto la relación jerárquica entre el órgano que actúa con incompetencia y el que es realmente el competente atenúa claramente los efectos de la incompetencia y sobre todo afecta en el sentido de que la incompetencia puede considerarse que ya no es manifiesta. Es en este punto en el que la competencia supera la atribución orgánica realizada por la norma y se pone de manifiesto que la de un órgano inferior lo es también realmente del superior jerárquico y ello es el único motivo por el que hacer referencia a la competencia de las personas jurídicas no resulta impropio, sobre todo porque la personalidad jurídica es trasunto de la física, de modo que todas las competencias de los órganos de una persona lo son de ésta, siendo ella la referencia última de la voluntad, incluso para crear los órganos y otorgarles competencias. Pero, realmente, lo que se manifiesta es que, como todo órgano actúa en una materia o en un territorio, la relación jerárquica entre los órganos no permite considerar la incompetencia como manifiesta y que sólo este tipo de incompetencia material o territorial produce el vicio de nulidad de pleno derecho o radical.

Por lo que toca al vicio de incompetencia jerárquica no deja de ser un vicio de nulidad relativa, pero el ordenamiento jurídico palia sus efectos y, así, el artículo 67 de la Ley 30/1992, respecto de la convalidación de los actos administrativos nos dice que *si el vicio consistiera en incompetencia no determinante de nulidad, la convalidación podrá realizarse por el órgano competente cuando sea superior jerárquico del que dictó el acto viciado*.

Los efectos de la competencia, en este caso de la incompetencia, tienen que ver, pues, mucho con la organización y, también, como veremos más adelante, con el procedimiento. Del contenido, pues, del ordenamiento

jurídico y de la doctrina podemos clasificar a la competencia en material, funcional, territorial y jerárquica. Las dos últimas clases de competencia se relacionan con la organización en un sentido formal y son manifestaciones de la competencia en el sentido de <<incumbencia>>; la competencia material y la funcional se relacionan con la organización pero con una base o raíz técnica que es el conocimiento material o funcional, se manifiestan, pues, en relación con la <<aptitud>>. Esta incompetencia técnica es más difícil de subsanar y es siempre más evidente y, además, los órganos que desarrollan las competencias técnicas, aun cuando puedan estar subordinados jerárquicamente, pueden no estarlo técnicamente; y, además, no manifiestan su actuación mediante actos resolutorios sino mediante dictámenes e informes, a los que no cabe atribuir la categoría de actos convalidables sino que en todo caso pueden ser substituidos o complementados por otros también de fundamento técnico que controviertan el contenido técnico de los primeramente emitidos. En cambio, la incompetencia jerárquica e incluso la territorial, dentro de una misma organización, son más fácilmente convalidables y subsanables.

En este segundo aspecto, debe considerarse la complejidad de las Administraciones territoriales, en especial de la Administración del Estado y de la de las Comunidades Autónomas, compuestas por variedad de órganos complejos, organizados por fines o ámbitos competenciales materiales, y que distribuyen sus órganos jerárquicamente con atribuciones de competencias también por materias y, además, funcionalmente y, que, aún más, pueden tener organizaciones con sede territorial de ellos dependientes. Ello hace que en estas organizaciones la jerarquía esté siempre presente y que así como hemos visto que no influye respecto de la competencia técnica o de la funcional, sí puede hacerlo respecto de la material o territorial, puesto que en casos de órganos organizados

jerárquicamente respecto de una materia o ámbito competencial, el superior jerárquico siempre podrá convalidar el acto del inferior y la incompetencia no puede resultar, en consecuencia, manifiesta, ya que las nulidades de pleno derecho, nos dice la doctrina, no admiten subsanación ni convalidación. Del mismo modo, en la incompetencia territorial, es evidente que un órgano con jurisdicción o competencia en un territorio determinado no puede actuar en un territorio distinto para el que ya existe otro órgano con competencia; pero, también es cierto que estos órganos territoriales pueden tener un superior jerárquico común que tiene competencia en todo el territorio, pudiendo, por tanto ser de aplicación el artículo 67 y no pudiéndose considerar, al ser de aplicación esta regla, la incompetencia manifiesta o, al menos, no pudiéndose evitar la subsanación por el superior común. Sobre todo, en este sentido una convalidación jerárquica de una incompetencia territorial sólo puede tener, inicialmente, un fundamento en la persistencia de los efectos favorables de acto dictado en beneficio, pues, de intereses de terceros, privados o públicos; así como en la economía procesal y en la eficacia. Sin perjuicio, por supuesto, en todo caso de su necesaria legalidad.

De otro lado, la competencia funcional y técnica tiene especial repercusión o efectos en el seno del procedimiento administrativo, pues su carencia en el acto que conlleva puede constituir un defecto formal en él y constituir una anulabilidad de las previstas en el artículo 63.2 de la Ley 30/1992, en cuanto, revistiendo la forma de informe, dictamen o acto, éstos sean imprescindibles para que la resolución o acto correspondiente al procedimiento de que se trate alcance su fin. Son actos que, al conformar o ayudar a configurar el contenido de la resolución, decisión, plan o programa correspondiente, no puede prescindirse de ellos, por lo que de hacerlo se incurre en nulidad de actuaciones y retroacciones de

expedientes, en su caso. Esta cuestión, la volveremos a tratar en otro momento, al analizar el concepto de acto administrativo, pero ahora conviene poner de manifiesto que, en cuanto nos encontramos con factores procedimentales como los aquí expuestos, el factor organizativo que en ellos se manifiesta tiene una finalidad jurídica, la del ajuste a derecho del acto finalizador del procedimiento o, en su caso, su eficacia; bien en su vertiente estrictamente jurídica o de los derechos subjetivos, bien en el ajuste a la eficacia y realidad de otros principios, los jurídicos de la organización, tales como el ahorro del gasto público o la economía, bien la racionalidad, bien la eficacia en sí misma, bien la oportunidad.

En resumen, pues, todos los efectos jurídicos de la competencia tienen que ver con la validez de los actos de las Administraciones públicas y ese es pues su efecto principal, con todos los matices y aspectos que hemos destacado.

#### ***F) La competencia como factor organizativo.***

En todos los apartados de este punto se ha ido poniendo de relieve, como es lógico, la doble concepción que de la competencia ofrecíamos al titularlo. En algunos momentos, cuando no enfocábamos jurídicamente la cuestión, la competencia se identificaba con la incumbencia de cada órgano o persona de la organización correspondiente o con la atribución de funciones y tareas a dichos órganos y personas. Si las organizaciones, cualesquiera que sean, por la actual evolución social, no constituyeran siempre un hecho jurídico por la necesidad de que sean reconocidas o institucionalizadas por el derecho y de tener un título constitutivo, en el cual hay que establecer una organización y unos estatutos, la organización, en general, no sería desde su inicio un hecho jurídico, sino un hecho natural

y de evolución de una actividad que se realiza por determinadas personas. Pero lo cierto, es que la organización social y el derecho que ella establece obligan a una regulación jurídica y formal de la organización de cada persona jurídica o de cualquier empresa o actividad y que dicha organización puede no ser una realidad, sino una mezcla de realidad y previsión. Previsión en doble sentido: uno, en el de que se realiza una previsión de órganos, atribuciones, etc., que pueden cambiar, después, en el ejercicio de la actividad, estableciendo una realidad distinta de la formalizada y de carácter temporal, sin que se obligue a una modificación de la norma, porque ésta permite ese cambio y, otro, porque la organización prevista puede serlo para completarse o hacerse realidad en un plazo de tiempo, más o menos largo, de modo que este tiempo consolida la organización prevista. Con esta segunda previsión, la organización se evita cambios continuos de estatutos y el desgaste interno en la discusión “política” de la organización o del reparto de poder interno de la misma.

Si prescindimos de esta necesaria juridificación y del doble factor de previsión señalado, la competencia como atribución es sólo un hecho organizativo de distribución de tareas, funciones y responsabilidades y según el volumen de la actividad y trabajo y de su complejidad, que determina, a su vez, la dimensión orgánica; la competencia se concreta o técnica cada vez más, se desarrolla o desmenuza, concreta, diversifica y especializa. Pero, también, desde el aspecto jurídico y formalizado, la competencia presenta aspectos organizativos, que se nos han puesto de relieve cuando nos hemos referido a ella como factor de distinción entre Política y Administración o Gobierno y Administración, en cuanto la distribución de poder que supone la atribución de competencias, determina una concentración de decisiones en el vértice superior de toda organización, por razones de atribución de la voluntad de decisión o por la

necesidad de control. Concentración que puede no ser eficaz al ralentizar la actividad o las decisiones. De este modo, la competencia, su reparto o cambio, temporal o no, se convierte en un factor organizativo. Hecho que en las Administraciones públicas es más evidente y que afecta a cuestiones ya señaladas como la delegación, avocación, sustitución, desconcentración, descentralización funcional, encomiendas de gestión, transferencias, etc., como veremos en otro capítulo, cuando analicemos las relaciones entre Administraciones públicas. Hasta tal punto este juego con las competencias es importante en la organización que afecta a otros puntos relacionados con la eficacia de principios constitucionales de la organización territorial del Estado o del gasto público o de racionalidad de las estructuras orgánicas de las Administraciones públicas o de servicio eficaz a los ciudadanos.

## **5.- LA DELIMITACIÓN DEL CONCEPTO DE SERVICIO PÚBLICO.**

En el punto anterior, hemos incidido y apuntado ya, en varios momentos, unas concepciones del servicio público y, así, se ha hecho referencia a una contraposición entre su concepto y el de función pública, pero también, al poner de manifiesto su relación con la competencia se ha destacado que la doctrina ha significado la existencia de reservas a favor de las Administraciones públicas, así como la de servicios públicos denominados como <<impropios>> y que constituyen actividades privadas.

En el planteamiento inicial de este punto, nos interesa destacar que dado que en el lenguaje cotidiano no se utiliza la precisión técnica y conceptual que exige la reflexión escrita y de contenido jurídico, es habitual que la referencia a los servicios públicos, por genérica, se identifique, ya con toda la organización pública, ya con la actividad de

interés general y, así, un servicio público puede referirse tanto a un órgano administrativo, como a una actividad que éste nos presta, como sólo a una clase determinada de actividades. Pero, también, es cierto que la doctrina, igualmente, utiliza el concepto con dichas identificaciones generales, incluso la jurisprudencia y el ordenamiento jurídico. Por ello, el concepto de servicio público resulta ser uno de los más complejos y necesitados de matizaciones, además también por su relación con lo económico y prestacional, tal como ya hemos visto al analizar la relación de la personalidad jurídica y derecho público y privado y los organismos públicos<sup>55</sup>.

No se pretende por nuestra parte penetrar completamente en esta complejidad y en la totalidad de matices que implica, y que están claramente expuestos en la obra de García Trevijano, sólo nos interesa el concepto en cuanto afecta a la distinción entre derecho y organización y, a este efecto, toda generalización del concepto identificado con la actividad administrativa o con la organización pública, no nos resulta útil. Nos interesa, pues, solamente el concepto restringido de servicio público en el que prima su carácter monopolístico o de reserva a favor de la Administración pública, que establece su relación con la competencia, el que destaca su sentido de prestación o actividad con implicaciones económicas y que resalta la utilidad física y material o *uti singuli* para los particulares. En definitiva, como hemos visto, el concepto estricto no se relaciona con la competencia en su sentido jurídico, también estricto, sino más bien en el organizativo, pero sí conecta directamente con la figura de la concesión como acto jurídico y con las distintas formas de organización

---

55 El concepto de servicio público es objeto de análisis en todas las obras de Derecho administrativo, aparte de la ya citada de **García Trevijano Fos**. También es de considerar el trabajo específico de **Garrido Falla, F**, *El concepto del servicio público en el Derecho español*; Revista de Administración Pública, núm.135, septiembre – diciembre 1994; p. 7 y ss. Por reciente y por su análisis, resulta apropiada la lectura de la Lección quinta de la op. cit. de **Villar Ezcurra**; pp 177 a 221.

para realizar las prestaciones concretas que implica cada servicio público; así como facilita la colaboración privada o la prestación del servicio por particulares o mediante organizaciones de derecho privado.

El servicio público, pues, resulta una categoría jurídica en cuanto se regula por el Derecho administrativo, en cuanto deriva en unas formas de organización descritas y delimitadas por él y en cuanto al distinguir entre la organización del servicio y la actividad prestada, no sólo encuadra a la primera en el campo jurídico, sino que determina que toda decisión previa en orden a dicha organización constituya, siempre y en todo caso, un acto separable regulado por el Derecho administrativo. La prestación en sí, la actividad concreta, no constituye, pues, inicialmente, derecho. Se dice, incluso, que la relación que genera la actividad o prestación con respecto a los que la reciben es de derecho privado. Pero esto último resulta discutible, ya que una cosa es que la actividad en sí no sea jurídica o sea propia del campo privado o del económico, en su origen, y otra que las relaciones que genere un servicio público con los particulares que lo reciben sean de derecho privado. En este orden hay servicios como la sanidad y educación públicas que tienen una clara regulación de derecho administrativo con los sujetos que reciben el servicio y que en el caso de la sanidad, como ya hemos apuntado, tiene origen no ya en la asistencia propiamente dicha, sino en el hecho de que ésta es una prestación derivada de la Seguridad Social, aunque esto en la actualidad sea más confuso por la generalización de la prestación y remisión a los presupuestos generales. De otro, lado, y aquí se hace presente la organización, el hecho de que el servicio público sea prestado por una Administración pública, la referencia a ella como sujeto, hace que las consecuencias de la actividad o prestación que supone el servicio, desde el punto de vista de la responsabilidad, sea

una cuestión jurídica correspondiente al sistema de responsabilidad patrimonial de las Administraciones públicas de carácter objetivo.

Aun en aquellos casos en que el servicio se presta de forma indirecta por la Administración mediante las figuras permitidas por la ley, estas formas indirectas de gestión muestran, de nuevo, la dicotomía entre derecho y organización, pues la opción por una u otra forma de gestión, directa o indirecta, o, dentro de ellas, por un sistema u otro de los permitidos, dentro de los límites legales, constituye un factor organizativo, mientras que las relaciones a que da lugar la gestión indirecta de los servicios públicos tienen carácter contractual y, por tanto, jurídico.

También todos estos aspectos tienen influencia en el concepto que la doctrina nos ofrece del servicio público, en cuanto algunos destacan que el carácter de público se refiere a los destinatarios, es decir que el servicio es público porque se dirige al público en general, mientras que otros lo que significan es que es público porque constituye una reserva a favor de la Administración pública y porque ésta es su sujeto o la organización obligada inicialmente a prestarlo. De nuevo, actividad y organización como puntos de vista están presentes en estas posturas.

Y en este punto, pues, organización y derecho se entrelazan, pues el servicio público, en resumen, aun cuando constituya una prestación y una actividad, conlleva unas formas de organización que se regulan por el derecho y, por tanto, forman parte de su contenido y dan lugar a unas relaciones jurídicas con los usuarios y también con las personas que prestan servicios en la organización o realizan la actividad consiguiente; además de que la organización que se elija puede ser de Derecho administrativo o de derecho privado. Aspectos, todos, que ya han sido tratados al analizar la

descentralización funcional y la personalidad jurídica como elemento estructural, cuando destacábamos que la posibilidad de acudir a formas de organización basadas en la creación de personas jurídicas, incluso de derecho privado, se daba preferentemente en actividades de carácter económico y, por tanto, en el sector de los servicios públicos.

Y aquí se manifiesta cómo el servicio público en su sentido restringido, íntimamente ligado con conceptos económicos, significa la posibilidad de que la actividad o prestación que supone sea capaz de proporcionar un rendimiento económico o unos ingresos; lo que también influye en la posibilidad de creación de una organización propia, personificada incluso, capaz de sobrevivir básicamente de dichos ingresos, en cuanto puedan constituir la base de su patrimonio, y que si estas fuentes generadas por la actividad son suficientes para dicha supervivencia, sin otras ayudas de la organización administrativa pública, se llegue incluso a las formas de organización de derecho privado y de carácter empresarial. Incluso el concepto de servicio público que se deduce de la legislación de contratos administrativos, lo califica como tal en cuanto sea susceptible de *explotación* por el concesionario. Es así, como estas cuestiones deben influir en el dirigente y administrador público para decidirse por unas u otras formas de organización, que a su vez constituyen formas jurídicas y regímenes jurídicos distintos. Y, en torno a todo ello, se han generado conceptos como los de tasas, tarifas y precios públicos, propios del derecho tributario y que también tienen que ver con la gestión directa o indirecta de los servicios públicos, así como su relación o no con el derecho privado. Sólo cabe recordar que la gestión directa supone que la Administración pública presta el servicio bien mediante un órgano administrativo, no diferente de cualquier otro, bien por una organización propia y diferenciada dirigida exclusivamente a prestar el servicio, bien mediante un organismo

autónomo, o una agencia estatal o una entidad pública empresarial, o bien mediante una sociedad mercantil en la que participa integra o mayoritariamente. La gestión indirecta, en cambio, supone formulas contractuales, tales como la concesión, el concierto, la gestión interesada, los arrendamientos y las sociedades mercantiles en las que participa la Administración pública de forma no mayoritaria.

Pero, como todas estas cuestiones han sido en cierto modo referidas al tratar de la personalidad jurídica y la organización o estructura administrativa, no vamos a insistir más en la cuestión, solamente, en resumen, hay que decir que cuando el concepto de servicio público tiene trascendencia es cuando se nos ofrece en su sentido económico y cuando se nos ofrece en su sentido restringido. Y, entonces, nos muestra todos los problemas que hemos significado y que, paradójicamente, evidenciando los aspectos organizativos, también manifiesta los jurídicos y, sobre todo, porque también afecta a la distinción entre gestión y poder, cuando se destaca por el ordenamiento jurídico y por la doctrina que el ejercicio de autoridad no puede ser objeto de concesión y que es una competencia irrenunciable de la Administración pública. Se delimita así una zona de distinción, en el seno de la gestión administrativa, entre mera gestión y función pública y, en consecuencia, entre ésta y servicio público.

No obstante lo antedicho, en el ordenamiento jurídico que regula la Administración local se nos ofrece un concepto amplio de servicio público que se identifica con los fines de la Administración y, por tanto, con la actividad. Por ejemplo en la redacción del artículo 85 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, anterior a la reforma producida por la Ley 57/2003, de medidas para la modernización del gobierno local, se concebía al servicio público como todo aquel que tiende *a la consecución de los*

*finés señalados como de la competencia de las entidades locales (En la redacción actual se pierde la vinculación a los fines). Concepto este que al mantenerse en la Ley también se trasluce en la jurisprudencia y así vemos como una Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (98/28767 del Repertorio El Derecho) que, en una cuestión de responsabilidad patrimonial por electrocutamiento de un empleado de una atracción ferial, en su considerando séptimo estima que *la organización de unas fiestas patronales a través de la comisión de Festejos del Ayuntamiento, el cual subvenciona los gastos que ocasiona (acuerdo de 18 de julio de 1991 aportado con la contestación a la demanda), genera responsabilidad por parte del Ayuntamiento en la ocurrencia de la muerte descrita. No es discutida la causa física del accidente, sino que la deficiente instalación del alumbrado fue culpa del instalador que la efectuó limitándose la Administración demandada, sostiene ésta a subvencionar a la Comisión de Festejos. El resto de los elementos antes referidos no son cuestionados.**

*Sin embargo, la organización de unas fiestas patronales correspondientes a una zona del municipio puede encuadrarse en “las actividades o instalaciones culturales y deportivas; ocupación de tiempo libre; turismo”, a que se refiere el art. 25.2 m) de la Ley 7/1985 reguladora del Régimen Local, como actividades de competencia municipal. Y siguiendo en este punto la STS de 23 de diciembre de 1993 **el entendimiento de lo que constituya servicio público en materia local, ha de partir del dictado del art. 85 de la Ley de Bases de Régimen Local que dispone que “son servicios públicos locales cuantos tienden a la consecución de los fines señalados como de la competencia de las Entidades Locales. En atención a ello, ha de afirmarse que el suceso dañoso ocurrió en el marco del funcionamiento de los servicios públicos, por lo que siendo la responsabilidad de la Administración de carácter***

*objetivo, sin que haya de probarse la culpa de la Administración para afirmar su responsabilidad, se dan todos los requisitos para declarar la responsabilidad del Ayuntamiento. Y ello conviene aclararlo, no se funda en la existencia de deficiencias en la instalación eléctrica del alumbrado público con la que rozaba el tensor del poste del alumbrado de feria, sino en la existencia misma de la feria como servicio público desarrollado en el marco de una competencia municipal, en cuya seguridad no puede quedar desvinculado por la eventual incidencia de la actividad de un tercero*<sup>56</sup>.

Aun cuando la actividad que se refleja en esta sentencia sigue teniendo carácter económico, tal como ya apuntamos en otra ocasión, en el orden de la responsabilidad de las Administraciones públicas, de carácter objetivo y comprensiva tanto del buen como del mal funcionamiento de los servicios públicos, es donde se nos manifiesta legalmente el concepto amplio de éstos, identificable con la actividad administrativa en general y, por ello, en la legislación de régimen local se produce la identificación entre servicio público y competencia, pero también entre servicios públicos, actividades económicas y reserva o monopolio a favor de las entidades locales y con ello, de nuevo, aparece la conexión con las formas de organización de la gestión de los servicios públicos. Ello se manifiesta en el artículo 86 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local que establece lo siguiente:

*1. Las entidades locales, mediante expediente acreditativo de la conveniencia y oportunidad de la medida, podrán ejercer la iniciativa*

---

<sup>56</sup> Villar Ezcurra, op. cit.; p. 185, también destaca otros pronunciamientos jurisprudenciales curiosos, en que se califican como servicios públicos actividades tales como la << verificación e inspección de la leche>>, por ejemplo.

*pública para el ejercicio de actividades económicas conforme al artículo 128. 2 de la Constitución.*

*2. Cuando el ejercicio de la actividad se haga en el régimen de libre concurrencia, la aprobación definitiva corresponderá al Pleno de la Corporación que determinará la forma concreta de la gestión del servicio.*

*3. Se declarará la reserva a favor de las entidades locales de las siguientes actividades o servicios esenciales: abastecimiento y depuración de aguas; recogida, tratamiento y aprovechamiento de residuos; suministro de gas y calefacción; mataderos, mercados y lonjas centrales; transporte público de viajeros; servicios mortuorios. El Estado y las Comunidades Autónomas, en el ámbito de sus respectivas competencias, podrán establecer, mediante Ley, idéntica reserva para otras actividades y servicios.*

*La efectiva ejecución de estas actividades en régimen de monopolio requiere, además de lo dispuesto en el número 2 de este artículo, la aprobación por el órgano de gobierno de la Comunidad Autónoma.*

Se nos muestran en lo antedicho todas las contradicciones doctrinales y si bien el concepto restringido se conecta con los aspectos económicos y organizativos, el amplio se nos manifiesta en orden a la responsabilidad patrimonial, tal como ya hemos dicho; pero también en este orden de la responsabilidad se muestran paradojas y contradicciones, pues si bien la jurisprudencia tiende a declarar la responsabilidad objetiva de la Administración en cuanto existe intervención de su parte, también es cierto que la legislación de contratos administrativos, que precisamente regula las formas de gestión indirecta de los servicios públicos, declara la responsabilidad del contratista respecto de terceros, por la gestión del servicio, salvo que actúe cumpliendo ordenes de la Administración.

Por tanto, las matizaciones que se realizan en la concepción del servicio público, las consecuencias que dicho concepto lleva, en orden a la organización administrativa, de la posibilidad o no de crear personas jurídicas y de decidir entre un régimen de derecho público o administrativo o un régimen de derecho privado, así como las distinciones entre gestión y poder, diferencian y obligan a analizar el concepto de función pública y sus implicaciones.

## 6.- EL CONCEPTO DE FUNCIÓN PÚBLICA<sup>57</sup>.

De las cuestiones anteriormente tratadas es fácil deducir que al contraponer servicio público y gestión a poder y función pública, se están conectando estos dos últimos conceptos y que ambos guardan relación<sup>58</sup>. También se deduce que si el servicio público es una actividad en la que nos encontramos próximos al campo privado y a las posibilidades de regulaciones de derecho privado y que, de su concepto como tal servicio público, el factor organizativo es el que influye más definitivamente en su inclusión como materia de Derecho administrativo, la función pública, en cambio, es un concepto propio y consustancial con dicho derecho. Se nos muestran, pues, a través de todo ello, una serie de cuestiones que afectan al propio concepto del Derecho administrativo y a su contenido o modo de exponerlo, ya que, frente al derecho francés, el servicio público no se muestra como la idea básica y tampoco, en general, se identifica con toda la actividad administrativa, pero, sin embargo, sería propia y materialmente Derecho administrativo. De otro lado, a través del análisis del concepto de

---

<sup>57</sup> Las cuestiones relativas al concepto de función pública y las relacionadas con el sistema de libre designación las he tratado en especial y con más extensión en *La Función Pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*. INAP, op. cit.

<sup>58</sup> La doctrina italiana es la que con mayor claridad ha puesto en evidencia la contraposición entre servicio público y función pública. También es **Villar Ezcurra**, op. cit., pp. 183 y 184, quien nos evidencia las posturas de Zanobini y Giannini que conectan la función pública con el ejercicio de potestades o autoridad.

servicio público, organización y actividad jurídica adquieren un relieve y peso específico en el Derecho administrativo.

Dentro de la gran relación existente entre los conceptos que venimos analizando y de la relación, a su vez, con la distinción entre derecho y organización, en este punto lo que se trata de evidenciar es cuál es el concepto que se nos ofrece o resulta, por tanto, de la función pública y, consecuentemente, de los funcionarios públicos, pues es una cuestión que afecta tanto a la organización de las Administraciones públicas como al Derecho administrativo. Pero, además, es necesario analizar este concepto porque ha perdido sus orígenes o raíces por un conjunto de causas y razones, hasta el punto de que hoy el concepto de funcionarios públicos se utiliza genéricamente, no sólo en el orden social y civil, sino también por la propia legislación que se ocupa de ellos, si hacemos salvedad de la tendencia actual de volver a referirse a los empleados públicos, hasta el punto de que la vigente ley en la materia se denomina Estatuto básico del empleado público. Pero sobre todo, resulta que el funcionario sufre un marcado desprestigio, que sin perjuicio de análisis más detenidos y científicos, podemos hacer radicar en los factores de la atención al público y en la necesidad de los políticos, o algunos políticos, y cargos públicos de centrar toda relación con el personal de las Administraciones públicas en la confianza, así como en una pretendida mayor eficacia en las organizaciones privadas que propugna un sistema de relaciones jurídicas de personal fundadas en el derecho laboral. En el fondo, pues, existe una crítica generalizada al sistema en cuanto conlleva la permanencia del funcionario en su puesto o cargo y se estima que ella contribuye a la ineficacia en la gestión pública. Por todo ello, el problema se nos presenta como una cuestión de organización. También, en la actualidad, la crítica o desconsideración de la función pública nace de entender que los

funcionarios son privilegiados en virtud de su permanencia mientras que el paro acucia al resto de la población, pero se parte en buen grado de no considerar la función de garantía jurídica y de eficacia que ofrecen en su concepción estricta. Pero todo esto lo iremos viendo a continuación.

Conviene que analicemos los conceptos que de la función pública o de los funcionarios públicos nos ofrecía la doctrina a principios de siglo XX; conceptos que, en su mayoría, partían de la distinción entre funcionarios y empleados<sup>59</sup>. Así Berthelemy considera funcionarios a todos aquellos que, habiendo aceptado un nombramiento de la Administración para un puesto determinado, colaboran de una manera continua a la gestión de la cosa pública. Esta concepción, de sentido amplio, tiene, pues, fundamento en la existencia de un nombramiento y en la colaboración continua; es decir, predomina la idea de la permanencia en la actividad y empleo. También mantiene un concepto amplio Hauriou, el cual considera que son funcionarios los agentes que pertenecen a las plantillas de la Administración pública o los agentes titulares de un empleo público. La permanencia está igualmente presente en la concepción de Duguit que cree que los funcionarios son los agentes asociados de una manera permanente y normal a la realización de un servicio público; en su concepción, sin embargo, está presente el concepto amplio del servicio público.

De otro lado, también, se nos ofrece un concepto de *empleado* y así Orlando considera como tal a toda persona que consagra su actividad física o intelectual al servicio del Estado o de cualquier sociedad mediante una retribución con la que atiende su subsistencia. Otto Mayer distingue el empleado del funcionario según la esfera del derecho en que nace la

---

<sup>59</sup> Los conceptos que siguen están extraídos de la obra de **Calvo Sotelo, Leopoldo**, *Derecho Político y Administrativo. Obra ajustada al programa de 31 de julio de 1924 para los ejercicios teóricos de las oposiciones de ingreso al Cuerpo de Abogados del Estado.*- Edit. Reus S.A.- Madrid 1927; p. 189 y ss.

relación jurídica: la del funcionario es de derecho público, la del empleado una locación de servicios de carácter civil. Con otra perspectiva Bluntchli nos dice que caracteriza al funcionario la facultad de decidir y ordenar, mientras que considera que el empleado no pasa de mero ejecutor de las órdenes que recibe. Para finalizar, respecto de estos conceptos, Adolfo Posada distinguía entre funcionarios representantes y funcionarios empleados, considerando a los primeros como *ejercientes de funciones políticas*, en que ha de revelarse continuamente la opinión pública y a los segundos como *técnicos y profesionales*<sup>60</sup>, mientras que Leopoldo Calvo Sotelo estima que *puede así establecerse una línea divisoria entre el funcionario y el empleado: nota distintiva del funcionario: el ejercicio de la función pública; nota distintiva del empleado: el percibo de una retribución que constituye su modo de vivir. De aquí que haya funcionarios que no son empleados, empleados que no son funcionarios y, finalmente, funcionarios que son empleados. Funcionarios que no son empleados: un jurado, un Alcalde; empleados que no son funcionarios: los que están al servicio de todas las empresas particulares y los llamados funcionarios de "gestión"; funcionarios y empleados a un tiempo: un abogado del Estado, un Juez. Obsérvese que ordinariamente se identifican ambas categorías y que funcionario público tanto vale como empleado público*<sup>61</sup>. Al analizar el concepto, este autor, también recoge el del Código Penal de la época, cuyo artículo 416 calificaba como funcionarios a: *los que por disposición inmediata de la ley, o por elección popular, o por nombramiento de autoridad competente, participan en el ejercicio de funciones públicas.*

60 En la obra " *La Administración y la organización administrativa en Inglaterra, Francia, Alemania y Austria; exposición de la organización administrativa en España*" de J. Meyer y A. Posada; Madrid ( sin año de edición).- España Moderna S.A ( Biblioteca de Jurisprudencia, Filosofía e Historia 229).

61 Op. y pp. citadas.

Como vemos, de las ideas reflejadas se nos ofrecen dos conceptos: el de funcionarios públicos y el de empleados públicos, que tienen como base de distinción el que los primeros se sujetan a derecho público y realizan funciones públicas y los segundos a derecho civil y realizan una actividad profesional y retribuida. Si bien una buena parte de la concepción del funcionario se basa en su actividad permanente, también resulta que se distingue entre funcionarios que acceden al cargo de diversa manera y que por ello no guardan el carácter de permanentes y así se distingue a los funcionarios que lo son por elección popular o por razón de que el cargo que ocupan conlleva, por determinación de la Ley, dicha condición, de aquellos que tienen una relación profesional y retribuida.

Por ello, Calvo Sotelo destaca como interesante la doctrina que habla de “funcionarios de autoridad” y “funcionarios de gestión” y dice que los funcionarios de autoridad, según Berthelemy, participan en el ejercicio del poder de mando y no mantienen con el Estado ningún lazo contractual: los funcionarios de gestión mantienen simplemente, con las personas morales administrativas que los nombran, una relación contractual civil de arrendamiento de servicios. La diferencia radica en la naturaleza de sus actos: por eso es un error atribuirle a la condición del sujeto y afirmar que consiste en que los superiores son los que mandan y los subalternos los que ejecutan: hay funcionarios subalternos - un guardia jurado - que no realizan más que actos de autoridad, y funcionarios superiores - un ingeniero jefe - que no realiza más que actos de gestión. La doctrina es fecunda en resultados: las medidas represivas de las ofensas inferidas a los funcionarios de autoridad no alcanzan a los funcionarios de gestión; y las

leyes del trabajo resultan aplicables a los funcionarios de gestión (accidentes, huelga, sindicación), y no a los de autoridad”<sup>62</sup>.

La presencia de contradicciones, la remisión de la relación funcional de gestión al derecho civil, al laboral o al contrato y la remisión al derecho público o administrativo de la relación funcional en otros casos, así como un cierto sentido peyorativo en el término de empleado público, hicieron que la idea de función pública y permanencia adquieran, en algún momento, preponderancia y que se dejara de utilizar el concepto de empleados públicos, generalizándose el de funcionarios públicos, que en cambio se pierde para las denominadas autoridades públicas o cargos electivos y políticos. En ello, influye, a no dudar, que la normativa o legislación cuando se ocupa de la función pública, lo hace de los empleados públicos, denominándoles como funcionarios públicos, y no se ocupa de las autoridades al no ser objeto de una relación permanente o jurídica en sentido estricto. También, en relación al sentido peyorativo, que antes apuntábamos, hay que considerar que el concepto de funcionario se une al ejercicio de autoridad y que determinados empleados públicos, así concebidos por razón de su relación profesional, que desarrollaban su función en torno a los actos de poder o autoridad, se sintieran mejor incluidos en el término de funcionarios públicos que en el de empleados. De otro lado, las relaciones jurídicas basadas en derecho civil y, posteriormente, en el laboral, permitían el cese del empleado, mientras que el hecho de ejercer autoridad o contribuir directamente al ejercicio de funciones públicas, permitía un régimen jurídico en el que el cese sólo obedeciera a causas y procedimientos tasados. Funcionarios públicos y permanencia en el empleo, acaban siendo por ello ideas consustanciales, lo que también contribuye a la exclusión del concepto de los cargos políticos

---

<sup>62</sup> Op. y pp. citadas.

y de elección; es decir, la idea del Derecho administrativo menos amplia que la del Derecho público, incluyente esta última de políticos y electos, de carácter no permanente, permite la unión de las dos ideas básicas referidas.

Como contrapartida, de la generalización del concepto de funcionarios públicos resulta un abandono del análisis de lo que constituyen funciones públicas, cuestión que sin embargo es básica para concebir al funcionario público, tal como se deduce de todas las opiniones expuestas, ya que, además, es el concepto de funciones públicas el que permite realizar la diferencia entre empleados y funcionarios o entre gestión y autoridad o poder, e incluso entre administración pública y simple administración o gestión administrativa.

Veremos, no obstante, antes de analizar las funciones públicas y su conexión con el concepto de funcionarios, qué concepción mantiene la normativa que se ocupa de la función pública.

#### ***A) La concepción legal de las funciones públicas.***

Sea como sea, lo cierto es que en la legislación de función pública de los últimos años el concepto que se maneja de funcionarios públicos es de carácter amplio y que excluyendo a los que lo son por determinación legal o por elección, se ha referido a los que mantienen con la Administración una relación de carácter permanente, que perciben sus retribuciones con cargo a los presupuestos públicos y que se sujetan o rigen por el Derecho administrativo; además, también ha excluido, normalmente, de su ámbito a los funcionarios de los poderes legislativo y judicial, así como a los militares, de modo que el concepto de funcionario público se identifica con el burócrata, en su acepción corriente. De otro lado, frente al concepto de

funcionario público como sujeto al Derecho administrativo, se establece el de personal obrero y el de trabajadores al servicio de la Administración pública, que se engloban bajo el común de personal laboral, que se rige por el derecho laboral. Pero en estas descripciones legales de los que son funcionarios públicos y los que no, se olvida la exposición de cuáles son las actividades que los caracterizan o les son propias y que determinan su sujeción a uno u otro derecho.

Así vemos que el artículo 4 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, no derogado por la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, aunque sí por el reciente Estatuto Básico del Empleado Público de 2007, nos decía que: *Son funcionarios de carrera los que, en virtud de nombramiento legal, desempeñan servicios de carácter permanente, figuran en las correspondientes plantillas y perciben sueldos y asignaciones fijas con cargo a los Presupuestos Generales del Estado*; previamente, el artículo 1 decía que: *Los funcionarios de la Administración pública son las personas incorporadas a la misma por una relación de servicios profesionales y retribuidos, regulada por el Derecho Administrativo*. Otros artículos de la Ley de 1964, nos ofrecían las bases de la concepción que nos interesa; así el 5.2 se ocupaba de los funcionarios interinos y decía que son *los que, por razón de necesidad o urgencia, ocupan plazas de plantillas en tanto no se provean por funcionarios de carrera*; de modo que resulta que la permanencia sólo corresponde al funcionario de carrera y, además, el artículo 3 calificaba a los funcionarios interinos y a los eventuales, también éstos no permanentes y de confianza, como funcionarios *de empleo*, expresión pues que queda vinculada a una relación no permanente. Por su lado, el artículo 7.1 nos dice que: *Son trabajadores al servicio de la Administración civil los contratados por ésta con dicho carácter, de*

*acuerdo con la legislación laboral, que les será plenamente aplicable. Hay que tener en cuenta, además, que la Ley, en un derogado artículo 6, preveía la contratación administrativa de personal en casos tasados, entre ellos el de la colaboración temporal en tareas que no pudieran ser atendidas adecuadamente por los funcionarios de carrera y, por tanto, al margen de existencia de vacantes en plantilla. Es decir, en el caso en que las tareas eran propias de funcionarios la contratación se sometía a Derecho administrativo y a la jurisdicción contencioso – administrativa y no correspondía una contratación laboral.*

La Ley 7/2007 de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se ocupa de estos conceptos en su Título II y en su artículo 9 define a los funcionarios de carrera en su punto 1 como *quienes en virtud de nombramiento legal, están vinculados a una Administración Pública por una relación estatutaria regulada por el Derecho Administrativo para el desempeño de servicios profesionales retribuidos de carácter permanente*. En el artículo 10 define a los funcionarios interinos como *los que, por razones de necesidad y urgencia, son nombrados como tales para el desempeño de funciones propias de funcionarios de carrera, cuando se dé alguna de las siguientes circunstancias:*

- a) La existencia de plazas vacantes cuando no sea posible su cobertura por funcionarios de carrera.*
- b) La sustitución transitoria de los titulares.*
- c) La ejecución de programas de carácter temporal.*
- d) El exceso y acumulación de tareas por plazo máximo de seis meses, dentro de un período de doce meses.*

Y de su punto 3 resulta clara su naturaleza temporal.

El artículo 11 define al personal laboral como *el que en virtud de contrato de trabajo formalizado por escrito, en cualquiera de las modalidades de contratación de personal previstas en la legislación laboral, presta servicios retribuidos por las Administraciones Públicas. En función de la duración del contrato éste podrá ser fijo, por tiempo indefinido o temporal.*

Por último, hay que señalar la definición que el artículo 12 realiza del personal eventual como *el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuidos con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.*

De estas normas, resultan vigentes las ideas de regulación de Derecho administrativo para los funcionarios y del origen de su relación jurídica en la ley y en el acto de su nombramiento, de su permanencia en el cargo y de su profesionalidad. La permanencia, sin embargo no constituye el elemento esencial y básico del concepto, en cuanto los interinos se califican como funcionarios, mientras que los eventuales, considerados en la legislación de 1964 como funcionarios de empleo, hoy no se definen como funcionarios sino como una simple clase de personal. La situación ya se había configurado así por la Ley 30/1984 en cuanto derogaba el artículo 5.1 de la Ley de Funcionarios de 1964 que concebía y describía al funcionario eventual. Sin embargo, lo que nos importa aquí es resaltar el hecho de que existían y existen funcionarios que no tienen como característica de su condición la permanencia en el puesto, sino que hay que atender a sus funciones y que éstas son las que les remiten al Derecho administrativo; lo que obliga a conectar las funciones públicas con las concepciones y finalidades del propio Derecho administrativo para hallar la

razón y causa de la existencia del propio concepto de funcionarios públicos.

En esta búsqueda de una concepción de las funciones públicas, en la legislación de régimen local, que mantiene conceptos de funcionarios públicos y personal laboral similares a la legislación estatal y básica, sí existe desde mucho antes a la legislación de 1984 y al vigente Estatuto Básico, un cierto concepto de lo que constituyen funciones públicas, ya que el artículo 92 de la Ley 7/1985 de Bases del Régimen Local, en su punto 2, hoy derogado por la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, nos decía: *Son funciones públicas, cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al estatuto funcionarial, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico- financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería y, en general, aquellas que, en desarrollo de la presente Ley, se reserven a los funcionarios para la mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función.* En el apartado 3 del artículo se insistía en este concepto al señalar las funciones públicas reservadas a funcionarios con habilitación nacional, incluyendo, en la de Secretaría, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, y reservando también para ellos el resto de funciones, más la de recaudación; lo que significa realmente que las funciones públicas especificadas son todas las reservadas a dichos funcionarios públicos. El inciso final del apartado 2 del artículo era significativo en cuanto une la necesidad de objetividad, imparcialidad e independencia al concepto de función pública y conducía a la ineludible conexión con los intereses públicos reconocidos en el ordenamiento jurídico.

La reserva antes enunciada y la pormenorización que nos ofrecía el artículo 92 contrastaban con la falta de regulación, en su momento, de las funciones públicas en la legislación estatal y básica y obliga a pensar que el legislador parece creer que en la administración local era preciso recordar más la esencia de la Administración pública como parte del Poder ejecutivo que respecto del Estado o de otras Administraciones públicas. Lo que como contrapartida, al coincidir la reserva general, prácticamente, con la realizada a favor de los funcionarios públicos de habilitación nacional, convierte en lógicas algunas posturas desfavorables a dichos funcionarios o que consideran que existe un ataque a la autonomía local; si bien ello ya se relaciona con la cuestión de la imparcialidad en el ejercicio de la función pública que examinaremos en otro momento. Pero hay que tener en cuenta que el Estatuto Básico del Empleado Público, en su Disposición adicional segunda, prácticamente ha modificado de modo sustancial la situación de los funcionarios de habilitación nacional, incluso variando su denominación por la de *funcionarios de habilitación estatal*, hecho que resulta muy significativo y refuerza la idea de que la Ley ya cuenta con un futuro modelo de Estado de corte federal.

De otro lado, esta Disposición adicional también describe las funciones públicas de las Corporaciones locales, deroga el artículo 92 de la Ley 7/1985 y dice en su punto 1.1: *Son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a funcionarios, las que impliquen ejercicio de autoridad, las de fe pública y asesoramiento legal preceptivo, las de control y fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, las de contabilidad y tesorería.*

Continúa en el punto 1.2 diciendo que: *Son funciones públicas necesarias en todas las Corporaciones locales, cuya responsabilidad*

*administrativa está reservada a funcionarios de habilitación de carácter estatal:*

*a) Las de secretaría, comprensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo.*

*b) El control y la fiscalización interna de la gestión económico-financiera y presupuestaria, y la contabilidad, tesorería y recaudación.*

Sin perjuicio de que el Estatuto en su artículo 9.2 nos ofrece un concepto de funciones públicas y que luego analizamos, en el cambio realizado de la Ley 7/1985 y su regulación de las funciones públicas en el ámbito de la Administración local, por la disposición segunda, lo más destacable es la desaparición del inciso final antes señalado y referido a las funciones que se reserven a los funcionarios de habilitación nacional para mejor garantía de objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio la función, que desde nuestro punto de vista descubría la verdadera naturaleza del concepto de la función pública. Es significativo que se elimine, pues, de otro lado, resulta que era coincidente con la objetividad que se exige a la Administración pública en el artículo 103.1 de la Constitución y con las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones de los funcionarios que el mismo artículo en su punto 3, inciso final, exige que el legislador establezca al regular el estatuto de los funcionarios. ¿Por qué, pues, el cambio?

Antes de analizar la vigente situación de la legislación de la función pública, en otros aspectos que regulan la clasificación de puestos de trabajo, hay que tener en cuenta el derecho europeo que obligó a modificaciones en nuestro ordenamiento jurídico y que es el fundamento del contenido del artículo 9.2 del estatuto Básico del Empleado Público del 2007.

*a) La cuestión en el derecho comunitario europeo.*

En la Comunidad Europea, como resultado de la regulación establecida en el artículo 48.4 de su Tratado Constitutivo (actualmente artículo 39.4), se hace precisa la determinación o definición de los empleos públicos o empleos de la Administración pública que no están sujetos al principio de movilidad o libre circulación de los trabajadores, ya que dicho artículo, que en sus otros apartados establece dicho principio, en el citado 4, dice que sus disposiciones no serán aplicables *a los empleos de la administración pública*.

Esta cuestión o delimitación cabe considerarla equivalente a la definición de lo que constituyen funciones públicas o empleos propios de funcionarios públicos o reservados a los nacionales de un país. Así, el Tribunal Europeo a través de varias sentencias va estableciendo el criterio de que en la consideración de los empleos de la Administración pública excluidos o excepcionados del principio general de libre circulación, se debe actuar con criterios restrictivos y configura una idea según la cual estos empleos excluidos serían aquellos en los que se dan o existen: *actividades específicas de la Administración pública en tanto que está investida del ejercicio de la potestad pública y encargada de la responsabilidad de la salvaguarda o defensa de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas como las administraciones municipales*.

Fijado este concepto, resulta esencial una Comunicación de la Comisión, la 88/672/02<sup>63</sup>, que considera como funciones específicas del Estado y de las colectividades que puedan asimilársele a las siguientes: Fuerzas armadas, policía y otras fuerzas de orden público; la magistratura; la Administración fiscal y la diplomacia. Respecto de los "empleos" considera aquellos en que se *trate de personal que realiza actividades organizadas en torno a un poder jurídico- público del Estado o de otra persona moral de derecho público*; y continúa ejemplificando, "*actividades tales como la elaboración de actos jurídicos, la ejecución de dichos actos, el control de su aplicación y la tutela de los organismos dependientes*".

Es decir, la función pública queda estrechamente ligada con el orden administrativo o con el campo que conocemos como propio de los funcionarios civiles, así como al ejercicio de potestades administrativas traducidas en actos jurídicos (hay que entender a éstos como actos jurídicos administrativos y actividades conectadas con este ejercicio) Queda más clara esta circunscripción restringida del concepto cuando se observa que la Comunicación no considera incluidos en la excepción, y sí como sectores prioritarios en el establecimiento de una libre circulación de trabajadores, a los siguientes: Transportes públicos; distribución de electricidad o gas; compañías de navegación aérea o marítima; correos y telecomunicación y organismos de radiodifusión; salud pública, enseñanza pública e Investigación civil en establecimientos públicos.

Aun cuando no se especifica, también serían empleos públicos, en la terminología comunitaria, sujetos a libre circulación, los que impliquen gestión administrativa que no suponga el ejercicio de poder jurídico-público; en consecuencia, de la ejecución solamente la ejecución jurídica

---

63 Véase nota 38

de los actos administrativos o las decisiones de ejecución forzosa de su contenido cabe considerarlas como funciones públicas; así como el control de la aplicación de dichos actos, quedando en cambio, para mí, más indefinido lo que se entiende por tutela de los organismos dependientes, que también cabe entender, en principio, referida al ejercicio de poder jurídico- público, en cuanto comprenda las autorizaciones entre órganos administrativos o Administraciones públicas. Sin embargo el concepto que se deduce de la normativa comunitaria también nos ofrece una amplitud desde el momento en que considera incluida en las funciones públicas la salvaguarda o defensa de los intereses generales del Estado o de otras colectividades públicas como las administraciones municipales. Con esta concepción más amplia quedan comprendidos otros funcionarios como los militares o fuerzas armadas, que indudablemente lo son, si bien los estudios y análisis de la función pública suelen olvidarlos; claro está que desde nuestro punto de vista de conexión con el derecho, la simple defensa de un interés público y el ejercicio de autoridad no nos conduce tampoco a una reflexión específica al respecto, salvo el evidenciar el papel que algunos de los cuerpos pertenecientes a estas fuerzas armadas juegan en orden al mantenimiento del orden público y en el procedimiento sancionador, por tanto, incidiendo con sus actas en él. Actas que constituyen actos administrativos. Se evidencia, también que el papel de los militares y del resto de los cuerpos armados, cuerpos de la Guardia Civil o de policía, no es el mismo y que éstos inciden en el procedimiento administrativo en el campo de sujeción especial social, mientras que los militares, sin perjuicio de su función de la defensa nacional, en situaciones normales inciden en relaciones de sujeción especial institucional.

b) *La situación en el reciente derecho de la función pública. La Ley 7/2007, Estatuto Básico del Empleado Público.*

Mientras en la Comunidad Europea se construye la doctrina y las decisiones antes comentadas y que implican, desde mi punto de vista, un concepto restrictivo de la función pública y que dirigen a soluciones como las mantenidas en el derecho alemán y que en términos generales hemos comentado, en España la polémica sigue vigente, surgiendo un hecho que condiciona la evolución de la cuestión. Este hecho es la Sentencia 99/1987 del Tribunal Constitucional respecto de la impugnación de determinados artículos de la Ley 30/1984 y que, en concreto, desde el punto de vista que nos interesa, declara inconstitucional el último inciso de su artículo 15.1, es decir aquel que, tras haberse establecido cuál debe ser el contenido de las relaciones de puestos de trabajo, decía que debían, en ellas, especificarse *aquellos puestos que en atención a la naturaleza de su contenido se reservan a funcionarios públicos*. Se entendía que esta disposición legal implicaba una delegación del legislador en la Administración de una cuestión que era materia de reserva de ley y que, por tanto, debía definirse por la propia Ley y no por la Administración.

En definitiva, se estaba obligando al legislador a definir lo que constituyen funciones públicas. En cumplimiento, pues, de este mandato se dicta la Ley 23/1988 que acabaría realizando una afirmación general de que los puestos de trabajo de la Administración del Estado serán desempeñados por funcionarios y establece unas excepciones basadas no en el contenido de la actividad o de la función sino en otros factores de carácter pragmático.

Se eludió verdaderamente la fijación de un concepto de funciones públicas y ni siquiera se abordó el problema de la libre circulación conforme a los criterios señalados de la Comunidad Europea. La decisión fue, en definitiva, favorable a un concepto amplio de funcionario público y una vuelta atrás en las ideas de laboralización, aun cuando el criterio fuere el de la Administración del Estado y sin que obligara a las Comunidades Autónomas a adoptar el mismo; si bien, sí se veían obligadas a definir lo que constituyen funciones públicas en su organización.

Las excepciones que la Ley 23/1988 mantenía a la funcionarización lo eran con respecto a los puestos no permanentes; los instrumentales en determinadas áreas, tales como mantenimiento, protección civil, cultura, etc.; los puestos en el extranjero; los de especialistas en donde no existan Cuerpos o Escalas de funcionarios y los de oficios. La decisión, particularmente, por lo que se refiere a los especialistas evidenciaba que no existía un concepto de función pública sino una decisión pragmática. Lo mismo evidenciaba el hecho de que un puesto en el que se vayan a realizar funciones públicas pudiera ser desempeñado por personal laboral sólo por la razón de que no es permanente o satisface necesidades de carácter periódico y discontinuo, cuando, tal como ha ocurrido en algunos casos, los Tribunales de Justicia han anulado actos administrativos en virtud de haber sido adoptados por personal laboral y no funcionario y, entender, en consecuencia que su régimen jurídico no les habilitaba para el ejercicio de autoridad. La situación se supera por el Estatuto Básico del Empleado público, en especial por su artículo 10.1 de los funcionarios interinos que hemos reflejado y por el 9. 2 antes mencionado.

La realidad es que las Comunidades Autónomas siguieron el criterio estatal y se mantuvo el concepto tradicional de considerar funcionarios a

los sometidos a Derecho administrativo y se partió de una consideración general de que los puestos de sus Administraciones públicas son propios de funcionarios, e incluso se recogen las mismas excepciones antes señaladas. En la Comunidad Autónoma Valenciana, sin embargo, que mantuvo una estructura de la función pública, inicialmente, no corporativa, sino basada en el puesto de trabajo, por Ley 6/1990 se realizó un intento de definición de las funciones públicas al modificar el artículo 16 de la Ley 10/1985 y establecer los puestos que cabe clasificar en la Administración general y en la especial. En este sentido destaca que en ambos casos se establecía la conexión de las funciones a realizar a la producción de actos administrativos. Es decir, se estableció una relación con el ejercicio de poder.

Ya en concreto, consideraba funciones públicas de Administración general las siguientes:

*a) Las de fe pública, asesoramiento jurídico- económico y defensa en juicio.*

*b) Las de gestión de la contratación, gestión de personal y de la organización de la estructura administrativa.*

*c) Las de gestión económico- financiera y presupuestaria, y su control y fiscalización, y la contabilidad, tesorería y recaudación.*

*d) Las que suponen el ejercicio de tareas de carácter administrativo, como soporte de cualquier actividad de la Administración, comprendiendo aquéllas tales como las de dirección, planificación, coordinación, inspección, estudio, propuestas, gestión, trámite, colaboración, impresión, ordenación y archivo.*

En cuanto a la Administración especial consideraba como sus puestos propios: *aquellos que, aún ejerciendo funciones tendentes a la producción de actos administrativos, éstas tengan un carácter técnico en razón del ejercicio de una determinada profesión o profesiones específicas.*

La decisión se acercaba más que la estatal a las pautas de la Comunidad Europea, al conectar las funciones con la emisión de actos administrativos - concepto que debe entenderse en sentido jurídico y de potestad -, si bien parece revestir una mayor amplitud y una especial consideración de los factores económicos, coincidiendo en ello más bien con la legislación de régimen local. No obstante, la decisión había que considerarla más valiente que la estatal y susceptible de producir avances en los conceptos, pero lo cierto es que en reformas posteriores de la ley, las anteriores matizaciones respecto de la Administración general han desaparecido. La Ley Valenciana 10/2010 en sus artículos 14 y 15 vuelve a los criterios generales de servicio a los intereses generales, profesionales y retribuidos y relación regulada por el Derecho administrativo, si bien, al atender a la clasificación de los puestos de trabajo, el artículo 37 al considerar los de naturaleza funcionarial ha de acudir al criterio del Estatuto Básico, en su artículo 9.2, que luego reflejo, y del derecho europeo y establecer que se clasificarán como puestos de naturaleza funcionarial, *aquellos cuyo desempeño implique participación directa o indirecta en el ejercicio de potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales.*

Pero ya hemos mencionado con anterioridad la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público y reflejado su definición del funcionario de carrera, del interino y del eventual, así como su disposición adicional segunda y las funciones públicas en las corporaciones

locales, pues bien, este Estatuto en su artículo 9.2, tras describir el funcionario de carrera y vincularlo a la existencia de una relación regulada por el Derecho administrativo, nos dice: *En todo caso, el ejercicio de las funciones que impliquen participación directa o indirecta en el ejercicio de las potestades públicas o en la salvaguarda de los intereses generales del Estado y de las Administraciones Públicas corresponden exclusivamente a los funcionarios públicos, en los términos que en la ley de desarrollo de cada Administración Pública se establezca.* El Estatuto, en este artículo, refleja pues claramente lo establecido en la normativa europea. Su redacción, en cambio, puede ser interpretada en un sentido amplio y entender que, al referirse a *funciones* y no a puestos de trabajo, la reserva alcanza a los cargos públicos también y que en aquellos en los que se ejercen estas funciones deben reservarse también a funcionarios públicos. Si bien nos encontramos con un estatuto funcionarial, la cuestión tiene que ver con la mayor o menor profesionalización o politización de las Administraciones públicas y no se aleja de soluciones ya adoptadas por nuestro ordenamiento jurídico, en especial por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, en su artículo 6.10, en relación con la reserva a favor de funcionarios que realizan el artículo 15.2 respecto de los Subsecretarios, el 17.3 respecto de los Secretarios generales técnicos y el 18.2 respecto de los Directores generales; todos ellos cargos claramente políticos.

De los puntos anteriores se puede concluir que en la normativa de nuestro ordenamiento jurídico y del europeo que se nos incorpora no existe un concepto de función pública absolutamente determinado y unívoco, pero sí que las pautas para determinarlo, en los casos en que se evidencian, se mueven alrededor del ejercicio de potestades y de la emisión de actos jurídicos y actos administrativos en que se manifiesta; de modo que, puede

estimarse que los puestos de trabajo que se corresponden con las áreas de poder y con la organización administrativa o político administrativa cercana a las decisiones políticas y jurídicas son aquellos en los que se ejercen funciones públicas. En definitiva, y como ponen de relieve las manifestaciones residuales, que también se evidencian, existe una conexión final con la necesaria eficacia de los intereses generales y públicos, lo que, a su vez, precisa de una determinación de los que corresponden como fines y competencias de las Administraciones públicas, de tal manera que las funciones públicas se ejercen a través de las competencias administrativas y son siempre una manifestación de las potestades administrativas o de la colaboración directa en su ejercicio o, en su sentido más amplio, son las actividades que se encaminan o dirigen a garantizar que las actuaciones administrativas o políticas se ajustan a los intereses públicos o generales, lo que significa que en su realización se han aplicado los principios generales de eficacia, racionalidad y economía que exige el ordenamiento jurídico. Estos últimos aspectos son los que, dentro de un concepto restringido de función pública, permiten concebir como funcionarios no exclusivamente a aquellos que intervienen en el seno de un procedimiento administrativo y en torno a la producción de actos administrativos, sino a todas aquellas personas que a un nivel de gestión realizan una actividad dirigida a justificar y hacer eficaz la decisión, medida o acto a adoptar. Pero, al mismo tiempo, se nos ofrece con ello un concepto de autoridad conectado con la garantía de los intereses generales, más que con la decisión en sí misma o la resolución o acto de voluntad. Es decir, las resoluciones o actos administrativos o decisiones administrativas aparecen como actos de poder y, por tanto, de autoridad, en sí mismos, pero como garantía de su acierto jurídico, eficacia, racionalidad, economía, etc., aparecen otras funciones públicas y actos que constituyen autoridad por su sentido garante y técnico. Son actos de poder indirecto.

No obstante, también se abre un concepto más amplio, ya que el que hemos referido se ajustaría o adecuaría más a los niveles altos del funcionariado, según el cual todo el personal que se desenvuelve en el aparato burocrático, tomado también este concepto en sentido amplio y general, acaba siendo considerado como funcionario, con la excepción de aquellos sectores que la ley incluye como personal laboral. Muestra de esta solución fue el apartado d) que antes hemos reflejado de la consideración de las funciones públicas por la Comunidad Valenciana en su Ley 6/1990.

Estas soluciones generalizadoras del concepto de funcionario público no afrontan el problema de una, quizá necesaria, delimitación del directivo en la administración pública ni la distinción entre funcionarios y empleados presentes en otras soluciones técnicas de la ordenación de la función pública en otros países. Cuestión que supone un acercamiento al concepto restringido de función pública, con su conexión con el poder, pero también con la eficacia y eficiencia administrativa, siendo quizá esta falta de abordamiento de la cuestión un problema más en la eficacia de las Administraciones públicas. Pero la cuestión de no restringir el concepto de la función pública sólo al ejercicio de autoridad y ampliarlo a los aspectos de gestión que inciden en la eficacia político - administrativa y no en la mera eficacia de gestión de ventanilla o documental, requiere a la larga que queden definidos, en los procedimientos y protocolos de actividades, aquellos actos que se configuran como necesarios y que, por tanto, se constituyen en garantía de los intereses públicos y, finalmente, en muestra de poder o función pública. Esta definición es la única que permitiría un corte entre función pública y mero empleo público. Al incluir la eficacia político administrativa y la administrativa de alto nivel, se introducen en el sector de la función pública parcelas de actividad gestora o de la función de

mantenimiento, en terminología de Baena del Alcázar<sup>64</sup>, en los campos que contribuyen a la eficacia de las políticas públicas y su ejecución, asumiendo importancia entonces, básicamente, la gestión económica y la de recursos humanos, sin perjuicio de otras técnicas específicas. Por tanto, también aquí se muestran las facetas relativas al derecho y la organización y la necesidad de que los aspectos organizativos no descuiden las garantías que exige el derecho o que el derecho no deje de regular los aspectos organizativos que son garantía de los derechos subjetivos y de los intereses públicos. Tampoco en este campo, acierta el Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, al englobar a todo el personal como empleado público y al regular en su artículo 13 el personal directivo profesional, como analizaremos en su momento en otro capítulo, porque realmente no regula el directivo público propiamente dicho ni aborda las cuestiones aquí apuntadas.

También es importante destacar que los aspectos organizativos y los intereses públicos y principios legales que les son de aplicación llevan a considerar un concepto del acto administrativo que no puede reducirse o restringirse exclusivamente a las resoluciones administrativas o actos jurídicos en sentido estricto, sino que alcanza a todos los actos técnicos que son garantía del Derecho administrativo y de principios legales de la organización y efectividad de los intereses públicos, que se configuran como actos técnicos que se manifiestan en el seno de procedimientos administrativos como trámites y que al influir en el contenido de las resoluciones, no siendo estrictamente jurídicos sí producen o pueden producir, en su caso, efectos jurídicos. Esta es cuestión, sin embargo a tratar en un punto posterior.

---

<sup>64</sup> *Curso de Ciencia de la Administración*. Volumen I. Edit. Tecnos. Madrid 1999.

En conclusión, toda esta cuestión puede estar sujeta a múltiples matices e incluso el concepto de Derecho administrativo es vario, en el sentido de que la doctrina administrativista pone su atención en factores distintos para llegar a él; de modo que, tanto la organización, como la actividad administrativa se constituyen en las ideas básicas de dicho concepto y que por ello, incluso, el servicio público llegó a ser la idea maestra explicativa del Derecho administrativo. Pero, no obstante ello, lo cierto es que el régimen de Derecho administrativo se nos caracteriza por la configuración del Poder ejecutivo, y de la Administración como parte componente de él, como poder jurídico y en la configuración del acto administrativo como acto jurídico ejecutivo y ejecutorio y, por ello, destacábamos que la función pública ligada a esta producción de actos administrativos se nos configuraba como un concepto propio del Derecho administrativo y de su núcleo duro o básico, mientras que el servicio público desligado del poder o del acto jurídico, aparece como un factor organizativo y como una actividad prestacional que no sólo interesa al Derecho administrativo, sino que incluso se somete en gran parte al derecho privado y en el que el personal que lo presta se somete a regulaciones de derecho privado o laboral

Resulta así que la razón del sometimiento de los funcionarios al Derecho administrativo sólo puede tener como causa el que su actividad, o su función, sea pública, en el sentido de estar directamente relacionada con el ejercicio de potestades o, en su caso, en la protección y garantía de los intereses públicos y generales declarados por la ley. También, de este modo, resulta que el ejercicio de funciones públicas es el punto de conexión con la permanencia del funcionario público.

Por lo que se refiere a la conexión con las políticas públicas, las funciones públicas se muestran más próximas a los factores organizativos, sin perjuicio del necesario análisis de su ajuste a lo ordenado jurídicamente y, en consecuencia, en intimidad con los intereses públicos dirigidos a la eficacia y racionalidad de las decisiones político – administrativas o, simplemente políticas, en cuanto necesitan de una ejecución administrativa<sup>65</sup>.

Resumiendo, pues, y sin analizar todas las cuestiones que en torno al concepto de función pública se nos plantean, es evidente la conexión del concepto de función pública con el derecho, comprendiendo las actuaciones garantizadoras de los intereses públicos definidos en las leyes, bien en una vertiente estrictamente jurídica bien en la técnica que contribuye a la adopción de resoluciones ajustadas a derecho o acorde con la eficacia de las garantías exigidas legalmente a favor de la eficacia y racionalidad administrativa. Por ello, el artículo 103.3 de la Constitución exige del legislador que establezca el sistema de incompatibilidades y las garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones de los funcionarios públicos. Y esta es también la razón por lo que la permanencia en el empleo, puesto o cargo, es consustancial al concepto de función pública profesional o de carrera. En cambio, el concepto de empleado, tal como hemos visto, al no ejercer autoridad relativa con el derecho o la eficacia de las decisiones públicas o, incluso, con la dirección de la organización, como mero ejecutor de ordenes superiores se conecta, pues, con la mera organización y fuera del Derecho administrativo, para algunos regulada por el derecho civil que en nuestro caso sería el laboral. Por tanto,

---

65 De extraordinario interés y en completa conexión con las cuestiones que en esta obra se plantean, si bien con un enfoque distinto, más general y de ciencia de la administración, resulta la obra de **Baena del Alcázar, Mariano**, ya citada., *Curso de Ciencia de la Administración. Volumen I*; en especial y más en directa conexión con lo aquí expuesto, en sus capítulos IX a XIII.

el empleado es una categoría más de personal en estas soluciones y no un concepto comprensivo de toda clase de personal al servicio de las Administraciones públicas, como plantea la Ley 7/2007, de 12 de abril.

Pero vemos que, también se nos ofrece, como hemos manifestado, una conexión de la función pública, a través de los intereses públicos, con los fines y competencias públicas y con el concepto de acto administrativo que es la cuestión que se aborda un poco más adelante.

***B) La función pública como forma de organización del poder público o estatal***

Hemos visto pues la conexión con el derecho de la función pública y también la conexión con los aspectos organizativos, pero quizá lo más importante que subyace en el concepto, en su conexión con la autoridad y con las potestades y con la garantía jurídica y de los intereses públicos, es que la función pública no es una simple cuestión de ordenación del personal de las Administraciones públicas y, por tanto, un problema de organización de las mismas, sino que realmente lo que constituye es un elemento de la estructura del poder del Estado y de la configuración del Poder ejecutivo y, en consecuencia, también un elemento de la configuración de sus dos componentes Gobierno y Administración y en especial de la consideración de ésta como Poder público y no sólo como organización medial o complementaria. No es este en cambio el criterio que destaca el Estatuto Básico del Empleado Público, ya no sólo en su propia denominación, sino en muchos de sus aspectos, aunque, como es natural, no tiene más remedio que abarcar las cuestiones relativas a la actividad administrativa pública y al poder administrativo.

La garantía que supone la función pública, tanto en el aspecto jurídico, como en el político, como en el técnico, constituye el fundamento de su poder y sienta los límites de la configuración del mismo. Recordemos que aparece como el poder que equilibra el poder político como tal y pasa a ser un elemento de legitimación de resoluciones y decisiones de las Administraciones públicas. Si esta perspectiva y núcleo esencial de la función pública se pierde, si se configura sólo como una cuestión de organización administrativa o como una regulación estatutaria de derechos y obligaciones de unos empleados o trabajadores, se pierde la de la organización del poder público y de las garantías del sometimiento a derecho del mismo. Pero esta configuración de la Administración y de los funcionarios públicos como poder y autoridad, que exige distinguir el de éstos respecto de las personas que ejercen el poder político administrativo o cargos políticos y que configura dos formas distintas de legitimación, que no es otra cosa que derecho constitucional y organización establecida jurídicamente, quizá no interesa al poder político establecido y de ahí que muchos de los problemas que mantiene nuestra función pública y su ordenación legal, tenga que ver con la apropiación política de la organización de las Administraciones públicas y con la desprofesionalización que en el prólogo apuntábamos. Vemos, pues, que la organización en su nivel más alto, en este de la estructura del poder del Estado, es Derecho, en su sentido más sólido o fuerte, el que representa la regulación del Estado de Derecho, y que en él la función pública es un eslabón esencial y donde derecho y organización aparecen estrechamente unidos.

Pero una vez más, hay que destacar que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público no ha ido por este camino y no ha querido destacar estos aspectos preocupándose más de los

problemas actuales que plantean las Comunidades Autónomas nacionalistas.

## **7.- LA NOCIÓN O CONCEPTO DEL ACTO ADMINISTRATIVO. SUS REPERCUSIONES.**

En el análisis de todos los anteriores conceptos ya hemos puesto de manifiesto en diversas ocasiones la relación de los mismos y de algunas de sus cuestiones con la noción del acto administrativo e, incluso, se ha apuntado, al analizar la función pública, nuestra postura al respecto. Ya al inicio, al exponer las concepciones del Derecho administrativo y el origen de éste en la Revolución francesa y su fundamento en la concepción de la separación de poderes que de ella deriva, se ha visto, en dichos momentos, la necesidad de separar Administración y Justicia, cuestión que deriva en la creación de una justicia administrativa, dependiente del ejecutivo, representada orgánicamente por el Consejo de Estado francés, de modo que surge la necesidad de determinar los actos de la Administración que se someten a su jurisdicción y que no son controlables por el poder judicial o por la jurisdicción ordinaria o civil. De este modo, se va configurando una categoría de actos o actuaciones sometidas a la jurisdicción de dicho Consejo a través de su jurisprudencia y se va definiendo el contenido propio del Derecho administrativo. La noción del acto administrativo, lógicamente, deriva en una cuestión jurídica y sólo interesan, en la categoría, aquellos actos de la Administración que se someten a Derecho administrativo, que es lo mismo que decir que sólo interesan los que se someten a la jurisdicción administrativa. En España este proceso se asimila, junto con el régimen de Derecho administrativo y con las formas de organización de una justicia administrativa, representado por el Consejo

Real o de Estado, que, a su vez, también asimila la jurisprudencia del Consejo de Estado francés<sup>66</sup>.

Podemos, pues, afirmar que interesa la actuación jurídica y dentro de ella no interesan los actos sometidos a derechos distintos del Derecho administrativo y a jurisdicciones distintas de la administrativa, los cuales no forman parte de la noción. De otro lado, también se distingue otra categoría de actos que por aplicación de la división de poderes no se consideraron justiciables y que se engloban en el concepto de actos políticos o de gobierno, cuyo enjuiciamiento sólo resulta posible desde los aspectos formales o por sus consecuencias lesivas y posible indemnización, pero no lo son por razón del sujeto y la materia. Junto a ello, también hemos visto que se configura jurisprudencialmente otra categoría, la de los actos administrativos discrecionales en los que quedan comprendidos los actos de organización como competencia exclusiva de la Administración y cuya materia o contenido se consideran como metajurídicos, por lo que la jurisdicción sólo controlaría sus elementos reglados.

Esta última categoría o distinción que considera a la organización como una cuestión metajurídica, unida al predominio del derecho subjetivo sobre otras nociones, es de resaltar en cuanto influye, como ya hemos ido poniendo de manifiesto, en el alcance de lo jurídico y con ello en los límites del control de legalidad de los actos administrativos y, en definitiva, en el sometimiento real del Estado al Derecho.

---

<sup>66</sup> El análisis y estudio de este proceso forma parte del contenido de cualquier texto o manual de Derecho administrativo. No obstante es recomendable la lectura del Capítulo X, punto I, del Tomo I del *Curso de Derecho Administrativo* de **García de Enterría**; op. cit; p. 533 y ss. También lo es la exposición que **Santamaría Pastor** realiza en su obra *Principios de Derecho Administrativo*, Volumen II, Edit. Centro de Estudios Ramón Areces, S.A. Madrid 2000; p.127 y ss y más recientemente **Muñoz Machado, S**, en *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General*. Tomo I; op.cit. p. 25 y ss.

El análisis jurídico del acto administrativo al conformar una categoría o concepto viene a contraponer o a distinguir acto administrativo de actuación administrativa, de modo que el primero constituye una noción restringida, que a su vez se carga de matices y distinciones al efecto de aislarla o distinguirla de otras categorías y conceptos jurídicos. Así una parte de la doctrina trata de diferenciar el acto administrativo de los reglamentos a cuyo efecto en la construcción del concepto parten de la concreción de los actos frente a las normas y distinguen éstas y aquéllos, para incluir el reglamento en la categoría de las normas o del ordenamiento jurídico; sin que ello excluya a los reglamentos de las actuaciones sometidas a control jurisdiccional. En dicho proceso de distinción de categorías, otra de las exclusiones del concepto de acto administrativo es la de los contratos administrativos, considerando que aquél es una manifestación de poder unilateral de la Administración y que se impone a los particulares, mientras que el contrato es un negocio jurídico bilateral.

En definitiva, no todas las actuaciones jurídicas o productoras de efectos jurídicos se integran en el concepto restringido de acto administrativo que la doctrina o la ciencia del Derecho administrativo va construyendo. La creación de esta categoría o concepto restringido resulta útil a efectos didácticos y de comprensión de los distintos matices y elementos que caracterizan a los diferentes actos jurídicos, pero resulta perturbadora a la hora de considerar la actuación de las Administraciones públicas sometida a derecho y, en consecuencia, a control jurisdiccional, en especial a la administrativa o, en nuestro caso, a la jurisdicción contencioso-administrativa. Y ello es así porque el predominio de una concepción de lo jurídico basada en la producción de efectos jurídicos, sobre todo en la *declaración de voluntad* productora de dichos efectos, acentúa la visión del derecho subjetivo o de la producción de efectos

jurídicos en las situaciones jurídicas de los particulares y se centra en la creación de relaciones jurídicas, de tal modo que la bilateralidad como base de lo jurídico sigue estando presente<sup>67</sup>.

Es a través de la visión o acento puesto en la declaración de voluntad, como una buena parte de la doctrina acaba excluyendo de la categoría de los actos administrativos a aquellos actos que no tienen carácter de resoluciones administrativas o que no son finalizadores de un procedimiento. De este modo, los actos de trámite del procedimiento administrativo acaban perdiendo importancia, sobre todo porque no son impugnables en sí mismos, sino a través de la resolución definitiva, salvo que causen indefensión o impidan continuar en el procedimiento a los interesados en él, lo que supone para ellos realmente un acto finalizador. Ello supone, también, que los actos de trámite en procedimientos que no producen actos administrativos o jurídicos en su sentido estricto, que no presentan una relación bilateral individualizada, o que no producen efectos jurídicos directamente en los derechos o situaciones jurídicas de los particulares, acaban teniendo una restricción en la legitimación activa procesal ante los tribunales de justicia. Los actos de trámite o gestión en los procedimientos que no se dirigen a producir resoluciones administrativas propiamente dichas, sino otro tipo de decisiones, bien sean organizativas o de planificación y de políticas públicas, ven en la realidad reducida la legitimación a los intereses colectivos institucionalizados que se vean afectados; es decir la mera afectación a intereses públicos, como ya hemos

---

<sup>67</sup> En relación a la bilateralidad, relación jurídica o a las nociones de acto administrativo y negocio jurídico, sigue siendo esencial, **Santi Romano** y su obra *Fragmentos de un diccionario jurídico*. Ediciones Jurídicas Europa América. Buenos Aires 1964, p 20 y ss. El cual, además, en orden a la cuestión de los actos jurídicos y la relación con la declaración de voluntad nos dice *Por consiguiente, consideraré como actos jurídicos solamente los pronunciamientos, manifestaciones o declaraciones, de mero contenido psicológico, ya de voluntad, ya de representación ( conocimientos, convicciones, juicios, comprobaciones, etc.) ya de sentimientos (intenciones, deseos, votos, instancias, perdones)* p.23. Desde el punto de vista que aquí manifestamos resulta de interés la consideración como actos jurídicos de los que denomina actos jurídicos de representación, recogidos en el paréntesis correspondiente.

señalado en otro momento, no da lugar a acciones procesales, pues su defensa o definición, entre los diversos intereses individuales o colectivos imperantes, corresponde a la misma Administración. Resulta así una situación que hoy manifiesta efectos perversos, puesto que en el fondo la consideración de que la defensa de los intereses públicos es cuestión de la Administración, verdaderamente la sitúa como poder jurídico, pero la realidad es que se acaba considerando que esa actividad es de organización y no controlable por los Tribunales, no es pues derecho. Influye la consideración francesa de la separación entre Administración y Justicia y las vicisitudes que la justicia administrativa y contencioso-administrativa ha tenido en España y la asimilación de la jurisprudencia francesa en unas épocas y sistemas, aplicándola en otras distintas en las que no existen los mismos presupuestos o sistema y para los que resulta inadecuada. De modo que, no toda la actividad administrativa se controla jurídicamente por la jurisdicción contencioso-administrativa.

En definitiva, los criterios formalistas y estrictamente jurídicos se imponen y, en cierto modo, determinan una reducción de lo jurídico a los efectos individualizados que vienen representados por la resolución y, a su vez, una identificación de los actos de trámite con una cuestión organizativa y, con ello, la misma consideración se puede producir respecto del procedimiento. Se produce así una pérdida de conciencia respecto del aspecto garantizador del procedimiento en todo aquello que no afecta a los derechos subjetivos y el aspecto garantizador general de la legalidad y de los intereses públicos queda olvidado.

Al analizar el concepto de la función pública se estaban ya viendo las consecuencias, en cuanto en dicho punto realmente estábamos ofreciendo un concepto más amplio de los actos de autoridad no identificándolos

exclusivamente con las resoluciones que se imponen a los particulares, sino considerando incluidos a los que son garantía de legalidad y de la efectividad de los intereses públicos. Es decir, los actos de trámite que contribuyen a la configuración de las declaraciones de voluntad administrativas, son actos administrativos lo que, sin dejar de influir en la configuración de los derechos subjetivos o de producir efectos en el seno de un procedimiento, tanto se dirija éste a producir resoluciones administrativas como otra categoría de actos o actuaciones, viene a constituir una función de mayor alcance, importancia e intensidad que dicho efecto individualizado, para alcanzar la categoría de poder dirigido a la garantía general del orden jurídico y de los intereses públicos. El acto administrativo, de este modo, desde mi punto de vista es bastante más que un negocio jurídico en el sentido del derecho privado. Esta consideración me ha llevado a una concepción amplia de los actos administrativos y a su definición como *aquellos dictados o producidos, con un fin público o en virtud de potestades, por las Administraciones públicas o personas habilitadas por el ordenamiento jurídico, de carácter no normativo y dirigidos a producir efectos en las situaciones jurídicas de los particulares o en el seno de un procedimiento administrativo, bien encaminado a producir resoluciones administrativas, o bien a definir o hacer eficaces las políticas públicas*<sup>68</sup>.

En definitiva, tal como evidenciamos en el momento de analizar el concepto de función pública cabe distinguir entre actos de autoridad política, actos de autoridad jurídico - administrativa y de autoridad técnica. De otro lado, las decisiones organizativas es evidente que, aun cuando conllevan una serie de actuaciones de gestión y de trámites técnicos

---

<sup>68</sup> Véase *Lecciones de Derecho Administrativo*. Op. cit., p. 337 De otro lado, esta conexión del Derecho administrativo con todo tipo de decisiones administrativas es lo que hemos visto que propone, en cierta manera **Schmidt-Assmann**.

necesarios en garantía de su acierto y eficacia y ajuste a los intereses públicos definidos por el ordenamiento jurídico, se muestran siempre formalmente bien como actos administrativos o resoluciones, bien como reglamentos. El concepto amplio representa una conexión con la organización. Supone considerar actos administrativos no sólo los actos de trámite en un procedimiento administrativo jurídico, sino en todos los procesos de adopción de decisiones en los que deben incluirse o considerarse actos tales como los informes técnicos que garantizan el cumplimiento de los principios generales de la organización tanto constitucionales como legales; principalmente el ahorro de gasto público, o la necesidad de la medida y la eficacia y racionalidad de la misma. Estos actos en cuanto garantizan estos principios recogidos en el derecho y los hacen eficaces son jurídicos y son siempre administrativos, sin que quepa su atribución a un orden externo o privado, por eso constituyen funciones públicas. Pero también obligan a que se defina legalmente un concepto de directivo público con carácter de funcionario y no que nos desenvolvamos en la vaguedad y ambigüedad actual del Estatuto Básico del Empleado Público.

La conexión entre función pública y acto administrativo resulta evidente pero presenta una serie de aspectos que, excediendo del derecho, afectan de modo muy importante, tal como ya hemos señalado, a los esquemas formales del Estado de Derecho y, con él al alcance del Derecho administrativo y de la jurisdicción contencioso-administrativa. Pero, por ello mismo, se está afectando a los esquemas de distribución de poder, no ya en los citados aspectos formales sino en sus aspectos reales, de modo que la influencia, pues, no es si realmente se está reconociendo la configuración de poder de la Administración pública dentro del esquema constitucional o de las exigencias de la Constitución, sino ¿a qué esfera de

poderes fácticos afectaría el cumplimiento estricto de dichos esquemas formales o de poder de la Administración pública o de sus funcionarios?, lo que excede de los análisis jurídicos para afectar directamente a la Ciencia de la Administración y, con ello, a la organización de las Administraciones públicas.

De un modo u otro, lo que nos manifiesta esta cuestión es que no se puede realizar un estudio de los problemas que afectan a la Administración pública sólo desde las vertientes jurídicas o sólo desde las organizativas y sociales. El concepto del acto administrativo nos obliga a reflexionar sobre la conexión que puede darse entre las concepciones científicas, en este caso entre las categorías jurídicas, y la afectación de intereses determinados; así como en la misma relación entre dichas categorías y determinadas formas de organización congruentes con ellas y las disfunciones que los mismos determinados intereses puedan producir en dichas organizaciones.

Ya hemos dicho con anterioridad que las resoluciones administrativas o las decisiones importantes de las Administraciones públicas se dictan o acuerdan por los órganos administrativos cuyos titulares son políticos o personas de designación política y que en ellos se hace radicar formalmente la voluntad jurídica que, a su vez, debe fundarse en la voluntad normativa, básicamente la legal. Esta configuración del procedimiento y organización de la actuación administrativa desde los esquemas formales y las abstracciones jurídicas y legales, tiene muchas implicaciones. Trataremos de exponerlas.

La primera que cabe destacar es que las actuaciones administrativas con efectos jurídicos o en los intereses públicos, tienen que tener fundamento o base en una norma jurídica o en la existencia de unos

intereses públicos determinados y que ello implica un análisis del Derecho o, en su caso, un soporte analítico de las circunstancias, de las soluciones técnicas y económicas y de los intereses afectados y de la repercusión de la propia decisión o de sus efectos en general.

La segunda es que la decisión o manifestación de la voluntad radica en los órganos políticos de la Administración pública o en los gobiernos de las Administraciones públicas, a los que formalmente no se les exige el conocimiento técnico que se corresponde con los contenidos y efectos de las resoluciones que dictan y actuaciones que deciden.

La tercera es que en garantía del derecho en general, de los derechos subjetivos, de los intereses públicos o generales y de los sectoriales o de grupo, el proceso para la adopción de las decisiones exige de un procedimiento formalizado en garantía de la legalidad, eficacia, oportunidad y ajuste a los intereses públicos. Ello supone la participación en el procedimiento de los funcionarios públicos especializados en la materia correspondiente, jurídica o técnica; seleccionados de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, garantizadores a su vez de su capacidad técnica, y en situación de actuar con objetividad e independencia. Participación que exige la presencia física en el procedimiento de actuaciones o trámites formalizados, que, por ello y por su finalidad, son también actos administrativos.

La cuarta, sin perjuicio de la existencia de vías administrativas de revisión de las actuaciones acordadas o decididas, es la posibilidad del control de legalidad de las actuaciones administrativas por el poder judicial. Control de legalidad que la Constitución establece para la actuación

administrativa en general y no sólo para el concepto restringido del acto administrativo o de los efectos jurídicos.

Es evidente, en consecuencia, la importancia de la Administración pública, del procedimiento, de los expedientes administrativos y de la preparación y capacidad de las personas dedicadas a preparar y justificar las decisiones administrativas. Y esta importancia hace que la reserva de ley que en otro punto señalamos a favor del establecimiento de las garantías en los procedimientos administrativos también sea evidente, pues no puede quedar en manos de los reglamentos o de la parte política del poder ejecutivo o de funcionarios que no gocen de la imparcialidad u objetividad debida. En consecuencia, es evidente que en el seno del Estado de Derecho hay una distribución de poderes encaminada al equilibrio en las decisiones públicas, cuya primera muestra es el ajuste a la legalidad, en su sentido más amplio y complejo y que este equilibrio exige de las formas que aquí estamos apuntando y, sobre todo, de una concepción institucional de la Administración pública como poder estatal y jurídico y no como una mera organización asistencial. Pero al analizar el concepto de la función pública ya hemos visto como la disposición adicional segunda del Estatuto Básico del empleado Público deroga el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local, y que precisamente lo único que cambia es la garantía que éste establecía a favor del ejercicio de las funciones con objetividad e imparcialidad reservándolas para los funcionarios públicos.

Pero el examen de las consecuencias y repercusiones de la concepción del acto administrativo o de los otros conceptos que hemos analizado, será objeto de un análisis específico, de modo que lo que ahora interesa concretar es que la realidad de la definición normativa de unos

intereses públicos y de su encomienda y defensa a las Administraciones públicas y la posibilidad del control de legalidad de la *actuación administrativa* nos ofrece un concepto amplio del acto administrativo y no el restringido que propugna una buena parte de la doctrina y de la jurisprudencia. Los efectos jurídicos que la actuación administrativa puede producir no son exclusivamente los que afectan a las relaciones jurídicas con los particulares desde el punto de vista individual o sectorial, sino desde el general. Lo jurídico público tiene como base el principio de legalidad y el sometimiento del Estado a Derecho, por lo que el incumplimiento de la legalidad ya constituye un efecto jurídico y la legislación mantiene reglas y principios de buena administración y sistemas y procedimientos para garantizarla y también, pues, son principios de organización que constituyen Derecho y son, a su vez, obligaciones para los administradores públicos. Otra cosa es analizar si el sistema establecido encomienda o no el control de la legalidad de estos actos de organización a la jurisdicción contencioso-administrativa o ésta se ve limitada en su capacidad real para hacerlo y si la limitación, realmente, surge porque el esquema formal del Estado de Derecho, concibiendo a la Administración como poder, ha realizado una separación con la Justicia, entendiendo que aquélla por sí sola, en su configuración legal, ya garantiza la legalidad de la actuación en dicho campo, sin que el poder judicial técnicamente pueda sustituir a la actuación administrativa a través de su juicio, sino que le bastaría apoyarse en el expediente administrativo para los aspectos técnicos o principios de racionalidad, etc.

Si este es el esquema legal o constitucional, la evidencia de la Administración pública como poder se hace palpable. Pero, además, hay que tener en cuenta, si recordamos que en su momento pusimos de relieve la actual distinción entre legalidad y legitimidad, que esta garantía y poder

que supone la Administración desde el punto de vista técnico y de ajuste a los principios generales de buena administración y ajuste a las normas procedimentales, a través de sus funcionarios de carrera, constituyen un factor imprescindible para considerar legitimadas las actuaciones públicas. Lo que también resulta evidente es que nuestra Constitución no concibe a la Administración pública o al Poder Ejecutivo como no sometidos a Derecho y que un mecanismo de dicho sometimiento es el posible enjuiciamiento de sus actos por el Poder Judicial. Por ello, resulta muy perturbador que puedan desaparecer del procedimiento los actos de trámite que constituyen una garantía exigible o que el poder judicial no los exija o los considere como no controlables.

Pero en estos aspectos debemos insistir más adelante, por lo que en el capítulo siguiente, expuestos los conceptos o elementos formales influidos por la distinción entre derecho y organización, trataremos de analizar a la organización como factor jurídico.