



# Juridicidad y Organización

**Autor: Andrés Morey Juan**

*Esta obra no hubiere tenido lugar de no haberme otorgado su confianza para dar clases en el CEU San Pablo de Valencia, hoy Universidad Cardenal Herrera, el actual Ilustrísimo y Reverendísimo Sr. Arzobispo de Mérida-Badajoz, D. Santiago García Aracil y D. José María Espinosa Isach, a quienes aquí quiero dedicarla y mostrar mi agradecimiento, ahora que aún es provisional y cuando sea definitiva.*

Reservados todos los derechos. Queda rigurosamente prohibida, sin la autorización escrita de los titulares del "Copyright", bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimientos, incluidos la reprografía y el tratamiento informático, así como la distribución de ejemplares mediante alquiler o préstamo público. La inclusión en obra propia de fragmentos de esta obra se podrá realizar en las condiciones establecidas en el artículo 32 de la Ley de Propiedad intelectual, citando la fuente y el nombre del autor.

## Capítulo IV:

# Los tipos y clases de Organización en la Administración Pública

**SUMARIO: LOS TIPOS Y CLASES DE ORGANIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA:** 1. LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA: 1.1. La organización política en la Administración del Estado: *A) los órganos superiores. B) Los órganos directivos. C) La organización territorial.* 1.2 La organización política en las restantes Administraciones públicas territoriales: *A) la organización política en las Comunidades Autónomas. B) la organización política en la Administración local.* 1.3. Breve conclusión. 1.4 Mención a la Administración electoral. 2 LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PROPIAMENTE DICHA: 2.1. La organización indiferenciada y desconcentrada: *A) La organización jerarquizada. B) La organización desconcentrada y sus matices.* 2.2. La organización directiva y la noción del directivo público. La conexión con el sistema de libre designación: *A) Noción del directivo público. B) La regulación legal del directivo público: a) La regulación en el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964. b) La situación y regulación posterior a la legislación de 1964 y hasta el Estatuto Básico del empleado público. c) La regulación en las Comunidades Autónomas. d) La cuestión en la Administración local. e) La regulación en el estatuto Básico del Empleado Público. C) Otros directivos en la Administración pública. D) Conclusiones básicas sobre la situación y organización directiva en España.* 2.3. La organización administrativa de carácter técnico. Especial referencia a la distinción entre Administración general y Administración especial: *A) La importancia en la organización de la distinción entre Administración general y Administración especial. Análisis de sus orígenes: a) Los orígenes de la distinción. b) La repercusión de la distinción. B) El problema de la clasificación de las distintas técnicas utilizadas en la administración*

*pública:* a) *La técnica administrativa general superior y su conexión con la función pública.* b) *La técnica administrativa especial y sus formas organizativas básicas.* 2.4. *La organización de ejecución, mantenimiento y gestión. Breve referencia a la organización de los servicios públicos:* A) ***La organización ejecutiva superior y media de carácter común:*** a) *Los aspectos jurídicos.* b) *Los aspectos organizativos.* c) *La gestión de recursos e intendencia.* d) *Los aspectos relacionales.* e) *La información en general.* f) *La función inspectora.* B) ***La organización meramente ejecutiva, asistencial, auxiliar o burocrática.*** C) ***La organización de los servicios públicos.*** 2.5. *Especial referencia a la organización colegiada activa o consultiva.* 2.6. *La organización de confianza.* 2.7 *La organización personificada:* A) ***los organismos autónomos.*** B) ***Las entidades públicas empresariales.*** C) ***Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.*** D) ***Las sociedades estatales o de titularidad pública:*** a) *La situación por lo que respecta a las Comunidades Autónomas.* b) *La situación por lo que respecta a la Administración local.* c) *La cuestión de las sociedades civiles.* d) *Breve y parcial reflexión sobre la situación.* E) ***Especial referencia a las fundaciones estatales.*** F) ***La concepción del Sector Público y las entidades de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales:*** a) *El sector público estatal.* b) *Entidades de derecho público que no son organismos autónomos ni entidades públicas empresariales.* c) *Sector público y sometimiento a Derecho administrativo.* d) *La incidencia del derecho comunitario europeo.* G) ***Resumen enumerativo de personas jurídicas resultantes.*** H) ***Consideración final.***

## CAPITULO IV

### **LOS TIPOS Y CLASES DE ORGANIZACIÓN EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.**

Hasta ahora en el estudio de los aspectos y matices que surgen en torno a la distinción entre derecho y organización que se produce en el seno del Derecho administrativo, hemos reflejado que desde el punto de vista social la organización es derecho y el derecho es organización, pero una buena parte de nuestro análisis se ha encaminado a establecer los principios generales que rigen la organización administrativa o de las Administraciones públicas y que recoge el Derecho, que suponen límites a la potestad discrecional u organizatoria. Pero, además, de estos factores o aspectos de la cuestión, la organización de las Administraciones públicas en sí misma es objeto de regulación jurídica. Esta regulación nos muestra distintos aspectos de la organización administrativa que son los que intentaremos abordar en este capítulo, de modo que nos quede puesta de manifiesto, por ejemplo la estructura o, más bien, los elementos estructurales de la organización o sus fines y competencias o la forma de actuación o su actividad propiamente dicha. También, es apreciable a través de esta regulación la distribución del poder público administrativo o los requisitos y pautas para la creación de órganos administrativos.

Estas reflexiones que manifiestan el aspecto regulativo o de establecimiento de reglas de conducta interna de cada organización, evidencian por otra parte que toda organización implica una juridificación

o, al menos, una regulación, tanto si es privada como si es pública<sup>122</sup>; cosa distinta es el alcance de dicha juridificación o regulación escrita, en su caso, y del ámbito que regula o al que obliga, que es lo que va a determinar, en definitiva, que alcance sólo a un ámbito singular o privado o que llegue a afectar a intereses públicos y, en consecuencia, al Derecho administrativo. Por ello, la estrecha relación entre derecho y organización, a su vez se relaciona con una de las acepciones de la burocracia y conlleva la consecuencia de que juridificando se organice; siendo el problema no la juridificación en sí misma, sino cómo se produce o, dicho de otro modo, el tipo de norma que lo haga o el rango de la misma; sin perjuicio de que el exceso de regulación o de detalle tenga unas consecuencias en el comportamiento burocrático. Ello, creo que obliga a analizar también en otro capítulo la decisión organizativa en sí misma, y al corresponder ésta al elemento directivo y personal de cada Administración, se nos presenta como una cuestión técnica que en cierto modo guarda íntima conexión con el modelo burocrático propiamente dicho, por lo que también éste constituirá, en otro momento, objeto de nuestra reflexión.

Pero de otro lado, y por lo antedicho, en este capítulo la perspectiva jurídica ha de ir perdiendo protagonismo para adquirirlo en cambio el factor organizativo y hacerse más patentes las cuestiones que son objeto de la Ciencia de la Administración, de tal modo que quedando manifiesta la organización de nuestras Administraciones públicas, no lo sea meramente exponiendo sus estructuras, sino aquellas formas y aspectos que realmente

---

<sup>122</sup> Así puede deducirse, en parte, de la manifestación de **Renate Mayntz**, que en *Sociología de la Administración*; Ed. Alianza Universidad. Madrid, 3ª edición, 1980; p.112, nos dice: *Organizar significa crear reglas generales o duraderas para la actuación dirigida a un fin*. Y ello porque la creación de reglas es un primer paso en la creación de derecho, pero sobre todo porque al menos tratan de ordenar conductas y actividades con cierta permanencia.

son elementos de estructuración y en general, para poder conectar la cuestión con otros aspectos organizativos que se manifiestan preferentemente cuando se analiza el punto objeto del siguiente capítulo que es la decisión organizativa. Pero, en el camino a este análisis de la decisión organizativa, al ir exponiendo el factor organizativo y la estructura en su caso, no van a dejar de hacerse valoraciones respecto a los mismos y a su ajuste a los principios y límites que ya hemos expuesto y considerado que afectan a la organización.

No se pretende en este trabajo una exposición de la organización concreta de cada una de las Administraciones públicas, sino que se prefiere tratar de obtener una tipología organizativa general o común o si se quiere unas reglas o pautas que permitan al burócrata, técnico o funcionario obtener criterios para decidir la organización apropiada a cada caso, política pública, asunto o momento, siempre de acuerdo con lo establecido en el ordenamiento jurídico; es decir, con el derecho de la organización existente; lo que, por supuesto implica que se produzca un determinado formalismo. Formalismo que nace, primero, del apoyo o referencia en el ordenamiento jurídico y, segundo, de la extracción de unos principios que se constituyen como un deber ser o como fundamento de una buena administración con base técnica o profesional; sin perjuicio de que, como se ha dicho, también se utilicen, con mayor presencia, criterios que tienen su raíz en los actuales análisis de la Ciencia de la Administración.

De otro lado, se es consciente de que las opciones de clasificación o de división de los tipos o clases de organización pueden ser muy variadas y también estar reflejadas en las normas y la dificultad radica no sólo en esta variedad, sino también en la interrelación de toda la organización de las

Administraciones públicas, de modo que lo clasificable desde un punto de vista también puede serlo desde otro distinto y que hay que establecer una clasificación abstracta comprensiva de otras más concretas y detalladas y que, también, en la elección del tipo o clasificación más general o abstracta, hay alternativas y mucha subjetividad.

Por ello, y al efecto de ajustarnos al propósito de marcar unas pautas que nos descubran no sólo cual es la organización existente sino que ayuden a decidir la organización más idónea en cada caso, vamos a partir de dos tipos básicos: la organización política y la administrativa propiamente dicha o burocrática, si bien esta referencia a lo burocrático se hace ahora en un sentido amplio u omnicomprensivo. Por ello, la dificultad de clasificación y exposición de la organización se va a mostrar respecto de la segunda, en la que vamos a distinguir, en una primera fase o bloque, la organización centralizada o indiferenciada y la desconcentrada explicándola de modo general primero y de modo específico y funcional en otra serie de puntos en los que se distingue o analiza la organización desde sus aspectos más funcionales, dirección, asistencia técnica superior, Administración general y especial, ejecución, gestión, etc., para contrastarla, finalmente, con la organización personificada. Estimo que de este modo se nos van perfilando los dos aspectos más importantes para los capítulos siguientes y las bases que ayudan a analizar el modelo burocrático y el gerencial o de management y a distinguir el campo de la organización relacionado con el poder y el relacionado con la mera gestión.

## **1.- LA ORGANIZACIÓN POLÍTICA**

La existencia de una organización política es un aspecto exclusivo de la organización pública o de las Administraciones públicas, pues todas ellas son organización territorial del Estado y forman parte del Poder ejecutivo o de los poderes ejecutivos y como de la Constitución resulta, en su artículo 97, que el Gobierno dirige a la Administración y él es claramente una organización política, sin que se precisen más consideraciones al respecto, resulta evidente que para dicha dirección es necesario que se cuente con una presencia de los miembros del Gobierno y otros órganos políticos en la estructura de las Administraciones públicas, lo que además les confiere también carácter de organización de las mismas. Esta configuración se da, pues, igualmente respecto de las Administraciones públicas autonómica y local.

Del análisis que se ha efectuado del artículo 103 de la Constitución y de todo lo expuesto hasta aquí, se deduce que la Administración pública no es simplemente una organización al servicio de una dirección, empresario o socios, sino que desde los parámetros del Estado y del derecho público, sirve a los intereses generales o públicos y que estos se definen en las leyes, de modo que administrar desde la perspectiva del Estado es una tarea complejísima, por lo que la dirección que a los gobiernos de las Administraciones públicas corresponde, tal como hemos visto al analizar el principio de jerarquía, no es, en principio o formalmente, una dirección de técnica administrativa, sino de signo político; entendida la política en su sentido finalista y clásico y, naturalmente, circunscrita al sometimiento que establece el artículo 9 de la Constitución.

Del artículo 97, antes citado, y del 1 de la Ley 50/1997, resulta para el Gobierno la dirección de la política interior y exterior, de la Administración, la función ejecutiva y la potestad reglamentaria. Las mismas atribuciones resultan en las correspondientes leyes de las Comunidades Autónomas, mientras que en la Administración local no existe una abstracción como la señalada sino una lista de competencias entre la Presidencia de la correspondiente corporación y el Pleno. De la Ley 50/1997, del Gobierno; de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de la propia Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, resulta clara la tendencia actual a separar o, más bien, distinguir Gobierno de Administración, remarcando el carácter político del primero, lo que ya hemos comentado en el estudio de cuestiones tales como la potestad discrecional o los actos políticos, pero que desde nuestro punto de vista actual, lo que plantea es si es posible considerar al Gobierno como el máximo órgano administrativo de cada Administración pública, lo que, por mucho que se quiera, no puede dejar de considerarse, por su función de dirección y ejecutiva, por la razón de que puede dictar actos administrativos y porque está constituido por los ministros, que son la cabeza de los Ministerios, principal órgano de la Administración<sup>123</sup>. Pero lo que es, también evidente, es que su función es

---

<sup>123</sup> **Baena del Alcazar** en su obra *Organización Administrativa*.(1984). Op. cit. p. 30 ponía de manifiesto la confusión que en España se había venido produciendo entre Gobierno y Administración con estas palabras: *En cuanto a la Administración central del Estado o, más exactamente, sus órganos centrales, una de las cuestiones a destacar es, desde luego, su permanente confusión con el Gobierno cuya razón se basaba en el poder personal del Jefe del Estado, que siempre formó parte del Gobierno y del que no debe olvidarse emanaban todos los poderes del Estado. La legislación consagraba de forma inequívoca esta confusión al declarar que eran altos órganos de la Administración central el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, el Presidente del Gobierno y los Ministros. De este modo, en el caso español cobraba un matiz peculiar la siempre difícil distinción entre Administración y Gobierno, especialmente en sus aspectos formales.* En la distinción entre Gobierno y Administración, resulta de sumo interés la introducción a la revista de Documentación Administrativa, nº 215 (julio-septiembre

política y que no es administrativa en el sentido técnico a que antes hemos hecho referencia o en el corriente de la concepción de lo “administrativo”; por ello resulta evidente, si no se quiere considerar que se trata de un órgano administrativo sino que es político, que en todo caso forma parte de la organización de la Administración pública correspondiente. Pero, en el análisis general que preside esta obra, en la que no interesan sólo los aspectos jurídicos, hemos resaltado la relación entre Política y Administración como un continuum y, en consecuencia lo mismo es predicable de la relación entre Gobierno y Administración, sin que puedan separarse, de tal modo que en el Gobierno lo administrativo tiene un significado superior de dirección y de ejecución o eficacia de lo político; con el matiz ya apuntado de que, dada la configuración del Estado de derecho, incluso lo político tiene una referencia jurídica inevitable. Pero es que además, desde el punto de vista finalista y social, las Administraciones públicas, como continuidad de la actividad política pura, sin perjuicio de su mayor o menor subordinación y su carácter de servicio, y atendidas sus potestades administrativas, son también una organización política. Por ello, también Gobierno y Administración se nos presentan unidos como Poder ejecutivo. Todos estos aspectos inciden en la difícil separación y distinción que se ofrece entre ambas instituciones, que aún acentúa más la también equívoca o indiferente utilización de las expresiones de Gobierno o de Consejo de Ministros, según los casos.

El significado o manifestación superior que corresponde a lo administrativo, desde la perspectiva del Gobierno o de la organización política de la Administración, es principalmente el de poder o posesión de

---

1988): *Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar* de **Santamaría Pastor, J.A.**, donde también se aborda la cuestión de la distinción entre Gobierno y Consejo de Ministros.

las facultades decisorias más importantes de la organización, lo que no deja de ser común a cualquier otra organización, pues en todas corresponden a los órganos de gobierno las facultades de disposición. Por lo tanto, la necesaria presencia de órganos de gobierno en toda clase de organización es un problema común a las organizaciones en general, constituyendo uno de los problemas de las organizaciones el determinar los poderes y competencias dentro de las mismas y la división o límites y diferenciación entre la organización de gobierno y de confianza del mismo, la organización directiva, la administrativa y, en su caso, la operativa. Lo que conlleva implícita una diferenciación entre organización basada en la confianza y organización profesional. La organización de confianza está ligada en cada caso a las personas que ejercen el gobierno de la organización. Un análisis propio de la Ciencia de la Administración o de las ciencias sociales es el conocer el grado de politización que preside a las Administraciones públicas o, por el contrario, el de su profesionalización, porque al determinar la politización una merma del sistema de mérito y capacidad en favor de la confianza o servicio al cargo del que se depende o que es el titular de la competencia de nombramiento del subordinado, puede producir o produce una desprofesionalización y unos sistemas y procedimientos diferentes en la actuación administrativa.

No podemos, pues, desde el punto de vista de la presencia de los órganos de gobierno en la organización o en la presencia de personas de confianza, marcar una diferencia importante entre la Administración pública y las organizaciones privadas. La diferencia entre ambas hay que referirla a los fines y actividades a cumplir, que es la razón que puede hacer que los poderes y competencias no tengan los mismos presupuestos y

fundamentos en la organización administrativa pública que en la privada. Y en este sentido, por nuestra parte, ya se ha apuntado el carácter de poder que conservan las Administraciones públicas en su aspecto de garantía de los intereses públicos o sus potestades “ad intra”, sin perjuicio de la posibilidad de que puros órganos administrativos dicten actos de poder o resoluciones. Esto último, bien sea porque las normas que reparten competencias así lo decidan, bien por el juego de la delegación de competencias, tal como viene regulada en el artículo 14 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.

Pero, lo que nos interesa es determinar el alcance de la organización política de las Administraciones públicas y las reglas que la puedan presidir o regular. En este orden, de la Constitución sólo podemos considerar el contenido del artículo 97 en cuanto que, al corresponderle al Gobierno la Dirección de la política exterior e interior y de la Administración civil y militar, así como la función ejecutiva y la potestad reglamentaria, resultará necesario que sus miembros o las personas de su confianza puedan ejercer dicha función directiva y el resto de las señaladas. Del artículo siguiente resultan los órganos del Gobierno (Presidente, Vicepresidentes, Ministros y demás miembros que establezca la ley) Pero del resto de artículos que afectan al Gobierno o a la Administración no se puede deducir cuál es la organización política de las Administraciones públicas o su alcance o principios que la rigen, resultando del artículo 103 que *los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.*

Por lo que respecta a las restantes Administraciones públicas territoriales, el artículo 140, se refiere a los Ayuntamientos como órganos de gobierno y administración y a su integración por el Alcalde y los Concejales y el 141 a las Diputaciones u otras Corporaciones de carácter representativo como órganos de gobierno y administración autónoma de las provincias. Y por lo que respecta a las Comunidades Autónomas, el artículo 147 remite la organización de sus instituciones a los Estatutos de Autonomía, si bien el artículo 152 se refiere a un Consejo de Gobierno, con funciones ejecutivas y administrativas y a un Presidente, elegido por la Asamblea legislativa, correspondiendo pues las denominaciones y el número de miembros al correspondiente Estatuto y leyes específicas de cada autonomía.

En definitiva, la organización política de cada Administración pública debe analizarse en las leyes, si bien hay que adelantar que el alcance o límites de esta organización política no se nos muestran diáfananamente y que existen en la organización administrativa pública zonas de solapamiento entre sus niveles o tipos de organización, sobre todo entre la zona política y entre la de la administración, zonas aquéllas que suelen coincidir con puestos en los que la confianza y la necesaria profesionalidad aparecen como factores comunes en el nombramiento de quienes han de desempeñarlos.

### **1.1.- La organización política en la Administración del Estado.**

Como se acaba de adelantar, es en las leyes en donde cabe buscar los datos, pautas y efectos que permitan concluir el carácter político de un órgano o su mayor o menor politización. Cuestión plagada de dificultad

pues la continuidad entre Política y Administración significa que determinadas funciones o competencias puedan presentar tanto una cara política como administrativa. La Administración del Estado, General del Estado como hoy se la denomina, es la fuente de la organización de las restantes Administraciones, en el caso de las Comunidades Autónomas porque de ella nacen y reproducen sus esquemas y en el caso de la Administración local porque su ordenamiento jurídico básico en la materia es el estatal. Desde la perspectiva de la Administración del Estado o General, dos leyes deben ser el objeto de nuestro análisis, la Ley 50/1997, del Gobierno, y la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

La primera de estas leyes, en su artículo 1 viene a reproducir el contenido del artículo 97 de la Constitución y nos dice, también, que los miembros del Gobierno se reúnen en Consejo de Ministros y en Comisiones Delegadas del Gobierno.

Antes de adentrarse en más detalles o en cuestiones concretas, en la línea de alguna manifestación realizada con anterioridad, resulta que el hecho de la propia existencia de las dos leyes señaladas atendiendo por separado al Gobierno y a la Administración que dirige, desde mi punto de vista, implica un intento de separar Política y Administración o de distinguir las en cierto modo, sin que quede clara la finalidad o los efectos reales perseguidos. No cabe la menor duda de que el mandato que encierra el artículo 98.4 de regulación por ley del estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno, no obliga a tratar la organización y competencias del Gobierno separadas de la organización de la Administración pública que dirige y ningún efecto nocivo, ni

incongruencia, resultarían o hubieren resultado de un tratamiento unitario. Debemos concluir que se está distinguiendo la actividad política de la administrativa y que el Gobierno y sus miembros ejercen una función política, en la que debe quedar incluida, pues, la dirección de la Administración pública. Cuestión que lleva a confirmar que dicha dirección, dado dicho carácter político, tal como he afirmado con anterioridad, no puede ser técnica, sin perjuicio de que lo sea de hecho, si el cargo político está en posesión de los conocimientos propios, técnicos y profesionales de la actividad correspondiente.

De este modo, se nos puede llevar a un ejercicio de análisis de cada una de las funciones y competencias que se atribuye al Gobierno y a sus miembros para calificarlas y decidir si son políticas o entran en la categoría de actos administrativos o de decisiones administrativas, lo que puede resultar estéril o inútil desde el punto de vista práctico o incluso del jurídico, salvo en el caso de que creando una categoría de actos o decisiones políticas se trate de sustraerlos del control jurídico o de los procedimientos administrativos garantes de la eficacia jurídica y administrativa o, al menos, se les dote de tal substrato discrecional y esotérico o metajurídico que los Tribunales de Justicia decidan no intervenir porque excederían de su función y pasarían a gobernar y no a juzgar, en el sentido que nos presenta la jurisprudencia en casos de discrecionalidad administrativa, menor, por tanto, que esta discrecionalidad política a la que ahora nos referimos. Cuestión que hoy no puede prosperar dado el contenido taxativo de los artículos 9, 97 y 103 de la Constitución. Otra cuestión es la de si los actos verdaderamente de discrecionalidad política pueden materialmente ser controlados y juzgados

por los Tribunales de Justicia o pueden serlo por el Tribunal Constitucional u otra organización al efecto<sup>124</sup>.

Sea como sea, de la enumeración de las atribuciones del Presidente del Gobierno, realizada en el artículo 2 de la Ley de Gobierno, destaca su carácter político, propiamente dicho, pero nos interesa resaltar que del apartado j) del punto 2 del citado artículo, le corresponde la de *crear, modificar y suprimir, por Real Decreto, los Departamentos Ministeriales, así como las Secretarías de Estado. Asimismo le corresponde la aprobación de la estructura orgánica de la Presidencia del Gobierno*. En otros órdenes en el apartado l) se le atribuye *la resolución de los conflictos de atribuciones que puedan surgir entre los diferentes Ministerios* y el m) le atribuye el *impartir instrucciones a los demás miembros del Gobierno*. Es decir, se presentan en estos apartados funciones con repercusiones administrativas, sin necesidad de más análisis. De la observación de las funciones y competencias del Consejo de Ministros, también se deducen funciones administrativas y, por tanto, el carácter de órgano de la Administración del Estado y claramente de carácter político y superior.

Así, pues, los órganos cuyos titulares son miembros del Gobierno son o constituyen organización política de la Administración del Estado y como tal hay que calificar al Consejo de Ministros y a las Comisiones Delegadas del Gobierno. Junto a los órganos enumerados en el artículo 1 de la Ley 5/1997, de Gobierno, que comprende a los Ministros, hay que incluir como políticos a los recogidos en su Capítulo II bajo la denominación de órganos de colaboración y apoyo y que comprende a los

---

<sup>124</sup> Esta cuestión la apunta **Santamaría Pastor, J.A.**, en *Gobierno y Administración: Una reflexión preliminar*. Op. cit., p. 77.

*Secretarios de Estado*, a los que el artículo 7 sí califica como órganos superiores de la Administración General del Estado del Estado, la *Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios*, el *Secretariado del Gobierno* y los *Gabinetes* del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Hay que comentar, sin embargo, que en el caso de los Ministros, son ellos los cargos políticos, como miembros del Gobierno, pero que los órganos que presiden, los Ministerios, han de ser calificados como administrativos.

Al ser estos los órganos recogidos por la Ley de Gobierno, cabe preguntarse si son los únicos que habría que calificar como políticos o como organización política y si el criterio para hacerlo es el de sus funciones o su vinculación a la acción de gobierno. Desde mi punto de vista, si bien resulta evidente que los órganos reseñados resultan ser organización política, dado que también es indudable su ubicación en la organización de la Administración pública y su intervención en su actividad, estimo que el criterio para proceder o no a esta clasificación hay que hacerla depender del tipo de nombramiento que se establece para el titular de cada órgano y que, incluso, habría que calificar como organización política o, al menos como politizada (al existir el sistema de libre designación en puestos administrativos), a todos aquellos órganos cuyos titulares pueden ser libremente cesados por quien los nombra y, que en consecuencia, no gozan o no pueden gozar en algún caso de una situación de libertad en la decisión o de imparcialidad, neutralidad y consiguiente objetividad. Esta es la repercusión más importante, puesto que es la que puede afectar a la eficacia del Derecho y a la de la organización administrativa en sí misma, que es la eficacia de la

Administración pública en general y que determina que cumpla o no su papel principal, de carácter político, primero, y jurídico, después, y que, finalmente, determina que exista o no el Estado de derecho propiamente dicho.

Por ello, partiendo del análisis de la forma de los nombramientos, seguiremos analizando órganos o cargos de la Administración del Estado, conforme a la Ley 6/1997, no sin antes hacer referencia a tres órganos de colaboración y apoyo que, por estar compuestos por órgano políticos, tienen naturaleza política y así consideramos a la Comisión General de Secretarios de Estado y Subsecretarios y al Secretariado del Gobierno. Como tercero de estos órganos hay que considerar a los Gabinetes de apoyo del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios, en cuanto se constituyen por personas de confianza de dichos cargos, libremente nombrados por ellos y que realizan un *asesoramiento especial*, según expresión legal, lo que significa que no es un asesoramiento sujeto a legalidad, sino de orden personal y básicamente político, aunque para ello deban analizar cuestiones legales, jurídicas y técnicas. La Ley, en estos Gabinetes, considera o determina los cargos de Directores y Subdirectores, sin perjuicio de otros miembros más que los compongan. No obstante, estos órganos también los analizaremos en la organización administrativa, pues su actividad tampoco puede considerarse política en sentido estricto.

La Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dedica su Título II a dicha organización propiamente dicha y en su Capítulo I a los *Órganos centrales*, con cuatro secciones: 1ª *Los Ministerios y su estructura interna*;

2ª Órganos Superiores de los Ministerios; 3ª Órganos directivos de los Ministerios y 4ª Los servicios comunes de los Ministerios. Como decía con anterioridad y como resulta de este punto, lo que tratamos es de delimitar la organización política de la Administración del Estado y en ello, pues, nos centramos. De la Sección primera solamente nos interesa, ahora, destacar que el Ministerio o el Departamento ministerial es la organización básica de dicha Administración y que el resto de los órganos en ellos se incluyen o de ellos, de una manera u otra, van a depender. De esta sección, sin perjuicio de análisis posteriores en los otros tipos de organización, resultan, incluidos en los Ministerios los siguientes órganos: *Secretarías de Estado, Secretarías Generales, Subsecretarías; Secretarías Generales Técnicas, Direcciones Generales, Subdirecciones Generales y órganos de nivel inferior a éstas*. También se hace mención a las *unidades* que no tengan consideración de órganos<sup>125</sup>.

#### **A) Los órganos superiores.**

Los Ministros y los Secretarios de Estado ya los hemos considerado como órganos de carácter político y en la Sección segunda son calificados o incluidos como *órganos superiores*, a los que el artículo 6.8 de la Ley les atribuye el establecimiento de *los planes de actuación de la organización situada bajo su responsabilidad*. Los Ministros como miembros del Gobierno son nombrados y separados por el Rey, a propuesta del Presidente (artículo 12. 2 de la Ley de Gobierno), requiriéndose que sean españoles, mayores de edad, que disfruten de los derechos de sufragio

---

<sup>125</sup> En la obra de **Rafael Jiménez Asensio**, *Altos Cargos y Directivos Públicos: Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*. 2ª edic. IVAP. Oñati 1998, aun partiendo de un análisis enfocado en el aspecto que su título indica, hay un estudio de la regulación que realiza la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.

activo y pasivo y no estar inhabilitados para ejercer empleo o cargo público por sentencia judicial firme, sin que la Ley establezca ningún requisito concreto de capacidad o mérito; su carácter político no ofrece duda. Los Secretarios de Estado son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros, aprobado a propuesta del Presidente del Gobierno o del miembro del Gobierno a cuyo Departamento pertenezcan, se les aplica el régimen de incompatibilidades de los altos cargos de la Administración del Estado y tampoco, en este caso, la Ley de Gobierno y la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado exigen requisitos de mérito y capacidad. Son cargos de confianza del Presidente o de los Ministros y, en consecuencia con lo antedicho, de carácter político.

### ***B) Los órganos directivos***

La Ley en su Sección 3ª decíamos que se refiere a los *órganos directivos* de los Ministerios e incluye en ellos a los *Subsecretarios*, los *Secretarios generales*, los *Secretarios generales técnicos*, los *Directores generales* y los *Subdirectores generales*. Todos ellos, menos, los Subdirectores generales son nombrados y separados por Real Decreto del Consejo de Ministros a propuesta del titular del Ministerio, si bien respecto de los Directores generales la Ley (art.18) no utiliza el término Ministerio sino Departamento, el cual puede ofrecer un sentido más amplio; sin embargo, hay que estimar que sigue siendo una referencia al Ministerio. El nombramiento, pues, corresponde al órgano de gobierno y es plenamente político y se puede entender que de confianza de primer grado por dicha circunstancia, si hacemos salvedad de la confianza de superior grado que supone el nombramiento de los Ministros. Los Subdirectores generales son

nombrados y cesados por el Ministro o Secretario de Estado del que dependan, luego son nombramientos realizados por cargos políticos y de su confianza, con un grado menor que el de los anteriores cargos, pues no son nombrados por el órgano de gobierno, sino por sus miembros o por los Secretarios de Estado. Estos órganos conforman el último escalón de estos directivos, pero son el engarce con el nivel administrativo propiamente dicho y por su papel directivo, éste sí profesional y no político directo, sino de ejecución y de eficacia de lo político, puede considerarse que es un órgano *politizado* más que político propiamente dicho, lo que se confirma cuando se observaba lo regulado en el artículo 20 de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cuando en su número 1, apartado b), al determinar los puestos que pueden cubrirse por el sistema de libre designación, incluía a los Subdirectores Generales. Luego quedan incluidos más como puestos de trabajo que como cargos políticos. Esta situación de la Ley 30/1984, formalmente está derogada, si bien pendiente del desarrollo del vigente Estatuto Básico del Empleado público.

Apuntada esta cuestión de la profesionalidad o carácter político o politizado, la misma plantea, a su vez, respecto de todos los calificados como directivos, dos aspectos: Uno es el alcance de su carácter directivo y otro su grado de profesionalidad o profesionalización. Respecto del segundo, los artículos que de cada uno de estos cargos u órganos se ocupan, nos dicen que sus *nombramientos habrán de efectuarse de acuerdo con los criterios establecidos en el apartado 10 del artículo 6 de esta Ley* el cual dice que *los titulares de los órganos directivos son nombrados, atendiendo a criterios de competencia profesional y experiencia, en la forma establecida en esta Ley, siendo de aplicación al desempeño de sus funciones:*

a) *la responsabilidad profesional, personal y directa por la gestión desarrollada.*

b) *La sujeción al control y evaluación de la gestión por el órgano superior o directivo competente, sin perjuicio del control establecido por la Ley General Presupuestaria.*

La voluntad de la Ley es claramente la de considerar a estos cargos como profesionales, entendiendo su profesionalidad como técnica, ya que son cargos políticos no permanentes, sin perjuicio de que puedan o deban ser funcionarios. Hasta tal punto es así que de nuevo nos encontramos en un caso en que la ley se muestra dogmática, pues no dice que estos órganos directivos deberán ser nombrados o serán nombrados de acuerdo con los citados criterios, sino que afirma que “son nombrados”. Lo que desde mi punto de vista es una forma de reforzar el carácter profesional o de indicar que no cabe que no se sigan los criterios establecidos. Pero vamos a ver lo que se establece en cada caso.

Por lo que se refiere a los Subsecretarios el nombramiento se ha de realizar *entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las Entidades locales, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.* La misma fórmula se aplica en el caso de los Secretarios generales técnicos. En el caso de los Secretarios generales, no calificados de técnicos, y que tienen la categoría de Subsecretarios, el nombramiento se realiza, con los criterios mencionados del apartado 10 del artículo 6, *entre personas con cualificación y experiencia en el desempeño de puestos de responsabilidad en la gestión pública o privada.* No se exige, pues, la condición de funcionario de carrera como en el caso de los Subsecretarios. Por lo que

respecta a los Directores generales se sigue la misma fórmula que en el caso de los subsecretarios y secretarios generales técnicos, pero con la salvedad de *que el Real Decreto de estructura del Departamento permita, que en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General, su titular no reúna dicha condición de funcionario.* Finalmente, en el caso de los Subdirectores generales se dice que los nombramientos se efectuarán *entre funcionarios de carrera de la Administración General del Estado y, en su caso, de otras Administraciones públicas cuando así lo prevean las normas de aplicación y que pertenezcan a Cuerpos y Escalas, a los que se exija para su ingreso el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente.* Y ya hemos hecho referencia a que el nombramiento es por libre designación, que es un sistema de provisión de puestos de trabajo.

Es evidente que el mayor grado político se nos ofrece en el caso de los Secretarios Generales, pues no existe una vinculación directa con tener la condición de funcionario público y se matiza la exigencia del apartado 10 del artículo 6, al referirse a experiencia en puestos de responsabilidad, públicos o privados. Habría que atender a sus competencias o funciones para comprender la razón de esta situación, las cuales, conforme a lo establecido en el artículo 16. 2, que se remite al apartado 2 del 14 que recoge las funciones o competencias básicas de los Secretarios de Estado, resultan ser: *Ejercer las competencias inherentes a su responsabilidad de dirección y, en particular, impulsar la consecución de los objetivos y la ejecución de los proyectos de su organización, controlando su cumplimiento, supervisando la actividad de los órganos directivos adscritos e impartiendo instrucciones a sus titulares.* Es decir, se les atribuye una de las funciones que corresponden a los Secretarios de

Estado, que hay que entender de dirección y control político, por lo que, aun cuando calificados como directivos, participan más de la condición política de dichos cargos que de la más técnica de los restantes calificados como directivos.

El carácter técnico y más profesional de los otros órganos directivos se deduce más claramente de las funciones que les atribuyen los artículos que de ellos se ocupan. Así, en el caso de los Subsecretarios aparecen funciones en relación con la planificación de la actividad del Ministerio y mejora de su sistema, control de eficacia, inspección de servicios, medidas de organización, racionalización y simplificación de procedimientos y métodos de trabajo, en estos casos *en el marco definido por el Ministerio de Administraciones Públicas*; es decir en el del Ministerio al que corresponden en teoría unas funciones generales en estos órdenes respecto de toda la Administración estatal, de fundamental carácter técnico. También se hace referencia a una función de asistencia en *materia de relaciones de puestos de trabajo, planes de empleo y política de directivos* y en *la elaboración, ejecución y seguimiento de los presupuestos y la planificación de los sistemas de información y comunicación*. Igualmente aparecen competencias tales como la jefatura de todo personal del Departamento, el asesoramiento jurídico del mismo y ejercicio de la potestad normativa y producción de los actos administrativos de la competencia del Ministerio y sus órganos y la dirección, impulso y supervisión de la Secretaría General Técnica y los restantes órganos directivos que dependen directamente de la Subsecretaría.

En resumen, este órgano se nos configura como el responsable del núcleo duro de la actividad administrativa pública propiamente dicha, por

lo que la necesidad de su profesionalidad y competencia técnica es indudable, todavía más cuando de él depende el otro órgano técnico por excelencia que es la Secretaría General Técnica. Derecho administrativo y Ciencia de la Administración constituyen las bases de conocimiento necesarios en dicho órgano. Es el órgano fundamental precisamente en las cuestiones que constituyen el objeto de este trabajo y en el que derecho y organización se muestran en su conjunto; cuestión todavía más evidente si se observan las funciones o competencias de las Secretarías Generales Técnicas de él dependientes, que se refieren precisamente a la producción normativa, asistencia jurídica y publicaciones, sin perjuicio de las que sobre *servicios comunes* se les atribuyan.

Estos servicios comunes tienen en la Sección Cuarta del Capítulo I del Título II de la Ley una definición de sus reglas generales y de su organización básica y de ella en el artículo 20 se deduce que los órganos directivos encargados de los servicios comunes, es decir básicamente las Subsecretarías, prestan a los órganos superiores y directivos *la asistencia precisa para el más eficaz cumplimiento de sus cometidos y, en particular, la eficiente utilización de los medios y recursos materiales, económicos y personales que tengan asignados.* El artículo continúa diciendo que corresponde a los servicios comunes *el asesoramiento, el apoyo técnico y, en su caso, la gestión directa en relación con las funciones de planificación, programación y presupuestación, cooperación internacional, acción en el exterior, organización y recursos humanos, sistemas de información y comunicación, producción normativa, asistencia jurídica, gestión financiera, gestión de medios materiales y servicios auxiliares, seguimiento, control e inspección de servicios, estadística para fines estatales y publicaciones.*

Precisamente esta cuestión de los servicios comunes, que en realidad es el aspecto más general de la competencia de estos órganos, es la que otorga ese carácter más administrativo y asistencial de los mismos y la que también ofrece un perfil distinto de ellos frente a las Direcciones Generales, en las que también es posible el nombramiento de personas sin la condición de funcionario. Frente a ellas estos cargos presentan su carácter de Administración general, mientras que las Direcciones Generales, salvo excepciones en aquellas que tienen conexión precisamente con departamentos como el de Administraciones Públicas, manifiestan conexión con especialidades o materias específicas que conectan con la concepción de la Administración especial. Con una adecuada organización encargada de los servicios comunes y de la administración general, los Directores se muestran como técnicos especialistas y profesionales concretos y no como profesionales en administración pública propiamente dicha.

En definitiva, la conexión entre derecho y organización o con lo jurídico y lo organizativo y su distinción cuando procede, así como la conexión con las técnicas específicas para su conversión en planes, programas, actos administrativos y normas jurídicas, se producen en el seno de las Subsecretarías y de las Secretarías Generales Técnicas. Pero también la descripción legal de los servicios comunes evidencia la gran importancia que ellos tienen en las funciones administrativas en la formulación de las políticas públicas y sobre todo en la implementación de

las mismas y asignación de los correspondientes factores administrativos<sup>126</sup>.

De otro lado, dado el carácter de profesionales especialistas que presentan las Direcciones Generales o los directores generales, las Subdirecciones Generales, de nombramiento reservado a funcionarios, dado que a ellas se les encomienda o atribuye la responsabilidad de *la ejecución de aquellos proyectos, objetivos o actividades que les sean asignados, así como la gestión ordinaria de los asuntos* de su competencia, se muestran no sólo como los órganos bisagra o de conexión entre Política y Administración, sino como el directivo público propiamente dicho, especialista de lo general, de ahí que la norma se refiera a la gestión ordinaria, y de lo burocrático en su concepción general y corriente. Las subdirecciones generales son el elemento de conexión clave con las Subsecretarías para la eficacia de las funciones que a estas corresponden y de la política general del Departamento, de su gestión y administración y de cada política pública concreta.

En consecuencia, cuando en estos puestos o cargos de Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Subdirectores Generales, se nombran personas sin las experiencias exigibles y concretas, amparándose en la amplitud de la referencia que, en cada cargo, la norma concreta realiza de los nombramientos posibles para los mismos – así, por ejemplo, cuando se dice que los nombramientos de los subdirectores generales se efectuarán entre funcionarios de carrera de cualquier

---

<sup>126</sup> Una vez más la referencia obligada para la comprensión de esta afirmación es la obra repetidamente citada de **Baena del Alcázar**, *Curso de Ciencia de la Administración*; Cuarta edición reformada.

Administración pública, o cuando se permite que los directores generales puedan no ser funcionarios *en atención a las características específicas de las funciones de la Dirección General-*, el efecto de distorsión del modelo organizativo diseñado por el ordenamiento jurídico puede ser sustancial y la ineficacia general. Sobre todo si, como de hecho ocurre en múltiples casos concretos, dicha norma, no se conecta, con la exigencia del artículo 6.10 de la propia Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, antes reflejado, del que resulta obligado, además de dicho requisito general para el nombramiento, el de la competencia profesional y experiencia. Si éstas no se conectan con las funciones concretas a realizar y los puestos de trabajo desempeñados con anterioridad, sino que se entienden en un sentido muy general, el efecto, pues, puede llegar hasta el punto de producirse la subversión general de la Administración pública como poder, para quedar configurado un sistema de confianza similar al del empleo de la empresa privada y contrario al concepto de función pública aquí manejado y se resiente la eficacia necesaria de las políticas públicas

En resumen, si se exceptúan en cierto modo a los Secretarios Generales, el resto de órganos directivos tienen una consideración de profesionales en la Ley, pero por su nombramiento por el Gobierno se les politiza y se abren posibilidades a nombramientos contrarios al mérito y la capacidad, como los hechos vienen demostrando y en el caso de los Subdirectores Generales se produce un sistema confuso por el que aparecen como un órgano que tanto presenta aspectos de cargo político como de puesto de trabajo. Sea como sea, Subsecretarios, Secretarios Generales Técnicos y Subdirectores Generales podían haber sido configurados como puestos de trabajo todos ellos y como directivos

públicos propiamente dichos; así como los Directores Generales, los cuales, sin embargo, al poderse corresponder con especialistas o profesionales de carreras habituales en la actividad privada o en la sociedad civil, y no configurarse como especialistas en el arte de la administración pública propiamente dicha, pueden estar abiertos al acceso de personas no funcionarios, sin que quepa duda de que si la Administración pública cuenta con tales profesionales como funcionarios públicos de carrera contarán con mayor experiencia y con mejor conocimiento de la organización a la que van a servir. De ahí que consideremos improcedentes asuntos como el que se acaba de producir en la reestructuración ministerial del Presidente Sr. Rodríguez Zapatero<sup>127</sup>.

### ***C) La organización territorial***

Todas las Administraciones públicas tienen necesidad de organizarse territorialmente, por ello la organización territorial constituiría por sí misma un tipo, pero nos ocupa ahora la organización política de la Administración del Estado y el Capítulo II del Título II de la Ley 6/1997 recoge la de ésta y su principal órgano el *Delegado del Gobierno en las Comunidades Autónomas* queda configurado claramente como un órgano

---

<sup>127</sup> Pese a la visión que aquí estamos ofreciendo en la que, por ejemplo, hemos considerado que la máxima profesionalización o funcionarización en los cargos se da en el Ministerio de Administraciones Públicas, la segunda legislatura del Presidente Rodríguez Zapatero en el R.D. 438/2008 nos ha ofrecido una muestra de desprofesionalización al prescindir de la necesidad de un funcionario en la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos con la justificación siguiente: *las actuaciones que asume el Ministerio de Administraciones Públicas exigen aplicar metodologías organizativas y experiencias procedentes de instituciones académicas y privadas especializadas en investigación e innovación organizativas. Por ello, se considera necesario aplicar la referida excepción en relación con el nombramiento del titular de la Dirección General de Organización Administrativa y Procedimientos, el cual debe revestir un perfil que responda a las características anteriores y no tenga que reunir obligatoriamente la condición de funcionario público.* De seguir esta vía cualquier Dirección general en cuya organización sean aplicables técnicas que se analizan académicamente podrá desfuncionarizarse. Este es un ejemplo de cómo utilizar la ley para subvertirla en lo sustancial cuando lo que se pretende es nombrar, desde el inicio, a personas concretas. Otras muestras más ofrece el Real Decreto mencionado.

político, al asumir la representación del Gobierno en el territorio de aquellas y por su nombramiento que se realiza por Real Decreto del Consejo de Ministros, a propuesta del Presidente del Gobierno, lo que configura a los Delegados del Gobierno como personas de la confianza de la Presidencia. Igual carácter político le confieren las funciones recogidas, en el número 2 del artículo 22 de la Ley citada, de cooperación y coordinación con la Comunidad Autónoma y correspondientes Entidades locales, y las de comunicación y recepción de cuanta información precisen tanto el Gobierno del Estado como el de la Comunidad Autónoma. A estos efectos el artículo 27 les otorga la competencia de participar en las Comisiones Mixtas de transferencias y en las bilaterales de cooperación y la de promover la celebración de convenios de colaboración y cualesquiera otros mecanismos de cooperación y del seguimiento de su ejecución y cumplimiento.

Respecto de todos los servicios de la Administración General del Estado y sus Organismos públicos el Delegado tiene las competencias o funciones de dirección, coordinación, impulso y supervisión. De otro lado se le atribuye la de *formular a los Ministerios competentes, en cada caso, las propuestas que estime convenientes sobre los objetivos contenidos en planes y programas que hayan de ejecutar los servicios territoriales y los Organismos públicos. También destacan las competencias en orden a proteger el libre ejercicio de los derechos y libertades y garantizar la seguridad ciudadana, a través de los Subdelegados del Gobierno y de las Fuerzas y Cuerpos de seguridad del Estado, cuya jefatura le atribuye. Sin perjuicio, pues, de estas competencias ligadas al funcionamiento de los servicios propios de la Administración General del Estado, sus funciones*

tienen un claro carácter político o de dirección, también, de dicho carácter y responsabilidad. Los artículos 24, 25 y 26 le atribuyen otras competencias en orden a la información a los ciudadanos sobre los programas y actividades del Gobierno y de la Administración General del Estado y sobre simplificación de estructuras, cuestión que afecta ya a la organización administrativa propiamente dicha de los servicios territoriales.

Los Subdelegados del Gobierno y los Directores Insulares se configuran, en cambio como órganos administrativos, siendo nombrados, según establecen los artículos 29.1 y 30 en cada caso, por el Delegado del Gobierno por el procedimiento de libre designación entre funcionarios de carrera del Estado, de las Comunidades Autónomas o de las entidades locales, a los que se exija, para su ingreso, el título de Doctor, Licenciado, Ingeniero, Arquitecto o equivalente. Lo cual, pese a la repetida cláusula general de mérito y capacidad del artículo 6. 10, al no figurar estos órganos descritos como directivos y pese a la exigencia constitucional del mismo mérito y capacidad, presenta un margen muy amplio de nombramiento y una politización clara. Todo ello, atendiendo a que incluso un Astrónomo, por ejemplo, podría ser nombrado según el sistema descrito, o simplemente, sin necesidad de acudir a ejemplos tan extremos, un Arquitecto que sí lo menciona el artículo, pueden ser nombrados para realizar funciones tan administrativas como algunas de las descritas en el artículo 29, que comprenden la dirección e impulso de los servicios integrados y su inspección, así como la comunicación, colaboración y cooperación con las corporaciones locales o con las organizaciones territoriales de las Comunidades Autónomas; competencias sancionadoras y la protección de derechos y libertades, garantizando la seguridad

ciudadana y la dirección y coordinación de la protección civil. Lo lógico es que dependiendo estos puestos de una clasificación de puestos de trabajo ésta los hubiere atribuido a los funcionarios del Cuerpo Superior de Administradores del Estado, sin perjuicio de la admisión de personas con mucha experiencia provenientes de las otras Administraciones públicas y con experiencia en Administración general y puestos superiores, lo demás es dejar un margen de maniobra que sólo puede tener razones políticas y que convierte a dichos cargos en cargos de confianza, lo que los puede desprofesionalizar.

Finalmente, y en cuanto el territorio es también base de su organización, sin perjuicio de las relaciones internacionales, conviene hacer referencia a la denominada Administración Exterior o como dice la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado: la Administración General del Estado en el exterior, de carácter más político que burocrático, sin perjuicio de que actúe como Administración respecto de los españoles en el extranjero. Administración compuesta por: las Misiones Diplomáticas; las Representaciones o Misiones Permanentes; las Delegaciones; las Oficinas Consulares y demás Instituciones y Organismos públicos de la Administración General del Estado cuya actuación se desarrolle en el exterior. En esta Administración Exterior se encuadran los Embajadores y representantes permanentes ante Organizaciones Internacionales.

Debemos considerar que la organización política de la Administración del Estado acaba aquí, por lo que habrá que atender a la de las restantes Administraciones públicas territoriales.

## **1.2.- La organización política en las restantes Administraciones públicas territoriales.**

La organización que acabamos de examinar de la Administración del Estado, ya hemos indicado que no tiene carácter básico, pues, tal como también se ha considerado, la autoorganización aparece como una capacidad esencial y primaria de toda organización; por lo que es obvio que cuando se plantea un sistema de Administraciones públicas territoriales autónomas, ninguna ley estatal, salvo los Estatutos de las Comunidades Autónomas, puede establecer la que debe ser su organización. No obstante, además de la existencia de límites establecidos por los principios generales recogidos en la Constitución o en otras normas, pero en concreción de aquéllos, resulta que la organización estatal se mimetiza o reproduce principalmente por las Comunidades Autónomas y, en su caso, en aplicación técnica del principio de complitud del ordenamiento jurídico, las soluciones o principios establecidos en el estatal pueden resultar de aplicación supletoria, por propia voluntad de la normativa autónoma correspondiente o por necesidad de eficacia administrativa o solución de cada problema concreto. Por ello, en este punto la organización política de las Comunidades Autónomas no se va a estudiar de modo pormenorizado. En cambio, la organización política de la Administración local o de las entidades locales tiene honda tradición y raigambre.

### ***A) La organización política en las Comunidades Autónomas.***

Del análisis de leyes de las Comunidades Autónomas catalana, vasca, gallega, andaluza y valenciana, por ejemplo, se puede observar que

los órganos de nivel político son, con mayor o menor número de niveles jerárquicos, esencialmente similares a los de la Administración estatal, Todas, como es presupuesto constitucional (art.152) y contenido de sus Estatutos, tienen un Presidente, en algunos casos uno o más Vicepresidentes, un Consejo de Gobierno y unos Consejeros, equivalentes a los Ministros; en su caso se hace referencia a Viceconsejeros o a Secretarios autonómicos, también se da la figura de los Subsecretarios, y, por debajo de ellos, aparecen unos altos cargos que suelen denominarse Secretarios Generales y Directores Generales y unos Delegados territoriales del Gobierno de designación por Decreto y categoría equivalente a la de los Directores generales. La mayor divergencia se da en el nivel inmediato a los Consejeros, en donde tanto aparecen Viceconsejeros (Andalucía y País Vasco) como Secretarios Autonómicos (Valencia) como Secretarios Generales. También se producen variaciones en la consideración o encuadre de los cargos como superiores o altos o como nivel directivo. Finalmente, la cuestión de su nombramiento se reduce en la mayor parte de los casos a figurar como una de las competencias de los Consejos de Gobierno, lo que establece su categoría de cargos políticos.

Normalmente, pues, la regulación de la estructura en las leyes de gobierno o régimen de las Comunidades Autónomas se detiene en el nivel de Director General, regulando el nivel estrictamente político y el de los altos cargos, y haciendo mención a un nivel administrativo cuya estructura y niveles tiene que determinarse a través del análisis de los reglamentos orgánicos de las Consejerías y sus Órdenes de desarrollo o en las relaciones de puestos de trabajo. Por tanto, poco se dice respecto de los cargos de nivel inferior al de director general, sobre todo de los

Subdirectores generales o equivalentes, que quedan en el nivel de órganos de carácter administrativo o activos como, por ejemplo, califica Cataluña, por lo que los trataremos en otro punto. Todo ello sin perjuicio de que, siendo cargos políticos, a los Directores Generales y equivalentes se les denomine como directivos o no de acuerdo con la pauta establecida en el Estado.

### ***B) La organización política en la Administración local.***

La organización de la Administración local está recogida en la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local que en el Capítulo II del Título II contempla la del Municipio y en el Capítulo I del Título III la de la Provincia, cuyas organizaciones de gobierno y administración son el Ayuntamiento y la Diputación respectivamente, o los Cabildos o Consejos en las islas, en virtud de la manifestación de los artículos 140 y 141 de la Constitución, sin perjuicio de que éste último, respecto de la Provincia, admita la posibilidad de la existencia de otras Corporaciones de carácter representativo distintas de la Diputación.

El citado artículo 140 nos dice que los Ayuntamientos están integrados por los *Alcaldes y Concejales* y a continuación establece que los *Concejales serán elegidos por los vecinos del municipio mediante sufragio universal, igual, libre, directo y secreto, en la forma establecida por la ley. Los Alcaldes serán elegidos por los Concejales o por los vecinos*. El artículo 141 no se refiere a la composición orgánica y de gobierno de la Provincia, limitándose a establecer que está determinada por la agrupación de municipios y división territorial para el cumplimiento de las actividades del Estado, por lo que la constitución de las

Diputaciones y la asignación de puestos a los diputados provinciales y elección de Presidente se realiza conforme al sistema previsto, básicamente, en los artículos 205 a 208, ambos inclusive, de la Ley Orgánica 5/1985, del Régimen Electoral General.

El hecho de que los nombramientos de alcaldes, concejales, presidentes de las corporaciones provinciales y diputados provinciales, sea consecuencia de un proceso electoral evidencia claramente el carácter político de estos cargos o puestos. Pero no se puede olvidar la manifestación del artículo 140 de la Constitución, antes reflejada, de que los Ayuntamientos, integrados por el Alcalde y los Concejales son el órgano de gobierno y administración del Municipio; lo que también cabe atribuir a las Diputaciones y órganos equivalentes, con sus presidentes y diputados, respecto de la Provincia. Lo que implica, frente a la dirección de la Administración que simplemente se atribuye al Gobierno del Estado respecto de su Administración y a los Gobiernos de las Comunidades Autónomas respecto de sus Administraciones, que la labor a realizar no es sólo política sino también administrativa. Ello, además, se deduce del examen de las competencias que se atribuyen al Municipio o a la Provincia, y a los alcaldes y a los presidentes de uno y otra y a sus Plenos y Comisiones de Gobierno. No obstante, por la composición de estos órganos y presencia obligada o participación, en los colegiados, de todos los grupos políticos, hay que considerar que predomina el carácter político de todos los órganos y cargos mencionados, incluidos los vicepresidentes de las corporaciones provinciales, ya que, además, hay que tener en cuenta que en su elección y consecuentes nombramientos no rigen principios de especialización técnica o profesional y de mérito y capacidad. También, desde el punto de vista que nos interesa en esta obra, hay que considerar

que la dirección administrativa que a todos estos órganos corresponde hace que la administración local tenga una especial carga política que ha de repercutir fundamentalmente en la organización, pero quizá en el momento que observemos la organización administrativa propiamente dicha surjan puntos alrededor de esta cuestión.

Se ha de tener en cuenta, para completar la organización política de la Administración local, que está prevista la existencia de Tenientes Alcaldes en los Ayuntamientos y de Vicepresidentes en las Diputaciones.

Las, comarcas, entidades locales menores, mancomunidades, asociaciones municipales, etc., sin perder de vista su composición política, en cambio, al surgir preferentemente en torno a la prestación de determinados servicios públicos, adquieren un matiz más administrativo, por lo que no creemos que corresponda encuadrarlas en la organización política propiamente dicha.

No existe en la Administración local, en contrapartida con las otras Administraciones territoriales, una clasificación en órganos superiores, directivos y altos cargos. Las referencias a la dirección se realizan a favor de lo Alcaldes y Presidentes de las Diputaciones en los artículos 21 y 34 de la Ley 7/1985, respectivamente, de tal modo que las funciones directivas de los concejales y diputados delegados son derivadas, pero, al mismo tiempo pueden considerarse implícitas en la función de gobierno, en paralelo al significado que al gobierno estatal atribuye el artículo 97 de la Constitución. A mayor abundamiento, esto es así. por la consideración del artículo 140 de la Constitución de que el **gobierno y la administración** del municipio corresponde al Ayuntamiento que está formado o *integrado*

*por el Alcalde y los Concejales*, lo que hace que algunos de éstos tengan que integrarse en la correspondiente Administración según el campo en el que se les otorguen atribuciones o delegaciones y con la máxima responsabilidad administrativa, con lo que tendrán que ejercer la correspondiente dirección, que, en principio, no puede ser técnico-administrativa sino de carácter más general o política. La misma reflexión hay que realizar respecto de los diputados provinciales.

### **1.3.- Breve conclusión.**

El análisis o exposición de los cargos políticos de las Administraciones públicas no quedaría completo a los efectos de nuestro trabajo si no se pusiera de manifiesto que son algo más que un hecho estructural y de dirección de la Administración y no se revelara su conexión con el derecho y esta conexión surge desde el punto de vista de la administración, por la razón de que es precisamente la organización política de las Administraciones públicas, tal como se reflejaba al inicio de este punto, la que adopta las decisiones importantes, jurídicas o no, pero en especial la que dicta los actos administrativos y decide las políticas públicas y, en este caso, su formalización en derecho o no, manifestándose así la afirmación doctrinal de que la organización es fuente de derecho. Todo ello sin perjuicio de que por, la también referida, aplicación del artículo 9 de la Constitución en estas actividades, los cargos políticos están sometidos o sujetos a la Constitución y al resto del ordenamiento jurídico, por lo que inevitablemente no pueden escapar de considerar en toda decisión su ajuste o no a Derecho.

El hecho fundamental de que la decisión o adopción de los actos administrativos y del resto de decisiones importantes corresponda al nivel político de las Administraciones públicas, cuando en cambio en el acceso al mismo o a estos cargos no se exija un sistema de mérito y capacidad, otorga a estas potestades reglamentarias, decisorias y directivas, un carácter más formal que material, o al menos más político que técnico y administrativo, destacando, por tanto, forzosamente, la importancia del papel que debe jugar entonces la organización administrativa; la cual es el objeto de nuestra reflexión en u punto posterior.

#### **1.4.- Mención a la Administración Electoral.**

Se alude por la doctrina a la existencia de Administraciones independientes que no son objeto de pormenorizado análisis en este trabajo, dado su fin principal, algunas de ellas como las Universidades, realmente autónomas, las entendemos de un modo general como personas jurídicas que prestan un servicio público y que tienen sus propios estatutos de ámbito organizativo. Pero la denominada Administración Electoral, por su finalidad, sí reviste carácter de organización política que tiene su propia organización administrativa, por lo que es obligado hacer mención a la misma, si bien no va a ser objeto de nuestro análisis por su especificidad alejada, en principio, de la finalidad de conexión o distinción entre derecho y organización. Nos limitaremos, pues, a señalar que el artículo 8 de la Ley Orgánica 5/1985 de 19 de junio nos dice que la Administración Electoral *tiene por finalidad garantizar en los términos de la presente Ley la transparencia y objetividad del proceso electoral y del principio de igualdad.*

*2. Integran la Administración Electoral las Juntas Electorales, Central, Provincial, de Zona y, en su caso, de Comunidad Autónoma, así como las Mesas Electorales.*

## **2.- LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA PROPIAMENTE DICHA.**

La organización política que acabamos de examinar es estructuralmente Administración pública y hemos destacado su aspecto de poder. También, en los capítulos anteriores a este, se ha puesto de manifiesto el factor de poder que reviste la Administración pública desde el Derecho administrativo y los límites que dicho poder tiene establecidos en el Derecho, que también se manifiesta como poder. El poder, pues, es una idea y una manifestación y factor esencial y concurrente en la Política, el Derecho y la Administración pública, si bien también se ha manifestado una configuración legal que considera en el nivel político la existencia de una función directiva, que habrá que distinguir de la dirección pública como concepto o categoría propia administrativa. Pero en la Administración pública el poder se manifiesta, repito, en la organización política en su aspecto de voluntad y potestad decisoria, bien normativa, bien de meras resoluciones, y en la organización administrativa, propiamente dicha, se manifiesta como garantía y función pública tal como en el Capítulo II se patentizó.

Interesa ahora, sin embargo, la Administración pública desde su aspecto propio y común con otras organizaciones administrativas de asistencia al Poder; es decir, nos interesa la Administración como organización asistencial. Sin que ello suponga, perder de vista que su

asistencia y servicio no lo es exclusivamente a la organización política antes analizada, sino que la Administración es poder en sí misma al servir a los intereses públicos y generales establecidos en el ordenamiento jurídico y definidos a través del proceso político previo a la ejecución. De tal modo que el poder garantía y función pública, referido antes, tiene también carácter asistencial, de ahí que sea poder administrativo y adquiera raíz o sentido político. Toda una serie de relaciones, contrastes y paradojas que se ofrecen en especial en el análisis de la Administración pública.

Pero si se tratan de eliminar las connotaciones jurídicas o el elemento jurídico de la Administración pública, si se la define desde la Ciencia de la Administración, nos encontramos con las siguientes conceptualizaciones de la Administración pública del profesor Baena<sup>128</sup>, al distinguir dos partes en la red del sistema institucional: una, *especializada en adoptar la decisión conformadora y mantener el equilibrio de la cúpula y por ello de la sociedad; y otra parte que por medio del empleo de los recursos de que se dispone asegura la integración*; señalando que esta otra parte que asigna los recursos y dispone de ellos no es ajena a la decisión. Esa otra parte, pues, es la Administración pública y la conceptualización señalada nos revela un papel integrador y social y de contacto con la actuación política de conformación y equilibrio. Pero, inmediatamente de considerar a esta otra parte como lo que llamamos Administración pública, Baena nos dice: *la Administración es, por tanto, una red de relaciones interseccionadas que se sitúa en la cúpula, como una parte de la red del sistema institucional. Red de relaciones ésta formalizada en una estructura de puestos...*Continúa especificando o concretando más,

---

<sup>128</sup> Baena del Alcázar, Mariano; *Curso de Ciencia de la Administración*, 4ª ed. Reformada, p.54.

diciendo: *Se trata de un sistema de puestos que implica una red de relaciones y este sistema de puestos está subordinado a la red o sistema que ejerce el poder político.* Sin perjuicio de las matizaciones que el profesor Baena realiza advirtiendo que la formalización del sistema de puestos no responde siempre a la intersección de relaciones, lo que nos evidencian claramente las anteriores conceptualizaciones es una Administración pública muy diferente de la que nos ofrece el Derecho administrativo, y en la que el aspecto asistencial cobra relieve, así como su conexión con la actividad política. Destaca la Administración pública como un centro de relaciones que se dan en su seno interno pero también hacia el exterior y no con los fines jurídicos que nos ofrecen los conceptos que hemos manejado de potestades administrativas y actos administrativos, sino en los de obtención de información para la ayuda a la adopción de decisiones importantes de carácter político o administrativo y de valoración a efectos de su eficacia y de ejecución o acción encaminada a la eficacia de la decisión ya formalizada. Y, también, como una forma de participación de los intereses en juego y de legitimación, por tanto. Este aspecto relacional y asistencial es el que nos interesa ahora contemplar y, para ello vamos a destacar la organización atendiendo al nivel colaborador en la adopción de la decisión y en su implementación, o sea atendiendo al encargado de la ejecución.

Pero que sean estos aspectos los que interesa destacar desde la perspectiva de la Ciencia de la Administración, no evita el hecho de que la referencia a la organización concreta existente tenga que realizarse, forzosamente, desde la perspectiva de su regulación jurídica o reglamentaria. En la exposición general de la organización administrativa propiamente dicha, tal como reflejamos con anterioridad, distinguiremos,

primero, la organización centralizada o indiferenciada y desconcentrada de la personificada. Después, se analizará una distinción que se considera básica y un elemento estructural que es la que diferencia entre Administración general y Administración especial, para seguir con clasificaciones fundadas en la actividad o función que se desarrolla, en orden a la importancia en la colaboración en la adopción de las decisiones políticas y administrativas, en los aspectos relacionales y en la mera asistencia.

En la decisión expositiva que hemos adoptado de la organización administrativa propiamente dicha, venimos mostrando órganos o formas organizativas que desde el punto de vista estructural y de un organigrama se nos muestran unitariamente, incluyendo la organización política ya reflejada como el ápice de la pirámide organizativa que constituye la Administración pública. Esta unión entre lo político y lo administrativo poder y asistencia, pues se muestra como una unidad de carácter burocrático conectada al ejercicio de poder en general, pero manifestar su completa organización y su funcionamiento o actividad no puede realizarse simplemente mediante la enumeración y descripción orgánica, sino que es conveniente que queden manifiestas las funciones que se producen en el seno de esta organización burocratizada. Por ello hemos decidido exponer la organización partiendo realmente de un análisis funcional y habiendo ya expuesto la organización política, al ocuparnos de la administrativa atenderemos al nivel superior o directivo, diferente del analizado en el nivel político; para en este punto, que ahora iniciamos, encontrarnos con que la organización que tenemos que analizar o exponer tiene una mayor complejidad o una mayor diversidad funcional y refleja, en mayor grado, el escalonamiento jerárquico y los distintos niveles orgánicos y de unidades

administrativas. Por ello, el epígrafe de este punto se muestra vario en su expresión tratando de abarcar distintas formas de denominar a la organización que vamos a analizar en este punto, sin perjuicio de la forma o formas en que lo hagamos.

Al analizar el directivo público, vincularemos nuestra exposición al papel o distintas funciones que la organización realiza respecto de las políticas públicas y veremos el que, en este orden, realiza el directivo público, al que hemos situado en una zona de conexión, engarce o solapamiento entre la zona política y la propiamente administrativa, para considerar en ésta última la existencia de un papel importante en la función de implementación y mantenimiento de dichas políticas públicas, sin perder de vista que también se intervenga en su formalización. Sin duda, desde un punto de vista más trascendente que el meramente jurídico o del simplemente administrativo, esta colaboración en la formulación, implementación y ejecución o eficacia de las políticas públicas, nos manifiesta aspectos de la actividad administrativa distintos de los que nos muestran los análisis desde perspectivas de Derecho administrativo. Y, desde el punto de vista de nuestro trabajo, la conexión de la actividad administrativa con las políticas públicas nos ofrece o presenta a la actividad jurídica como una más de las que se tienen que desarrollar y la conecta con la organización administrativa; de tal modo, que el derecho no es sólo un fin en si mismo y un elemento de la eficacia de las Administraciones públicas y de los derechos de los ciudadanos, sino también una técnica y un medio de organización.

En definitiva, esta organización administrativa que ahora vamos a examinar se muestra estructuralmente unida a la organización política y a

la directiva, y se ocupa de la ejecución y de la gestión, propiamente dichas, y facilita la relación con la sociedad y el público; es, pues, la que corrientemente se viene considerando como la organización burocrática propiamente dicha y la que muestra un carácter asistencial más claro a la actividad política, sin perjuicio de su clara contribución en la adopción de los actos administrativos o resoluciones administrativas. Pero no hay que dejar de tener en cuenta que, en esta función de ejecución y gestión, esta organización, que hemos dicho se muestra conectada con la directiva y a través de ella con la política, posee y facilita los datos precisos para la adopción de todo tipo de decisiones y, por supuesto, para la formulación, implementación y valoración de las políticas públicas y para que el directivo pueda realizar su función de apoyo en este campo. El funcionamiento y contenidos de conocimiento o la actividad que se desarrolla en esta organización debe ser objeto de conocimiento del directivo para que su función sea de tal carácter.

La dificultad en nuestro trabajo no reside en conceptuar lo que es o abarca este tipo de organización, sino en la exposición de lo que es en sí misma, en manifestar cómo se organiza o estructura en su caso. Quizá la primera decisión que debemos de tomar es considerar a toda ella como de carácter ejecutivo y hacer hincapié en su indiferenciación o agrupación centralizada o concentrada sin personalidad propia, para distinguirla de la organización personificada o diferenciada que en otro punto se analizará. Partiendo, pues, de esta indiferenciación y carácter ejecutivo, en los puntos siguientes realizaremos su análisis distinguiendo una actividad u organización técnica y de garantía, una de confianza propiamente dicha, la propia de gestión o mantenimiento, una meramente asistencial y una de información al público. Hay que tener en cuenta que en esta organización

indiferenciada también se encuadra una buena parte de órganos colegiados de carácter asistencial, consultivo y de participación que contemplamos en un punto específico.

Resulta así que realmente la organización burocratizada la exponemos partiendo de su clásica adjetivación como indiferenciada o como desconcentrada, dedicando el resto de puntos a los análisis funcionales y de niveles de asistencia ya comentados. Pero la realidad de esta exposición de la organización administrativa propiamente dicha es que lo que se destaca sobre todo es la distinción entre poder y servicio o prestación, sectores en los que se nos ofrece unas formas de gestión y organización diferentes. Es decir no se presenta tanto la dualidad Poder – Gestión, como las dualidades Poder- Servicio público o Centralización-descentralización y, así, en el servicio y en la descentralización la personalidad jurídica se presenta como un hecho organizativo sustancial y el derecho pasa a un plano diferente, como derecho de la organización u organización en sí mismo, pero no como el centro de esa Administración personificada o descentralizada. La complejidad al explicar la Administración burocratizada radica en la exposición de la actividad que se realiza, mientras que la dificultad en la Administración personificada radica en exponer y analizar las distintas personas que la componen.

### **2.1.- La organización indiferenciada y desconcentrada.**

Siguiendo, pues, las pautas antes reflejadas comenzamos por hacer referencia a la organización indiferenciada y a la desconcentrada, porque bajo tal concepto se considera precisamente a la organización administrativa centralizada de cada una de las Administraciones públicas,

que viene constituida, sin perjuicio de que comprenda a la organización política superior, por órganos administrativos propiamente dichos, que no adquieren personalidad propia y que constituyen el núcleo burocrático por excelencia, tanto porque se ocupa con preferencia de los expedientes administrativos, de la gestión y de la ejecución como porque constituye el centro de poder y de relaciones de cada Administración pública.

Su íntima conexión con el poder político y su organización administrativa superior, implica que su actividad no sólo sea técnica y asistencial, sino que también obedezca a los impulsos políticos de cada momento y se vea influida por ellos. En este sentido la indiferenciación no radica sólo en que se parta de una personalidad jurídica única según la concepción del Derecho administrativo, sino porque en muchos casos es difícil realizar una separación entre la actividad política y la jurídico-administrativa.

#### ***A) La organización jerarquizada.***

Antes, sin embargo, de ver cada una de estas diferenciaciones, hay que exponer que al ser la organización que nos ocupa la centralizada y burocratizada es la que muestra, en su estructura, la línea jerárquica; es decir, es la organización que se muestra jerarquizada y en la que se manifiestan las diferentes clases de órganos y sus denominaciones, conforme a su orden jerárquico, jefatura, dimensión, importancia, ubicación en el conjunto y relación con el resto de los órganos. Es en este tipo de organización indiferenciada, o desconcentrada en su caso, y de gestión, en el que se muestra la clase y volumen de trabajo burocrático y las relaciones con el público y con los varios intereses sociales y en el que

es más propia la existencia de distintos niveles de responsabilidad, dirección, formación, jefatura, complejidad y mérito y capacidad para su desempeño. Por ello, es donde existen los diferentes niveles orgánicos que ya se han apuntado anteriormente y, así, las distintas Administraciones públicas, tienen órganos de nivel equivalente a las Subdirecciones Generales del Estado y que consideraremos directivos o no según su función y según su encaje en la noción que hemos ofrecido en el punto anterior o en la que se ofrecerá más adelante.

Los órganos de nivel superior de las Administraciones públicas, oscilan entre los niveles de destino de 30 a 26, sin perjuicio de que en desarrollo del Estatuto básico del empleado público la ordenación de niveles cambie, y lo más frecuente es que el nivel administrativo superior reciba la denominación de **Servicios** y que el nivel 30 o máximo previsto, consideradas las Comunidades Autónomas, se reserve para los puestos de carácter político y el 28 para los puestos equivalentes a las Subdirecciones Generales estatales, que en algunos casos supone la existencia de órganos con un nivel superior al Servicio y que comprenden varios servicios; estos órganos reciben, por ejemplo, la denominación de Áreas en la Comunidad Autónoma Valenciana, pero en el Estado también surgieron con la denominación de divisiones o departamentos.

Por debajo de los Servicios, aparece el tradicional nivel de la **Sección** y por debajo de éstas el **Negociado** o los negociados, sin perjuicio de que éstos se dividan a su vez en órganos o unidades de menor dimensión, importancia y nivel de puesto, siendo normal la referencia a jefaturas de unidad, por ejemplo. Si bien en algunos casos esta

configuración de la Unidad como organización se realice en un nivel superior al negociado.

En definitiva, la estructura jerarquizada o la organización reflejada de modo jerarquizado es la más gráfica y la que muestra la división orgánica de cada departamento, la conexión competencial de cada órgano, las jefaturas y la complejidad. En ella se produce la conexión con el puesto de trabajo y con las relaciones de puestos de trabajo y sus treinta niveles establecidos legalmente (o los que en el futuro se configuren en cada Administración) o con las plantillas orgánicas, y una visión conjunta del organigrama y la relación de puestos de trabajo nos muestra la real dimensión de cada órgano en su conjunto y la inflación que puede existir o la inexistencia real de los treinta niveles señalados por la Ley. Si contemplamos la representación gráfica de la organización (organigramas) y la confrontamos con los respectivos reglamentos orgánicos y de distribución de competencias y con las relaciones de puestos de trabajo o plantillas orgánicas tenemos una visión completa de la organización administrativa pública.

La cuestión de que la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública en su artículo 21. 1 a) al regular la promoción profesional señalara que los puestos de trabajo se clasifican en 30 niveles, era también un hecho organizativo, que hay que considerar en este momento, pues el nivel del puesto de trabajo también sirve de base para establecer el nivel del complemento de destino, el cual no sólo hay que considerarlo como un factor retributivo sino como el propio nivel orgánico y de jerarquía del puesto. No cabe duda, que los 30 niveles no se correspondían con treinta niveles de órganos administrativos, sino que la cantidad de niveles de

órganos existentes, representados por el nivel de destino del puesto de la jefatura respectiva, es menor, pero la determinación exacta sólo se puede realizar a través del análisis de cada relación de puestos de trabajo. Pero con ello se evidencia que existiendo en este nivel, prácticamente tres o cuatro clases de órganos, a los que corresponde un nivel de jerarquía (Subdirección, Servicio etc.), en cambio cada uno de estos órganos pueden tener un nivel retributivo y de responsabilidad diferente, atendiendo a sus contenidos en cuanto a volumen de trabajo, experiencia y conocimientos necesarios, mando y dirección o unidades dependientes, situación en el conjunto de la organización y nivel de coordinación precisa, etc. Cuestiones que se deciden en la relación de puestos de trabajo, tras el análisis de cada puesto en cada organización y en relación con las restantes y que todo ello constituye un factor organizativo, y que acaba siendo una decisión en este orden organizativo, pero que forma parte del Derecho administrativo y es objeto de controversias jurídicas. La reforma y desregulación que en este aspecto ha supuesto la Ley 7/2007 del Estatuto Básico del empleado público nos evidencia como nos encontramos ante un hecho organizativo que hoy queda al arbitrio de cada Administración pública y que afecta a la estructuración orgánica y de puestos de trabajo y a la denominada carrera vertical de los funcionarios públicos.

Por lo tanto, se establecía una diferencia entre órganos y puestos de trabajo y entre nivel jerárquico y nivel del puesto de trabajo. Los niveles jerárquicos administrativos, sin contar los órganos políticos, no superan el número de seis y los niveles de puestos de trabajo establecidos formalmente en su día fueron 30, si bien la realidad nos muestre un número inferior, pues no se correspondían con una jerarquía sino con un nivel retributivo y constituyeron una solución similar a las antiguas categorías

por su efecto meramente económico en la realidad. Por tanto, si bien, hemos afirmado que los 30 niveles de puestos de trabajo constituían un hecho organizativo, hemos de matizar que presentaban un aspecto más bien retributivo y que más que organización estructural constituía una forma organizativa discutible o criticable en su racionalidad.

Pero en la actualidad aún no podemos manifestarnos sobre la reforma que supone la Ley 7/2007, pues hemos de esperar a ver cómo se desarrolla y cómo quedan los sistemas de carrera que prevé y la estructuración que cada Administración realice. Por lo tanto esta situación de los 30 niveles queda superada por la promulgación de la Ley 7/2007, del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuanto cada Administración pública en su ley de desarrollo adoptará el sistema más conveniente a sus intereses y autonomía conforme a las bases que se establecen en materia de carrera profesional, retribuciones y ordenación de los puestos de trabajo. Con ello el hecho organizativo lo será cada decisión legal en la materia.

En resumen, pues, la organización ejecutiva se muestra, aun cuando sea en su forma desconcentrada, con una estructura jerarquizada, burocrática y de carácter asistencial al poder político y dirigida a la eficacia de leyes y políticas públicas, sin perjuicio de sus aspectos garantes del interés público. Pero no hemos de olvidar que la jerarquía constituye un principio de organización y que ya se ha comentado que jerarquía y centralización vienen identificándose, por ello, ya que toda organización constituye su propio centro, toda organización muestra un orden jerárquico y la organización jerarquizada surge en todas las Administraciones públicas y en todas sus formas organizativas.

*B) La organización desconcentrada y sus matices.*

Lo acabado de reseñar nos obliga a recordar que en este momento estamos analizando las formas organizativas o modos de organización que nos ofrece la Administración pública en general y se nos está mostrando una conexión con principios que ya hemos analizado; así, ha ocurrido con la organización jerarquizada coincidente con el principio de jerarquía y equivalente al de centralización o, en su caso, al de concentración. La siguiente forma de organizarse de una Administración pública es la de utilizar organizaciones desconcentradas, como resultado de la aplicación del principio constitucional de la desconcentración, analizado en el punto 2.1, apartado C) b) del Capítulo III. Punto en el que hemos considerado que el principio, al no determinar la creación de personas jurídicas, no implicaba una desvinculación del de jerarquía, por lo que es lógico que ahora, al tratarlo desde la perspectiva de la organización propiamente dicha, resulte que a la organización desconcentrada la consideremos indiferenciada. De hecho, los órganos desconcentrados aparecen separados de la organización jerarquizada, si bien son dependientes de ella y, en buena parte, separados del centro geográfico; por ello física o materialmente no son diferenciables de las personas jurídicas, si bien formalmente no tienen nada que ver.

Pero la cuestión que debemos abordar es la de cómo o cuándo se produce esta forma organizativa, lo que prepara la conexión que posteriormente debe realizarse en orden a la decisión organizativa. La forma desconcentrada, aun cuando no constituya una descentralización funcional mediante la creación de personas jurídicas y no descarte la existencia de su sometimiento jerárquico a la organización central, supone

una cierta diferencia: la de su separación física de la organización jerarquizada, bien por radicar en territorio diferente, bien por necesitar su propio edificio, bien por realizar una actividad técnica que no se controla por la organización central de modo directo, sino por la propia dirección del centro, siendo el control jerárquico el del cumplimiento de los principios, del derecho, de la eficacia y de los resultados, pero no sustituyendo la prestación técnica correspondiente, que se presenta como de total responsabilidad del órgano desconcentrado. Hay un centro de imputación de responsabilidad que no es jurídica o derivada de una personalidad propia e independiente, sino sólo de carácter técnico, profesional, de gestión y de resultados.

Pero dicho esto, conviene analizar los casos o ejemplos de órganos desconcentrados que nos ofrece la realidad administrativa y las causas para ello y el primero a examinar es el de los órganos territoriales; es decir, aquellos que crea la Administración central o centralizada para acercar su actividad, normalmente la gestión y la función representativa, a diferentes zonas del territorio que la componen y en el que tiene que ejercer sus potestades y competencias. Son los órganos que se presentan como Delegaciones regionales o provinciales y Servicios o Direcciones territoriales; Juntas municipales de distrito o Alcaldes de barrio, etc., bien de los respectivos gobiernos, bien de los departamentos principales de cada Administración (ministerios o consejerías, por ejemplo) Al aunar representación política y acercamiento de la gestión al territorio correspondiente, estos órganos son dirigidos por cargos de designación política, como hemos visto al analizar la organización política y la directiva. Su personal es normalmente funcionario público, bien de Administración general, bien especial, el de esta última normal o

predominantemente con funciones inspectoras o de control. En definitiva, las tareas en estos órganos son predominantemente ejecutivas y de carácter burocrático y sirven para alejar al público ordinario del centro de poder que constituye cada departamento ministerial o equivalente, es decir del poder político; cuestión más evidente cuando el órgano desconcentrado radica en el territorio de la capitalidad o centro de la respectiva Administración.

La otra clase de órganos desconcentrados es la que obedece a razones técnicas o funcionales, que determinan la existencia de una actividad no burocrática, sin perjuicio de que conlleve una determinada estructura administrativa o de gestión. Sus raíces son prácticamente las mismas que fundamentan a la descentralización funcional, pero sin que se considere la necesidad o precisión de conceder autonomía a la organización, bien por razones presupuestarias o de capacidad económica, bien por la menor envergadura o importancia del servicio a prestar, bien porque el destinatario de la actividad no es el público en general, en el sentido o concepto de usuario que preside la idea del servicio público en el Derecho administrativo, sino que más bien es la propia Administración, pues más que un servicio se desarrolla una competencia administrativa. Al ser la actividad de estos órganos tan técnica o singularizada, comprendiendo una prestación no burocrática sino material, su dirección no reviste el carácter político que se presenta en los órganos desconcentrados por razón del territorio, sino que bien es simplemente burocrática o administrativa o bien técnica o bien presenta ambas direcciones a la vez, cuestión que ya evidenciaremos al analizar los directivos públicos y al referirnos a establecimientos como los hospitales o los centros docentes.

En los límites señalados, pues, se puede afirmar que se mueve la desconcentración orgánica. Pero en materia de organización, desafortunadamente no basta con la consideración de las leyes específicas que a ella se destinan, sino que es habitual que en las normas que contienen regulaciones propias de los departamentos de Hacienda por la materia, nos encontremos normas que también afectan a la organización y que incluso definen o clasifican a los órganos administrativos y a las personas jurídicas, como más adelante veremos y que, frecuentemente distorsionan o varían los conceptos que aquellas leyes establecen. En orden a la posible existencia de otros tipos de organización desconcentrada, por ejemplo, debe considerarse el artículo 2 de la Ley 47/2003, General Presupuestaria, que respecto del Estado, en su punto 2 se refiere a los fondos carentes de personalidad jurídica cuya dotación se efectúe mayoritariamente desde los Presupuestos Generales del Estado, o el punto 3 que se ocupa de los órganos con dotación diferenciada en los Presupuestos Generales del Estado que careciendo de personalidad jurídica no estén integrados en la Administración General del Estado. Lo que pone en evidencia que en estos casos nos podemos encontrar con formas de organización desconcentrada y, también, que la administración de fondos no siempre se corresponde con organizaciones dotadas de personalidad jurídica.

## 2.2.- La organización directiva y la noción del directivo público<sup>129</sup>. La conexión con el sistema de libre designación.

Una vez analizadas la organización política y realizada la conceptualización de la Administración indiferenciada, jerárquica y desconcentrada, hemos de continuar analizando la organización administrativa desde los aspectos más funcionales y, al efecto, es necesario analizar y destacar el nivel organizativo que supone la conexión entre Administración y Política, que es, o debe ser, el que permita configurar a la Administración pública como el elemento integrador que señala Baena y como centro de relaciones, destacando en este caso las relaciones internas; es decir, las que se producen entre políticos y altos funcionarios y entre estos y los funcionarios de nivel inferior. Este nivel, por su situación, por su conexión con la política, por su conocimiento de la Administración pública y por su necesaria función de mando y situación de jerarquía sobre

---

<sup>129</sup> Del directivo público ya me he ocupado en *La selección de personal en la Administración Pública*, op.cit, p.76 y ss, y en *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión de la libre designación*, op.cit, pero también puede verse la Lección 9 de mis Apuntes de empleo público y función pública para el Curso 3º de Ciencias Políticas y Administrativas, en [www.morey-abogados.com/aula.htm](http://www.morey-abogados.com/aula.htm); así como en el mimeografiado *Directivos y recursos humanos en la Administración Pública*, Master Universitario en Administración Pública de la Universidad de Granada y Junta de Andalucía 1992. Igualmente la cuestión se trata en las siguientes obras y trabajos:

Respecto de las relaciones entre políticos y altos funcionarios o del directivo público: **Nieto García, Alejandro**, *Necesidad de una disciplina básica para la formación de directivos*; Documentación Administrativa núm. 200; **Martín Acebes, A.** Objetivos y estrategia de modernización de la Administración Pública. en “*La formación de directivos para la modernización de la Administración Pública*”. Encuentro internacional.- MAP 1992; pp. 29 y ss. **Arenilla Saez, Manuel**. *La estructura de la Administración Pública: análisis, evaluación y propuestas*. Obra colectiva “Los recursos humanos en las Administraciones Públicas”, dirigida por Rodríguez Fernández, Andrés; pp. 90 y ss. Ed. Tecnos, Madrid 1995. Sánchez Santa-Bárbara, E. “*Estilos de Dirección en la Administración Pública*”.- En la obra colectiva citada; pp. 395 y sigts. **Canales Aliende, José Manuel**. *El directivo público*. Actualidad Administrativa; núm. 7/12-18 de febrero de 1996. **Jiménez Asensio, Rafael**, *Altos Cargos y Directivos Públicos. Un estudio sobre las relaciones entre política y administración en España*, op. cit., y *Directivos públicos* Instituto Vasco de Administración Pública .Oñati 2006; **Velásquez López F. J.**, *Empleados públicos y funcionarios: algunas ideas sobre la función directiva*. Gestión y análisis de políticas públicas nº 10 septiembre- diciembre 1997, pp. 53 y ss. **Losada Marrodán, Carlos; Bergaz Pérez, Mª Victoria**, *La función directiva pública*, Parte de Obra completa, T.5, Instituto Andaluz de Administración Pública 2001.

los niveles y funcionarios inferiores, debe ser calificado como nivel directivo. Por tanto, nuestro fin en este punto es el examen de la organización existente o apropiada en las Administraciones públicas para dirigir, a su vez, la actividad que la dirección política exige en los campos antes señalados y, en consecuencia, en la actividad administrativa y en su organización hacia la eficacia y la gestión diaria.

Los aspectos directivos políticos han quedado expuestos al analizar la organización política, de tal manera que la dirección política supone realmente un impulso de la implementación y ejecución de las políticas públicas y decisiones ya adoptadas, para, a través de la Administración, conseguir su eficacia; también puede ser un ejercicio de promoción de actividades dirigidas a obtener la información necesaria para la adopción de las políticas públicas y decisiones fundamentales. El nivel directivo que ahora nos interesa es el señalado de apoyo a dichas políticas públicas y de enlace con la organización denominada de mantenimiento o gestión con el fin de programar la asignación de los recursos y factores administrativos precisos para la eficacia de lo decidido. De tal modo que desde nuestro punto de vista el directivo público propiamente dicho se constituye, por su relación con las actividades señaladas, como una categoría propia y distinta del resto de directivos que pueden trabajar en las Administraciones públicas y cuyas funciones y actividades no son sustancialmente distintas de los directivos de una empresa privada, si bien se maticen por prestarse en el seno de una Administración pública.

Como, en este punto seguimos analizando la estructura administrativa propiamente dicha en su nivel más alto, de conexión con el nivel político, las cuestiones que se irán desmenuzando en los puntos

siguientes no son meramente estructurales, sino que determinan o conllevan una respetable carga conceptual que influye necesariamente en la valoración de la organización correspondiente, pues implica la manifestación de unos principios que hoy tienen base jurídica y constitucional, que ya han sido analizados anteriormente para exponer los límites de la organización y de la potestad discrecional. Pero como, las cuestiones concretas que en este orden existen irán surgiendo en cada momento del análisis de este punto, ahora sólo interesa evidenciar dos más generales; una, la de si el directivo que aquí se analiza debe de ser un funcionario público o si su función o actividad es una función pública y una garantía de las exigidas por la Constitución y, otra, la incidencia que en este nivel se establece por el sistema de provisión de puestos de trabajo de la libre designación, lo que forzosamente lleva a que este sistema sea, a su vez, valorado<sup>130</sup>. En el fondo de todas las valoraciones apuntadas, la cuestión básica es la determinación de si nos encontramos con una verdadera organización profesional o, por el contrario, ante una politizada o cercana al spoils system. También, como se verá en otro punto la cuestión guarda conexión con la distinción entre Administración general y Administración especial.

#### *A) Noción del directivo público.*

No obstante, como, sin perjuicio del avance efectuado de nuestra concepción estricta, la apreciación de lo que es un directivo público es varia, no nos queda más remedio, una vez señalada, en su momento, la

---

<sup>130</sup> Estos dos conceptos, el de la función pública y el de la libre designación son los elementos claves de mi obra ya citada *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión de la libre designación*, INAP, Madrid 2004, a la que remito al lector al objeto de complementar las cuestiones que aquí analizaremos.

dirección política o el directivo político, que analizar un poco el concepto que debe predominar al referirnos a la Administración pública o a lo público.

La noción del directivo público, para algunos, incluye al cargo político en cuanto la dirección de la Administración corresponde a los gobiernos de cada una de las Administraciones territoriales y en cuanto hemos visto que la cabeza de los órganos más importantes es política y a ella le corresponde su dirección. Pero esta dirección no lo es de los aspectos técnicos o propiamente administrativos, sino que hemos destacado su carácter político y la hemos prácticamente definido. Interesa ahora, pues, aquella función directiva de carácter técnico y de nivel superior dentro del nivel administrativo y no propiamente político, que es el nivel de conexión que hemos señalado y que, en definitiva, conecta con la eficacia de las políticas públicas mediante el manejo de los recursos administrativos y la dirección de los órganos superiores del nivel propiamente administrativo a dichos efectos, haciendo que programen adecuadamente los factores administrativos necesarios para que las políticas públicas se lleven a cabo y para su ejecución posterior. No se trata de un director de la ejecución sino de un programador de dicha ejecución mediante la dirección y coordinación del nivel ejecutivo superior con el fin de obtener la información necesaria para la adecuada formulación y formalización de las políticas públicas, para prever los recursos necesarios y programar su ejecución y efectividad y, en su caso, cuando la política pública se halle en fase de ejecución y mantenimiento, obtener la información acerca de su eficacia, valorando la ejecución para impulsar, también en su caso, los cambios necesarios. La actividad acabada de describir es, pues, aquella que en orden a la eficacia de los intereses

públicos y de las políticas públicas, en su momento, hemos estimado como incluida en el concepto de funciones públicas, en el punto 6 del Capítulo II. De otro lado, esta actividad que conecta con la Política, no es política en sí misma y tiene el carácter asistencial que caracteriza a toda actividad administrativa.

En orden a lo que es el objeto nuclear de esta obra, en este directivo público, lógicamente, concurren derecho y organización como conocimientos necesarios, pero sobre todo como medios a utilizar en la configuración de las políticas públicas y en las medidas para su eficacia, pues juegan su papel en la estrategia, en la formulación de la política y en los procedimientos de regulación y de actuación, tanto de la intervención que implica en la sociedad como en la dirección ordenada de la actividad de los funcionarios y empleados públicos; sin perder de vista el papel que también juegan en la obtención de los recursos necesarios, pues siempre requiere procedimientos juridificados, en los que prima la libertad de concurrencia y otros principios básicos. Ante las concepciones que en esta obra y en el Capítulo II hemos observado y sobre todo por la concepción que los Tribunales contencioso- administrativos nos ofrecen de la potestad organizatoria y su discrecionalidad y, de otro lado, por la garantía que las Administraciones públicas deben presentar, tanto en cuanto a la eficacia del Derecho como de su propia eficacia administrativa y aplicación de los principios que el Derecho nos ofrece como de organización y límite de la misma, el directivo público tiene que realizar una valoración de “lo jurídico”, desde unas perspectivas que alcanzan no sólo los aspectos relacionales con los individuos o derechos subjetivos de los mismos, sino que, superando dichos aspectos, ha de contemplar los intereses públicos

traducidos en la buena administración y eficacia de los principios existentes en el Derecho que a estos fines se dirigen.

Pero, todavía más, al directivo público le corresponden, en realidad, las decisiones o actuaciones encaminadas tanto a juridificar o convertir en derecho las actuaciones, procedimientos y principios consolidados como dicha buena administración, como, en otro caso, a desjuridificar o no contemplar como obligación jurídica todos aquellos factores de excesiva burocratización que conducen a la ineficacia. En definitiva, les corresponde una forma de organizar en la que el Derecho constituye un elemento y medio esencial, que, además, tiene que ser conocido de modo más profundo que el que se exige al simple funcionario. No se trata de un conocimiento meramente normativo o preceptual del derecho, sino de un conocimiento general y coordinado de sus principios básicos, fundamentales y generales que inspiran el ordenamiento jurídico y la regulación social, al efecto de la conformación de las decisiones políticas y administrativas más importantes y su formulación, formalización e implementación. En esta actuación no hay sólo una asistencia al político en el poder y a su voluntad política y personal, sino una asistencia a los intereses públicos y generales que formal e idealmente se reflejan en el Derecho como voluntad general adoptada democráticamente; de ahí, que su relación con el político no pueda ser de confianza pura, sino que sea necesaria una neutralidad basada en el conocimiento técnico, en la aplicación de los fundamentos jurídicos y en el ejercicio de una función pública.

***B) La regulación legal del directivo público.***

Ofrecida nuestra noción general del directivo público y de lo que son sus bases o fundamentos y, en consecuencia, determinada, a través de ello, su importancia en la organización, conviene analizar si esta noción se halla presente en la regulación jurídica de nuestra función pública y que contenido tiene la misma.

*a) La regulación en el Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964.*

En la Ley de 7 de febrero de 1964 de Funcionarios Civiles del Estado, en su artículo 23.3, se establecía que *los funcionarios del Cuerpo Técnico de la Administración civil realizarán las funciones de gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo de nivel superior. Deberán poseer título de enseñanza superior universitaria o técnica, Las plazas de mayor responsabilidad de este Cuerpo que previamente se clasifiquen como tales se reservarán a funcionarios del mismo que ostenten diploma de directivos. La obtención del diploma determinará una consideración adecuada de estos funcionarios a efectos de remuneración.* Ninguna previsión en el mismo sentido se realizaba respecto de los Cuerpos especiales en el artículo 24. El artículo 23.3 tenía como fundamento la Base IV 1, de la Ley de Bases para la reorganización de la función pública, cuyo principio 3º señalaba que “La obtención del diploma de directivo y el ingreso en el Cuerpo Técnico exigirán en el aspirante poseer título de enseñanza superior universitaria o técnica”

El artículo 26 del Texto articulado de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, establecía que *los diplomas de funcionarios directivos se expedirán, una vez aprobados los cursos organizados al efecto, entre los aspirantes seleccionados de acuerdo con los procedimientos establecidos en el artículo 31 de esta Ley*. Dicho artículo 31 se refiere a la selección de los funcionarios de los Cuerpos Generales y remite a su vez al artículo 23 para atender a las funciones que a cada uno de dichos Cuerpos corresponden y que respecto del Cuerpo Técnico ya se han reflejado.

El artículo 53 del mismo Texto articulado en su apartado b) insistía en lo recogido en el artículo 23 y decía que en la clasificación de los puestos reservados al Cuerpo Técnico de Administración se determinarán los que por su mayor responsabilidad, deban ser desempeñados por funcionarios con diploma de directivo.

En resumen, lo que se pretende resaltar es que la legislación de 1964 al concebir el funcionario directivo, estaba circunscribiendo el concepto o noción de directivo público como una reserva a favor de los funcionarios del Cuerpo General Técnico; es decir, primero destaca la condición de funcionario del directivo y después que el concepto se corresponde con los que tienen la condición de generalistas de nivel superior, a los que se exige en los programas de ingreso una fuerte formación jurídica en Derecho administrativo, aun cuando, se pueda acceder con licenciaturas diferentes a la de Derecho. Además, el diploma requería de la organización de unos cursos. No era posible acceder desde la condición de funcionario de Cuerpos especiales o facultativos, pues la condición de ser funcionario del Cuerpo General Técnico aparece como exigencia previa.

No importa, ahora, la ineficacia de estas previsiones legales, sino destacar que la concepción legal del directivo, en dicho momento, implicaba que el legislador consideraba que era preciso el conocimiento técnico y empírico que el ejercicio de la función administrativa superior supone y que no era posible acceder sin dicha condición previa, ya que ello era congruente con la creación del Cuerpo Técnico de Administración como especialista en Administración pública, lo que determinaba la exclusión de los cuerpos especiales; por un lado, por la razón de que al Cuerpo General Técnico se podía acceder con cualquier titulación universitaria superior y, segundo, porque, hay que considerar, que de este modo los cursos para el diploma se circunscribirían exclusivamente a impartir los conocimientos propios de la función directiva y no a tener que ocuparse de los principios básicos de la Administración pública en general. En definitiva, hay que pensar que no se iban a exigir de nuevo los conocimientos en Derecho administrativo que ya habían sido objeto de comprobación en las pruebas de ingreso a la Administración pública y de aplicación en el trabajo realizado en los puestos de trabajo concretos desempeñados.

Si bien esto es deducible de la regulación legal de 1964, no existe en cambio explícitamente una idea de la función directiva y la determinación de los puestos de trabajo que exigen de la formación o del diploma de directivo queda remitida al proceso de las plantillas orgánicas y clasificación de puestos de trabajo, en una medida que hoy sería considerada, en buena lógica, como quebrantadora de la reserva de ley. Como única referencia nos queda la de que la función directiva se corresponde con los puestos de mayor responsabilidad de los reservados para el Cuerpo Técnico.

Hasta aquí, el esquema, salvo por la imprecisión conceptual de la función directiva, se muestra congruente con la importante decisión que la reforma legislativa de 1964 suponía al crear un Cuerpo General Técnico de Administración, en realidad “especial de Administración pública”. Pero el propio artículo 53, después de regular la clasificación de los Cuerpos especiales, en su apartado e) decía: “Se determinarán los puestos de trabajo que puedan ser desempeñados indistintamente por funcionarios de diversos Cuerpos”. Aunque la regulación era clara y esta previsión no podía alcanzar a los puestos con diploma de directivo reservados por mandato legal a los de mayor responsabilidad del Cuerpo Técnico, la realidad es que la clasificación no se produjo y el diploma de directivo no tuvo efectividad. Los únicos diplomas de dicha clase eran los existentes con anterioridad que algunos ministerios establecieron y que fueron objeto de la Disposición Transitoria 4ª del Texto articulado, no para convalidarlos sino simplemente para establecer que los funcionarios que estuvieren en posesión de los mismos podrían seguir desempeñando sus puestos y pasar a otros de carácter directivo, pero *no podrán pasar a otro puesto reservado a funcionarios con esta clase de Diploma en otro Departamento hasta haber obtenido el mismo*. Es decir, la disposición conservaba los derechos adquiridos respecto del Departamento correspondiente, pero, establecida la interministerialidad del Cuerpo o su carácter general, no era admisible la ocupación de puestos directivos de otros departamentos<sup>131</sup>.

---

<sup>131</sup> Para un mejor conocimiento de la cuestión de los diplomas de directivos que existían con anterioridad a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y de las razones burocráticas de la ineficacia del sistema diseñado, resulta clarificador lo expuesto por **Crespo Montes, Luis Fernando**, en *Mitos y ritos de la Administración española*, en concreto en el punto 4 de la Parte Tercera de dicha obra, páginas 375 a 395, ambas inclusive, dedicadas a *La función pública directiva ¿novedad o revival?* Ed. INAP. Colección Estudios, Madrid, junio de 2003

Para acabar este apartado y analizar la situación posterior, sólo cabe añadir que el artículo 56, dentro de la Sección de la Ley destinada a regular la provisión de los puestos de trabajo, establecía como sistema principal el concurso de méritos entre funcionarios y como excepcional el sistema de libre designación en aquellos puestos que con dicho carácter y excepcionalidad se clasifiquen a propuesta de la Comisión Superior de personal.

*b) La situación y regulación posterior a la legislación de 1964 y hasta el Estatuto Básico del empleado público.*

La carencia de regulación o clasificación de los puestos de trabajo con diploma de directivo, la aparición del sistema de libre designación y la doble o múltiple clasificación antes mencionada, condujo de hecho a que los puestos superiores de cada Departamento o de nivel de Subdirección general fueran clasificados como de libre designación y de adscripción múltiple o indistinta para varios cuerpos de funcionarios, con fórmulas omnicomprendivas tales como adscribir el puesto en favor “Cuerpos Superiores del Departamento” o “Cuerpos Superiores de la Administración Civil” o la más general de “Cuerpos Superiores de la Administración del Estado”<sup>132</sup>. El sistema supuso, pues, la inaplicación

---

<sup>132</sup> De las plantillas orgánicas provisionales del Ministerio de Educación y Ciencia, en 1974, que obran en mi poder, resultan las siguientes fórmulas generales de adscripción : a) *Cuerpos Superiores del Departamento*, en la que se comprenden el Cuerpo Técnico-Administrativo, o sea el cuerpo a extinguir, y los Cuerpos especiales del Departamento y b) *Cuerpos Superiores de Administración Civil* en los que incluye los Cuerpos de Administración Civil del Estado para cuyo ingreso se exija título de Enseñanza Superior; es decir cualquier Cuerpo superior sea general o especial. Por ejemplo, el Secretario General de la Inspección General de Servicios se adscribía a los Cuerpos Superiores de la Administración Civil, por el sistema de libre designación o conforme a la Reglamentación del Cuerpo; teóricamente, pues, en el puesto podía ser nombrado un Catedrático, un Arquitecto, un Astrónomo, etc. La misma clasificación correspondía a todos los Inspectores Generales de Servicios. Este ejemplo basta para evitar una prolija exposición de casos similares.

práctica de una medida básica en la reforma programada en 1964 y la reconducción del sistema a la lucha entre intereses corporativos o entre los distintos cuerpos de funcionarios y a las fluctuaciones de poder de cada uno de ellos, así como favoreció la politización de los puestos, cuestión que ya se ha señalado al describir la organización política.

En esta situación real, que no formal conforme al esquema y noción legal descrita, se produce en España el cambio político hacia la democracia, la Constitución de 1978 y la aparición de una nueva Administración territorial como son las Comunidades Autónomas. Dicho cambio, implica la necesaria adaptación de la normativa de función pública y, como consecuencia, se dicta la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, cuya Exposición de Motivos no realizaba referencia alguna a los directivos públicos, si bien, quedaba vigente el artículo 23 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, que regulaba la reserva de los puestos de mayor responsabilidad del Cuerpo Técnico a favor de los funcionarios con diploma de directivo, pero sin que persistiera el artículo 53 que insistía en la clasificación de los puestos de dicho Cuerpo. Es decir, quedaba el diploma como referido a los puestos de mayor responsabilidad del Cuerpo Técnico, pero el sistema general de clasificación de puestos quedaba derogado, pues se refería a las plantillas orgánicas y éstas se sustituían por las relaciones de puestos de trabajo. Pero, también, se derogaban los artículos 25 y 26 que se dedicaban a los diplomas, con lo que la regulación del diploma de funcionarios directivos desaparece, de tal modo que nada dice la Ley de 1984 respecto de los directivos públicos, salvo por lo que se refiere al sistema de libre designación que veremos. Tampoco decía nada la nueva Ley respecto de la Disposición transitoria cuarta de la de 1964 que permitía a los funcionarios con diplomas

directivos de sus departamentos ocupar en ellos puestos de dicho carácter, por lo que, en dicho momento, había que considerar que si persistían personas en dicha situación la norma persistía.

En resumen, de la persistencia del artículo 23 cabe estimar que era posible que se clasificasen los puestos de mayor responsabilidad del Cuerpo Técnico, ahora Superior de Administradores Civiles del Estado, con la exigencia del diploma de directivo, que, en cambio, carecía de regulación. No aparece, pues, ni una noción ni un concepto del directivo público, sino que en virtud de la afirmación de la citada exposición de motivos que dice que *“Se aborda, de otra, parte, de una manera realista, el problema de la carrera administrativa, autorizando al Gobierno para reformar profundamente nuestra Función Pública, sus Cuerpos y Escalas, permitiendo su supresión, unificación o modificación y ordenando la realización de estudios precisos para la clasificación de puestos de trabajo, base sobre la que ha de articularse la auténtica carrera administrativa”*, y de la persistencia del artículo 23 de la Ley de 1964, debemos considerar que el problema quedaba remitido o englobado en el sistema de clasificación de puestos de trabajo, con evidente deslegalización y dejando al sistema clasificatorio de puestos como verdadero artífice de una “profunda” reforma de la función pública. Sistema de clasificación que realmente no se regulaba, sino sólo su resultado; es decir las relaciones de puestos de trabajo.

De este modo la carrera administrativa, que se declaraba que se articulaba sobre una clasificación de puestos de trabajo como fundamento que supone la realización de una serie de estudios, quedaba en manos del Gobierno, y tiene como manifestación principal en la Ley: los sistemas de

selección del personal, que es realmente el de ingreso, el de provisión de puestos de trabajo y el de promoción profesional de los funcionarios, cuya regulación real se realizaba en el artículo 21 que regulaba el grado personal como garantía y en el que, en su punto 1, se hace referencia a los 30 niveles de posible clasificación de los puestos de trabajo, y en el 22 que regulaba la promoción interna de ascenso desde cuerpos o escalas de un grupo de titulación a otros del inmediato superior y las posibles integraciones de personal en los Cuerpos y Escalas de la Administración del Estado. Con ello, al efecto que aquí nos interesa, sólo quedaba el sistema de provisión de puestos de trabajo como esa verdadera carrera administrativa que depende de la clasificación de puestos de trabajo.

Y es en la regulación de este sistema, en el artículo 20, donde aparecía el término **directivo** en la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública, referido a puestos de trabajo, y como única referencia, y lo es cuando se describe el sistema extraordinario de provisión de puestos de trabajo que es la libre designación, frente al concurso como sistema normal. De tal modo que el citado artículo 20 en su número 1 b) decía:

*b) Libre designación: Podrán cubrirse por este sistema aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, en atención a la naturaleza de sus funciones.*

*En la Administración del Estado, sus Organismos Autónomos, así como en las Entidades Gestoras y Servicios Comunes de la Seguridad Social, sólo podrán cubrirse por este sistema los puestos de Subdirector General, Delegados y Directores regionales o provinciales, Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros de carácter directivo o de especial*

*responsabilidad para los que así se determine en las relaciones de puestos de trabajo.*

Como vemos, el artículo se mostraba con la misma indeterminación que la legislación anterior pues partía de un concepto que no se define en el texto legal, como es lo que es *carácter directivo*. Es más, con anterioridad y en general, para determinar la libre designación partía de otra indefinición, tal como lo es la expresión *la naturaleza de sus funciones*, que no nos indica cuáles son. Los únicos parámetros son los que resultan del segundo párrafo de lo reseñado del artículo 20; es decir, la referencia, en primer lugar a los Subdirectores generales, a los Delegados regionales o provinciales y a las Secretarías de altos cargos y, en segundo lugar, el mencionado carácter directivo. Si hacemos abstracción de las Secretarías de altos cargos en las que la razón de su libre designación hay que hacerla recaer en la pura cuestión de confianza, los cargos enumerados coinciden con los que hemos tratado al analizar en el nivel político los órganos directivos, en especial, pues, los Subdirectores generales. A los que hemos considerado como el nivel politizado y que no se presentan como de confianza del Consejo de Ministros o Gobierno, sino del Ministro correspondiente. También, los hemos considerado como el último escalón del directivo político, pero profesional y no político directo y, por tanto, de engarce entre el nivel político, propiamente dicho, y el nivel administrativo. Es, de acuerdo con nuestra concepción, el directivo público por excelencia, pues en él se manifiesta la conexión con las políticas públicas y con la acción administrativa, lo que es singular y propio de la Administración pública y no de las empresas privadas, pues, se manifiesta en el campo de lo público y relaciona Política, Derecho y Organización. Lo que ocurre es que el sistema de nombramiento, configura a estos cargos

como de una confianza política de segundo grado, pues, debe realizarse entre profesionales, por el sistema de libre designación que implica un sistema de mérito y capacidad, con libre concurrencia y convocatoria pública, distinto del puro de confianza de los nombrados por el Gobierno mediante Decreto. Esto, al menos, formalmente y dentro del esquema legal que vemos.

Tras estos cargos, nos aparecen otros que en su propia denominación, en muchas ocasiones de *Direcciones*, destaca el carácter directivo y que los son de órganos normalmente desconcentrados que realizan funciones de gestión y de Administración general y de representación de la organización política en un territorio determinado, este factor de representación los coloca en el mismo grado de confianza que los subdirectores generales. Sin negar que puedan contribuir a la configuración de políticas públicas, su dirección es, o debe ser, más bien de la gestión, pues la formulación de aquéllas se realiza en la organización central y burocratizada.

La última referencia del precepto, era también a los puestos de *carácter directivo o de especial responsabilidad*. Sin perjuicio de que continuemos de inmediato analizando el alcance de esta expresión o términos, el resultado es que el carácter directivo de los puestos de trabajo es el que sirve para que se clasificasen como de libre designación y, de hecho, para que se les politice mediante un sistema de confianza política de segundo grado o indirecto. No se nos describe lo que se entendía por carácter directivo y además aparecía otro concepto indeterminado como es el de *especial responsabilidad*. En el análisis de la libre designación que realizo en mi trabajo *La Función Pública: necesidad de un análisis*

*conceptual y de la revisión del sistema de libre designación*<sup>133</sup>, se interpreta el alcance de las expresiones “carácter directivo” y “especial responsabilidad”, poniendo de relieve que la dirección como tal es común a todo órgano administrativo del que dependa más de una unidad y a toda unidad que tenga una jefatura sobre un número determinado de personas con diferentes tareas o funciones y que toda jefatura tiene o conlleva una responsabilidad. Por lo tanto, los términos “carácter” y “especial” constituyen el elemento clave para determinar el sentido verdadero y alcance de las citadas expresiones. De tal modo, que por *carácter directivo*, no cabe entender que el puesto de trabajo tenga funciones directivas, las cuales como hemos dicho son consustanciales a toda jefatura, sino que su esencia y componente sustancial y básico sea la dirección pública y con ello, con el añadido de pública, se pretende evidenciar que no se trata de una simple dirección administrativa, sino de una compleja que, incluyendo a aquélla, conecta sin embargo con la dirección que hemos evidenciado al establecer la noción del directivo público, y que supone la existencia de una actividad dirigida al logro de la eficacia de las políticas públicas, participando prácticamente en todas sus fases y conectando con los órganos administrativos inferiores y dirigiendo su actividad a tales efectos; es decir, no en los de la eficacia de su gestión propiamente dicha, sino en el proporcionar los informes y datos que permiten determinar los factores administrativos y los recursos necesarios para la citada eficacia y la buena administración. En resumen, se evidencia que esta función de carácter directivo se da o surge en el nivel de conexión con la Política. La expresión “carácter directivo”, hay que interpretarla de este modo, para que la excepcionalidad del sistema de libre designación quede circunscrita en sus justos términos, revelando a su vez la existencia

---

<sup>133</sup> Op. cit. pp. 70 y ss y Capítulo 7.

de un pequeño margen aceptable de aplicación del sistema de confianza, limitado a la formación de equipos cohesionados, pero sin subvertir el principio de mérito y capacidad.

Queda, pues, por analizar la otra expresión de la *especial responsabilidad* que también tiene que atender al calificativo de especial respecto de la responsabilidad, cuestión que frecuentemente, por la jurisprudencia y, también, por la propia Administración a través de la clasificación de los puestos, se ha venido considerando sobre el fundamento del nivel alto del puesto de trabajo o de la intensidad y carga de trabajo. Pero la realidad es que estos factores de responsabilidad vienen siendo objeto de consideración a través de factores retributivos y de carrera administrativa, mediante la exigencia de experiencias y méritos adquiridos, de modo que se trata de una responsabilidad administrativa y como tal común a los órganos administrativos y como se acaba de decir, elemento de configuración de cada puesto concreto y de sus niveles en la organización, en su importancia y retribución. La especialidad, para que constituya un factor determinante de la excepción del sistema común de provisión de puestos de trabajo que es el concurso y de la aplicación de la libre designación, que conlleva implícita la existencia de una confianza no excluyente del sistema de mérito y capacidad, sólo puede radicar, al igual que en el caso del “carácter directivo”, en la conexión con la Política y con las políticas públicas, de tal modo que esta responsabilidad es la de la propia consecución de la eficacia de éstas y que es, a su vez, el factor que puede determinar el cese en el puesto; es decir, la motivación del cese tiene que radicar en la mala gestión de la dirección de la eficacia de las políticas públicas y la desconfianza que ello genera en el político que nombró al responsable. Esta responsabilidad especial es, pues, del mismo orden que

la que se configura en el artículo 6.10 de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, para los órganos directivos de carácter político y que hemos analizado con anterioridad; es decir, guarda conexión con la política o con la conexión con la actividad política que tienen los puestos de libre designación. Estimo que es en estos límites en los que se desenvolvía la noción legal implícita en el sistema de libre designación establecido en la Ley 30/1984 y que se manifiesta en los puestos de trabajo concretos que sí quedan explícitos en su artículo 20.1 b).

Resulta, ahora, sin perjuicio del examen de la vigente regulación, una vez ha aparecido la Ley 28/2006 de Agencias Estatales para la mejora de los servicios públicos, que su función en buena parte coincide con las funciones que hemos considerado propias del directivo público y, sobre todo, porque se encaminan a configurar un sistema de responsabilidad por la gestión y control de resultados precisamente respecto de programas correspondientes a políticas públicas. Este tipo de responsabilidad es, prácticamente, la que estamos considerando como la “especial” del citado directivo público. Sin embargo, dicha Ley, en su artículo 23 que regula el personal directivo no lo configura con la concepción aquí elaborada, sino que al calificarlo de “personal” no necesariamente lo coloca en el espacio de conexión con el nivel político, que en su caso se correspondería con el Director ejecutivo, regulado en el artículo 11, y, con dudas, pues su labor no se desenvuelve en el campo de gestión de la política pública sino de la Agencia propiamente dicha, y no en el de su programación o elaboración y formalización, de dicha política, si bien sí pueda tener una función de evaluación, al ser responsable de la gestión y sus resultados. El personal directivo de las agencias estatales, en el artículo 23 de su Ley, se concibe

tanto como funcionario o como laboral o como de posible contrato de alta dirección; en este último caso cuando los estatutos de la Agencia prevean puestos de *máxima responsabilidad* a cubrir por dicho sistema de contratación. No contribuye, pues, esta Ley a aclarar el concepto, sino todo lo contrario. Quizá haya que concluir, a falta del análisis del Estatuto Básico del empleado público, que este personal directivo no queda encuadrado en la noción que aquí se mantiene; así como tampoco los directores de las agencias estatales, por su carácter ejecutivo o de dirección y gestión *ordinaria* que le atribuye el citado artículo 11 de la Ley.

Pero, aún cabe realizar una última consideración o matización, para reforzar el carácter profesional del directivo y su ejercicio de una función pública, que consiste en evidenciar que una política pública puede convertirse en ineficaz, o que es posible realizar una valoración de su eficacia o ineficacia, partiendo de, o considerando, una posible o producida sanción jurídica, normalmente jurisprudencial y que, por ello, la consideración del Derecho es un elemento básico para la formulación y formalización de una política pública y para su eficacia y que este factor a considerar, muchas veces constituye un problema principal en las relaciones entre políticos y altos funcionarios y causa de la alegación o utilización de la confianza en el cese del directivo.

*c) La regulación en las Comunidades Autónomas.*

El artículo 20.1 b) de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública que define, en su momento, la libre designación constituía según su artículo 1.3 una base del régimen estatutario de los funcionarios dictada *al amparo del artículo 149. 1. 18 de la Constitución*,

en consecuencia era de aplicación o sujetaba a todas las Administraciones públicas. Sin embargo, ya hemos analizado la ambigüedad del sistema y, como consecuencia de ella y de la remisión a las relaciones de puestos de trabajo, la real deslegalización de la materia.

De otro lado, sin perjuicio de la situación actual derivada del Estatuto Básico del empleado público y sus posibles desarrollos, como en este punto lo que se trata es de exponer la situación respecto de las Comunidades Autónomas, nos encontramos, como en muchos otros puntos de la función pública y su regulación, en un campo que puede considerarse tanto materia de regulación estatutaria como de organización administrativa, por lo que la intervención estatal o la regulación básica en que se muestra tiene que tener su origen bien en la garantía de igualdad de trato de los administrados ante todas las Administraciones públicas, comprendidos los funcionarios en dicha condición de administrados, según la manifestación que realiza el artículo 149.1.18 citado, o, bien, en algún otro principio básico constitucional y que, en mi opinión, debe de ser encontrado en los establecidos por el artículo 103 de la Constitución, en especial en el servicio objetivo a los intereses generales, en la necesaria eficacia de las Administraciones públicas, en su sometimiento pleno a la ley y el Derecho, en la garantía del principio de mérito y capacidad, en la carrera funcional y en las necesarias garantías para la imparcialidad en el ejercicio de las funciones propias de los funcionarios públicos. La verdad es que mientras escribo estas razones de peso para que el sistema de provisión de puestos de trabajo constituya una base estatal de regulación de la función pública española y de la organización de sus Administraciones públicas, más sonrojo me produce el diseño que hemos analizado del sistema de libre designación y su apertura precisamente a que

todos estos principios o razones para su regulación como básicos se vean quebrantados.

Pero volviendo al discurso interrumpido, hay que recordar la indefinición y ambigüedad de los conceptos que sirven en la Ley de 1984 de base para la clasificación de un puesto como de libre designación (carácter directivo y especial responsabilidad) y que debemos considerar como la guía que se ofrecía a todas las Administraciones públicas y sus responsables en la materia para la clasificación de cada puesto de trabajo y su inclusión en las relaciones de puestos de trabajo, bien en el sistema de provisión de concurso, bien en el de libre designación. Estas indefinición y ambigüedad, en un pensamiento no malicioso o interpretativo de que son producto del deseo de politización de la función pública o de dejar las manos libres a cada cual de nuestras Administraciones públicas y sus gobiernos o cargos dirigentes, cabe considerar que querían hacer compatible el principio básico con la potestad de autoorganización de cada Administración pública, tal como el repetido artículo 149.1.18 apunta al decir que las bases que en él se regulan y se establecen en *todo caso garantizarán a los administrados un tratamiento común ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas*. Y, por ello, establecía unos conceptos básicos y directores que el redactor del precepto consideraba claros y determinados y el legislador también; remitiendo a las relaciones de puestos de trabajo, porque ellas son el instrumento en el que se reflejan todos los puestos de trabajo y la ordenación de la estructura de la función pública. Pero lo cierto es que los hechos en la Administración estatal y las clasificaciones concretas de los puestos de libre designación obligan a ser maliciosos y a considerar que el

sistema se mostraba como inconstitucional y que los conceptos que el artículo 20 de la Ley 30/1984 establecía no son ni claros ni determinados y que habían corrompido los principios constitucionales del artículo 103. Pero más adelante veremos la situación que deja el vigente Estatuto Básico que es todavía más indefinida y discrecional, además de introducir el concepto de “idoneidad”.

Con estos antecedentes y con la amplia consideración de la autoorganización o, si se quiere, de las especialidades propias de la organización de cada Comunidad Autónoma o con conceptos políticos como el de autodeterminación, etc., conviene analizar la aplicación y regulación que cada Comunidad Autónoma realizó de la base que era el artículo 20.1. b) de la Ley 30/1984 de Medidas para la Reforma de la Función Pública y si han seguido el comportamiento de la Administración estatal, han regulado más y mejor el sistema y si han reforzado las garantías que exige la Constitución o no.

Analizadas las distintas regulaciones de función pública de las Comunidades Autónomas, se puede considerar que surgen tres posibles grupos de soluciones adoptadas. Uno, el que se limita a repetir la fórmula estatal; es decir a reproducir el citado artículo 20.1.b) y que comprende a las Comunidades de Cataluña, La Rioja, Región de Murcia y País Vasco. Un segundo grupo, puede constituirse por aquellos que califican como de libre designación los puestos que implican ejercicio de jefatura o los de un determinado nivel, lo que en el fondo coincide con las jefaturas o puestos importantes de la organización administrativa, pues no debemos dejar de olvidar que no estamos analizando la organización política, sino la administrativa y funcional. Quiere decir que estas Comunidades

Autónomas identifican el carácter directivo y la especial responsabilidad con el simple ejercicio de la jefatura de servicios administrativos. En este grupo aparecen Andalucía, Aragón, Islas Baleares, Castilla y León, Extremadura y Comunidad Valenciana.

En el caso de Andalucía por Ley 6/1985, ordenadora de la función pública, se convierten en libre designación y libre remoción *el puesto superior jerárquico de cada unidad o dependencia administrativa y los puestos de especial asesoramiento y colaboración personal*; sin perjuicio, pues, de la nueva indeterminación que supone el *especial* asesoramiento y la *colaboración* personal y sus posibles interpretaciones desviadas, hay que considerar que son conceptos equivalentes a la confianza y que pueden ser comprendidos en el concepto propio de los puestos eventuales; pero, lo cierto es que el grado de politización alcanza a todo puesto de jefatura y responsabilidad administrativa. Si contemplamos el artículo 37 de la Ley 6/1983 de Gobierno y Administración de la Comunidad Autónoma, por debajo de los órganos que podemos o hemos calificado como de carácter político o de designación política propiamente dicha y como administrativos puros, aparecen los servicios, las secciones y los negociados y el artículo 43 establece que: *La estructura organizativa de las consejerías, prevista en el art. 37 de esta Ley, no será obstáculo para que puedan ser atribuidos niveles orgánicos de jefaturas, equivalentes a los regulados en dicho artículo, a puestos de trabajos determinados, cuando la especialización de la función o la mayor responsabilidad que su desempeño entrañe así lo demande*. Por lo tanto, cada uno de los órganos antes citados se corresponde con un nivel de jefatura y que dada la concepción de la libre designación mantenida por la Ley 6/1985 puede ser clasificada en dicho sistema de provisión, salvo que se interprete de modo

restringido el carácter directivo y la especial responsabilidad que contemplaba la base estatal y se complementa con ella la regulación comunitaria. Contemplando ésta de modo directo, una jefatura de negociado puede ser clasificada como de libre designación. El grado de politización en esta Comunidad resulta total, sobre estas bases.

En Aragón en el Texto Refundido de su normativa de función pública, decreto Legislativo 1/1991 se dice que *en las relaciones de puestos de trabajo sólo podrán figurar clasificados como de libre designación los de Jefaturas de Servicio y asimilados y aquellos otros que excepcionalmente obtengan dicha clasificación en razón de la naturaleza de sus funciones*. La indeterminación final y el posibilismo que proporciona convierten al término *sólo* que inicialmente se establece en una manifestación contradictoria con el resto y retórica; sin perjuicio de que todo puesto administrativo de jefatura importante y garantizador de la objetividad e imparcialidad que requiere la Constitución queda politizado. Para comprender el alcance de la situación hay que tener en cuenta, por ejemplo, el Texto Refundido de la Ley de la Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto Legislativo 2/2001, porque en su Título II, dedicado a la Organización Administrativa, en su artículo 8º se ocupa de los órganos superiores y de los directivos, de modo similar a la distinción efectuada por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y comprende a los Viceconsejeros, Secretarías Generales Técnicas y Direcciones Generales, en la categoría de directivos. A partir de estos órganos la Ley se refiere en su artículo 10 a servicios en la organización central y provinciales en la periférica y en el artículo 11 a las unidades administrativas y en su punto 4 se refiere a los Jefes de Servicio y a los Directores de los Servicios

territoriales y los hace responsables inmediatos de los *recursos humanos y materiales* asignados a dichos órganos y *deberán promover e impulsar la aplicación de los principios de agilidad, racionalización y simplificación de los procedimientos aplicables a las tareas encomendadas*. Les atribuye pues una misión garante de la eficacia, racionalidad y buena gestión de la actividad a desarrollar y hay que considerar, pues, que la Jefatura de Servicio es el máximo y único órgano administrativo definido por Ley, pues, del artículo 15 del citado Decreto Legislativo resulta que las Consejerías se estructuran en Secretarías Generales Técnicas (para el caso de que no exista Viceconsejero), que han sido calificadas como órganos directivos, en Direcciones Generales, igualmente órganos directivos, y las mencionadas Jefaturas de Servicios, cuyo carácter o naturaleza no queda definido en la forma que el Estado hace respecto de los Subdirectores Generales. También hay que tener en cuenta que según el artículo 19 que se ocupa de los Jefes de Servicio en su punto 2 dice que sus decisiones revestirán la forma de resolución, luego dictan actos administrativos. La consecuencia es que se politiza un puesto profesional de aplicación de principios de buena administración propios de especialistas en Administración pública y Ciencia de la Administración y que dictan resoluciones administrativas, por lo que por su carácter de órgano administrativo no político, sino reservado a funcionarios de carrera de nivel superior por el mismo artículo 19, debe de ser garantía de ajuste a Derecho.

En la Comunidad Autónoma de Castilla y León en el Texto Refundido de su Ley de Función Pública, Decreto Legislativo 1/1990, en el artículo 25 tras calificar a la libre designación como sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, se dice que a través del mismo *podrán*

*proveerse los puestos superiores de Jefes de Servicio y Secretarías de Altos Cargos, así como aquellos que por la importancia especial de su carácter directivo o la índole de su responsabilidad, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Sirve aquí, pues, lo dicho en los casos anteriores, en cuanto la organización superior se politiza y en cuanto persiste la deslegalización ante la indefinición de los conceptos y práctica remisión en blanco a meros actos administrativos, por mucho que la doctrina jurisprudencial venga calificando a las relaciones de puestos de trabajo como reglamentos. Una nueva Ley 7/2005 de 24 de mayo, ha dado nueva redacción al tema, en su artículo 48.1 que dice b) Libre designación. Constituye el sistema excepcional de provisión de puestos de trabajo, mediante el cual podrán proveerse los puestos iguales o superiores a Jefes de Servicio y los de Secretarías de altos cargos, así como aquellos otros que, por la importancia especial de su carácter directivo o la índole de su responsabilidad, y en atención a la naturaleza de las funciones, se determinen en las relaciones de puestos de trabajo*<sup>134</sup>.

La Comunidad Autónoma de Extremadura en el artículo 62 de su Ley 2/1986, modificado por Ley 3/1990, equivalente al 61 del Texto refundido (Decreto Legislativo 1/1990), establece la provisión por el sistema de libre designación de *aquellos puestos que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo en atención a la naturaleza de sus funciones* y añade: *En todo caso **deberán** cubrirse por libre designación los puestos de Jefes de Servicio*. El caso, pues, es plenamente identificable con el comentado de Aragón, pero aún resulta más clara la politización del

---

<sup>134</sup> Sobre esta modificación y sus intenciones puede verse el trabajo de **Cuadrado Zuloaga, Daniel**, *Jefaturas de servicio, libre designación y carrera administrativa en la nueva Ley 7/2005, de 24 de mayo, de la Función Pública de Castilla y León*. Actualidad Administrativa num. 20; Segunda quincena 2005; pp 2436 y ss.

sistema si se atiende a la Ley 5/1995 que modifica el artículo 59 de la Ley antes señalada e incluye que *En las convocatorias de libre designación podrán quedar puestos desiertos si no concurren candidatos idóneos, aunque reúnan las condiciones y requisitos exigidos para el desempeño de sus funciones*. Más claro, agua; a través del concepto de idoneidad se rompe el criterio de mérito y capacidad, sin el disimulo y sin las cautelas de otras leyes.

Dos Comunidades Autónomas atienden al nivel del puesto de trabajo para establecer la libre designación, son la de las Islas Baleares y la Valenciana. La primera en su Ley 2/1989, artículo 58, establece la habitual remisión a las relaciones de puestos de trabajo diciendo que por el sistema se cubren los puestos que en ellas *tengan asignado un nivel de complemento igual o superior a 26. Se exceptúan las secretarías y los chóferes de los altos Cargos de la Comunidad Autónoma y personal adscrito al Gabinete de Presidencia, así como aquellos puestos de especial confianza y responsabilidad que figuren en las relaciones de puestos de trabajo*. La decisión supone, en principio, la calificación como de libre designación de los cinco máximos niveles administrativos previstos en la normativa básica, es decir los niveles superiores, pues aunque inicialmente las Comunidades Autónomas fijaran en la Jefaturas de Servicio, normalmente de nivel 26, el máximo, el tiempo y la inflación retributiva, incrementan los niveles como forma de retribución y no como sistema de organización. El resto del precepto muestra de que manera todo el sistema de confianza aparece confundido, de modo que tanto comprende las personas de confianza estricta cuyos puestos debían ser clasificados como eventuales con la confianza que puede darse en los de libre designación y, además, se juntan o, en cierto modo, se identifican, con la

indeterminada, “especial responsabilidad”, sin perjuicio de que el precepto nos revela que es posible que secretarias y chóferes tengan un nivel de destino 26 o superior.

La Comunidad Valenciana en Ley 5/1994, artículo 14 1.b) establece el nivel 28 o superiores como límite de la libre designación, pero también considera como tales a los *puestos singulares que así figuren en las relaciones de puestos de trabajo en razón a su carácter directivo o especial responsabilidad*. Maneja pues los conceptos indefinidos de la normativa básica y aparece el calificativo de “singulares” que se refiere a una distinción que tiene una cierta repercusión a efectos de los sistemas de provisión por concurso o por mera adscripción directa de Subsecretarios y órganos equivalentes; de tal modo que son singulares los puestos que pueden diferenciarse de otros y se consideran “indiferenciados” aquellos que permiten el cambio de uno a otro por decisión interna del jefe del personal de cada departamento, sin necesidad de acudir al concurso o convocatoria pública, al no afectar al mérito y capacidad. Como es lógico todo puesto que implica jefatura y responsabilidad es singular<sup>135</sup>.

---

<sup>135</sup> Por lo que respecta a la Comunidad Valenciana, me hallo en fase de investigación de sus relaciones de puestos de trabajo y el panorama sin haber realizado un estudio detenido es desolador. Así, por ejemplo, en una Conselleria como la de Economía, Hacienda y Ocupación, hay 32 puestos de libre designación de nivel 30, 31 del 28, y 37 del nivel 26 y 3 de nivel 26 asignados indistintamente al grupo A o B de titulación y 1 de nivel 22 asignado a grupo B o C. Sobre un total de 355 puestos del grupo A, 100 son de libre designación, realmente la cúpula de la organización administrativa. De ellos 58 son de Administración especial, 33 de Administración general, 9 son Indistintos, es decir tanto pueden ser de Administración especial como general, entre ellos alguno de los Directores territoriales, tanto de Hacienda como de Ocupación y Trabajo en la capital de la Comunidad Autónoma. Pero si observamos otra Conselleria horizontal como es la de Justicia y Administraciones Públicas, los números son: 12 de nivel 30, 13 de nivel 28, 7 de nivel 26 y 5 de nivel 26 A/B. Sobre un total de 129 puestos de trabajo del grupo A, 32 son de libre designación y de ellos 12 de Administración general, 3 de Administración especial, 19 de clasificación indistinta y 2 de la particular clasificación Indistinto/docente. Clasificación que se corresponde en realidad con un “vale todo” y que alcanza a las Direcciones territoriales de la Conselleria en Valencia y Alicante, mientras que en Castellón el puesto está clasificado como Indistinto. Hay que tener en cuenta que el Indistinto comprende cualquier funcionario de Administración especial, por lo que queda claro que se hurta en buena parte el análisis del puesto. Si en cambio vemos una Conselleria, tan especializada como la de Infraestructuras y Transportes, sobre 191 puestos de trabajo del Grupo A, 40 son de libre designación y de ellos sólo 5 de Administración general, 18 de de especial y 20 Indistintos. 13

Por Ley 14/2005 de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat, en su artículo 50, la Comunidad Valenciana se ha incorporado al criterio de la Comunidad aragonesa y en las convocatorias de libre designación ha modificado la Ley que obligaba a no dejar desiertos los puestos de trabajo cuando había candidatos que cumplieran los requisitos y hoy en el artículo 20 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública Valenciana, introduce un párrafo séptimo que dice: *La Consellería u órgano competente en que radique el puesto de trabajo podrá proponer que se quede desierto el puesto, a pesar de la existencia de candidatos que reúnan los requisitos mínimos exigidos, sí considera que ninguno resulta idóneo para el puesto convocado.* Renuncio a la ironía para calificar el hecho, pues podría al ser escrita no ser correctamente interpretada y tomada en serio y sólo cabe decir que resulta vergonzoso que en un sistema de mérito y capacidad aparezca el criterio de idoneidad propio de la empresa privada y ocultador de verdaderas discriminaciones prohibidas por la Constitución e indicativo de una total politización y contrario al sistema básico legal del momento.

---

son de nivel 30, 7 del 28, 20 del 26, 2 del 26 A/B y 1 del 22 B/C. Pero en Ley 14/2005, de Medidas Fiscales, de Gestión Financiera y Administrativa, y de Organización de la Generalitat se ha modificado el apartado 11 del artículo 16 del Texto Refundido de la Ley de la Función Pública para establecer que *Los puestos de trabajo de naturaleza funcional adscritos al grupo A, las secretarías de altos cargos, así como los puestos que tengan asignadas funciones de asesoramiento y/o coordinación, pertenecientes a los grupos A, B o C y que dependan directamente del subsecretario o subsecretaría o del secretario autonómico o la secretaría autonómica correspondiente podrán ser clasificados sin especificar el sector de la administración a que pertenecen, cuando de las funciones que deban realizar y de su posición en la estructura orgánica y funcional se desprenda la posibilidad de ser desempeñados por el personal funcional a que hace referencia el artículo 3 del presente texto refundido, siempre y cuando cumplan los requisitos de los mismos. La forma de provisión de estos puestos será la libre designación.* (El artículo 3 se refiere al personal funcionario de carrera)

En definitiva, todo un alambicado ejercicio dirigido a superar la barrera o el límite, en número por Consellerías, establecido para el personal eventual; es decir un artículo dirigido a aumentar, en la práctica, el número de personal eventual, pero calificándolo como de libre designación al encomendar el ejercicio del puesto a un funcionario de carrera, e introduciendo elementos de irracionalidad como una clasificación indistinta, siendo así que lo que debe primar son los requisitos de cada puesto y sus funciones.

Un tercer grupo sería aquel que forman las Comunidades Autónomas que toman decisiones singulares, utilizando el término antes comentado, o que requieren un comentario especial. Así, por ejemplo, la Comunidad Autónoma de Canarias, no realiza una regulación especial de la libre designación, ni repite el precepto básico, sino que sólo se ocupa de las garantías que la normativa establece respecto del contenido de las convocatorias y en el punto 4 del artículo 78 de su Ley 2/1987, establece una garantía más, aun cuando su efectividad dependerá de apreciaciones administrativas o judiciales, cuando dice: *En todo caso el ejercicio de la libre designación por parte de la Administración Pública no podrá comprobar arbitrariedad en la apreciación de los méritos, por lo que la designación de una persona para un determinado puesto habrá de perseguir el interés público.* El matiz es importante, pero, pese a él, hay que entender que su sistema es el de la normativa estatal.

La Comunidad Autónoma de Castilla-La Mancha, en su Ley 7/2001, artículo 10, realiza una precisión que, inicialmente, se puede decir que viene a clasificar como de libre designación a los puestos equivalentes a los Subdirectores Generales de la Administración del Estado u otros cargos normalmente considerados directivos y así dice: *Se proveerán por el procedimiento de libre designación los puestos de carácter directivo, considerando como tales las jefaturas de las unidades directivas que dependan directa o inmediatamente de los titulares de los órganos directivos o de apoyo previstos en la Ley 7/1997, de 5 de septiembre, de Gobierno y del Consejo Consultivo de Castilla-La Mancha<sup>136</sup>, y ello con*

---

<sup>136</sup> Esta Ley considera órganos directivos a los Directores Generales, Secretarios generales técnicos, Secretarios generales, Delegados provinciales de la Junta de Comunidades. Órganos de apoyo

*independencia de las funciones que tengan atribuidas. También serán cubiertos por este sistema los puestos de Director de aquellos centros que por sus características asistenciales, culturales o sanitarias, así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, así como los de la Secretaría personal de los miembros del Consejo de Gobierno y los titulares de los órganos directivos o de apoyo de la Administración regional y los puestos de los Gabinetes, cuando estén asignados a funcionarios.* La mejora en precisión en esta ley es sensible respecto a todo lo analizado y el margen de discrecionalidad mucho más restringido. Aún así el número de puestos de libre designación puede ser sensible y atendiendo a que se trata de la Administración de una Comunidad Autónoma, el grado de politización también.

Por lo que respecta a la Comunidad de Galicia, por un lado la Ley 3/1995, modifica el artículo 27.2, de la Ley 4/1988, y nos ofrece un sistema de total deslegalización al decir que por el sistema de libre designación se *cubrirán aquellos puestos que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo*; cuestión que siempre es posible matizar por la base legal estatal. Pero el artículo añade: *Para el desempeño de puestos de trabajo de libre designación que así se determinen en las relaciones de puestos de trabajo, atendiendo a la función a desempeñar, será requisito necesario estar en posesión del diploma de directivo expedido por la Escuela Gallega de Administración pública o equivalente dado por otras instituciones públicas que habilite para el ejercicio del puesto de trabajo de que se trate.* Por tanto, nos encontramos con la única referencia a un diploma de directivo, pero se nos establece la posibilidad

---

son la Secretaría General de la Presidencia, los Viceconsejeros y los Delegados Provinciales de las Consejerías.

de puestos de libre designación con diploma y sin él y no se nos dice cual es la función o funciones que requieren de este diploma o habilitación. Parece, pues, dada la redacción, que es más importante o preocupa más asegurar los cursos para el diploma y la competencia de la escuela que definir al directivo o garantizar las funciones públicas.

Por último, la Comunidad Foral de Navarra establece un sistema en el que tanto se considera la libre designación como un sistema de libre designación entre funcionarios como entre los que no deban reunir tal condición, al remitir el Decreto Foral Legislativo 251/1993 a la definición por reglamentos de los puestos correspondientes. La provisión de los puestos se indica que se puede efectuar directamente sin convocatoria pública y a los funcionarios se les reserva su plaza anterior. No se cumple la base estatal en cuanto a la exigencia de convocatoria y la politización parece clara y la deslegalización también.

En general, pues, la situación descrita en las Comunidades Autónomas no ofrece una consideración favorable y se puede afirmar que se confirma el incumplimiento del sistema de mérito y capacidad y de los presupuestos del artículo 103. 1 y 3 de la Constitución. Pero en la actualidad esta situación queda pendiente del desarrollo que cada Comunidad Autónoma realice de la Ley 7/2007, del estatuto Básico del empleado público, si bien dada la configuración básica que éste realiza de la libre designación, no cabe esperar ninguna mejora sino todo lo contrario.

*d) La cuestión en la Administración Local*

La cuestión del directivo público en la Administración Local, antes de la reforma realizada por Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, suponía básicamente un examen o análisis de la situación de los entonces denominados funcionarios de habilitación nacional, hoy convertidos en de “habilitación estatal” cuyas funciones se describían en el artículo 92.2 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, en cuanto realizaba la exposición de una serie de funciones públicas que se reservaban a favor de los funcionarios, para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de su función. Dentro de esta reserva se establecía otra referida a los funcionarios con habilitación de carácter nacional a los que les corresponden las funciones de Secretaría y fe pública, asesoramiento legal preceptivo, intervención, contabilidad, tesorería y recaudación<sup>137</sup>. Este artículo se examinó en el momento de analizar el concepto de la función pública.

La vinculación de estos funcionarios de habilitación nacional que ejercían estas claras funciones públicas y garantías con el concepto de directivo público surgía en virtud del sistema de libre designación establecido por la legislación de función pública de 1984, cuyos efectos persisten, pese al nuevo Estatuto, pues éste ha de ser objeto de un amplio desarrollo comunitario y no ha modificado las situaciones subjetivas derivadas de la Ley 30/1984, de sobre Medidas para la Reforma de la Función Pública. En virtud de ello hay que recordar que el artículo 99, al

---

<sup>137</sup> La cuestión se trató en el punto 6 del Capítulo II de esta obra, en el que se dejó para otro momento la cuestión de la libre designación.

regular la provisión de puestos de trabajo de los citados funcionarios de habilitación nacional, en sus puntos o apartados 2, 3 y 4, de acuerdo con la redacción que les otorgaba la Ley 10/1993 regulaba el sistema de libre designación y así en el apartado o punto 2 decía: *Excepcionalmente, podrán cubrirse por el sistema de libre designación, entre habilitados de carácter nacional de la subescala y categoría correspondientes, los puestos a ellos reservados que se determinen en las relaciones de puestos de trabajo. Dicho sistema sólo podrá adoptarse en atención al carácter, directivo de sus funciones o a la especial responsabilidad que asuma, respecto de los puestos en Diputaciones Provinciales, Cabildos y Consejos Insulares, Ayuntamientos capitales de Comunidad Autónoma o de provincia y de municipios con población superior a cien mil habitantes, siempre, que tengan asignado nivel 30 de complemento de destino.*

*Cuando se trate de puestos de intervención o tesorería, además de los requisitos anteriores, la cuantía mínima del presupuesto ordinario de la Corporación habrá de ser superior a tres mil millones de pesetas.*

El artículo aplicaba básicamente el sistema de la Administración del Estado y se refería en realidad a funcionarios del Estado, pues afectaba a los funcionarios denominados de “habilitación de carácter nacional” antes Cuerpos nacionales de Administración Local, que según hemos visto tenían como funciones reservadas las de Secretaría *comprehensiva de la fe pública y el asesoramiento legal preceptivo* y las del *control y la fiscalización interna de la gestión económico – financiera y presupuestaria y la contabilidad, tesorería y recaudación.*

De la combinación de los dos artículos anteriores resultaba que los funcionarios que ejercían tan importantes garantías podían ser

considerados, a través de la clasificación de sus puestos como de directivos o especial responsabilidad, como de libre designación y, por tanto, de libre remoción o cese. Una trampa saducea, ya que pareciendo que se les establecía la importante consideración de su carácter directivo y gran responsabilidad, lo que se estaba haciendo es convertirlos en personal de pura confianza, sujetos a libre cese y dejando sin sentido su carácter de funcionarios públicos ejercientes de funciones públicas garantes del derecho y de los intereses generales y vaciando, en consecuencia, de sentido la institución que representaban y ajustándose a la opinión política real, que no jurídica, de que constituían unos cuerpos o funcionarios que conformaban un sistema obsoleto y contrario al principio de la autonomía local. Era el principio del fin de la figura clásica de los secretarios, interventores y tesoreros de Administración local.

Si bien, ante esta consideración de directivos de los puestos de estos funcionarios, hoy de “habilitación estatal”, con total pérdida de cualquier referencia a lo nacional, basta recordar la noción de directivo público y el concepto de especial responsabilidad que se han mantenido con anterioridad para concluir que las funciones que se reservan a los funcionarios con habilitación de carácter nacional no encajan en dichos conceptos y nociones y sí, en cambio, en el de función pública mantenido en esta obra, de carácter garante de la legalidad, cuyo ejercicio objetivo, imparcial e independiente exigía el propio artículo 92.2, antes citado, para dichas funciones y que hoy hay que remitir al artículo 103.3 de la Constitución tal como hemos dicho. Por tanto, es mi opinión que estas funciones de los funcionarios habilitados de carácter nacional no son directivas en sí mismas y que la responsabilidad que les corresponde es la inherente a dichas funciones y, por tanto, a sus cargos y que no reviste un

carácter especial, sino meramente administrativo, como también determinaba el punto 3 del artículo, cuando califica a estas funciones como públicas y necesarias en todas las corporaciones locales *cuya responsabilidad administrativa* se reserva a los citados funcionarios. No existe en ellos responsabilidad política o la administrativa conexas con la que hemos observado en los cargos para los que se establece la libre designación o la denominada responsabilidad por resultados. Por ello, desde este punto de vista que mantengo, no sería posible encontrar puestos reservados a dichos funcionarios que tengan realmente un carácter directivo o especial responsabilidad.

Por ello, la Ley en el reseñado artículo, 99.2, hoy derogado, tenía que reforzar la cuestión estableciendo unos casos en los que cabe la libre designación o unos ejemplos, desde su punto de vista, en los que hay que entender existente el carácter directivo o la especial responsabilidad y son los antes reseñados en los que se atiende a que sean puestos en Diputaciones y órganos equivalentes o en capitales de Comunidad Autónoma o de provincia o municipios de cien mil habitantes o puestos con nivel 30 asignado o se atiende, en tesoreros e interventores, al mínimo del presupuesto de la corporación. Criterios aparentemente racionales pero que si se analizan detenidamente, hay que concluir que no determinan un cambio en la naturaleza de las funciones propias de los puestos de trabajo, en todo caso una mayor intensidad o número de acciones que en otros municipios, factor cuya consideración no debe llevar o determinar que sea una razón para proveer el puesto por libre designación o “a dedo” como vulgarmente se expresa. Queda, sin embargo, la posibilidad de que estos criterios sí supongan una “especial” responsabilidad y entonces también, por no extendernos en consideraciones mayores y detalladas, hay que

preguntarse si la certificación o el carácter fedatario del Secretario de un Ayuntamiento de 2000 habitantes o su control de legalidad, es diferente al de una Diputación o Ayuntamiento de capital o aquél al que se le ha asignado el nivel 30. Evidentemente que no, pues las funciones siguen siendo las mismas. Las diferencias derivadas del número de intervenciones, complejidad etc., se solucionan por las categorías existentes en los funcionarios de referencia, bien sean de primera, segunda o tercera, y sus retribuciones o en las diferencias de sus complementos específicos o de nivel de sus puestos. Resulta redundante el hecho de que el nivel 30 que venía a reconocer estos factores en su nivel máximo, también clasifique a la función, que no varía, bien de directiva o bien de especial responsabilidad. Lo que existe no es una “especial” responsabilidad que implique un cambio funcional sino una simple *mayor* responsabilidad derivada de la organización y de la mayor carga de trabajo o de su mayor complejidad, ya considerada en los factores de categoría y retribución, pero sin que la actividad en esencia sea diferente de la que se desarrolle en el puesto más inferior. Además hay que considerar el elevado número de niveles 30 que se produjo en virtud de la autonomía local y de la generalización del complemento específico que, además resto importancia, al complemento de destino.

En definitiva, la Ley 7/1985, en el citado artículo 99.2 contradecía la naturaleza de las funciones descritas en el artículo 92. 2 y 3, al permitir que un sistema de libre designación configurado de modo inconstitucional como de confianza política, por la indeterminación de sus conceptos básicos y por el sistema de libre remoción sin necesidad de motivación o fundamento legal y, por tanto, contrario al mérito y capacidad, así como que, por su generalización real y práctica derivada de la deslegalización

material realizada a favor de las relaciones de puestos de trabajo, acabara afectando también de modo real y directo a la objetividad, imparcialidad e independencia de los funcionarios que deben de ser garantía de legalidad. Pues es evidente que la consecuencia que puede acarrear la oposición al sistema es el libre cese de la persona que se opone y basta para condicionar sus informes o simplemente su emisión. De nuevo remito al lector interesado a mi trabajo *La función pública: necesidad de un análisis conceptual y de la revisión de la libre designación*<sup>138</sup>, donde se critica no sólo el sistema legal, sino también la jurisprudencia contenciosa y constitucional que lo mantiene y en donde se manifiesta que estas jurisprudencias consideran la existencia de una garantía para los funcionarios cesados, según el artículo 99. 2, tercer párrafo, ya que en él se establecía que se les *garantizará un puesto de su subescala y categoría en la Corporación, que deberá figurar en su relación de puestos de trabajo*; lo cual, en realidad, resulta contrario al interés público, al suponer bien una duplicación de puestos o una “canonjía” para el cesado, si no es que su dignidad no le permite la inactividad.

Pero, además, para aquellos que quieran profundizar más en esta cuestión de la libre designación en los funcionarios de habilitación nacional y en su carácter de directivos o de especial responsabilidad, hay que señalar que del análisis y observación de los artículos 2, 3, 4, 5 y 6 del Real Decreto 1171/1987, por el que se regula el Régimen jurídico de los Funcionarios de Administración Local con Habilitación de carácter nacional, que describen los contenidos de las funciones de fe pública, asesoramiento legal preceptivo, de control y fiscalización interna de la gestión económico – financiera y presupuestaria, la de tesorería y

---

<sup>138</sup> Op. cit., en especial a los capítulos 6, punto 2 o al 7, también, punto 2.

recaudación y la de contabilidad, resulta que son los mismos en todos los casos y para todos dichos funcionarios, según el artículo 7 viene a reconocer, al atribuirles a todos ellos la **responsabilidad administrativa** de estas funciones, tal como ya hemos reflejado que establece la Ley. La misma igualdad se deduce del artículo 8, referido al Secretario que dice que en todas las Corporaciones locales *existirá un puesto de trabajo denominado Secretaría, al que corresponde la responsabilidad administrativa de las funciones de fe pública y asesoramiento legal preceptivo con el alcance y contenido previsto en este Real Decreto;* alcance que es el de los artículos 2 y 3, sin que las diferentes categorías o clases establecidas afecten a dicho contenido y alcance, sino que se basan en el número de habitantes o de la población en el territorio de la corporación. El hecho de que las funciones de Tesorería o Intervención, no se den por sí solas en todos los municipios, es decir no den lugar a puestos de trabajo para funcionarios de habilitación nacional, sino que en los pequeños se den acumuladas o en puestos propios de la corporación, no afecta tampoco al contenido descrito de cada función en la norma.

En resumen, no se deducía de la normativa el carácter directivo de dichos puestos, ni que, por razón de las funciones que constituyen garantía pública, existan diferentes responsabilidades en los mismos, ni cabe, tal como hemos dicho calificar de “especial” la responsabilidad por los factores que la Ley establece para calificar a los puestos de trabajo como de libre designación, porque los factores que distinguen a unos puestos de otros sirven para clasificarlos en diferentes clases y categorías, o para establecer el nivel de los complementos y para fijar sus retribuciones, pero no para eliminar el sistema de concurso y el de mérito y capacidad y para afectar a las exigencias del artículo 103. 3 de la Constitución y del 92.2, en

su inciso final. Se ha politizado la provisión de estos puestos y se ha afectado a sus funciones.

Pero la situación descrita no es en teoría la vigente y en este momento hay que atenerse a lo establecido en la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, cuyo artículo 13 dedicado al personal directivo analizaremos en el punto siguiente, pero que contiene una Disposición adicional 2ª que implica la derogación del artículo 92 de la Ley 7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local y de todo su Capítulo III del Título VII dedicado a la selección y formación de los funcionarios de habilitación estatal y sistema de provisión de plazas. En dicho artículo 13 no hay referencia específica a la Administración local y en la Disposición adicional 2ª desaparece cualquier referencia al carácter directivo o especial responsabilidad de los puestos de los funcionarios habilitados y el punto 5.2 dice que excepcionalmente en los municipios de gran población previstos en el artículo 121 de la ley 7/1985 podrán cubrirse por libre designación los puestos reservados a dichos funcionarios que se determinen por las relaciones de puestos de trabajo. Hay que concluir, pues que la deslegalización en cuanto a la libre designación se presenta en mayor grado que con anterioridad, pero ello se corresponde con la misma deslegalización que presenta el artículo 80 del Estatuto al regular la libre designación al fundarla en la especial responsabilidad y confianza, sin definirlas o conceptuarlas y remitiendo su determinación a la leyes de desarrollo.

Estamos, pues en un periodo dependiente de dichos desarrollos legales, pero sin criterios básicos garantes y orientadores. Sin embargo, antes de finalizar este punto hay que considerar el artículo 85 bis de la Ley

7/1985, de 2 de abril, reguladora de las Bases del Régimen Local que se ocupa de la gestión directa de los servicios de la competencia local mediante las formas de organismos autónomos locales y entidades públicas empresariales locales y que en su punto 2 nos dice que *el titular del máximo órgano de dirección de los mismos deberá ser un funcionario de carrera o laboral de las Administraciones públicas o un profesional del sector privado, titulados superiores en ambos casos y con más de cinco años de ejercicio profesional en el segundo. En los municipios señalados en el título X, tendrán la consideración de órgano directivo.* Estos municipios son los de gran población que en dicho título se regulan.

El apartado e) del citado artículo 85.bis se refiere a la determinación y modificación de las condiciones retributivas, tanto del **personal directivo** como del resto del personal.

Por tanto, en la Administración local se nos ofrece la existencia de un personal directivo vinculado a organismos autónomos y entidades públicas empresariales y que, en consecuencia, no se desenvuelve, normalmente, en el ámbito burocratizado y de poder en el que nosotros consideramos el concepto estricto del directivo público. Por tanto esta figura tiene relación con lo que trataremos en los puntos siguientes.

*e) La regulación en el Estatuto Básico del Empleado Público.*

De la situación legal descrita hasta ahora no se puede decir que existiera una regulación específica del directivo y, por nuestra parte, se ha definido un concepto estricto de directivo público. Sin embargo, la doctrina y los interesados en la función pública y los propios funcionarios

sí se han venido ocupando del directivo público, de tal modo que su necesidad y su importancia se ha venido haciendo patente y también la existencia de unos intereses corporativos y de grupos de personal por ocupar dicho espacio y con ello interesados en definir el directivo público o los directivos en las Administraciones públicas con vistas a alcanzar la categoría o el desempeño de puestos así calificados<sup>139</sup>. De este modo la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, ha dedicado el Subtítulo I de su Título II al personal directivo, que se compone de un solo artículo, el 13, titulado : *Personal directivo profesional*. No figura, pues la referencia directa al directivo público y el contenido del artículo es el siguiente:

*El Gobierno y los Órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas podrán establecer, en desarrollo de este Estatuto, el régimen jurídico específico del personal directivo, así como los criterios para determinar su condición, de acuerdo, entre otros, con los siguientes principios:*

*1. Es personal directivo el que desarrolla funciones directivas profesionales en las Administraciones Públicas, definidas como tales en las normas específicas de cada Administración.*

*2. Su designación atenderá a principios de mérito y capacidad y a criterios de idoneidad, y se llevará a cabo mediante procedimientos que garanticen la publicidad y concurrencia.*

*3. El personal directivo estará sujeto a evaluación con arreglo a criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad por su gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan sido fijados.*

---

<sup>139</sup> Véase la nota 129 a efectos de la doctrina dedicada al tema.

*4. La determinación de las condiciones de empleo del personal directivo no tendrá la consideración de materia objeto de negociación colectiva a los efectos de esta Ley. Cuando el personal directivo reúna la condición de personal laboral estará sometido a la relación laboral de carácter especial de alta dirección.*

Dada la noción del directivo público que he ofrecido, el artículo que acabo de transcribir no me merece el más mínimo respeto ni consideración, me parece un claro ejercicio de irresponsabilidad y de dejación, al renunciar a establecer las bases definitorias no sólo del directivo público propiamente dicho sino de las distintas clases de directivos posibles en las Administraciones públicas de carácter profesional; es decir, con una relación jurídica de empleo. Renuncia que se extiende a la de configurar el ordenamiento jurídico o naturaleza de la relación de empleo de cada una de estas clases. Para el ejercicio que realiza la Ley, hubiere bastado con decir que cada Administración pública con competencia legislativa en materia de función pública, podrá definir a su arbitrio su personal directivo y los requisitos y límites de su relación jurídica.

Pero, para que quede más clara mi opinión al respecto, a continuación reproduzco alguno de los puntos de la crítica que el artículo me merece y que expongo en los comentarios que con carácter general vengo efectuando respecto de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público<sup>140</sup>.

---

<sup>140</sup> Al efecto pueden verse estos comentarios, todavía en elaboración. en esta misma página [www.morey-abogados.com](http://www.morey-abogados.com)

Así, es de destacar el calificativo de *profesional* que se añade al sustantivo directivo, el cual estimo dirigido a distinguirlo del directivo político. Lo segundo ya destacado es la remisión en blanco a cada Administración pública para su regulación y que esta remisión no se realiza como en otros casos a las Leyes de la Función Pública de desarrollo del Estatuto, sino al Gobierno o a los Órganos de Gobierno de cada Comunidad Autónoma. Lo que puede conducir a que la verdadera concreción de lo que sea el directivo de las Administraciones públicas se realice por vía reglamentaria o del reglamento.

En resumen, para este caso parece no existir reserva de ley, entendiéndose que lo fundamental y básico ya está desarrollado en el artículo, pero la realidad, en mi apreciación es que el artículo al remitir la regulación del régimen jurídico específico de este personal y el establecimiento de los requisitos para determinar su condición a los Gobiernos de cada Administración pública territorial, está reconociendo la necesidad de dicha regulación y concreción y renunciando a regular aspectos básicos de la figura y que, si bien el régimen jurídico de este personal que regula puede depender de la condición que se le atribuya, el atribuirle la condición o el determinar las posibles existentes, desde mi punto de vista, es una obligación del legislador estatal a la que no puede renunciar y que existe, por tanto, en este aspecto un quebranto de la reserva de ley establecida en el artículo 149.1.18<sup>a</sup>. Debemos entender, pues así resulta del artículo que es posible que el personal directivo tenga la condición de personal laboral y que en dicha situación se somete a la relación laboral especial de alta dirección, pero por ello hay que considerar que es posible también que sea funcionario. En consecuencia el legislador estatal renuncia a decirnos cuándo puede serlo uno u otro tipo de personal

o si es indiferente o, por el contrario, si existen distintos directivos o distintas condiciones en virtud de funciones distintas y cuáles son éstas.

Hay que concluir que atendida la posible existencia de un directivo público que tal como hemos descrito aparece ligado al apoyo a las políticas públicas y al enlace con la organización denominada de mantenimiento o gestión con el fin de programar la asignación de los recursos y factores administrativos precisos para la eficacia de lo decidido, es decir, de las citadas políticas públicas, el legislador no ha querido regular esta figura o no la considera como directivo o al menos no ha querido describir estas funciones como *directivas profesionales*. Cuando, como hemos visto, a mi parecer es dicha figura del directivo público, como alto funcionario, nivel bisagra entre la organización política y la administrativa la que es verdaderamente necesario regular, porque es, además, el directivo que aún cumple unas verdaderas funciones públicas garantes, si bien no son preferentemente jurídicas, sino de la viabilidad, eficacia y eficiencia de las decisiones político-administrativas importantes y figura propia de la Administración pública y del sector burocrático y de poder. El resto de directivos calificables de profesionales y que actúan en las Administraciones públicas son los que dirigen servicios públicos y cuya actuación es similar al de la empresa privada y que, en la práctica no es tan necesario regular, pues el derecho privado ya nos ofrece soluciones suficientes. Pero de estos directivos nos ocupamos en otro punto.

No existe referencia al directivo en la Administración local, donde, tal como hemos visto, pueden presentarse singularidades propias, y cuya regulación ha quedado derogada y que ahora habrá de ser definida, desde mi punto de vista, no por vía reglamentaria, sino por normas de rango legal

del Estado y de las Comunidades Autónomas, sin que sea suficiente la regulación de la Disposición adicional 2ª del Estatuto Básico del Empleado Público.

Todavía causa más asombro la regulación que contemplamos cuando resulta que el Estatuto, en su Exposición de Motivos se da autobombo al afirmar que por primera vez se regula el personal directivo y acabar no regulando verdaderamente nada u otorgando cartas en blanco a cada legislador español. No podemos afirmar que el Estatuto haya avanzado nada, sino que en un ejercicio muy criticable resulta que el legislador no se compromete en regular el alto nivel de la función pública y en configurar su parte superior como de carácter directivo y señalar su función en orden a la configuración de los actos de gobierno: políticas públicas, borradores de proyectos legales y normativos y decisiones organizativas y estructurales básicas. Por tanto, la regulación del artículo, parece dirigida, sin descartar que alguna Administración pública defina este directivo público, a regular otras clases de directivos que no tienen que ver con el objeto básico de nuestra preocupación e interés, pero cuyas funciones directivas profesionales tampoco se definen y se deja al arbitrio de cada Administración pública.

De otro lado hay que destacar que el artículo al regular el reclutamiento de este personal, tampoco nos dice que sea mediante sistemas selectivos o que se pueda ingresar directamente en la clase o categoría, mediante procedimientos equivalentes a una oposición, sino que el punto 2 parece considerar a la vez un posible ingreso y un sistema de provisión de puestos de trabajo. En el caso de que se defina la condición de directivo profesional laboral, lo tenemos claro, pero nada se dice del

directivo profesional funcionario, que puede ser el directivo público, pero también el que desarrolle gestión en servicios públicos o empresas públicas. El único indicativo es que el artículo no hace referencia a su nombramiento, sino a su *designación*, lo que nos sitúa en el ámbito de la discrecionalidad, sin que sepamos de qué grado, si bien el mérito y la capacidad, la publicidad y concurrencia siguen vigentes. Pero existe el claro matiz de los denominados *criterios de idoneidad*, que el mismo artículo y punto recogen y que de nuevo conecta con la discrecionalidad, habida cuenta de que en lo público y en una configuración de la función pública y el empleo público basados, en parte, en el puesto de trabajo, el mérito y la capacidad llevan implícita la idoneidad. Destacarla o distinguirla significa acentuar el carácter discrecional de la designación e identificar, en resumen, la idoneidad con la confianza del designante en el designado. Repito que ello es así por la simple razón de que la idoneidad del candidato o aspirante respecto del puesto a ocupar se mide por el procedimiento selectivo correspondiente de acuerdo con el mérito, capacidad, publicidad y consiguiente concurrencia. Pero sustancialmente por los dos primeros principios, pues si los aspirantes a cualquier puesto sabe que no se van a cumplir y que la designación por libre ya está hecha, no se produce la concurrencia y la publicidad se convierte en una mera formalidad.

Pero es que no hay más remedio que referirse al sistema de libre designación establecido por el artículo 80 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, en cuanto es una verdadera desregulación, o al menos deslegalización, del tema, una carta en blanco y un olvido de los principios constitucionales que mantiene el artículo 103 de la Constitución, en cuanto se dice que la libre designación consiste *en la*

*apreciación discrecional por el órgano competente de la idoneidad de los candidatos en relación con los requisitos exigidos para el desempeño del puesto.* Los criterios se dejan al establecimiento por cada Ley de desarrollo y es lógico que acabemos remitiéndonos a las relaciones de puestos de trabajo. La idoneidad, concepto manejado por empresarios privados y políticos, es el criterio que elimina toda garantía en la provisión de los puestos directivos y en todo aquel que se considere de libre designación. La politización más absoluta se avecina.

La última cuestión que vamos a analizar es la que plantea el punto 3 del artículo ya que la sujeción a una evaluación de este personal basada en los criterios de eficacia y eficiencia, responsabilidad en la gestión y control de resultados en relación con los objetivos que les hayan fijado, nos sitúan bien en el ámbito político, bien en el equivalente al empresarial. Como los políticos resultan excluidos de la configuración del personal directivo profesional, la conexión con el ámbito político se produce sólo si consideramos el directivo público según mi concepción; de modo que la conexión con las políticas públicas, actos de gobierno y grandes decisiones le coloca en el ámbito de lo político y es posible que su actuación o rendimiento sea objeto de evaluación, si su función consiste en señalar, primero, la viabilidad de la decisión correspondiente, y después, su eficacia, todo ello mediante su participación o relación con el ámbito administrativo propiamente dicho. También, en este caso del directivo público, la idoneidad de su nombramiento puede estar en conexión con la experiencia concreta en las políticas públicas y decisiones a adoptar, sin perjuicio de la existencia de un nivel de confianza subjetivo.

Ningún problema ofrece el punto 3 en su aplicación al directivo profesional de servicios públicos o empresas públicas.

### *C) Otros directivos en la Administración pública.*

En los puntos anteriores se ha hecho referencia a un directivo político y se ha delimitado un concepto propio, o restringido si se quiere, de directivo público, tratando de establecer las funciones directivas singulares o específicas de una administración pública, entendiendo como tal la actividad que supone ejercicio de poder, potestades y funciones públicas. Pero también hemos visto que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público se refiere al personal directivo profesional y que prevé que pueda ser personal laboral, y es que la complejidad de la acción administrativa pública es evidente en cuanto comprende también la prestación de servicios públicos o las prestaciones al público y también la de producción de bienes, lo que hace que en su organización existan unas organizaciones especiales y diferenciadas de la estructura de poder y que serán objeto de estudio específico, que son establecimientos públicos de naturaleza varia, pero que también tienen necesidad de ser dirigidos, sin que dicha dirección tenga sustanciales diferencias con la que se nos ofrece en el campo de la empresa privada o sector privado, en donde dichas actividades, servicios y producción también se dan.

Esta actividad concurrente en el campo privado y público, su relación con la actividad económica, productiva y empresarial, hace que la función directiva no sea lo singular que es la que hemos calificado como propia del directivo público y que, en consecuencia, la detraigamos de

dicha noción o concepto, sin perjuicio de que otros la incluyan en él, pero desde el método de la Ciencia de la Administración y del Derecho administrativo, estos directivos, deben quedar fuera de la noción, sin perjuicio de que se tengan en cuenta al explicar la organización de las Administraciones públicas o se consideren como directivos en la Administración pública. Al efecto de esta distinción entre directivo público y directivo en la Administración pública, conviene recordar no sólo la diferencia que venimos destacando entre actividad de poder, vinculada al ejercicio de la política, eficacia del derecho y coacción e imperio consiguiente, frente a la actividad de prestación de servicios públicos, utilidades materiales y bienes a favor de los ciudadanos, sino que existe una doctrina, ya antigua, y una parte normativa de las que resulta una concepción de Administración pública en la que no se consideran la acción y las organizaciones públicas en las que no se actúa como persona jurídica pública sino como persona privada, siendo un ejemplo de los más recientes el del artículo 3 de la Ley 30/2007, de Contratos del Sector Público, en el que, por ejemplo, se establece que *no tendrán la consideración de Administración pública las entidades públicas empresariales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y las Entidades locales*, como una consecuencia de su sometimiento a derecho privado.

No obstante, la existencia de organizaciones separadas y personificadas, como veremos, no significa que todas se aparten del Derecho administrativo y se sujeten a derecho privado, se nos ofrecen los dos casos. La variedad de establecimientos públicos con entidad física o jurídica separada de los centros de poder (es decir diferenciada de los departamentos ministeriales u órganos equivalentes de las Comunidades

Autónomas o entes locales) será analizada al tratar de la organización personificada, y ya hemos referido la organización desconcentrada, por lo que lo que aquí nos interesa es que estas organizaciones separadas o individualizadas, con personalidad o sin ella, se crean bien para apartar la gestión de dichos centros de poder y acercarla territorialmente al ciudadano, (caso de las delegaciones territoriales de la Administración del Estado o de las Comunidades Autónomas o de sus consejerías), bien para gestionar servicios públicos que conllevan una organización de tipo empresarial, bien para la gestión de un patrimonio, bienes públicos, bien para actuar en el mercado mediante la producción de bienes u otra actividad de carácter económico o mercantil o, finalmente, bien para gestionar programas derivados de políticas públicas o para controlar su eficacia. Y en este último caso ya se han comentado las agencias estatales y la regulación de sus directivos.

Estos centros separados se nos muestran en actividades y servicios administrativos muy importantes y varios, siendo de destacar por ejemplo: la sanidad pública y sus establecimientos sanitarios; los centros docentes de todo tipo; los centros penitenciarios; el sector ferroviario y los transportes en general; los puertos y aeropuertos; los entes de televisión y radiodifusión; servicios telemáticos; los servicios de extinción de incendios; los museos; recursos hidráulicos, etc.

Salvo por lo que se refiere a la organización desconcentrada de los denominados delegados o jefes de los servicios territoriales de las Administraciones públicas territoriales, que se configuran como cargos de libre designación o como puestos de designación política y de confianza, nombrados por Decreto y que se vinculan con el ejercicio de funciones

públicas o de gestión administrativa pública o burocrática, en buena parte de los sectores enumerados y en su organización se muestra una doble dirección, una técnica según la actividad o servicio a desarrollar y otra gerencial, de carácter económico-administrativo; pero sea como sea, desde la finalidad que aquí se persigue de configurar una noción propia del directivo público, ambas direcciones no se corresponden con la vinculación a las políticas públicas y sobre todo a las funciones públicas con ellas relacionadas que consideramos consustanciales a dicha noción. Algunos otros casos, de los enumerados, pueden mostrar una vinculación de los puestos directivos a cuerpos concretos de funcionarios (museos, prisiones, centros docentes, etc.)

Por ello, en estos puestos y en sus organizaciones, aparece la posibilidad de un régimen jurídico laboral especial de alta dirección para los cargos directivos, sin perjuicio de la posibilidad de existencia de altos cargos de designación política en los órganos rectores y la antes señalada vinculación a funcionarios o personal de carrera de las Administraciones públicas. La cuestión que pueden plantear estos contratos desde la perspectiva de la administración pública y los intereses públicos es la posible inclusión en los mismos de indemnizaciones en caso de cese o despido que otorga posibilidades de corrupciones y favoritismos, de ahí que algunas normas reguladoras de esta posibilidad, prohíban o excluyan el pacto o reconocimiento de indemnizaciones<sup>141</sup>. Resulta, pues, en cierto modo, que la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, parece haberse preocupado más por estos casos que por el directivo propio y singular de la Administración pública.

---

<sup>141</sup> Tal es el caso de la Ley 7/2003 del Ente Público Servicios Telemáticos, de la Comunidad Autónoma de Aragón, en su artículo 14.3.

*D) Conclusiones básicas sobre la situación y organización directiva en España.*

De acuerdo con la línea básica de esta obra o fondo de la misma y en su finalidad primaria, se pretenden establecer las razones, causas y fundamentos de la existencia de un régimen jurídico especial para las Administraciones públicas, de sus límites y contenidos y de la particularidad de su gestión administrativa, de la complejidad que supone y de sus diferencias con la gestión empresarial común o privada. Y es precisamente en este orden donde la figura del directivo se utiliza para propugnar un sistema de gestión eficaz y de aplicación de técnicas propias de la empresa privada, considerada como más eficaz. Por nuestra parte se ha evidenciado una noción restringida de directivo público, vinculado a la conformación de políticas públicas y a su efectividad, que es un especialista en Administración general y que se halla en contacto directo con el nivel político y que precisa de un amplio conocimiento de la gestión administrativa pública, sólo o básicamente adquirible en el seno de la organización pública y burocrática de las Administraciones públicas territoriales.

La vinculación de la eficacia de las políticas públicas a su adecuada conformación e implementación y su conexión con las normas jurídicas, trasciende de la mera repercusión individual de la acción administrativa; es decir, trasciende los derechos subjetivos y se sitúa en el plano de los intereses generales y públicos, no por abstractos menos importantes y, por tanto, vincula a la Administración pública no sólo con el Derecho administrativo sino con la Política, con mayúsculas. La complejidad de

esta actuación que no se mueve en la interpretación de preceptos jurídicos o en la aplicación de técnicas jurídicas, sino que, considerando el Derecho en general y desde sus principios y fundamentos, determina la valoración de los proyectos políticos desde todas las perspectivas para considerar su posibilidad y eficacia y para configurar, a partir de ello, una acción administrativa permanente o por períodos amplios y la satisfacción con ello de las necesidades de los ciudadanos y la satisfacción de sus derechos fundamentales y subjetivos, coloca al directivo público y la noción aquí elaborada, tan por encima de la del simple directivo de empresa que la propuesta de considerar, como paradigma de la eficacia, la aplicación de técnicas de empresas privadas o la contratación de directivos de las mismas en la Administración pública resulta carente de sentido. Cuestión diferente es la de dicha propuesta respecto de actividades de los centros que prestan determinados servicios o realizan determinadas gestiones que antes hemos considerado y en los que se sigue la posible contratación de altos directivos.

En el caso de las agencias estatales, el directivo público cuyo noción mantenemos actúa con anterioridad a ellas y a su personal directivo, pues, la tarea principal del directivo público es la conformación o configuración y la implementación de las políticas públicas propiamente dicha y la del directivo de las agencias estatales la gestión de la organización y, en su caso, la de la política pública concreta una vez formalizada y aprobada, si bien en dicha tarea no puede dejar de apreciarse el proceso de resultados y eficacia de la política pública.

Evidenciada la importancia de la noción que aquí manejamos, la vinculación de estos cargos o directivos públicos al sistema de libre

designación que se ha analizado, de pura y dura confianza política, supone su invalidación y la pérdida de su finalidad y garantía para pasar a constituir una especie de personal de confianza o de empleado sujeto a las instrucciones y mando de sus superiores o de sus designantes y, por tanto, con la eliminación de su carácter público en sentido intrínseco y no meramente orgánico; es decir, supone o determina que deje de estar al servicio del público o de los intereses públicos definidos en las leyes, que deje de contribuir a ellos, para prestar servicio a quien le designa, mediante la interpretación de los intereses públicos, en ejercicio de asesoramiento particular y no como parte de un expediente público, propiamente dicho. Este sistema, pues, de libre designación, hace que el directivo público pierda realmente su condición de ejerciente de funciones públicas y no configura a su actividad como un ejercicio de potestades administrativas *ad intra* o garantías propias del derecho público. Los posibles inconvenientes para la eficacia de una política pública o su desajuste a derecho pueden, en virtud del sistema, no manifestarse y quedar reducidos en su manifestación al ámbito de las relaciones entre los directivos y los cargos políticos, remitiendo la cuestión, en su caso, a los simples inconvenientes jurídico - formales, a observar o delimitar por los servicios jurídicos o administrativos, o a la negociación presupuestaria. De este modo, incluso, políticas públicas ineficaces pueden mantenerse por la repercusión que el reconocimiento de su fracaso tendría y conducir a sistemas de propaganda respecto de las mismas y su bondad, que según los casos puede llegar a ser una muestra de cinismo.

Resulta, pues paradójica, cuando no la citada muestra de cinismo, la continua referencia política y doctrinal a la necesaria eficacia de las Administraciones públicas y su vinculación a las técnicas de gestión

privada y el abandono, en cambio, de la figura del directivo público, su real carencia de regulación y el sistema de su designación. La apropiación del sector público por la clase política resulta evidente, pues, el ápice superior de la gestión pública y de la función pública le pertenece, bien directamente configurados los puestos como cargos políticos, bien con la eliminación del directivo público propiamente dicho, bien con la extensión de la libre designación hasta niveles meramente administrativos o a puestos donde se ejercen o deberían ejercerse funciones públicas independientes, neutrales y profesionales. Y también, en cuanto hasta en las direcciones de centros con actividades similares a las del sector privado o compartidas con él, el directivo nombrado lo es mediante un contrato de alta dirección que también es legalmente un sistema de confianza.

En consecuencia, no se puede hacer referencia a la existencia de una organización directiva, ni dirigida a la eficacia de la Administración pública, ni garante del ajuste a derecho de los actos administrativos y, sin perjuicio de las conclusiones finales y del resto de cuestiones que aún quedan por tratar, se puede afirmar que se presentan, ante estas carencias, serias dudas sobre si nos encontramos verdaderamente en un régimen de Derecho administrativo o en un sistema de Administración pública.

Si analizamos este problema de modo más profundo, tenemos que considerar que los niveles políticos y directivo de la organización, se corresponden con el nivel de planificación, entendida ésta como la función encaminada al diseño de políticas públicas y no de una mera acción administrativa de ejecución y, por lo tanto, respecto de estos niveles o en ellos es donde se van a producir las relaciones con la sociedad o la participación ciudadana que hoy se viene reclamando como elemento de

legitimación del Estado y de su Administración. El cambio que requiere el sistema tradicional de Administración pública, centralizada, plenamente juridificada y meramente ejecutiva, en la que el ciudadano no participa en la conformación de las decisiones, sino exclusivamente en la gestión de servicios públicos o como mero sujeto de derechos u obligaciones en relaciones individuales o subjetivas regidas por el derecho, debe ser el de pasar a una Administración con una clara función política que lleva implícito el conocimiento de lo administrativo público, y que requiere del directivo público que hemos definido y de la noción mantenida. Sólo él puede propiciar el cambio y establecer los procedimientos que sin pérdida de las garantías jurídicas permitan la participación social y ciudadana legitimadora y la eficacia y ejecución plena de lo decidido<sup>142</sup>.

No se trata como en la actualidad, sin eliminar la necesaria relación de confianza entre político y directivo público, de ser un mero ejecutor de la voluntad del político de turno y de dar forma a sus deseos, proyectos o ensoñaciones, sino de colaborar con ellos de modo que los proyectos puedan ser eficaces y acordes al interés público, trascendiendo el momento político y el efecto inmediato, para permanecer como fin público y acción permanente hasta convertirse en gestión ordinaria, eliminando el cinismo, la propaganda y la disfunción.

En nada contribuye, ni nada mejora de lo dicho, el artículo 13 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, pues, es insuficiente, poco claro, no decide y elude lo más importante que

---

<sup>142</sup> La importancia y la dificultad de esta función directiva se deduce con la lectura detenida de los capítulos VI, VIII, X y XI de la 4ª edición reformada del *Curso de Ciencia de la Administración* de M. Baena del Alcázar; Op. cit.

es la consideración del directivo público propiamente dicho y figura propia del Derecho administrativo y de la Ciencia de la Administración y no del derecho privado o de la gestión de empresas. No cumple los presupuestos que veíamos que fija la Exposición de Motivos del Estatuto, ya que en este caso no distingue el trabajo en el sector público respecto del privado. Tampoco, estimo que se constituyan unas bases que garanticen el régimen común ante las Administraciones públicas. No hay una concepción de lo público y se acogen criterios propios de la gestión empresarial o privada. Para este viaje no hacían falta alforjas y menos un subtítulo en la Ley.

### **2.3.- La organización administrativa de carácter técnico. Especial referencia a la distinción entre Administración general y Administración especial.**

La razón de aludir y tratar de modo diferenciado una organización de carácter técnico obedece, en primer lugar, a la existencia de una distinción básica en la organización de nuestras Administraciones públicas, que es la que se refiere a las denominadas Administraciones general y especial. Razón que consideramos importante, puesto que toda actividad tiene su componente técnico, si bien su nivel, dificultad de adquisición, estudios necesarios, etc. puedan ser diferentes. De otro lado, también se pretende, en cierto modo, distinguir la actividad administrativa o función pública superior, más ligada a la adopción de decisiones, respecto de la organización y función pública dedicadas a las funciones de mera gestión y mantenimiento, entendida esta última en el sentido que nos ofrece Baena del Alcázar de función que, en relación con las políticas públicas ya decididas, significa la realización de las actuaciones y operaciones precisas

para mantener o continuar haciéndolas eficaces, lo que en otros términos puede considerarse como función ejecutiva<sup>143</sup>.

No obstante, antes de abordar cada una de las formas organizativas que incluimos en este punto, es preciso significar que se es consciente de lo artificioso de la calificación basada en el carácter técnico, en cuanto que el carácter de actividad técnica, quizá sea aplicable en campos y actividades que no se incluyan en este punto y pueda hacerse en otros. Lo que fundamentalmente se pretende es agrupar aquí formas organizativas que resultan de actividades que consisten en la aplicación de determinados conocimientos, normalmente científicos y de grado superior o medio y abordarlas de modo general y abstracto. Por ello, la primera referencia o exposición a realizar es la mencionada distinción entre Administración general y Administración especial.

***A) La importancia en la organización de la distinción entre Administración general y Administración especial. Análisis de sus orígenes.***

Desde mi punto de vista esta distinción tiene una importante repercusión en la organización de la Administración española, que aun cuando no afecta a su estructura propiamente dicha sí que lo hace respecto a la provisión de puestos de trabajo y a su previa clasificación y al contenido de las relaciones de puestos de trabajo. Lo que, a su vez, tiene conexión con el sistema de mérito y capacidad que rige formalmente y legalmente en el proceso de nombramientos y en el reparto de poder en el seno interno de las Administraciones públicas y en las formas de gestión,

---

<sup>143</sup> Véase *Curso de Ciencia de la Administración* 4ª Edición reformada. Op. cit.

pudiendo influir, finalmente, en la estructura. En el análisis de esta importancia y repercusión comenzaremos por tratar de ver qué podemos concluir respecto del origen y alcance de la distinción.

a) *Los orígenes de la distinción*<sup>144</sup>.

Para referirnos en sus orígenes a esta distinción hay que partir del análisis histórico de la estructura de la función pública española desde antes del Real Decreto de Bravo Murillo de 18 de junio de 1852 hasta la fecha, para que pueda apreciarse y revelarse su existencia, la cual realmente se manifiesta, a su vez, incluida en las distinciones entre Cuerpos y Escalas de funcionarios, Cuerpos facultativos y especiales, o en la diferencia entre las escalas Técnica y Auxiliar y que adquiere una relevancia especial con la creación de los Cuerpos Generales por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964 y que consagra la distinción entre Cuerpos Generales y Cuerpos especiales.

En este sentido la primera referencia que encontramos relacionada con esta distinción es la que nos muestra Jiménez Asensio<sup>145</sup>, cuando

---

<sup>144</sup> El lector interesado en este proceso histórico puede ver el artículo de **Albaladejo Campoy, Miguel A.** *Pasado, Presente y Futuro de la Función Pública Española. Una propuesta de reforma*, Cuadernos Económicos de ICE; núm. 13, 1980, pp.19 a 121, en el que se analiza la evolución histórica de la burocracia española y contiene un Anexo con el citado Real Decreto de Bravo Murillo y la Ley de Bases de 22 de julio de 1918 y los reglamentos para su aplicación a los Cuerpos Generales y a los funcionarios técnicos y especiales y a los Cuerpos facultativos y especiales. También resulta del máximo interés la obra de **Jiménez Asensio, Rafael**, *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)* Ed. INAP, Madrid 1989. Colección Historia de la Administración. Serie Administración del Estado, que aun circunscribiéndose a la selección contiene un amplio estudio histórico de la función pública, sobre el que nos basamos en buena parte del análisis que se produce en este punto. Por su parte **Alejandro Nieto** en el Capítulo VII de su obra *Los primeros pasos del Estado constitucional*, Edit. Ariel Derecho; Madrid 1996, pp. 354 a 419 nos ofrece la situación de los empleados públicos en la época. Otra importante fuente, la constituye la obra de **T. R. Fernández Rodríguez y J.A. Santamaría Pastor**, *Legislación administrativa española del siglo XIX*. INAP Madrid 1977.

<sup>145</sup> Vid. Op. cit. en nota anterior, pp-62 y 82

refiere que en el Real Decreto de 7 de febrero de 1827, de la reforma de López Ballesteros, se contemplaba la provisión de empleos vacantes que exigiesen conocimientos facultativos. El ver que la regulación establecida en este Real Decreto y en la anterior Orden de 19 de agosto de 1825, se dirigía a una reforma en los *empleos* de la Hacienda Pública, pero que se ocupaba preferentemente de los empleos que hoy consideramos como de Administración general, es el hecho que permite especular si es por ello que en 1827 se hiciera necesario distinguir la provisión de los empleos con conocimientos facultativos. Es decir, se puede pensar o concluir que se nos muestra una regulación general para todos los empleos y otra especial para los facultativos. Si bien este hecho resulta de la mención a la provisión de empleos vacantes realizada en el artículo 23 de Real Decreto, hay que tener en cuenta que el artículo 18 hace referencia a una escala general *sin perjuicio de las particulares que convengan*, por lo que es de entender que la contraposición entre Administración general y especial ya existe. Pero el hecho es indicativo de que era necesario acudir a un sistema especial en virtud de los conocimientos exigibles, lo que evidencia que las actividades en los empleos mantenían diferencias de contenidos y requisitos, pese a que las clases de empleos que se regulaban en estas normas eran comunes a todas las actividades.

La segunda referencia aplicable a la distinción, también, nos la ofrece Jiménez Asensio cuando refleja el siguiente párrafo de la exposición de motivos del Real Decreto de 8 de agosto de 1834, que anulaba la escala declarada en el artículo 7º del Real Decreto de 30 de noviembre de 1833, que decía:

*<< considerando que aunque por el artículo 7º. del primero (se refiere al R.D. 30-XI-1833) se dispone que las plazas de las secretarías de*

*los gobiernos civiles sean de escala, este principio, si puede ser conveniente en aquellas carreras cuyos empleados por haber hecho unos mismos estudios y sufrido previos exámenes, ofrecen desde luego una garantía en el acertado desempeño de sus destinos, no es aplicable a los de la carrera administrativa que indispensablemente tienen que ser amovibles, y sus ascensos deben más bien depender de la particular aptitud y disposición de los individuos, que del lugar que la opinión tal vez equivocada les haya proporcionado en el orden numérico de sus nombramientos.*<sup>146</sup>>>.

Muchas cuestiones suscita este párrafo que quizá se comenten en otro punto, pero, ahora y aquí, sólo interesa destacar la expresión *carrera administrativa* que refleja y que se distingue, además, de aquellas otras carreras *cuyos empleados por haber hecho unos mismos estudios....*; lo que a su vez hace considerar que en la carrera administrativa pueden existir empleados con distintos estudios. Pero hay que seguir analizando los orígenes de la distinción y de nuevo es la importante obra e investigación de Jiménez Asensio la que nos ofrece una nueva o tercera referencia, al analizar el Real Decreto de 8 de enero de 1844 que establecía, dentro de la denominada reforma de González Bravo un Reglamento orgánico de un denominado Cuerpo de Administración Civil, circunscrito de modo exclusivo al Ministerio de Gobernación, compuesto por todos los empleados de esta Administración Civil con real nombramiento que *no pertenezcan a cuerpo especial facultativo*, circunstancia que, de modo similar, se vuelve a producir en un Real Decreto de 14 de enero de 1857

---

<sup>146</sup> **Jiménez Asensio, R.**, Op. cit. p.69. También a este Real Decreto de 8-8-1834 como importante en la consolidación de la figura de los cuerpos facultativos se refiere **Alejandro Nieto** en *Los primeros pasos del Estado constitucional*; Op. cit. p. 372.

que en su artículo 1º se refiere a un Cuerpo de Administración civil provincial, formado por los gobernadores, secretarios y oficiales de los Gobiernos de provincia<sup>147</sup>. El término *facultativo* viene, pues, a significar una conexión con lo antedicho de la existencia de empleados con unos mismos estudios de nivel facultativo; es decir, con título emitido por una Facultad y que, como vimos, en 1827 aparece como contrapuesto a la carrera administrativa.

Podemos considerar, pues, que ha surgido un concepto o idea de *carrera administrativa* equivalente al de Administración general, pero de la regulación del Real Decreto de 18 de junio de 1852, de Bravo Murillo, no podemos confirmar una conclusión similar. El Real Decreto se refiere a *las bases que han de observarse para el ingreso en todos los empleos de la Administración activa del Estado*. Es de destacar el concepto de Administración activa y la regulación de todos los empleos, pero la doctrina y los estudiosos de la función pública han puesto de manifiesto que la cuestión más importante de las reguladas es la de las *categorías* de los empleados y su carácter subjetivo y no objetivo. La expresión *carrera administrativa* aparece en el preámbulo del Real Decreto cuando dice: *Los que en lo sucesivo hayan de ser admitidos en la clase de aspirantes, plantel de la carrera administrativa..;* y, un poco antes, se refiere a la *carrera de la Administración* cuando dice: *una deplorable experiencia ha venido a demostrar que el no exigir requisitos y condiciones necesarias para la entrada en la carrera de la Administración...* Pero en ninguno de estos casos, dada la regulación de todos los empleos, puede considerarse con certeza que se está haciendo referencia a la Administración general únicamente. En el articulado, el término *carrera* aparece en el artículo 28

---

<sup>147</sup> Jiménez Asensio, R., Op. cit. pp. 74 y 128.

que dice: *De la misma manera se destinará en las diversas carreras el conveniente número de empleos...*, lo que hace deducir la existencia de más de una carrera, cada una con sus empleos respectivos, pero no se nos muestran ni unas ni otros.

Tampoco se puede considerar que las excepciones que el artículo 44 establece en la aplicación del Real Decreto, supongan el establecimiento claro de la distinción entre Administración general y especial, pues si bien en la exclusión se encuentran importantes cuerpos especiales: diplomáticos, ingenieros civiles y de minas y profesorado, la exclusión no es general y la que alcanza a *las demás carreras cuyos empleados tengan condiciones especiales por las cuales se distingan esencialmente de la Administración activa*, tampoco se puede considerar referida a cuerpos especiales, sino a especialidades que les **distingan esencialmente de la Administración activa**, de la cual no puede excluirse con carácter general a los cuerpos especiales, cuya mayor parte forman parte de la misma. Lo que sí se evidencia es que la titulación superior no es un requisito general en el acceso a los empleos generales, mientras que sí lo es respecto a los cuerpos o empleos facultativos<sup>148</sup>. Esta situación nos muestra claramente, en realidad, la diferencia entre escalas y cuerpos que es la estructura que se nos ofrece con anterioridad a la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, al consolidarse la estructura corporativa especial o facultativa en la segunda mitad del siglo XIX, y resultando, desde dicho momento, más que una distinción entre Cuerpos generales y especiales, una distinción entre

---

<sup>148</sup> Para mayor información, véase **Jiménez Asensio, R**; Op. cit. en notas anteriores, p. 115 y ss.

Administración general y especial, que desde nuestro punto de vista es el hecho organizativo y, si se quiere, estructural básico<sup>149</sup>.

Tras estas normas y hasta la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, se puede decir que la distinción entre Administración general y especial o cuerpos generales y cuerpos especiales permanece de modo latente en las normas reguladoras de los empleos públicos. Así ocurre en la Ley de presupuestos de 21 de julio de 1876 que al ocuparse de la formación de los escalafones de los *distintos ramos* de la Administración civil hace referencia a los empleados del *ramo general*, o en un Real Decreto de 6 de octubre de 1899 y otros de 15 de enero de 1901 y de 23 de diciembre de 1902 que contienen la referencia a *Cuerpos especialmente constituidos*. También la Ley de 19 de julio de 1904 orgánica del personal dependiente del Ministerio de Hacienda, utiliza esta expresión, pero en esta ocasión para aplicarla exclusivamente a los funcionarios *no pertenecientes a cuerpos especialmente constituidos*, por lo que no sólo se considera como una Ley que consagra la departamentalización de las políticas de personal sino también como responsable del asentamiento de las bases de la fragmentación de la función pública que se consolida en el Estatuto de 1918, por las leyes que en la misma línea se dictan a partir de este momento por otros ministerios o departamentos<sup>150</sup>.

El citado Estatuto de 1918, Ley de Bases de 22 de julio se refiere a los funcionarios de la Administración civil del Estado y al personal técnico

---

<sup>149</sup> Así en el desarrollo del Decreto de Bravo Murillo, en una Real Orden de 1 de octubre de 1852, del Reglamento orgánico para los empleados de la Hacienda y en otra de 28 siguiente del Reglamento de los empleados de Gobernación, se establecen una escala general y varias especiales. **Jiménez Asensio**, Op. cit. pp. 120 y 121 Sobre la evolución de los cuerpos especiales en la segunda mitad del siglo XIX, véanse pp. 141 a 145 y 176 y ss.

y auxiliar, sin referencia a la Administración general o especial, si bien en la disposición especial 3ª hace mención al personal subalterno y en la 5ª al establecer que las disposiciones de la ley *serán aplicadas, previa la necesaria y posible adaptación que los respectivos Ministerios realizarán, y en un plazo improrrogable de tres meses, a todos los funcionarios técnicos y a los especiales, así como a los Cuerpos facultativos y especiales, respetándose su organización, competencia y atribuciones...*; lo que marca la diferencia y departamentalización antes señalada. Es realmente en el Decreto de 7 de de septiembre de 1918, Reglamento de aplicación de la Ley a los Cuerpos generales de la Administración civil del Estado y personal subalterno, donde nos aparece por primera vez una referencia directa a estos cuerpos, en su artículo 1. Un segundo Decreto, de la misma fecha, se refiere a los Cuerpos facultativos y especiales y un tercero, igualmente de la misma fecha, da normas para la confección de las plantillas tanto de los Cuerpos generales como de los facultativos y especiales<sup>151</sup>. Por tanto, hasta aquí debemos de considerar la exposición de la distinción que se consolida en la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 1964, mediante la creación de los cuerpos generales como interdepartamentales y mediante la incorporación o creación del Cuerpo General Administrativo.

*b) La repercusión de la distinción.*

Del análisis histórico y orígenes de la distinción resulta una actividad puramente administrativa o burocrática, que por su variedad y generalidad no se corresponde con una titulación académica o facultativa

---

<sup>150</sup> Jiménez Asensio, R. Op. cit. p. 190 y ss.

propia mente dicha, que, por tanto, puede organizarse como una Escala y no como un Cuerpo propiamente dicho, que se contrapone a un sector de profesionales o profesiones que sí se corresponden con titulaciones concretas y que se organizan corporativamente, sobre el fundamento de la unicidad de sus funciones y de que la adquisición de conocimientos para su ejercicio y práctica es de orden académico, por lo que se les denomina como cuerpos facultativos o especiales. El hecho de que el Estatuto de 1918 sólo se refiriera a funcionarios técnicos y auxiliares y al personal subalterno, nos indica que tanto un sector de la Administración general, el que no fuera calificable de auxiliar o subalterno, como los cuerpos facultativos se configuran como una actividad técnica. La de los facultativos, especialistas o profesionales es la propia del título, especialidad o profesión; y su carácter administrativo, lo es por ejercerse en la Administración pública o al servicio del Estado y en el cumplimiento de una acción política o servicio público. En su esencia no difiere la técnica a emplear de la que se produce por los mismos especialistas o profesionales en el sector privado, sin perjuicio de que en algunos casos, tales como las grandes obras o en la actividad militar, algunas de estas profesiones (arquitectos o ingenieros, por ejemplo) puedan tener un campo singular y principal de ejercicio en la Administración pública. En consecuencia, la técnica que estos cuerpos o sector de Administración especial no es administrativa en sí misma y su contribución en las decisiones políticas sigue siendo la del aporte de su conocimiento técnico específico, pero no el de la determinación de las fases de la decisión, dotación de medios y recursos, formalización jurídica, diseño de la organización consiguiente, establecimiento de los procedimientos jurídicos

---

<sup>151</sup> Este hecho, lo puse de relieve en mi obra *La determinación de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático*. Op. cit. p. 30.

y de ejecución, dirección del aparato burocrático, adopción de actos administrativos o resoluciones, etc. Estas funciones, quedan comprendidas en las funciones administrativas señaladas por el profesor Baena como: a) función de apoyo a la decisión política; b) función de ejecución que se descompone en *función de regulación y control* y *función operativa*, sin perjuicio de la implementación que, comprendida en la ejecución, implica la proporción de los medios, recursos y factores administrativos necesarios, y c) función de mantenimiento<sup>152</sup>. Todo ello, no obstante la posible consideración de otras funciones como pueda ser la de *evaluación* que no debe circunscribirse únicamente a las políticas públicas, sino al control y valoración del resultado práctico y ajuste a las finalidades perseguidas en el cumplimiento de las funciones anteriores – básicamente en la ejecución- respecto de toda la actividad y con el objeto de proceder a su actualización. Lo que, claro es, se muestra con mayor riqueza y complejidad respecto de las políticas públicas.

Estas bases y repercusiones de la distinción que hoy se nos muestran más claras y evidentes que hace un siglo, o incluso medio siglo, nos ofrecen una configuración de la función pública muy distinta a aquella en la que función administrativa, o la Administración general, es tratada como burocrática en su sentido despectivo; y que, por tanto, no se corresponde, o no tiene porqué corresponderse, con un título superior o facultativo, y que forma parte del botín de los partidos políticos; función para la que, en consecuencia, cualquiera puede servir y que puede ser refugio y alimento de cualquier sector funcional que deja de ser útil en su función y, así, puede configurarse como escala abierta en la que caben las militarizaciones (en el sentido de que sus puestos pueden ser ocupados por

---

<sup>152</sup> *Curso de Ciencia de la Administración*; Op. cit.; p. 275 y ss.

militares que dejan de realizar su función y pasan a la puramente administrativa), los nombramientos políticos, los ceses, etc.

En cambio, los facultativos y especialistas se alejan de la contaminación política, consiguen su inamovilidad, su propio ordenamiento jurídico o reglamentaciones, patrimonializan el sector organizativo en el que ejercen su actividad y se convierten en los jefes y directores de la actividad burocrática, con lo que, es de concluir, que controlan las políticas públicas que les afectan en su actividad correspondiente y, por tanto y al mismo tiempo, controlan sus propios intereses como grupo.

En estas circunstancias de la actividad administrativa propiamente dicha y en la Administración general y con el desarrollo del Derecho administrativo sobre el resto de los estudios que se preocupan de la Administración pública, tenía que destacar claramente la técnica jurídica y la función de regulación y control o la ejecución del procedimiento administrativo como factor jurídico o la simple ejecución administrativa, pero no la técnica de administrar de nivel superior y de apoyo a la decisión política y a su eficacia. Lo que, desde mi punto de vista, contribuye a que se produzca una identificación entre Derecho y Administración, que como contrapartida, y paradójicamente, implica la distinción entre Derecho y Organización (que implica también una separación entre política y derecho) y que se incardina o traduce, a su vez, en la separación entre Justicia y Administración y que acaba configurando una desconexión entre Política y Administración. Sin perjuicio de que, en esto último, contribuya el régimen político franquista y, de algún modo, la tecnificación administrativa en los años 1960.

Estas consecuencias o repercusión configuran una Administración que puede aplicar el Derecho existente y cumplirlo, pero que contribuye muy poco a un Estado eficaz políticamente, en todos sus aspectos, pues la realidad es que las separaciones y distinciones antes señaladas no existen cuando se configura una Administración pública que no se base exclusivamente en fundamentos jurídicos sino que lo haga desde los que proporciona la Administración general y la Ciencia de la Administración. Esta repercusión o situación en su caso, no dejaba de ser percibida ya en los finales del siglo XIX, sobre todo cuando se realizan proyectos de creación de una Facultad para los estudios de Administración Pública o se refiere la necesidad de la exigencia de titulación superior en los puestos mas elevados de la Escala de Administración general o cuando vemos manifestaciones como la que realiza la Ley de Restricciones de gastos del Estado de 1 de agosto de 1935, que abogaba por la aplicación de principios racionales y propios de la Ciencia de la Administración en la Administración pública<sup>153</sup>. Por ello, hemos de considerar que la decisión que se adopta en la Ley de Funcionarios Civiles de la Administración del Estado de 7 de febrero de 1964 de la creación de un Cuerpo General

---

<sup>153</sup> Los intentos de establecimiento de unos estudios facultativos de Administración pública, así como la creación en 1842 de una Escuela Especial de Administración, los refleja **Jiménez Asensio, R.** en su obra *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*. Op. cit. p. 78 y ss, con las referencias bibliográficas correspondientes. Por mi parte, en *La previsión de efectivos en la burocracia española y el comportamiento burocrático*. Op. cit. p. 64, recojo la siguiente manifestación de la citada Ley de Restricciones de gastos del Estado de 1935: *Si de verdad y convenientemente se quiere hacer algo serio, deberá desistirse del viejo empirismo, tantas veces iniciado, de suprimir el personal en porciones fijas, para intentar, lo primero de todo un conocimiento exacto de nuestra Administración, después, una ordenación sistemática de los servicios, y ya, sobre estos datos, una distribución numérica del personal. Cuando la ciencia ha creado métodos de ordenación –Taylor, Fayol- no se entiende como éstos han de aprovecharse por las empresas privadas y despreciarse por la Administración pública. Lo que se impone es, pues, la organización científica en el régimen administrativo del Estado.* También **Alejandro Nieto**, refleja en *Los primeros pasos del Estado constitucional*. Op. cit. p. 74, refiriéndose a una Sesión del Congreso del 29 de mayo de 1840 y a unas palabras de Oliván respecto de la importancia de la Ciencia de la Administración, que los estudios de administración sacralizaron la reforma administrativa con el título de <<ciencia>>, de la misma manera que en ella se cifraron esperanzas de redención.

Técnico de Administración Civil, único e interdepartamental, y desaparición o extinción de las Escalas Técnicas - administrativas de cada Ministerio y la creación, asimismo, de un Cuerpo General Administrativo, obedecía a una política encaminada a dignificar la actividad técnica superior de carácter administrativo y a situar a los especialistas en su lugar técnico correspondiente y, en consecuencia, a realizar una reforma administrativa por la que la Administración pública no partiera exclusivamente de las bases jurídicas sino de los principios de la Ciencia de la Administración, si no, incluso, del establecimiento de un ámbito que no sólo supusiera la aplicación de estos principios sino que constituyera la plataforma para la construcción de los contenidos propios de dicha Ciencia. La muestra de esta afirmación se manifiesta cuando se observa la actividad desarrollada por miembros del citado Cuerpo Técnico de Administración Civil del Estado durante las décadas de 1960, 1970, e, incluso, de 1980, con sus trabajos y publicaciones o desde la Asociación del Cuerpo o en la Asociación de Administración Española. También, aun cuando el hecho pone de relieve que la Ciencia de la Administración sólo se analiza en el seno del Derecho administrativo, la situación se manifiesta con la incorporación a las cátedras de dicho Derecho de miembros del Cuerpo General Técnico y los enfoques que en él introducen o como en el significado caso del profesor Baena y su configuración de la Ciencia de la Administración y de su expansión<sup>154</sup>.

---

<sup>154</sup> Entre los miembros del Cuerpo citado que se incorporan las cátedras de Derecho administrativo, los hay tan significados como Alejandro Nieto, Santamaría Pastor, Parada Vázquez, Muñoz Machado, Morell Ocaña y el propio Baena del Alcázar. De otro lado, la obra ya citada *Mitos y ritos de la Administración española* de **Crespo Montes**, resulta clarificadora respecto de la reforma administrativa emprendida en 1964 y del papel del Cuerpo General Técnico.

Hay que concluir, pues, que la distinción entre Administración especial y Administración general constituye un elemento estructural de toda función pública y, con ella de toda la Administración pública. Pero, además, cuando la actividad de los cuerpos especiales, dentro de su necesidad e importancia y sin perjuicio de su contribución en la adopción de las políticas públicas o decisiones administrativas, se circunscribe en sus propios límites, y se concibe a la Administración general no como una mera gestión administrativa o como una aplicación del procedimiento administrativo para dictar actos administrativos, o como actividad de marcado carácter jurídico, sino como el fundamento de la eficacia de cualquier decisión política o administrativa y con las funciones administrativas antes descritas, la Administración pública adquiere una dimensión tan importante que cualquier referencia a su funcionamiento como empresa privada resulta ridícula y pobre, sin perjuicio de la aplicación en ella de técnicas de uso en el sector privado de la sociedad. La conexión entre Política y Administración se hace tan evidente, desde la necesaria eficacia de toda acción político – administrativa, que cualquier estructura u organización que no se adapte a este fin y a la obligada imparcialidad y objetividad en el ejercicio de esta Administración que la Constitución mantiene o que no otorgue a dicha Administración general la función que le corresponde, hay que considerarla inadecuada y desde los esquemas de los principios constitucionales, contraria a los mismos.

La cuestión, pues, mantiene íntima conexión con la valoración del modelo burocrático correspondiente y afecta, finalmente, al modelo de Estado.

*B) El problema de la clasificación de las distintas técnicas utilizadas en la administración pública.*

En el punto anterior, se ha ofrecido, pues una visión de la Administración especial y de la general, como actividades técnicas ambas. Y por ello, la primera que examinaremos será la de la técnica de administración general, pero destacando que la dificultad radica en la clasificación del resto de técnicas al uso en la administración pública o en el acierto de su exposición, que no puede ser la de enumerar el conjunto de profesiones existentes y la técnica que suponen, sino en lograr una abstracción útil e ilustrativa.

*a) La técnica administrativa general superior y su conexión con la función directiva. Modelo orgánico correspondiente.*

De la Administración general que desde el punto de vista de los cuerpos creados en la Ley de 1964 comprendería cuatro niveles, el técnico, el administrativo, el auxiliar y el subalterno, nos interesa, pues el primero, el que supone la aplicación de la técnica administrativa general de carácter superior. Es en este nivel donde se van a analizar las decisiones más importantes de orden político y administrativo y desde dichos puntos de vista, además. Y es el punto en el que la exposición de su organización no consiste en la manifestación de su estructura orgánica sino de su sentido y función.

La técnica de administración general superior es de carácter complejo, pues no se corresponde con una sola técnica y conocimiento específico, sino que comprende o utiliza distintas técnicas y admite para su

ejercicio a personas con titulaciones académicas diferentes, porque la función y la técnica a aplicar, de momento, no constituye el patrimonio de una sola titulación universitaria o académica, sino que teniendo como base conocimientos pertenecientes a distintos sectores científicos, tiene también una base empírica y de experiencia acumulativa de conocimientos prácticos, que hacen de la función administrativa general una carrera en sí misma y que establece una conexión con la línea jerárquica y con la multiplicidad de puestos de trabajo. En el vértice superior de esta técnica y línea, se produce una condensación y abstracción de conocimientos técnicos y prácticos, que constituyen ya una técnica específica distinta de las que han contribuido a su consolidación y que, desde mi punto de vista, es la que permite superar la función técnica general para referirnos a la función directiva pública. Esta técnica específica y los conocimientos que implica, es la que contribuye a que se consoliden los contenidos de la Ciencia de la Administración, en la parte que se corresponde con la descripción del cómo se administra y de los principios de buena administración. Porque en esa técnica y en dicha ciencia los conocimientos que se muestran constituyen también una transformación singular y condensada de conocimientos propios de diversas ciencias; es decir, tanto en la técnica superior de administración general como en la Ciencia de la Administración se nos ofrece una superación de contenidos y técnicas propias de otras ciencias, adquiriendo su propia entidad y diferenciándose de sus componentes. Por ello, en definitiva, la mutua alimentación entre altos funcionarios o directivos públicos y la Ciencia de la Administración, debe acabar configurando un contenido científico, capaz de formar directamente profesionales de una técnica específica de administración general de carácter superior y directivo. Por ello, también al analizar la función directiva se ha considerado que en ella se consolida una función

que permite su consideración corporativa; es decir su configuración como un cuerpo y no como una escala, en el que la función de apoyo a la decisión es el punto principal de su acción, así como la previsión y planificación de los factores administrativos necesarios para la eficacia de la decisión (diseño orgánico, procedimiento, recursos humanos y presupuesto)<sup>155</sup>.

Pero la Administración general, aun cuando en su nivel superior coincida con nuestra configuración del directivo público y el administrador general sea el más idóneo para configurarse como directivo público, no es únicamente la función directiva. Para su análisis conviene partir, por ejemplo, de la definición que nos otorga la normativa. Ya al describir las funciones del Cuerpo General Técnico se reflejó el contenido del artículo 23.3 de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964, en el que se le atribuyen las de *gestión, estudio y propuesta de carácter administrativo superior*. De esta manifestación legal resultan, pues, tres actividades las de gestión, estudio y propuesta calificadas por la expresión “de carácter superior”, si bien, sin el conocimiento del funcionamiento de la Administración, es difícil hacerse una idea del alcance y contenido de estas gestión, estudio y propuesta de carácter superior, si no se conectan con las funciones administrativas, bien sean las típicas de la planificación, organización, dirección, ejecución, control, etc. o, bien, con las antes señaladas por el profesor Baena. Por ello, nos interesa, principalmente, destacar, antes de llegar a la función directiva tal como la hemos concebido, que la administración general de carácter superior, puede conectar con funciones que queden comprendidas en las de apoyo a la

---

<sup>155</sup> Estos son los factores que considera **Baena del Alcázar** como un modelo interconectado, *Curso de Ciencia de la Administración*. Op. cit. pp.275 y 284.

decisión política o de cualquier otra decisión administrativa y que, fundamentalmente, se corresponderían con actividades de estudio, análisis, informe y propuesta y que en otro orden también pueden comprenderse en la planificación y organización, sin perjuicio de que también comprendan aspectos de dirección o de carácter directivo. Desde el punto de vista de la actividad de gestión, la conexión se produce con las funciones de dirección administrativa de la organización cuyo mando se asume, con la de ejecución de los procedimientos correspondientes, jurídicos o no, y con la de control de la gestión y de sus resultados; supone la conexión, igualmente, con las funciones de implementación, ejecución y mantenimiento en las políticas públicas y la contribución, a través del control de lo actuado, a la labor de evaluación que corresponde hacer en los niveles superiores, sea el de los jefes inmediatos o el de los directivos públicos, respecto del cumplimiento de los fines correspondientes, programas o políticas públicas en su caso.

En este nivel superior, no propiamente de carácter directivo, se producen o realizan las actividades antes señaladas, en relación con los factores administrativos también indicados anteriormente, de modo que en la administración general superior se producen las más importantes funciones relativas al diseño orgánico, los procedimientos administrativos, jurídicos o no, la programación normativa, la previsión de recursos humanos y su gestión, la gestión presupuestaria y la obtención de información para la adopción de decisiones de todo orden o hacia el exterior. En resumen, se corresponde lo señalado con las competencias y funciones que hemos visto que la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado atribuye a las subsecretarías y secretarías generales administrativas, lo que es lógico

porque a estos órganos es a los que esta ley califica como servicios comunes y la actividad común a toda la Administración es lo que caracteriza a la administración general.

Pero hay que destacar la relación con las políticas públicas, ya apuntada, que en el caso de la administración general superior se produce fundamentalmente en la fase de implementación, tanto en la colaboración con el nivel directivo haciendo de correa de transmisión con la organización dedicada al mantenimiento, como impulsando y planificando la propia implementación o previsión y obtención de los factores administrativos y, finalmente, dirigiendo la ejecución en la parte que a la organización burocrática corresponde y el mantenimiento de la políticas públicas comunes o generales a toda la Administración y las concretas de su jefatura propia. Por esta conexión con los factores administrativos es por lo que veremos más adelante que forman parte esencial de la Administración general las gestiones de personal, económica, de contratación, procedimiento administrativo y de gestión administrativa, etc.

De este modo, es evidente que el paso por la Administración general y la experiencia adquirida en su seno, resulta esencial para el adecuado ejercicio de la dirección pública o para ser directivo público y se muestra la conexión entre los administradores generales superiores y el directivo público, que se encuentran en la línea jerárquica, en conexión con la organización general de las Administraciones públicas y, por ello, con una continuidad funcional que constituye una verdadera carrera administrativa, que finaliza en el nivel directivo propiamente dicho. Desde el punto de vista funcional, abstracto, aquí descrito, era posible la identificación y

ordenación de la Administración general como un Cuerpo funcionarial, pero el obstáculo, la variante o el inconveniente, frente al carácter monolítico y uniforme de los cuerpos especiales, radica en la diversidad de puestos de trabajo que esta Administración general comprende y la diversidad de materias de las que se ocupan o la concreta función o actividad que se ejerza respecto de aquéllas, o el específico factor administrativo del que se ocupen o gestionen, así como los diferentes niveles de jerarquía y responsabilidad que se comprendan en el nivel superior. Diversidad de puestos de trabajo que apareja la posibilidad de diferentes experiencias y especializaciones, al mismo tiempo que la de escalada hacia puestos de nivel superior, sobre el fundamento del mérito y la capacidad (incluyente de la especialización) y no sobre la mera antigüedad. Lo que hace que también la Administración general se pueda identificar o equiparar a una escala.

En esta situación de variedad de materias y de mayor o menor cercanía a la función directiva, el modelo orgánico propio, o la organización en la que se desarrolla la Administración general, es el jerárquico y centralizado o desconcentrado, fundamentalmente. En los niveles medios e inferiores, se ofrece con más claridad la actuación de jefatura y jerarquía sobre unidades administrativas y ordenación y dirección de su gestión, para adquirir un carácter más de asesoramiento y dirección técnica en buena parte del nivel superior; es decir, en las subdirecciones generales, sin perder el mando en el orden organizativo y de eficacia de las unidades de ellas dependientes. En las subsecretarías y secretarías generales técnicas, órganos por excelencia de una función administrativa general de carácter superior, el asesoramiento técnico y jurídico adquiere relieve, así como la aplicación de la técnica general y

común del manejo de los factores administrativos como un conjunto o modelo. Sólo en el nivel inferior de esta técnica administrativa general superior, la conexión con la gestión es mucho más directa y de carácter más ordenado que de ordenación y dirección. Por todo ello, los órganos que suelen ocuparse por técnicos administrativos superiores comprenden desde Jefaturas de Sección a Subdirecciones generales y órganos de nivel equivalentes y gerenciales o de secretaría general en organismos desconcentrados o descentralizados.

Queda destacado, pues, que en el nivel superior de la Administración general este tipo de administración constituye una técnica específica y compleja y que por ello y su repercusión en orden a las decisiones más importantes (actos administrativos o políticas públicas) es esencial. Pero que fijemos la atención en este nivel superior, no quiere decir que en los niveles inferiores, básicamente, en el administrativo y auxiliar o, incluso, en el subalterno no existan técnicas a aplicar o no exista actividad técnica, pero en todo caso sin la especificidad que se muestra en el nivel superior y coincidente con profesiones administrativas iguales en el mercado privado.

*b) La técnica administrativa especial y sus formas organizativas básicas.*

Examinada la técnica administrativa general, corresponde analizar la técnica administrativa especial y, al efecto, hay que recordar que con anterioridad, al estudiar la Administración especial y su correspondencia con las actividades propias de profesiones específicas fundadas en titulaciones facultativas o académicas, se ha dicho que estas actividades no eran propiamente administrativas, sino que adquirirían tal carácter por

prestarse en la Administración pública. El artículo 24, ya reseñado, de la Ley de Funcionarios Civiles del Estado, de 7 de febrero de 1964, realizaba la identificación entre Administración especial y profesiones al establecer que los funcionarios de Cuerpos especiales son los que *ejercen actividades que se corresponden con una peculiar carrera o profesión y los que tienen asignado tal carácter por las circunstancias concurrentes en la función administrativa que les está encomendada*. En consecuencia, aun cuando la referencia al ejercicio de una profesión, conduce a prestar atención preferente a cuerpos de funcionarios como los de ingenieros de las distintas ramas, arquitectos, abogados, profesores de distintos niveles, etc. por ser habitual su presencia en la Administración pública, hay otras actividades que se distinguen de la Administración general, que son específicas, que pueden constituir profesiones, que también se realizan en la Administración pública y que se engloban en la Administración especial y a las que no se presta la misma atención, pero que son igualmente importantes: economistas, informáticos, contables, que por lo general no se circunscriben a un solo ministerio o departamento, que revisten, pues, un carácter común, pero que se constituyen como cuerpos especiales o como Administración especial y no como general, pues su técnica es específica y coincidente con la prestada en el sector privado, aun cuando en algunos casos como los de intervención y contabilidad o tesorería, se constituyan con singularidad propia en las Administraciones públicas, sobre todo porque estas actividades revisten carácter de garantía de los intereses públicos y constituyen esencialmente, por ello, naturaleza de funciones públicas, tal como ya se ha puesto de relieve en su momento. Otras actividades calificadas de Administración especial, suelen no ser tan evidentes en su consideración, tal como puede ocurrir si se piensa en los

astrónomos o en los meteorólogos, músicos, o en técnicos similares que ejercen su actividad en las Administraciones públicas.

Ante la variedad de técnicas posibles, no es el objeto de este punto su detallada enumeración y clasificación, sino, simplemente, apuntar su existencia y analizar las cuestiones generales que a la técnica administrativa especial afectan. Al estudiar los orígenes de la distinción entre Administración especial y general, nos resulta una evolución conceptual desde el “empleo público” hasta la “función pública”, como ideas o concepciones que suponen el paso de la amovilidad o posibilidad de cese a la inamovilidad o permanencia en el cargo o puesto; es decir, vimos que la inamovilidad se conseguía primero en los cuerpos facultativos (ingenieros, abogados del Estado, etc.) que en los empleos de administración general o no facultativos y que es en 1918 cuando el concepto de funcionarios engloba a ambos sectores y coincide con la inamovilidad en los empleos públicos. En resumen, tal como se analizó al estudiar el concepto de función pública, éste se une a la permanencia en el empleo y al ejercicio de autoridad o poder. Pues, bien, una de las paradojas que nos ofrecen los conceptos es precisamente el que si los especialistas pueden ser clasificados como personas que ejercen una profesión igual o común con actividades ejercidas en el sector privado, pudieran, si no hay ejercicio de poder y autoridad, ser calificados no como funcionarios, sino como personal sujeto a un régimen de derecho laboral o contractual. También, la misma razón, puede dar lugar a que el acceso a estos puestos de trabajo o cuerpos de funcionarios sea posible a los ciudadanos de los países de la Comunidad europea o no lo sea. En estos sectores, junto con algunos de los profesionales, antes señalados nos aparecen especialistas

tales como los de la sanidad o la educación, que tanta importancia y volumen representan en la Administración pública.

Todo un problema o una cuestión que evidencia que aun cuando la profesión represente en los cuerpos especiales el ejercicio de una función uniforme, en ellos pueden existir puestos de trabajo o empleos, en la terminología anterior, que no guarden relación con el ejercicio de poder administrativo o de garantías públicas, propios de la función y Administración pública, sino iguales a la actividad profesional en el orden civil. La funcionarización o laboralización de puestos de trabajo se mueve, pues, alrededor de estas pautas y consideraciones y la actividad de los especialistas se aleja de la política y del poder, todo lo que en cambio se acerca la Administración general y la función directiva. Su relación con las políticas públicas es pues muy diferente y no precisa de su incorporación a la organización, puede incluso realizarse desde fuera, si sólo hay que tener en cuenta los aspectos técnicos de la cuestión y no los que se generan y aprenden en el seno de la Administración pública; estos últimos aportables por el técnico especialista, desde el área de ejecución o de mantenimiento, sea, o no, funcionario público. Parte de estas cuestiones se exponen también al tratar de la organización personificada.

Precisamente la cercanía a la Política y, sobre todo, a los políticos, es la que hace que los administradores generales superiores o altos funcionarios y los directivos públicos, sean amovibles en sus puestos, no en su empleo o carrera, en virtud de la libre designación, en contra de la esencia garantizadora y de carácter público de su función y, en cambio, los profesionales que podían ser considerados laborales tengan una inamovilidad prácticamente total, salvo que ocupen puestos de jefatura

calificados de libre designación. De nuevo se nos ofrecen contradicciones y paradojas palpables, que se superan si se analiza que el poder político no resiste ningún otro a su lado que pueda frenarle o condicionarle, de ahí que todo puesto con influencia en las decisiones públicas esté, como hemos visto, calificado de libre designación, aun a costa de desvirtuar principios básicos y constitucionales del ordenamiento jurídico de la función pública.

El poder que los técnicos puedan tener, también paradójicamente, se manifiesta preferentemente respecto del derecho; es decir, de los actos administrativos y resoluciones que afectan a terceros, y como informes en expedientes, constituyendo por tanto garantías, pero, también, más fácilmente controvertibles desde el exterior, al suponer una técnica no propia o característica del funcionario público, como puede ocurrir en el generalista, sino compartida con los profesionales libres. Cuestión que también es aplicable a la especialidad jurídica de los abogados o de defensa jurídica, sin perjuicio de la especialidad del derecho a considerar y, sin perjuicio, también, de la existencia o no de ejercicio de autoridad o garantía. La razón de la funcionarización de los especialistas y la necesidad de su permanencia en la organización, no radica tanto en la función como en el hecho de que su informe en muchos casos debe de ser, también, garantía y sólo una situación de independencia garantiza, a su vez, valga la redundancia, dicha garantía y la objetividad y neutralidad de sus informes, estudios y análisis.

Igualmente, hay que considerar lógico que los especialistas tengan una presencia mayor en los servicios públicos, y las formas organizativas características de éstos y de su gestión, como hemos visto, también, se producen en sectores de actividades en los que son más de aplicación las

técnicas y organizaciones de derecho privado o de carácter empresarial. Se establece, pues, una conexión entre Administración especial y sectores de posible privatización.

En resumen, pues, salvo que los especialistas se limiten al ejercicio puro de su actividad profesional, es normal en una Administración pública que en su ejercicio se asuma, además, una contribución en expedientes administrativos o decisiones, con carácter de informe técnico, que reviste naturaleza garante o de garantía; lo que constituye, quizá, la razón básica de su consideración como funcionarios públicos, tal como acabamos de señalar. Pero también, todo ello, hemos visto que constituye el factor de politización y amovilidad a que conduce la libre designación que les alcanza.

#### **2.4.- La organización de ejecución, mantenimiento y gestión. Breve referencia a la organización de los servicios públicos.**

El análisis de la actividad administrativa de carácter técnico, y la distinción entre una Administración general y una especial y la explicación de sus diferentes contenidos, realmente, nos ha introducido ya en el nivel de la actuación ejecutiva. Bien es cierto que la utilización del término “ejecución” o “ejecutivo” o la expresión “actividad ejecutiva”, puede alcanzar a toda la Administración pública o a su actividad como parte del poder ejecutivo. Pero, como es lógico, aquí solamente se parte del análisis de una función activa, dentro de la actividad administrativa, que hay que distinguir de la directiva ya descrita y, además, describir como forma organizativa, describiendo, también, las funciones que comprende dicha organización y actividad. De modo que quede especificado un nivel de la

organización que no es el más alto, pero que se le acerca y que permite formarse o prepararse para la dirección y que, a su vez, dirige actividades de orden inferior, todavía más ejecutivas u ordenadas; lo que nos revela también, a su vez, la existencia de un nivel meramente auxiliar dentro de “lo ejecutivo”.

Lo antedicho ya nos indica que la propia calificación de una actividad u organización, en su caso, como ejecutivas, no nos está manifestando todo el alcance de la expresión o la variedad de contenido que puede entenderse comprendido en el término ejecutivo, según el enfoque que se utilice. En este punto, reitero, pues, que nos referimos a la organización de ejecución y se emplearán también los términos de mantenimiento y gestión, para tratar, con la dificultad que ello supone, de reflejar la organización y la actividad que no es pura o estrictamente directiva, pero que habilita para alcanzar dicho nivel. Además hay que exponer esta actividad ejecutiva en todos sus niveles y no sólo desde el superior, si bien éste es el que precisamente más interesa. Al referirnos a la ejecución, la presencia del elemento jurídico en la actividad debe ser considerada, así como el nivel meramente ejecutivo de actividades materiales; por tanto, conecta con la distinción o relación entre Derecho y organización y con la actividad administrativa; el término “mantenimiento” determina, en cambio, una conexión con las políticas públicas y su gestión y el de “gestión” una preferente con la actividad administrativa de apoyo más material y asistencial y, por tanto, puramente organizativa.

Se va a tratar, dentro de la dificultad que ello supone, de revelar aquí los distintos aspectos y actividades que esta organización, tal como la hemos calificado, nos ofrece.

*A) La organización ejecutiva superior y media de carácter común.*

La existencia de tres cuerpos generales -cuatro si incluimos al subalterno-, nos revela, a su vez, la de tres niveles ejecutivos de administración pública, uno técnico, otro meramente administrativo y otro auxiliar. En una obra como la que ahora estamos desarrollando, en la que tanto se relaciona organización y derecho como se tratan de diferenciar, y en la que se considera, en consecuencia, la organización administrativa con trascendencia política y jurídica es lógico que, aun cuando se haga referencia a toda la organización, interese principalmente la que afecta al derecho y a las grandes decisiones o, en su caso, a la buena administración o a la eficacia administrativa en sus varios sentidos. Por todo ello, la atención es mayor hacia las cuestiones que afectan a los niveles superiores de lo ejecutivo, pero distinguiendo la gestión que comprende y también las funciones de cada nivel en su sentido jerárquico. Pero, en cierto modo, al describir esta organización superior, conectada con la directiva, estamos ya adentrándonos en la decisión organizativa que forma parte de otro capítulo.

Como se ha anticipado nos encontramos en este tipo de organización en el nivel inmediato inferior al nivel directivo y que orgánicamente comprendería los órganos inferiores a las Subdirecciones generales, las cuales hemos identificado con el nivel directivo, y también como el más politizado y como el nivel bisagra entre política y administración. En consecuencia, el nivel que ahora nos ocupa es, orgánica y funcionalmente, administrativo puro. Los órganos administrativos que pueden comprenderse con mayor claridad en él son las denominadas Áreas,

Divisiones; Servicios y Secciones; estas últimas según casos o según el nivel del personal que las desempeñe.

Pero el problema no radica en identificar los órganos que pueden incluirse en dicho nivel, sino en describir las funciones y actividades que comprende. Las clases de órganos que antes hemos incluido en el nivel y que hemos clasificado de administrativos puros, realizan actividades diversas o están especializados en actividades distintas, sin perjuicio de la materia de la que se ocupe el Departamento ministerial o el nivel equivalente de cada Administración pública o la Dirección General correspondiente. Es decir, no nos interesa tanto la materia de la que se ocupan los citados órganos sino la clase de su actividad o gestión. Tratando de concretar, es habitual hacer referencia a la existencia de una gestión administrativa, de una gestión económica y de una gestión de personal o de recursos humanos. En esencia, y desde la perspectiva de la ejecución que es nuestro objeto de reflexión, es posible concluir que esta división nos es útil para describir la actividad del nivel que nos ocupa; si bien la expresión gestión administrativa nos resulta más abstracta o general que los otros dos tipos de gestión enumerados, que, a su vez, no dejan de ser gestión administrativa. La orientación mayor al efecto de un desarrollo de estas actividades que hemos considerado comunes a toda la organización, nos la ofrece el artículo 20 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, al señalar las actividades propias de los servicios comunes.

Por tanto, si admitimos esta clasificación o el término de gestión administrativa junto con los otros dos tipos de gestión, hay que definirla o delimitarla excluyendo de ella las otras dos gestiones o realizando

precisiones sobre el alcance de cada una de ellas. Este es, pues, el intento que realizamos a continuación. De lo antedicho debemos precisar que existen órganos que están especializados en la denominada gestión económica y órganos que lo están en los asuntos de personal y, también, debemos reflejar que estas actividades se denominan en la doctrina y en la propia Administración como “horizontales”. Término que viene a significar que la especialización de estos órganos conlleva que presten su actividad a toda la organización respectiva, evitando que cada órgano de nivel superior (entendamos cada Dirección general) encargado de las distintas materias del Departamento (Ministerio u órgano equivalente de las Comunidades Autónomas), establezca un órgano para administrar a su personal o realizar la gestión relativa a los asuntos del mismo. Es normal, pues, que esta actividad se haga depender de un solo departamento ministerial o equivalente, que actúa en el ámbito general, es decir respecto de todos los restantes departamentos.

Existe, pues, en estas materias una concentración en órganos que se sitúan o encuadran, normalmente, en el nivel de las Subsecretarías u órganos equivalentes. Pero también este servicio horizontal va más allá de un servicio en cada Ministerio, y conlleva la creación de órganos políticos o Direcciones Generales que, bien en las Presidencias de Gobierno, bien en los Departamentos de Hacienda o de Administración, realizan una actividad de gestión en el nivel más general o de gestión y definición de la política pública correspondiente. Es decir, los órganos con estas competencias o actividades en cada departamento son meramente ejecutivos y gestores y la política en materia económica y de personal corresponde en realidad a otros Departamentos que realizan una actividad también horizontal o común y afectante a toda la organización pública, tal

como ya habíamos señalado; en el fondo se presentan como órganos que norman u ordenan totalmente una actividad y así dirigen o controlan uniformemente la misma en el conjunto de la organización. Las Direcciones de política económica, de presupuestos, de función pública, de formación de personal, etc. se diferencian claramente de los servicios de gestión económica y de personal de cada departamento y marcan las políticas públicas en la materia, salvo casos concretos como son los del personal docente o sanitario. De situaciones como esta, es de donde surge la distinción ente “dependencia funcional y dependencia jerárquica”, pues respecto de la materia, los órganos de cada departamento dependen no sólo del derecho procedente de los departamentos horizontales sino también de la instrucciones y directrices dictadas por sus órganos directivos correspondientes, mientras que jerárquicamente dependen de su departamento correspondiente, en el que actúan. Pero también se presenta una repercusión en la distinción entre la fase de implementación de las políticas públicas y la de ejecución propiamente dicha, conforme a la distinción del profesor Baena.

La dificultad en nuestra explicación radica en las diferentes gestiones que constituyen la gestión administrativa, que a su vez se configura como un tipo de gestión propia diferenciada de la económica y de la de personal y es general; es decir, es Administración general (aunque puedan ser ejercidas por funcionarios de cuerpos especiales como ocurre en la intervención y contabilidad) y se traduce en servicios comunes. Pero esto que de por sí ya implica una situación compleja, aún lo es más al deber tenerse en cuenta que cada órgano situado en la línea jerárquica también en sus distintos niveles puede realizar una gestión de las clases señaladas, pero en especial y seguro de la propiamente administrativa.

Concretando y atendiendo a las gestiones señaladas, en la *gestión económica*, por ejemplo, cada departamento tiene un Área o Servicio que se ocupa de la planificación del presupuesto y que coordinando con el resto de servicios de las Direcciones Generales, recaba las fichas y la información para confeccionar el borrador o anteproyecto del Presupuesto para su tramitación y discusión con el Departamento de Economía o Hacienda. Pero de otro lado, realiza la gestión del presupuesto aprobado, controlando el gasto y tramitando todos los expedientes que suponen un pago o abono o ingreso en caja o cualquier tramitación administrativa al respecto y de orden contable. En este tipo de gestión hay que aplicar el derecho o la normativa existente en dichos aspectos contables y presupuestarios. En los servicios de gestión económica acaban o deben de llegar todos los expedientes de las distintas Direcciones generales que suponen pagos o ingresos. Finalmente, son los órganos encargados de la relación directa con los órganos de Intervención delegada del Departamento de Hacienda existente en el resto de los Departamentos, la cual interviene y autoriza cada gasto y, por tanto, realiza una de las funciones públicas garantía a las que se ha hecho referencia en su momento.

Hay, pues, que resaltar que estos órganos de gestión económica de cada departamento, colaboran con los directivos públicos y con los órganos políticos proporcionando la información precisa para el cálculo de los medios o recursos económicos necesarios para llevar a cabo una política pública en preparación. Pero su función diaria es la del mantenimiento de la gestión económica de las políticas públicas ya aprobadas y en marcha; tarea en la que analizan el presupuesto existente,

su estado de tramitación y su suficiencia o insuficiencia en su caso, para arbitrar las soluciones o gestiones precisas para que la política pública se lleve a efecto sin problemas de índole económica. También los órganos políticos pueden contar con una pequeña caja, que se denomina “fija” para gastos, que inicialmente se gestiona en el órgano administrativo correspondiente o por personal de confianza, sin perjuicio del órgano de gestión económica y del control contable y de intervención.

Por lo que afecta a la *gestión de personal*, expresión que en este nivel de ejecución preferimos a la de gestión de recursos humanos (en la que consideramos incluida la definición de la política pública general en la materia) los servicios correspondientes se ocupan de la gestión más elemental, que se corresponde con el control de asistencia u horario, vacaciones y permisos breves, confección y remisión de partes de incidencias a los servicios centralizados; debiendo tenerse en cuenta que la jefatura funcional corresponde a cada Dirección General en primera instancia y a la Subsecretaría o Secretaría General correspondiente en general o segunda instancia. En definitiva, son los órganos de gestión de cada departamento y pequeñas unidades de control, mientras que la gestión de los expedientes de personal y las resoluciones que afectan a sus situaciones o suponen declaraciones de derechos corresponden a los órganos centralizados que se ocupan de facilitar la información para la confección de políticas de personal y de recursos humanos y de su gestión. En este nivel centralizado es en el que se adoptan decisiones **organizativas** relativas a la previsión de necesidades de personal y previsión de efectivos, a la selección de personal o pruebas selectivas, los concursos de mérito y capacidad o provisión de puestos de trabajo y a la clasificación y análisis de los mismos y sus consiguientes relaciones o plantillas, procurando el

equilibrio y proporción en toda la organización y la asignación de los niveles orgánicos y retributivos, lo que afecta a la política retributiva del personal. Es aquí, donde se produce la división de tareas o funciones entre los departamentos de Hacienda o los de Presidencia o Administración Pública, pero siempre teniendo en cuenta que la última palabra corresponde a los de Hacienda por el control de gasto y presupuestario que es su competencia; es decir la política retributiva queda en manos de Hacienda, sin perjuicio de la ubicación de la gestión de las nóminas del personal. Finalmente, la política de formación del personal suele estar encomendada a órganos desconcentrados o personificados bajo la denominación de Institutos o escuelas de función pública o Administración pública.

Las políticas de empleo o reclutamiento, como hemos señalado, suelen ser competencia de los Departamentos de Presidencia o Administración Pública, pero cuando no se trata de operaciones de mera selección o de provisión o concursos de mérito, sino de verdaderos planes de empleo es necesaria la coordinación con el resto de departamentos y el cumplimiento de los procedimientos establecidos legalmente. Es por ello que estas operaciones propias del Departamento de Presidencia o de Administración Pública, en coordinación con el de Hacienda, no son una mera gestión de personal sino toda una política de personal o de recursos humanos y de su adecuada utilización. Por la importancia y repercusión que ello tiene en toda la organización y en el gasto público y por su trascendencia hacia la sociedad, los órganos encargados de esta política lo más lógico es que radicasen allí donde se ejerce el máximo poder que es en la Presidencia del Gobierno de la Administración pública de que se trate y mediante las Direcciones generales y organismos correspondientes, siendo

la gestión ya referida de selección, provisión, mantenimiento de expedientes, incidencias y propuestas de resoluciones de todo tipo, nóminas, etc., propia de los servicios administrativos subordinados. En el período tecnocrático de los años sesenta hasta el advenimiento del Estado de la Autonomías esto ha venido siendo así, pero el protagonismo político que la reforma ha supuesto, ha llevado a la creación de departamentos separados de la Presidencia que se ocupan de la Administración pública o de las Administraciones públicas, con una pérdida muy sensible de una verdadera política en dicho campo. Adquiriendo, además un carácter secundario y meramente burocrático. Ello, hay que considerar que se ha producido, para alejar del máximo mandatario de cada Administración pública los problemas que lleva la gestión de personal y las relaciones sindicales.

Sólo cabe reiterar que determinadas clases de personal, prácticamente el docente y el sanitario, por sus peculiaridades y número, su política y gestión se encomienda a los Departamentos de Educación y al de Sanidad, en todas las Administraciones públicas.

Pero, para finalizar, hay que poner de manifiesto que, con este sistema, cada órgano administrativo ejerce sobre su personal una jefatura funcional y de mandato de gestión e interviene y coordina con los órganos de gestión de personal en materia de permisos, asistencia, vacaciones, etc.

Queda, pues, por dilucidar el alcance de lo que se entiende por *gestión administrativa* en el nivel superior y es en este caso en el que hay que orientarse atendiendo a lo dispuesto en la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, en especial en el

artículo 20 relacionado con el 17.1 que se ocupa de los Secretarios generales técnicos, pero partiendo de la exclusión de las gestiones económica y de personal. De este modo, en este nivel superior, de gestión o servicios comunes a toda la organización departamental y, por tanto, esencialmente administrativa y de carácter general, se destaca toda actividad que supone una asistencia técnica y material al resto de la organización. Vemos, pues, que existe una real conexión de lo administrativo como actividad común y general a toda la organización. Del citado artículo 20, que en un momento anterior al tratar de la Administración general ya se ha reflejado, con las exclusiones ya referidas, resultan cometidos tales como la asistencia antes señalada y los siguientes ordenados conforme a nuestro personal criterio:

- Gestión directa en relación con las funciones de planificación y programación y organización.
- Organización propiamente dicha
- Producción normativa
- Asistencia jurídica
- Sistemas de información y comunicación.
- Racionalización, eficacia y eficiencia administrativa
- Inspección de servicios
- Gestión de medios y recursos materiales y servicios auxiliares. Esta gestión puede incluir la adquisición de los recursos y comprender, en su caso, la contratación administrativa.
- Estadística
- Publicaciones
- Relaciones interdepartamentales y exteriores, en su caso, y también cooperación internacional.

Esta enumeración nos sirve pues para conceptualizar “lo administrativo” propiamente dicho, pues lo económico y la gestión de recursos humanos, podemos decir que se han configurado como técnicas específicas y, por ello, se han distinguido o singularizado del resto de la gestión administrativa. No obstante, el campo descrito no quiere decir que en él no existan también técnicas capaces de individualizarse y de crear órganos que se ocupen de su ejercicio o de la actividad correspondiente. El problema radica en que se han individualizado por su carácter común y por su integración en la Administración general, lo que obliga a que se analicen los diferentes puntos o cometidos señalados para que quede claro porqué es así y no se constituye como Administración especial. Lo que en el fondo viene a significar que quienes realicen esta gestión administrativa o actividad común y general son especialistas en más de una técnica o deben conocer más de una; además teñidas por el color o matiz de “lo organizativo” o “lo administrativo” y no por “lo jurídico” o “lo informático” o “lo económico” etc.

En el nivel ejecutivo superior, además, esta tarea o gestión lo es fundamentalmente de mantenimiento de políticas públicas ya diseñadas y de contribución o apoyo a los directivos para su reforma o para nuevas políticas. Y es mantenimiento administrativo y no gestión de los servicios prestacionales y materiales que la política implique o de la gestión de la política en sí misma. Pero, aun siendo así, en este nivel es en el que se detectan los problemas que deben tener como consecuencia la realización de un cambio de política o una nueva política, lo que supone el nivel de conexión más directo con el directivo y es el campo formativo de

directivos públicos; es decir el nivel que proporciona una buena experiencia para alcanzar el nivel directivo.

Pero trataremos a continuación de analizar la enumeración realizada explicando un poco más lo que conlleva, insistiendo que estas funciones se recogen como propias de los servicios generales y comunes que se desarrollan en su nivel superior por las Secretarías generales administrativas en los Ministerios de la Administración estatal y por los órganos equivalentes en las Comunidades Autónomas, quedando más indefinido en las entidades locales en las que habría que atender a cada organización, pero en las que cabe pensar que desde los Secretarios generales a los Oficiales mayores en su caso o gerentes, si se crean, ejercerían las mismas. Pero, también, insisto, manifiestan el contenido de una actividad administrativa pública propiamente dicha, pero también la conexión entre derecho y organización. Además hay que precisar que nos estamos refiriendo a “gestión” administrativa y no sólo a actividad administrativa que es un concepto más amplio. De otro lado, pues, al gestionar se realiza una actividad administrativa y se ejercen las denominadas funciones administrativas generales que la doctrina destaca, tales como la planificación, la organización, la dirección, la coordinación y el control, propias del nivel superior, sin perjuicio de la simple ejecución. Aquí, sin embargo, el enfoque básico es distinto y las funciones administrativas se conciben también como lo hace Baena del Alcázar, como apoyo a la decisión o políticas públicas, su ejecución y su mantenimiento, sin perjuicio de que en la primera también interviene el directivo público conectando con el nivel que ahora nos ocupa<sup>156</sup>.

Pero al describir esta gestión superior administrativa hay que describir sus diferentes aspectos y resulta inevitable al hacerlo que se manifieste la conexión básica en esta obra entre derecho y organización.

*a) Los aspectos jurídicos.*

La vinculación de Administración y Derecho es evidente en un Estado de Derecho y en un régimen de Derecho administrativo todavía más. Por ello la tramitación de expedientes administrativos suele estar precedida de una norma jurídica que regula la materia correspondiente y de unas normas que regulan el procedimiento para que se cumpla el fin perseguido por la norma. Y ello tanto en el caso en que se establecen límites a la actividad de los particulares, al regular actividades sociales, como en el que se fijan las condiciones para la adquisición o reconocimiento de los derechos subjetivos o los sistemas para la defensa de derechos y libertades fundamentales. Consecuentemente, en toda administración de expedientes existe una aplicación de las normas de procedimiento administrativo y, por tanto, en bastantes casos, un examen de su alcance y contenido. Todo funcionario que interviene en el procedimiento administrativo, pues, realiza un análisis de carácter jurídico o de las normas correspondientes, de mayor o menor importancia según su nivel y responsabilidad.

En el nivel superior que ahora nos ocupa, ya no se actúa sólo aplicando normas procedimentales sino las ordenadoras o materiales correspondientes a cada asunto, bien para realizar informes de contenido técnico jurídico y administrativo o bien propuestas de resolución, lo que

---

<sup>156</sup> *Curso de Ciencia de la Administración*; Op. cit. Capítulo X. II.

significa una valoración en derecho de lo procedente en cada caso (con un alcance en muchos casos similar a una jurisdicción, sobre todo en la vía de los recursos administrativos). Propuestas e informes que lo normal es que correspondan a los niveles de Jefatura de Área o Servicio, y en menor medida en las de Sección. Esta actividad o función es propia de los niveles centralizados, jerarquizados y de poder o burocráticos; es decir, Ministerios y órganos equivalentes, y no de los servicios públicos personificados. Son estas propuestas e informes, los actos que hemos considerado garantías y potestades “ad intra”, sobre todo en cuanto tienen que ver con la legislación, su aplicación y su ajuste a Derecho. Son además funciones atribuidas al nivel superior de la Administración General y no a los Cuerpos jurídicos o de abogados. Se desarrollan en el procedimiento administrativo y no en el seno de un proceso judicial y son, en todo caso antecedente para éste. En realidad, es necesario que actúe el administrador general porque no contempla los asuntos sólo desde la perspectiva abstracta y estrictamente jurídica, sino desde el conocimiento específico de la normativa a aplicar y de la organización correspondiente, pudiendo, por tanto, valorar tanto criterios jurídicos, como de eficacia como de oportunidad. Esta perspectiva más global no la ofrece el cuerpo especializado jurídico que necesita de esta visión previa cuando por llegar a consulta un asunto o a proceso judicial tiene que actuar.

Pero, aún antes de llegar a un proceso judicial, ya dictada una resolución, siendo posible un recurso de alzada o de reposición en vía administrativa, el superior jerárquico del órgano que dictó la resolución, tiene que resolver la reclamación que contiene el recurso administrativo, lo que supone un ejercicio jurídico de atención a las alegaciones y fundamentos de derecho que figuran en la resolución recurrida y en el

recurso mismo, que no está en posesión del titular del órgano cuando es político, que es el caso normal, dado el nivel en que nos desenvolvemos y que normalmente coincide con la máxima autoridad del organismo (Ministro o equivalente). En estos casos, aparte del órgano que resolvió y su informe, suelen intervenir los servicios jurídicos correspondientes, también llamados, según los casos, “de recursos” y que de normal, por sus funciones, por la especialización en la normativa correspondiente y su formación jurídica exigida, han sido desempeñados por funcionarios superiores de la Administración general en cada Departamento, naturalmente licenciados en Derecho <sup>157</sup>.

De otro lado la gestión diaria que determina la tramitación de cada asunto no sólo supone la gestión y el mantenimiento de cada política pública y la aplicación de su normativa jurídica y seguimiento de los procedimientos administrativos correspondientes, sino que proporciona información sobre los problemas y disfunciones producidas y, en consecuencia, sobre los necesarios cambios a introducir en todos los campos; pero, lo que nos interesa ahora, también sobre la necesidad de reformar la normativa correspondiente o, en su caso, sobre la necesidad de producir normas donde no las hubiere o existieran todavía y de adaptarse a las nuevas necesidades o a las aspiraciones sociales. Ello supone que el gestor, en su nivel superior, recibe dicha información y es el que posee o

---

<sup>157</sup> No obstante, la cada vez menor calidad de los administradores generales y su escaso peso actual, debido a la reforma política de las Autonomías, ha acentuado la separación entre Administración y Derecho, y llevado a una tendencia a la juridificación total de estas funciones haciéndolas depender de cuerpos jurídicos. Un ejemplo de esta tendencia, que hay que considerar de modo negativo, por la mengua de calidad en la Administración general y su conversión en meros gestores burocráticos o empleados dependientes, es la Ley 10/2005 de la Generalitat Valenciana, de Asistencia Jurídica a la Generalitat, en la que ya con carácter más firme quedan absorbidas las Áreas Jurídicas de cada Conselleria, que si bien pueden eludir la presión directa de su Departamento, pierden conexión con su propia organización y administración, de las que, en cierto modo, dejan de formar parte.

debe de poseer la técnica administrativa para realizar la propuestas y darles forma en borradores y anteproyectos, de tal modo que la proyección normativa o producción normativa no es una cuestión jurídica en principio, sino político-administrativa; política en cuanto a decisión y administrativa en cuanto a contenido (lo que incluye valorar su ajuste a Derecho), oportunidad, eficacia y procedimientos de gestión, realizando su formalización como norma o conjunto de preceptos, constituyendo parte de esta última la técnica jurídica o la aplicación de reglas de normación. Sólo cuando el borrador ya está confeccionado los servicios jurídicos intervienen en la valoración en derecho de lo formalizado; es decir en su ajuste o no a Derecho, como actividad propia y exclusivamente jurídica.

Descubrimos, en todo caso, un mutuo flujo de información entre Derecho y organización que permite valorar situaciones y replantear actuaciones y la organización en sí misma, para acabar, lo más probable, en una nueva normativa o en una desjuridificación si cabe. Es un modo evidente de descubrir la conexión entre Derecho y organización.

#### *b) Los aspectos organizativos*

Lo inmediatamente antedicho del flujo informativo respecto a dos actividades a través del ejercicio del derecho, no ocurre sólo en dicho campo, sino que cada actividad desarrollada en un departamento ofrece información que afecta a la organización. Como nos ocupamos del nivel superior hay que señalar que precisamente en él es donde confluye toda esa información que afecta a la organización existente y que parte de cada órgano gestor, superándolo, ya que lo normal es que pueda conllevar decisiones en el campo jurídico, en el económico, en el de personal y en el

de medios y recursos materiales. Conjunto de problemas que no se soluciona con la gestión en cada campo sino con la tarea organizativa de carácter superior que se presenta con el carácter de actividad horizontal ya señalada, bien por cada departamento, bien de modo centralizado. Sólo un órgano u organización encargado de reunir toda la información, de estudiarla, analizarla y proponer soluciones puede atender a esta faceta organizativa que adquiere carácter general y que supera la capacidad de cada órgano. Organización que permite, repito, la existencia de un órgano por cada departamento encargado al respecto, como es el caso señalado de las Secretarías Generales técnicas u órganos equivalentes y de otros en los Departamentos horizontales, preferentemente en los de Presidencia o Administración pública, al no ser exclusivamente una cuestión económica; sin perjuicio de los condicionamientos económicos que en cada caso puedan existir. Pero al afectar, sumados los distintos problemas de cada departamento, a una política general de estructuras, personal, procedimientos o sistemas de gestión, procesos de formación de personal o necesidades de adquisición de tecnología o de contratación de servicios, etc., la decisión es política y debe serlo de la respectiva Presidencia de Gobierno, aun cuando exista una política centrada en un departamento como el de Administración pública o Administraciones públicas, pues determina una elección entre necesidades alternativas conforme a unos límites económicos y, por tanto, la preferencia de unas políticas públicas sobre otras.

Por tanto, el gestor superior, por un lado, dirige su área o Servicio y lo coordina, otorgando el impulso uniforme a la acción que le corresponde, normalmente de ejecución y mantenimiento de una política pública o de varias, ejerciendo la jefatura correspondiente y cuidando su organización y

funcionamiento para lograr su eficacia; pero, de otro lado, recibiendo la información de sus subordinados u obteniéndola por su propio control; así como dialoga con su público; es decir con los destinatarios de las políticas públicas que gestiona o con los proveedores que proporcionan los recursos materiales que necesita, proveedores internos o externos a la organización. De modo que no sólo conoce el funcionamiento operativo de su organización y de las políticas públicas en marcha, sino que adquiere un conocimiento de las actitudes y opiniones que el público receptor de la actividad tiene respecto de aquéllas y de su eficacia, sin perjuicio de las relaciones que el directivo superior pueda mantener o recabe en los mismos y su información que, lógicamente alcanza a la labor del gestor superior que a él está subordinado.

Así, pues, en el nivel organizativo, descubierta una nueva necesidad, tomada una decisión que conlleve una nueva actividad o política pública e, incluso, programada una nueva regulación, que ya es una decisión con factores organizativos, hay que empezar a organizar, programar en cierto modo, su ejecución y eficacia y prever lo necesario para ello. Cada gestor superior en su parcela o servicio, coordina con su directivo público u obedece a sus requerimientos, en las materias que afectan a las políticas públicas, preferentemente en aquellos casos en que se cambia lo programado con anterioridad o la política pública sufre un cambio importante o constituye una novedad sobre la existente. En estos casos el gestor valora las repercusiones en su área, en primer lugar si supone un cambio en los procedimientos, nuevas tareas o nuevas funciones o si simplemente hay un cambio de tareas. En este último caso, el problema es mínimo, o más dedicación o más personal. Pero si hay un cambio en los procedimientos y funciones pueden ser necesarios nuevos efectivos y

especialistas y nuevos puestos de trabajo, incluso nuevos órganos o ser necesaria la creación de organizaciones desconcentradas o personalizadas.

De estas valoraciones, la primera del procedimiento y la del simple aumento o no de los efectivos existentes la realiza por sí mismo cada gestor superior, el resto de las comentadas puede indicarlás o proponerlas y comparten valoración por el directivo. Pero se nos ha evidenciado que los elementos formales o procedimientos y la previsión de efectivos o de necesidades, en general y en un cálculo provisional inicial, le corresponde al gestor superior. Pero también puede realizar o necesitar un cálculo del crédito preciso, para su inclusión en el presupuesto económico tanto para el personal como para el resto de medios necesarios; respecto de éstos y en su adquisición surgen actividades que mantienen componentes jurídicos, pero todo ello lo analizaremos en otro punto.

Lo analizado también nos revela que en esta gestión administrativa surgen aspectos de personal y económicos, sin perjuicio de la incidencia en o de la programación normativa. Se nos va, pues, configurando con más claridad el alcance de “lo administrativo” como un componente de los distintos aspectos que tratamos en este punto, pero con intensidades y complejidades distintas según el nivel jerárquico o según conlleve o no la necesidad de configurar un nivel horizontal centralizado en un sólo departamento.

Pero la organización tiene en el gestor superior también, como ya se ha señalado, una preocupación o dedicación al análisis del funcionamiento de las unidades de él dependientes y de su eficacia, lo que debe determinar una actividad de control dirigido a lograr aquélla y que implica conocer la

tramitación administrativa de cada asunto: procedimientos seguidos; volumen de gestión o trabajo; reparto de tareas; intensidad de la dedicación al tema; niveles de complejidad de los asuntos que se tramitan; conocimientos y preparación necesaria; repercusión en el trabajo de cada unidad de las restantes bajo su jefatura y de las ajenas o pertenecientes a otros órganos o sea grado de dependencia de sus unidades entre sí y respecto del resto de la organización, que supone el conocimiento de la influencia positiva o negativa del funcionamiento de otras unidades u órganos sobre el suyo. Todo este conocimiento y otros similares nos manifiestan que el gestor superior debe aplicar técnicas de racionalización, simplificación y administrativa encaminadas al buen funcionamiento de sus unidades y a su eficacia y eficiencia, así como proponer medidas en el mismo sentido en las unidades ajenas que repercuten en la suya, lo que ya afectaría, probablemente, a la racionalización de procedimientos y estructuras y decisiones en el nivel superior al de gestión.

Además, aún existe una conexión con el análisis y clasificación de puestos de trabajo, cuando no se trata, ante una nueva decisión, de una necesidad que se traduce en un simple incremento de efectivos en las unidades dependientes del gestor superior, sino que supone la creación de nuevos puestos de trabajo con funciones, responsabilidades y tareas diferentes de las existentes. En estos casos la normativa de función pública y de las relaciones de puestos de trabajo precisa de una clasificación de cada puesto de trabajo, previo su análisis y estudio, que determina su nivel en el seno de la organización, sus requisitos de desempeño, la definición de sus funciones y responsabilidades y finalmente su retribución; afectando, pues, todo ello a la organización y a los derechos de los funcionarios e, incluso, al sistema de selección o ingreso en las

Administraciones públicas. Este análisis y esta clasificación, aun cuando pueda organizarse como una actividad propia de órganos especializados o, incluso, ser objeto de contratación externa, debe hacerse conforme a las bases jurídicas que presiden la organización administrativa pública, la función pública y los procedimientos administrativos y de gestión correspondientes; además no sólo contemplando la unidad o servicio correspondiente y afectado, sino comparativa, proporcional y equitativamente con el resto de la organización y el resto de los órganos de la Administración pública de que se trate. Ello revela que es necesaria la participación del gestor superior y de los encargados de las unidades correspondientes que son los que conocen dicha organización y el trabajo que en ella se realiza. En definitiva, la tarea de análisis y clasificación de los puestos de trabajo, fundamento y base de las relaciones de puestos de trabajo como su reflejo gráfico y formal, es una gestión administrativa propiamente dicha de carácter superior, que es organización que se formaliza como Derecho.

En definitiva, la tarea organizativa supone una actividad y una actitud permanente que, a su vez, permite que la estructuración de cada Departamento en órganos administrativos y su reflejo en las plantillas orgánicas o relaciones de puestos de trabajo y en los reglamentos orgánicos correspondientes se realice de un modo equilibrado y racional, de ahí que los órganos administrativos y no políticos en su creación vimos que están vinculados a las relaciones de puestos de trabajo, lo que desde nuestro punto de vista significa la sujeción al sistema de análisis y clasificación que se ha descrito y la participación en él de cada gestor superior respecto de su unidad correspondiente.

*c) La gestión de recursos e intendencia.*

Pero la gestión administrativa de las unidades y servicios de cualquier órgano u organización pública, requieren de unos medios materiales o recursos imprescindibles, que deben ser previstos, provistos y gestionados y esta previsión, provisión o adquisición y gestión y mantenimiento es también una tarea administrativa, propiamente dicha, de carácter general y común a toda la organización y que se ve afectada por una ordenación jurídica y administrativa, sin perjuicio, naturalmente de los aspectos económicos, de gasto público y presupuestarios en torno a todo ello. Esta cuestión resulta bastante evidente e, inicialmente, no parece que precisara de una mayor exégesis. Pero sí conviene poner en evidencia dos cuestiones en torno a ello.

La primera, es que el sistema de provisión de estos recursos materiales, en los que no se incluyen sólo los de cada órgano administrativo sino también las bases e infraestructuras de toda la organización y de los servicios públicos correspondientes, se relaciona con una de las regulaciones más importantes del Derecho administrativo como es la de la contratación administrativa pública o “contratos administrativos”. Para comprender su importancia, basta pensar, simplemente en las obras públicas, vinculadas a la prestación de servicios públicos y de evidente trascendencia social. Esta actividad de contratación administrativa y sus procedimientos, es también común y general, bien mediante órganos especializados, bien en las Subsecretarías y Secretarías generales técnicas, bien por cada órgano, según su mayor o menor complejidad, o por cada organización, y por su complejidad jurídica y

procedimental requiere de una gestión de nivel superior y es uno de los campos de clara intervención y preocupación política.

Por todo ello, la segunda cuestión es que precisamente esta actividad de contratación, al suponer una actividad económica por la que el sector empresarial y económico de la sociedad se nutre de ingresos, se convierte en un elemento o en una línea o conjunto de líneas de la red de relaciones que las Administraciones públicas suponen desde el punto de vista organizativo, de poder y de la Ciencia de la Administración, y, también, en una base de financiación a dicha sociedad que el político utiliza, tratando de influenciar en la gestión para que se acomode a sus puntos de vista, bien planteando cuestiones que considera como intereses públicos, bien sobre la base de aspectos técnicos que considera fundamentales para la buena gestión administrativa y la eficacia de los servicios públicos. Aspectos o decisiones tales como: si los servicios públicos serán objeto de gestión directa o no por la Administración pública o si serán objeto de concesión; o si es preciso un cambio en los sistemas seguidos hasta el momento; o cuál debe de ser el propio contenido de los pliegos de prescripciones o condiciones técnicas para un contrato administrativo, bien sea de obra, de gestión de servicios públicos o de servicios simplemente. Todo ello no sólo es una actividad administrativa y una fase de las decisiones políticas que se configuran jurídicamente como expediente o un procedimiento sujetos a Derecho, sino que supone o predetermina una red de relaciones de las más complejas entre los subsistemas político, económico y administrativo.

En estos casos, y en la situación de organización politizada ya descrita, las relaciones entre derecho y organización adquieren una

especial intensidad y es uno de los campos en que las desviaciones de poder, las corruptelas y la corrupción pueden hacer acto de presencia. La organización, la estructura y el sistema de función pública directiva y de libre designación que hemos descrito constituyen en buena parte la configuración del derecho de cada contrato, no, naturalmente, de la configuración legal general, ni de sus principios, pero sí de, bajo una tecnificación de lo preciso en cada caso, llegar a una configuración que puede contravenir los principios generales del sistema legal y atentar a los principios de igualdad y libre concurrencia para conformar en realidad un sistema de subvenciones a sectores de la sociedad o del subsistema económico de acuerdo con los intereses de partido o de la clase política. La situación, además, como es natural fomenta en este caso la utilización de la red informal de relaciones sobre el seguimiento o cumplimiento del procedimiento jurídico formal.

*d) Los aspectos relacionales.*

El caso de la contratación administrativa nos ha puesto de relieve que en la gestión administrativa superior no sólo existe un actividad en torno a aquélla, sino que el gestor superior se ve implicado en la red de relaciones, tanto con el contacto entre los proveedores como con los políticos, en una forma triangular y de flujos informativos mutuos en el camino para la toma de la decisión correspondiente y de la configuración del procedimiento a seguir.

Pero las relaciones que mantienen los gestores superiores no sólo se realizan en el campo antes reseñado sino que en el seno de la propia organización, además, se relacionan con las otras unidades o servicios de

modo formal e informal, así como con sus subordinados, creándose en cada caso un sistema o red de relaciones que tiene influencia en la gestión y en las decisiones que se producen en el orden administrativo, la cual ha de tenerse en cuenta y forma parte de la gestión administrativa y también tiene una conexión con el ámbito de las relaciones sociales, en cuanto los funcionarios pueden constituir un factor de influencia en la resolución de los asuntos, de modo que los afectados o interesados acuden a la mediación de sus conocidos. No es que estas relaciones se puedan considerar gestión administrativa propiamente dicha pero sí es necesario reflejar su existencia, para comprender en su totalidad el nivel de gestión superior que ahora nos ocupa.

Pero la necesidad de participación se ha extendido políticamente a la ciudadanía y las políticas públicas son objeto, como veremos en el apartado siguiente, de publicidad y cada día más el gestor superior se ve implicado en una relación con los medios de comunicación, bien sea con los periodistas que asesoran a los cargos políticos que se relacionan con dichos medios, bien sea de modo informal con dichos medios que quieren conocer aspectos formales y profesionales a sus efectos o bien sea porque se hace necesaria una gestión de la información y propaganda y también porque ésta constituye un gasto público.

Pero cada Administración pública constituye una unidad que hace que sus distintos departamentos tengan forzosamente que ocuparse de materias en las que concurre su actividad, aunque sea desde perspectivas o intereses diferentes, de tal modo que esos diferentes intereses acaban, a través de la competencia de cada departamento, convirtiéndose en intereses propios o burocráticos del departamento, sus políticos y sus funcionarios.

Estas diferentes intereses o competencias, según se quiera enfocar, no se solucionan simplemente a través del juego de los principios de organización, tales como la jerarquía, la dirección o la coordinación, sino que la mayoría de las veces se solucionan o se complican a través de las líneas de relación entre políticos y funcionarios de cada departamento, de sus pertenencias corporativas, de sus intereses o de sus compromisos o dependencias personales, relaciones de confianza, etc. Por ello en la gestión administrativa también entran en juego estas relaciones entre funcionarios de distintos departamentos no sólo para la conformación de las políticas públicas, sino para la solución de simples problemas de gestión o conflictos de competencias, en su caso. Este tipo de relación resulta siempre forzosa en el caso de los departamentos con competencia de tipo horizontal o con políticas públicas que afectan a la organización administrativa misma y, por tanto, a todos los departamentos, como es el caso de los de Hacienda y Presidencia o Administración pública, antes señalados.

También, como es natural, la función de jerarquía o jefatura, dirección y coordinación que corresponde a cada gestor superior sobre su unidad u órgano administrativo, determina una relación con sus subordinados y con los distintos niveles de funcionarios que es tarea ordinaria y diaria que no puede ignorarse y que se rige no sólo sobre los esquemas teóricos del derecho de la organización y principios de buena administración, sino también sobre los informales o, en su caso, burocráticos, y por la conciencia de pertenencia a un “mismo grupo” o clase, si se quiere, sin perjuicio de su distinto nivel de jerarquía, titulación, conocimientos y responsabilidades.

Pero quizá queda por apuntar una línea más en la red de relaciones en la que el gestor se puede ver involucrado. Esta línea es la que a partir de que, en la Administración pública, se pone de moda o surge la “política” de las políticas públicas como una necesidad, que resulta no sólo de la configuración teórica o doctrinal de las mismas sino del hecho de que, desde dicha perspectiva doctrinal, primero la evaluación y después la conformación de políticas públicas se configuran como una oferta externa a la Administración. De modo que, bien desde las propias Universidades, bien desde empresas de asesoramiento o consultoras, se presenta o propone al político una gestión que no le ofrece el bloque burocrático de él dependiente. Normalmente porque no cree en el sistema o porque, pensando no en el efecto político o en la necesidad del cargo político sino en la eficacia de la política pública concreta o en los problemas de su ejecución y administración, plantea o requiere procedimientos que llevan un tiempo superior al que conviene al interés del político. Sea como sea, lo cierto es que una vez convenida la participación de empresas consultoras en la gestión o conformación de políticas públicas o en sistemas de participación social en las mismas, los funcionarios se ven implicados en una relación con el personal de la empresa y sus directivos que tienen que obtener información de los propios servicios administrativos o, según la fase de la política pública, proporcionarla al funcionario o al gestor superior para su consideración y valoración.

Todo un sistema lleno de particularidades y efectos que no vamos a desarrollar, pues nos interesa básicamente señalar su existencia y su cada día mayor cotidianidad, como problema añadido en la gestión de tipo superior; señalando, también, que en las empresas consultoras es frecuente la presencia de funcionarios excedentes, contratados por ellas, tanto por el

conocimiento del medio, como por la razón de entender que pueden facilitar la relación con sus antiguos compañeros.

Conviene aquí destacar la decisión que ha supuesto la Ley 28/2006 relativa a las agencias estatales, pues éstas vienen a cumplir un papel que se había, en buena parte, encomendado a las organizaciones externas, privadas o universitarias. La creación de la Agencia Estatal de Evaluación de las Políticas Públicas y Calidad de los servicios, dependiente del Ministerio de Administraciones Públicas, viene a significar, de un lado la conexión de la Administración General, con esta actividad, de otro la configuración de un poder sobre la organización en general y sobre cada departamento a través de una evaluación de cada política pública y, finalmente, un instrumento de relación, contratación y subvención, en su caso, con las organizaciones hasta ahora dedicadas a esta evaluación en el sector externo a la Administración pública.

*e) La información en general*

La conexión entre el nivel directivo y el nivel de gestión superior en el que se mantienen las políticas públicas, nos ha puesto de relieve la existencia de una transmisión hacia arriba de los datos e información que el gestor ha ido acumulando, contribuyendo, con ello, a la decisión y configuración en su caso de las políticas públicas, tanto en orden a las posibles reacciones de los sectores afectados como en cuanto a los recursos necesarios. Pero la información que se produce o circula en el seno de la organización administrativa, también se da en otras direcciones. El gestor superior es también una parte importante en la transmisión de la información hacia abajo; es decir, de la información a sus subordinados de

la finalidad e importancia de cada política pública y, en su caso, elemento de la cadena de resistencia que pueda surgir frente al cambio que ella supone. Por tanto, esta información se encuadra en el sistema de relaciones antes mencionado y repercute en la eficacia de las decisiones y políticas públicas y, también, forma parte de la dirección de la ejecución administrativa de aquéllas.

De este modo, el comportamiento burocrático es un elemento de la gestión y, en la situación descrita, dado que el directivo se ha configurado como una clase de personal de confianza que queda ligado a la eficacia de las políticas públicas, en cuanto pueda depender del cargo político y en cuanto no sea un verdadero profesional o experto, estará más comprometido con la política pública correspondiente y, dependiendo del sistema que se haya seguido de participación y de conformación de la decisión, la ejecución queda en manos del gestor superior que puede bien ser un verdadero colaborador en su éxito o en su fracaso, dependiendo, en primer lugar de si su puesto se ha configurado o no como de libre designación, de sus intereses corporativos y de su profesionalidad. Lograr su participación en la decisión, se presenta como esencial, en cuanto no sólo informará de los problemas existentes, sino que si queda convencido de la adecuación y procedencia de la decisión, medida o política adoptada, transmitirá hacia abajo una información favorable y contribuirá eficazmente en la ejecución. En la medida que su profesionalidad esté condicionada por su nombramiento o dependencia política, podrá contribuir formalmente, pero no transmitirá sensaciones favorables hacia sus subordinados y la ejecución quedará resentida.

Finalmente, sin perjuicio de la impresión que el funcionario, en general y el superior especialmente, puede transmitir de la organización política-administrativa en sus relaciones con la sociedad, hay que destacar un tercer aspecto relativo a la información y es que ésta puede constituir la materia propia de la gestión administrativa, pues en la Administración general se incluye la denominada “información al público” que no hay que considera exclusivamente como la relación de “ventanilla” o relación directa con el público para informarle de los trámites administrativos que corresponden en el caso que plantea u orientarle respecto de sus derechos y obligaciones o en la presentación de sus solicitudes o reclamaciones o respecto de la propia organización y ubicación de los servicios, sino que alcanza a lo que podemos llamar publicidad en general de la actividad de cada departamento que incluye a los Servicios de Publicaciones y afecta también a cada Dirección General y a los Gabinetes técnicos, pues no sólo representa una forma de poner de manifiesto el contenido y fines de las políticas públicas, sino un sistema de propaganda política, que afecta a las relaciones con los medios de comunicación, tal como ya se ha puesto de relieve, y ha determinado la presencia de periodistas en los Gabinetes Técnicos y órganos de confianza de los cargos políticos superiores. Pero al mismo tiempo, el coste de la propaganda y publicidad institucional determina un ingreso económico o subvención para los medios de comunicación y un arma para el político que puede jugar con el otorgamiento o no de la publicidad según la mayor o menor hostilidad del medio.

El directivo público y el gestor superior se ven, pues, cada día más obligados a considerar en los sistemas de gestión estos aspectos de la

información, sin perjuicio de lo que conlleva en el campo de relaciones propio y entre los subsistemas del sistema político y social.

*f) La función inspectora.*

La Administración general o común, conlleva como actividad y función el control de la gestión y la organización en general, función que en principio corresponde a cada jefe respecto de sus unidades y, por tanto, el control como es tradicional y clásico reseñar constituye una función administrativa. Pero por encima de este control personal y directo de cada jefe, la complejidad de la organización administrativa pública y la existencia de las políticas públicas comunes a toda ella, convierte a la propia organización y buena administración en una política pública y hace que en cada departamento se realice como actividad administrativa general una labor de control que encomienda una función inspectora en los máximos responsables de cada departamento en materia administrativa y de personal y, también, la creación al máximo nivel de gobierno de una Inspección General de Servicios, que sin perjuicio de la existencia en ella de funcionarios de Administración especial, requiere de un conocimiento general de la Administración; es decir del derecho y organización de la Administración pública y de las materias o competencias de su gestión. De nuevo Derecho y organización confluyen en nuestro trabajo y conectan con una actividad de orden superior que precisa que los inspectores sean en buena parte, o hayan sido, gestores superiores expertos en Administración general que es donde confluyen precisamente los dos tipos de conocimiento. Esta inspección es pues una forma superior de control y de gestión superior en sí misma, no porque sea gestión propiamente dicha, sino por la precisión de conocer dicha forma de gestión y por contribuir a

su realidad y eficacia. Todo sea dicho desde los esquemas del deber ser y de la teoría.

Esta inspección, en sus dos niveles departamental y general o superior, es un modo de obtención de información del funcionamiento de la organización en cada Administración a los efectos de la adopción de cambios en las políticas propias de dicho campo de la Administración general: organización, personal, gasto público, etc.

***B) La organización meramente ejecutiva, asistencial, auxiliar o burocrática.***

A los efectos de este trabajo la organización descrita en el apartado anterior es la que nos sirve mejor para comprender es sistema y la actividad administrativa pública y sus efectos o consecuencias en los dos campos de referencia: Derecho y organización. Pero es preciso describir toda la organización de gestión y ejecución y no sólo la que conecta con las políticas públicas de forma más o menos directa. Junto, pues, a esa actividad administrativa superior que conectando con la función directiva nos proporciona los datos que permiten configurar la existencia de una administración pública propiamente dicha y distinta de la privada, existe una actividad administrativa menor, muy similar a la de cualquier empresa u organización, que se puede calificar como meramente ejecutiva o llamar asistencial o burocrática en el sentido vulgar del término desligado de la conexión con el poder y vinculado al trámite y papeleo. Actividad de mantenimiento, pero no de las políticas públicas, sino de los soportes físicos y materiales de la actividad de la organización y de ella misma.

Lo que esta actividad significa se deduce de la descripción que por la Ley de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964 se realizaba de las tareas y trabajos que corresponden a los funcionarios del Cuerpo General Administrativo y del Auxiliar, en su artículo 23. 4 y 5 o, incluso, respecto de los subalternos, en el punto 6. Al primero se le atribuyen tareas de trámite y colaboración no correspondientes al Cuerpo Técnico y a los auxiliares una serie de trabajo tales como: *taquigrafía, mecanografía, despacho de correspondencia, cálculo sencillo, manejo de máquinas y otros similares*. Descripción que ha quedado desfasada sobre todo por el desarrollo de la informática y su aplicación en las Administraciones públicas. Por lo que hace a los subalternos, la Ley nos revela una serie de tareas que siguen siendo necesarias pero que también el tiempo pasado desde dicha Ley ha variado; destacan: *la vigilancia, la custodia, el porteo y otras similares*.

También resulta de evidente utilidad la descripción que realizaba la derogada Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958 que en su artículo 6 decía: *Corresponde a las dependencias inferiores de los Departamentos civiles resolver aquellos asuntos que consistan en la simple confrontación de hechos o en la aplicación automática de normas, tales como libramiento de certificados, anotaciones o inscripciones; asimismo instruir los expedientes, cumplimentar y dar traslado de los actos de las autoridades ministeriales, diligenciar títulos, autorizar la devolución de documentos y remitirlos al archivo*

Tareas, pues, que corresponden a los niveles de Jefaturas de Negociado o de Unidad y, en su caso, a algunas Jefaturas de Sección de menor importancia. En este orden y en consonancia con el reflejado

artículo 6, una Orden de la Presidencia de 31 de diciembre de 1958, regula las facultades de los Jefes de Sección y resume, con carácter enunciativo, que corresponde firmar a éstos: La expedición de certificados; las diligencias en los títulos administrativos; las comunicaciones de devolución de documentos; los acuses de recibo, los traslados a los peticionarios de las resoluciones que les afecten, o informe, en su caso, de trámites que les corresponde conocer y la petición a otros organismos, o a particulares, de documentos que reglamentariamente deban figurar en los expedientes. Esta Orden es una curiosidad, hoy en día, pues evidencia que se hizo necesario enumerar estas facultades dado que todas estas firmas y trámites se estaban realizando o firmando por los Subsecretarios y Directores Generales; de modo que la Orden decía: *..cabe conferir a los Jefes de Sección la competencia y firma de una serie de trámites que hoy día acrecientan innecesariamente la tarea de Subsecretarios y Directores Generales*. También se ocupaba de establecer los casos en que cabía actuar mediante la fórmula “*De orden de...*” y respecto de la solicitud de informes que podían realizar los Jefes de Sección. En la actualidad, conforme a mi experiencia en la administración de una Comunidad Autónoma, esta Orden podía ser reproducida con plena utilidad.

El trámite o la tramitación, pues, constituye la actividad básica en este nivel de gestión y la instrucción o cumplimiento de la misma y junto a esta tarea operativa relativa a cada asunto y su resolución, se realizan las operaciones más materiales del mantenimiento y orden de los soportes físicos y antecedentes de las actuaciones: expedientes, archivos, registros, expedición de documentos, cuentas, trato directo con el público, información, etc. Es decir, las tareas administrativas comunes o corrientes en cualquier tipo de administración y que necesitan de un control e

impulso de los niveles inferiores y medios de la organización. En este nivel el Derecho no constituye un elemento de reflexión y de análisis o exégesis, sino de regulación y orden de la actividad correspondiente, siendo un ejemplo de ello la mencionada Orden de 31 de diciembre de 1958.

### ***C) La organización en los servicios públicos.***

No se trata en este punto de tratar de la organización de los servicios públicos de las Administraciones públicas, sino simplemente de dejar constancia de la diferencia que guarda respecto de la organización que se acaba de describir en los puntos anteriores, que es burocratizada en cuanto se mueve en la esfera del poder público y de su ejercicio, por tanto, que es la que se relaciona con la Política y con el Derecho en su conformación y aplicación. La organización de los servicios públicos ya se ha ido definiendo en distintos momentos de esta obra, bien cuando se ha conceptualizado el servicio público y la actividad prestacional, bien cuando se describa la organización personificada, empresarial o no, o bien cuando se han descrito las clases de directivos, al hacer referencia a aquellos que dirigían estas organizaciones personificadas y se han citado a los gerentes o a los directores técnicos.

Por tanto, respecto de los servicios públicos y su organización, solamente queremos manifestar que en ellos existe una organización administrativa similar a la de cualquier empresa, si se quiere con el matiz de la conexión que el organismo correspondiente tiene con una Administración pública, lo que implica que su personal directivo y el de gestión superior debe conocer la organización y estructura de la Administración pública correspondiente y su normativa, sobre todo aquella

que afecta a la actividad que desarrolle; más el añadido de la relación de confianza o política que une al Director o Presidente del organismo con el Jefe del departamento ministerial o equivalente que le ha nombrado.

Junto a esa organización administrativa, está la propia del servicio público que se presta o actividad económica o empresarial, que lleva sus propias características según cual sea, de tal modo que es diferente según los casos. Por tanto, no es lo mismo la organización de un servicio educativo, que de uno hospitalario, que de una empresa de transportes, etc. y en donde, como es lógico, los criterios son coincidentes con los de las organizaciones equivalentes en el sector privado. Sencillamente, la organización de la actividad del servicio no es administrativa propiamente dicha.

### **2.5.- Especial referencia a la organización colegiada: activa o consultiva.**

Examinada la actividad administrativa propiamente dicha, es posible hacer referencia a una organización colegiada como una cuestión susceptible de ser tratada con sustantividad propia, sin que ello quiera decir que no continuemos aún en el seno de la organización administrativa, sino simplemente que este tipo de organización se nos muestra con unas particularidades que nos han decidido por tratarla de modo diferenciado del resto.

En esta organización colegiada nos encontramos no sólo con una forma de organización que describiremos, sino con una forma que se relaciona, o mas bien se muestra en relación, con dos tipos de

administración que son destacadas por la doctrina: la administración activa y la administración consultiva.

Pero lo básico en este tipo de organización y que hay que resaltar es la composición de este tipo de órganos que conocemos como “colegiados”; es decir, lo característico de esta organización o de los órganos que la caracterizan es que su titular no es una sola persona física, sino varias; un colegio en definitiva. Como es lógico, si varias personas han de adoptar una decisión, el procedimiento para determinar la voluntad del órgano conlleva formas o procedimientos distintos de si es una sola la que hubiere de decidir. Ello implica un hecho jurídico que es el de la formación de la voluntad, que conlleva otro que es el procedimiento para llegar a ella, pero este segundo también mantiene un aspecto organizativo derivado de la propia organización colegiada del órgano. Organización y Derecho aparecen claramente conectados en esta forma organizativa y más aún si la decisión a adoptar constituye un acto administrativo que afecta a derechos de terceros o es en sí misma una resolución o dictamen jurídico. Pero además la legalidad o juridicidad del acto o decisión puede depender que se haya seguido o no el procedimiento establecido y de nuevo Derecho y formas organizativas se unen.

Al hacer referencia a resoluciones y dictámenes se está poniendo de relieve el hecho ya señalado de que esta forma de organización se nos ofrece tanto en la administración activa como en la consultiva y es por ello que no tratamos la Administración consultiva de modo separado sino incluida en este punto. Y es que buena parte de los órganos consultivos, si no todos, se organizan colegiadamente, de modo que cuentan con varios miembros técnicos, especialistas o conocedores de una materia sobre la

que han de asesorar a la Administración activa al efecto de que esta adopte sus decisiones; o bien, se constituyen por representantes de los intereses y sectores a los que puede afectar una determinada acción administrativa que, igualmente, a través de estos órganos colegiados ofrecen su opinión sobre los proyectos o borradores de normas, actos o decisiones que la Administración pretende adoptar o respecto de consultas que ésta les formula. Muchos de estos informes, incluso, constituyen una previsión o exigencia legal de modo que los órganos correspondientes se muestran como una forma de participación en la acción administrativa. También por ello es normal que estos órganos sean denominados “Consejos”. Sus actos de informe y asesoramiento son pues también, en la mayor parte de los casos, actos administrativos de trámite y también garantía si bien no siempre jurídica, propiamente dicha, sino de racionalidad, de acierto en su caso y de consideración de los intereses en juego.

En torno a la función de asesoramiento surgen otras fórmulas organizativas, que no llego a entender en todos los casos como verdaderos órganos administrativos, que bajo la forma de Juntas o Comisiones asisten al órgano activo, pero que compuestas por titulares de determinados órganos administrativos, según de la materia que se trate o según el órgano activo correspondiente al que asisten y pertenecen, deliberan sobre los asuntos que se les plantean y someten, sin que lleguen a verdaderas resoluciones o acuerdos, aunque levanten acta de lo deliberado y concluido en su caso. Por ello, son denominados como órganos deliberantes y entran, pues, en la categoría de los denominados órganos “staff”. Otra cosa es si adoptasen acuerdos que formen parte de un expediente administrativo y llegasen a conformar el contenido posible de una resolución o decisión administrativa, en cuyo caso serían verdaderamente asesores. Buena parte

de estas Juntas que deliberan sobre asuntos tampoco adoptan verdaderos acuerdos sino que coordinan simplemente la actuación del órgano al que pertenecen. No obstante todo órgano colegiado que ha de adoptar una decisión sea cual sea su naturaleza jurídica o administrativa tiene que realizar una deliberación mayor o menor para determinar el contenido concreto o forma de la misma y levantar un acta de la deliberación y proceso seguido para todo ello.

Frente a los órganos deliberantes y asesores que en todo caso emiten actos de trámite que se incorporan al procedimiento resolutorio, los órganos colegiados activos adoptan ellos mismos la resolución y el procedimiento que siguen bajo el signo de la deliberación y acuerdo es en sí mismo el procedimiento resolutorio que les marca la legislación de procedimiento administrativo; en nuestro caso la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común en su Título II, Capítulo II y en el procedimiento que su propia ley de creación establezca. Hay que tener en cuenta que en esta clase de órganos colegiados activos se encuadran la mayor parte de los órganos superiores de las personas jurídicas y de las comisiones evaluadoras de pruebas de ingreso en la Administración pública, de concursos de méritos de funcionarios, de concesión de becas, premios, contratación administrativa, etc.

En estos órganos existen siempre como miembros necesarios un Presidente y un Secretario, sin perjuicio del resto que exija cada norma y la lógica impone que se conformen con un mínimo de tres miembros, de ahí que buena parte de estos órganos sean denominados Tribunales. También a los efectos de que el Presidente juegue su papel de dirimente en los casos

de empate en las votaciones, lo normal es que los órganos colegiados tengan un número de miembros impar.

En la categoría de deliberantes, sin perjuicio de que adopten acuerdos, entran los órganos de encuentro o de participación de distintas Administraciones públicas y ello porque lo acordado, normal y formalmente, debe ser ratificado mediante los actos administrativos o normas correspondientes por cada una de las Administraciones públicas que conforman el órgano.

Sin embargo, hay que tener en cuenta, a estos efectos, lo previsto en el artículo 22.2 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que literalmente dice:

*Los órganos colegiados de las distintas Administraciones Públicas en que participen organizaciones representativas de intereses sociales, así como aquellos compuestos por representaciones de distintas Administraciones Públicas, cuenten o no con participación de organizaciones representativas de intereses sociales podrán establecer o completar sus propias normas de funcionamiento.*

*Los órganos colegiados a que se refiere este apartado, **quedarán integrados en la Administración Pública que corresponda**, aunque sin participar en la estructura jerárquica de ésta, salvo que así lo establezcan sus normas de creación, se desprenda de sus funciones o de la propia naturaleza del órgano colegiado.*

Que estos órganos no suelen ser activos se desprende de este artículo y también del 23.1 que al señalar las funciones de los Presidentes de los

órganos colegiados y destacar en su apartado d) la de dirimir con su voto los empates, realiza la salvedad de los órganos regulados en el artículo 22.2 en los que no juega dicho papel salvo que así lo establezcan sus propias normas.

También la figura del Secretario tiene su particularidad, pues tiene el voto si es miembro del órgano colegiado y sólo voz si recae en un funcionario de la Administración Pública correspondiente.

La peculiaridad más sobresaliente de los órganos colegiados es pues el procedimiento para la formación de su voluntad que es el establecido con carácter general en Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común tal como se ha señalado y el complementario establecido en sus propias normas de creación, el que destaca la deliberación, votación y actas como reflejo del procedimiento seguido y del proceso para llegar a la voluntad o acuerdo; todo lo cual facilita el control posterior de legalidad y racionalidad de lo acordado o resuelto.

La Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado dedica el Capítulo IV de su Título II a los órganos colegiados, de cuya regulación destacamos el concepto que nos ofrece el artículo 38.1 que nos dice que : *Son órganos colegiados aquellos que se creen formalmente y estén integrados por tres o más personas, a los que se atribuyan funciones administrativas de decisión, propuesta, asesoramiento, seguimiento o control y que actúen integrados en la Administración General del Estado, o alguno de sus organismos públicos.* Por su parte el artículo 39.1 realiza una clasificación, distinguiendo entre

órganos colegiados interministeriales y órganos colegiados ministeriales, si bien estimamos que desde el punto de vista de este trabajo y al objeto del conocimiento de estos órganos resulta más clarificadora la enumeración de las funciones administrativas que les atribuye el artículo 38.1 que son las antes enumeradas y que permite otras distinciones basadas en la función administrativa concreta a desarrollar.

## **2.6.- La organización de confianza.**

Además de las organizaciones reseñadas, conviene hacer referencia a la organización de confianza que hay que seguir considerando administrativa, pero que también aquí distinguimos por sus peculiaridades. En este caso, porque su consideración como organización pública puede ser matizada, por no obedecer al principio de mérito y capacidad, por su carácter temporal y por su conexión directa con el servicio a los titulares de determinados órganos políticos y no a éstos propiamente dichos. Este servicio directo a la persona del político correspondiente no permite calificar claramente a la organización como pública, si bien como se sostiene con el presupuesto público de cada Administración y órgano público, tampoco se funda en una relación de derecho privado, sino que se configura con sustantividad suficiente para que le otorguemos este trato diferenciado.

La organización de confianza se corresponde, normalmente con los órganos denominados Gabinetes formados por personal de confianza y que hemos incluido en la organización política, o bien sea con los cargos y puestos previstos al efecto en las leyes, bien con el denominado personal eventual. La Ley 50/1997 del Gobierno dentro de los órganos de

colaboración y apoyo al mismo incluye a los mencionados Gabinetes a los que regula en su artículo 10, diciendo que son *órganos de apoyo político y técnico del Presidente del Gobierno, de los Vicepresidentes, de los Ministros y de los Secretarios de Estado. Los miembros de los Gabinetes realizan tareas de confianza y asesoramiento especial sin que en ningún caso puedan adoptar actos o resoluciones que correspondan legalmente a los órganos de la Administración General del Estado o de las organizaciones adscritas a ellas.* Una vez más la referencia a la Administración General del Estado conduce a pensar si esta organización de confianza forma o no parte del concepto, pues podía haber sido suficiente el manifestar simplemente que los Gabinetes y sus miembros no pueden adoptar actos o resoluciones administrativas de ninguna clase.

Como decíamos estos Gabinetes los hemos incluido en la organización política, pero sus actuaciones no son políticas en sentido estricto, sino de servicio al cargo político, por lo que también los tratamos ahora, al considerar que este servicio constituye una actividad administrativa, si bien tampoco de carácter estrictamente pública al ser resultado de una relación de confianza y subordinada plenamente, sin carácter formal de garantía como en el caso de las funciones públicas. Hecho que se revela cuando se observa que el personal que las ejerce tiene carácter de personal eventual y que la vigente legislación ha excluido del concepto y clasificación de los funcionarios, sin perjuicio de que puestos eventuales puedan ser atribuidos a funcionarios públicos por el cargo o político correspondiente. El artículo 16 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado se ocupa de los nombramientos de los Directores de estos gabinetes y determina que su cese se produce automáticamente cuando cese el titular del cargo del que

dependen. Nótese que se hace referencia al titular del **cargo** y no del órgano, lo que desde nuestro punto de vista resalta la relación personal y no institucional u orgánica cosa que queda más clara en el artículo 12 de la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, que luego se transcribe.

Por lo antedicho y por otras cuestiones tratadas en el citado artículo 16, hay que poner en contacto esta organización con el concepto de personal eventual y para ello acudimos a la Ley 30/1984 de Medidas para la reforma de la Función Pública que en su artículo 20.2 reservaba a los órganos de gobierno de cada Administración pública territorial la determinación del número de puestos, *con sus características y retribuciones, reservados a personal eventual, siempre dentro de los créditos presupuestarios consignados al efecto*. Para a continuación determinar que *el personal eventual sólo ejercerá funciones expresamente calificadas de confianza o asesoramiento especial y su nombramiento y cese, que serán libres, corresponden exclusivamente a los Ministros y a los Secretarios de Estado, y, en su caso, a los Consejeros de Gobierno de las Comunidades Autónomas y a los Presidentes de las Corporaciones Locales. El personal eventual cesará automáticamente cuando cese la autoridad a que preste su servicio*.

En la actualidad la Ley 7/2007, de 12 de abril, del Estatuto Básico del Empleado Público, establece lo básico del concepto en su artículo 12, y nos dice:

*1. Es personal eventual el que, en virtud de nombramiento y con carácter no permanente, sólo realiza funciones expresamente calificadas*

*como de confianza o asesoramiento especial, siendo retribuido con cargo a los créditos presupuestarios consignados para este fin.*

*2. Las Leyes de la Función Pública que se dicten en desarrollo de este Estatuto determinarán los órganos de gobierno de las Administraciones Públicas que podrán disponer de este tipo de personal. El número máximo se establecerá por los respectivos órganos de gobierno. Este número y las condiciones retributivas serán públicas.*

*3. El nombramiento y cese serán libres. El cese tendrá lugar, en todo caso, cuando se produzca el de la autoridad a la que se preste la función de confianza o asesoramiento.*

*4. La condición de personal eventual no podrá constituir mérito para el acceso a la Función Pública o para la promoción interna.*

*5. Al personal eventual le será aplicable, en lo que sea adecuado a la naturaleza de su condición, el régimen general de los funcionarios de carrera.*

De nuevo, en estas redacciones, queda clara la relación personal que implica la figura del personal eventual y así como antes era la referencia al titular del cargo la manifestación de este tipo de relación, ahora la prestación del servicio no se vincula a la organización propiamente dicha sino a la autoridad. Por tanto, la figura, que es de libre nombramiento y cese, ha perdido totalmente la calidad de funcionario y su vinculación con la Administración pública es por razón del presupuesto sobre el que se sustenta la retribución del servicio de ahí que la propia Ley en su artículo destaque que en ningún caso el desempeño de un puesto de trabajo reservado a personal eventual constituirá mérito para el acceso a la función pública o para la promoción interna. Sin embargo, hay que tener en cuenta

que estos puestos pueden ser desempeñados por funcionarios públicos que en dicho caso pasan a la situación de servicios especiales.

En la Administración Local, el artículo 89 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, también describe al personal eventual como el que desempeña puestos de confianza o asesoramiento especial.

En definitiva, pues, la organización de confianza se corresponde con los puestos reservados a personal eventual y que se concretan especialmente en las Secretarías particulares de los altos cargos políticos y en los Gabinetes de los Presidentes de Gobiernos, de los Vicepresidentes y de los Ministros y cargos equivalentes en las Comunidades Autónomas. Tal como dice el Estatuto, en los órganos de gobierno de cada Administración.

La delimitación que los conceptos que aquí se manejan es la del personal de confianza, de libre nombramiento y remoción y que como vemos está al servicio del cargo que le nombra y no de la organización administrativa pública propiamente dicha y el hecho de que ello suponga la determinación y alcance del verdadero sistema de confianza, evidencia la perversión del sistema seguido respecto de los funcionarios nombrados para un cargo por el sistema de libre designación, calificado como de mérito y capacidad y que se le equipare a un sistema de confianza y, todavía más, que los Tribunales de Justicia admitan o consientan dicha equiparación.

Sólo nos queda añadir que este tipo de organización de confianza si bien no puede actuar tomando acuerdos o resoluciones administrativas y políticas, si puede contribuir, dentro del sistema establecido, a asesorar al cargo político respecto del contenido de las mismas. De modo que, ante una propuesta de resolución o informe, el cargo político pueda aceptarla o no, dictando una resolución distinta o matizando la propuesta o el informe, siguiendo el consejo o asesoramiento técnico de su personal de confianza. Puede ser una forma de equilibrar en algunos casos el poder interno de los altos funcionarios y burócratas compensando, en su caso, la carencia técnica del cargo político. Claro es que para que ello sea así la persona de confianza debe ser un experto en la materia. Por ello, no sólo cabe concebir a este tipo de organización de confianza como un soporte de la actividad exclusivamente política y de propaganda, sino también de contribución personal al cargo político respecto de la interpretación jurídica y de eficacia de las acciones de los funcionarios.

Pero también hay que comentar que la organización de confianza goza, aunque sea indirectamente, del poder del cargo a quien sirve, ya que cuando se relaciona con los funcionarios públicos o profesionales lo hace en nombre del cargo político y en su nombre presiona para obtener los resultados perseguidos o requiere información urgente que se exige con prioridad absoluta sobre los asuntos de trámite ordinario y que interfieren en la actividad de los órganos administrativos, según los casos.

## 2.7.- La organización personificada<sup>158</sup>.

<sup>158</sup> Abundante literatura se ocupa de las personas jurídicas de las Administraciones públicas y aun dado el análisis que se efectúa por nuestra parte, tendente al reflejo de la organización existente y de los problemas organizativos que se plantean, enumeramos a continuación algunas de las obras y trabajos de los que tenemos ficha y que se refieren a las clases de personas y cuestiones que se abordan en este punto:

Sobre Administración institucional ,organismos autónomos y sector público:

*Sobre la personalidad jurídica en el derecho público: los organismos autónomos: consecuencias de su declaración de personalidad.* **Ariño Ortiz, Gaspar.** Instituto Nacional de Administración Pública 1971.

Del mismo autor *La administración institucional origen y personalidad.* RAP núm. 63/1970 p. 85 y ss; *La administración institucional (Bases de su régimen jurídico) Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado.* IEA Madrid 1972.

*Los entes funcionalmente descentralizados y su relación con la Administración Central.* **Baena del Alcázar, M.** RAP 44/1964; p.59 y ss.

*Organismos autónomos de carácter comercial, industrial, financiero y análogo y entidades de Derecho público que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado (España)* **Esteve Pardo, J.** RAP núm. 92/1980; p.353 y ss.

*Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico.* **Jiménez de Cisneros Cid, Francisco Javier.** Instituto Nacional de Administración Pública 1987

*Los organismos autónomos en la Administración Local.* **Díaz Capmany, Felipe.** REDA 088; Oct- dic. 1995; p 509 y ss.

*Sector público español: organización, gestión y aspectos económicos.* **López López, Mª Teresa.** La Ley-Actualidad S.A 1991.

*Introducción al Sector Público español.* **López López Mª Teresa y Utrilla de la Hoz, Alfonso.** Ed. Civitas 1998.

Los mismos autores *Lecciones sobre el sector público español.* Ed. Civitas 2000

*Sector público en España: el sujeto y el campo de actividad financiera pública. Régimen presupuestario de las Administraciones públicas.* **Gonzalo González, Leopoldo;** Dykinson S.L Libros Madrid 2005.

Sobre empresa pública:

*Introducción a la empresa pública.* **Andrés Álvarez, V.** RAP núm 3/1950; p.41 y ss.

*Notas para el planteamiento de los problemas actuales de la empresa pública.* **Fernández Rodríguez, Tomás Ramón;** RAP núm. 46/1965; p.95 y ss.

*La forma jurídica de las empresas públicas.* **Pérez Moreno, A.** Sevilla 1969.

*La empresa pública y su normativa.* **Perulles Bassas, J.J.** Ed. Librería Bosch. Barcelona 1970

*Derecho de las comunidades europeas y empresas públicas.* **González Díaz Llanos, A.E.** RAP núm. 65/1971; p. 493 y ss.

*Servicio público y empresa pública: reflexiones sobre las sociedades estatales..* **Bassols y Coma, M.** RAP 84/1977 sep- dic.; p. 27 y ss.

*Las empresas públicas sometidas a derecho privado.* **Montoya Martín, Encarnación.** Ed. Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S.A, 1996

Sobre agencias estatales:

*Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.* **Pérez Gálvez, Juan Francisco.** Edit. Comares S.L. 2007

*Las agencias estatales.* **Martín-Caro García, Francisco; Bettschen Capa, Blanca; Estoa Pérez, Abel.** Edit. Portal Derecho S.A. 2007

Sobre fundaciones públicas:

*Fundaciones constituidas por entidades públicas. Algunas cuestiones.* **Pilar Mañas;** REDA 097/1998; p. 77 y ss.

Analizada la organización centralizada y la desconcentrada como formando parte de la misma, hay que tener en cuenta que la organización de las Administraciones públicas no se reduce a esta jerarquizada y burocrática, sino que, como ya se analizó, en el apartado b) del 4. B) del Capítulo II es posible la creación de organizaciones dotadas de personalidad que funcionan con autonomía y que según los casos se someten a Derecho administrativo o a derecho privado, dejando, entonces, para este momento, la exposición de los criterios que existen para decidirse por cada una de las figuras posibles de entes personificados. Ello implica que se analicen estas figuras conforme al ordenamiento jurídico que las regula; lo que no se limita a la observación de lo regulado por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, de la que ya expusimos su concepto de organismos públicos: organismos autónomos y entidades públicas empresariales, sin perjuicio de la reciente figura de las agencias estatales y su Ley reguladora 28/2006, sino que también hay que considerar la regulación que establece la Ley 47/2003, General Presupuestaria, o la que resulta de algunas leyes específicas como la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales; Administrativas y de Orden Social y otras como la Ley 50/2002, así como algunas Directivas europeas; sin perjuicio de las que conceptúan el Sector público como la más reciente Ley de Contratos del Sector Público de octubre de 2007. Expondremos, pues, las distintas figuras resultantes y en cierto modo se

---

*Fundaciones públicas y fundaciones en mano pública la reforma de los servicios públicos sanitarios.* **Vaquero Caballería, Marcos.** Op. cit. Marcial Pons Edic. Jurídicas y Sociales S.A 1999

Sobre la creación de personas jurídicas sujetas a derecho privado, **Blanquer Criado, David;** *Introducción al Derecho Administrativo;* Cap. II; II. Ed. Tirant lo Blanch 1998.

adelantarán las cuestiones que han de analizarse al tratar de la decisión organizativa propiamente dicha.

No vamos, pues, a repetir los conceptos relativos a la descentralización sino simplemente recordar que la cuestión que se analiza es la de la descentralización funcional. A continuación trataremos de analizar cada una de las figuras, entes o personas que quedan comprendidas en el concepto, adelantando que nos adentramos en una de las zonas más complejas o menos claras de la organización administrativa y que deberemos completar al tratar o analizar la decisión organizativa o las decisiones de organización. De otro lado, aun cuando exponamos separadamente cada figura, la realidad nos obligará a hacer continuas comparaciones entre unas y otras, sobre todo en el caso de los organismos autónomos, de las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos y de las entidades públicas empresariales. Por lo que respecta a la Administración Local hay que tener en cuenta que la regulación de sus organismos autónomos y entidades públicas empresariales en el artículo 85 bis de su Ley 7/1985, Reguladora de las Bases de Régimen Local, se remite a la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, por lo que la su análisis debe entenderse realizado conforme a la exposición general que sigue.

#### ***A) Los organismos autónomos***

En el Capítulo II analizamos los organismos autónomos desde un punto de vista conceptual que nos hizo partir del concepto que mantenía la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 1958, para analizar, más adelante, su inclusión en el concepto de organismo público de la Ley

6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y de su artículo 45 cuando nos dice que los organismos autónomos *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*. Por lo tanto, el fomento y la prestación y gestión de servicios públicos, entendidos éstos en su sentido clásico, constituyen la actividad de los organismos autónomos; de modo que lo hacen **ejecutando programas específicos de un Ministerio** y si atendemos al concepto general de organismos públicos del artículo 2.3 de la citada Ley 6/1997, que los abarca, realizando *actividades de ejecución o gestión de contenido administrativo o económico reservadas a la Administración General del Estado*. Es, decir, se trata de competencias reservadas y propias de dicha Administración y que, por tanto, hay que considerar o concluir que el servicio público debe constituir un fin o competencia pública, conforme a la concreción que realiza punto 4 del citado artículo 2 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, cuando dice *que las potestades y competencias administrativas que, en cada momento tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico determinan la capacidad de obrar de una y otros*. En este punto, hay que considerar el artículo 128.2 de la Constitución, que reconoce la iniciativa pública en la actividad económica y añade: *Mediante ley se podrá reservar al sector público recursos o servicios esenciales, especialmente en caso de monopolio y asimismo acordar la intervención de empresas cuando así lo exigiere el interés general*. La reserva de las actividades a favor de las Administraciones públicas, significa la sujeción a un régimen de Derecho administrativo, por

lo que el acceso de los particulares o de la acción privada a las mismas sólo puede realizarse a través de las figuras de la concesión tanto para la gestión de servicios públicos sujeta a la legislación de contratos, como, en su caso, de dominio público, incluyendo en éste las autorizaciones.

La Ley 6/1997 declaraba derogados los artículos 4 y el 6, en su apartado 1 b) del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria de septiembre de 1998, hoy plenamente derogado por la Ley 47/2003, General Presupuestaria. El artículo cuarto de aquel texto distinguía o clasificaba a los organismos autónomos en: a) de carácter administrativo y b) de carácter comercial, industrial, financiero o análogo. El artículo 6. 1 b) incluía en el concepto de “Sociedad estatal” a *las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado*. De este modo, por la derogación establecida por la Ley 47/2003, estos conceptos se integraban en el general de organismos públicos y los organismos autónomos existentes debían adaptarse a la Ley 6/1997 y los entes incluidos en el citado artículo 6.1.b) al tipo de entidad pública empresarial. La decisión suponía que desaparecieran del concepto de Sociedad estatal, organismos que no eran realmente sociedades, lo que ya era una solución congruente, pero también determinaba una racionalidad, por la que parecía simplificarse la clasificación de los entes personificados quedando una sola clase de organismos autónomos y, junto a ellos, las entidades públicas empresariales y las Sociedades mercantiles que regulaba la Ley General Presupuestaria, anterior a la vigente. Al mismo tiempo, las disposiciones transitorias 9ª y 10ª de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado mantienen un residuo de entidades que se rigen en primer lugar por su normativa específica, en segundo por la Ley

General Presupuestaria y supletoriamente por dicha Ley 6/1997. La disposición transitoria 11ª se ocupa del régimen jurídico del Organismo Autónomo Correos y Telégrafos al que otorga la condición de entidad pública empresarial, más adelante constituida como sociedad estatal por la Ley 14/2000 de Medidas fiscales, administrativas y de orden social.

Pero como hemos visto en el Capítulo II, la Ley 50/1998 de Medidas Fiscales, Administrativas y de Orden Social al regular la adaptación prevista por la Disposición transitoria 3ª de la Ley 6/1997 y por la derogación del artículo 4 de la Ley General Presupuestaria, en su artículo 60 sigue refiriéndose a los organismos autónomos que se adaptan, como de “carácter comercial, industrial, financiero o análogos”, cuando su adaptación como organismos autónomos determina su carácter administrativo y su sometimiento a Derecho administrativo y la derogación de la distinción que establecía el mencionado artículo 4. En resumen, los organismos autónomos tienen como característica, y como consecuencia de los servicios y actividades que prestan, su sometimiento a Derecho administrativo.

En el camino de la conceptualización o definición de los organismos autónomos, además de señalar que su creación requiere de una norma con rango de Ley, según el artículo 61 de la Ley 6/1997, debemos atender al artículo 65 que establece cuáles deben de ser sus recursos económicos, los que dice que *podrán provenir de las siguientes fuentes:*

- a) *Los bienes y valores que constituyen su patrimonio.*
- b) *Los productos y rentas de dicho patrimonio.*
- c) *Las consignaciones específicas que tuvieran asignadas en los Presupuestos Generales del Estado.*

*d) Las transferencias corrientes o de capital que procedan de las Administraciones o entidades públicas*

*e) Los ingresos ordinarios y extraordinarios que estén autorizados a percibir, según las disposiciones por las que se rijan.*

*f) Las donaciones, legados y otras aportaciones de Entidades privadas y de particulares.*

*g) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.*

Se deduce, pues, la gran dependencia de estos entes, en cuanto a sus recursos, de la Administración matriz, ya que bien dependen de las rentas de sus patrimonios o bien de recursos que les proporciona aquélla, sin que, como ocurre en otros entes, al tratar de sus ingresos ordinarios se les conecte con su actividad u operaciones, sino con una autorización. Todo ello, poniendo de relieve que son organizaciones que no realizan operaciones económicas importantes en cuanto a rendimiento y que no pueden subsistir de su propia actividad. Esta situación, se ofrece, pues, también en los organismos autónomos necesitados de adaptación, pese a la consideración de comerciales, industriales o de su carácter financiero.

Hay que hacer constar que pese a la derogación en la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado de los artículos 4 y 6. 1 b) de la hoy totalmente derogada Ley General Presupuestaria (Texto refundido de 1998), esta Ley y artículos fueron reproducidos por las Leyes de las Comunidades Autónomas, por lo que su contenido aún persiste, salvo adaptación o modificación a la nueva normativa estatal. Así, por ejemplo, el artículo 5 de la Ley de la Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana nos dice que las entidades autónomas de la misma pueden ser *de carácter administrativo o de carácter*

*mercantil, industrial, financiero o análogo* y las remite a su legislación específica y a las normas de derecho mercantil o laboral, excepto en las materias en que les sea de aplicación la ley de Hacienda. Por lo tanto, la sistematización que implica o quiere implicar la Ley 6/1997, no tiene carácter general, pese a la derogación de la base de la Ley General Presupuestaria, que fue sistemáticamente adoptada por las Comunidades Autónomas. Pero esta cuestión la veremos en un momento posterior al analizar la figura de las Sociedades, pues, antes, creo necesario analizar el concepto y configuración de las entidades públicas empresariales.

### ***B) Las entidades públicas empresariales.***

Como en el caso de los organismos autónomos, en el Capítulo II de esta obra, se reflejó el concepto de las entidades públicas empresariales, al recoger el artículo 53 de la Ley 6/1997 que las califica de organismos públicos a los que se encomienda *la realización de actividades prestacionales, la gestión de servicios o la producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación* remitiendo a la sujeción al derecho privado de su actividad, salvo por lo que respecta a la *formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas* en dicha ley, en sus estatutos o legislación presupuestaria.

Destaca en esta definición de lo que son estas entidades, comparativamente con los organismos autónomos, primero, desde nuestro punto de vista, el sometimiento de su actividad a derecho privado; segundo, la susceptibilidad de contraprestación económica; tercero, la

coincidencia respecto de los organismos autónomos en realizar actividades prestacionales y de gestión de servicios y la exclusión de la actividad de fomento; y cuarto, la producción de bienes de interés público.

Existe, pues, una parcial coincidencia con la definición de los organismos autónomos, que debe ser salvada, ya que hay que entender que no es posible que el legislador establezca dos figuras diferentes para realizar las mismas actividades, por lo que hay que concluir que las actividades prestacionales y la gestión de servicios a realizar por las entidades públicas empresariales no son las mismas que corresponden a los organismos autónomos, lo que obliga necesariamente, para comprender el alcance de las entidades públicas empresariales, a continuas comparaciones con el concepto y definición de los organismos autónomos. El elemento básico para establecer la diferencia hay que considerar que radica en que en el caso de los organismos autónomos la actividad se somete a Derecho administrativo y en el caso de las entidades públicas empresariales a Derecho privado. Como en tantas otras ocasiones, el legislador no explica directamente la razón de la aplicabilidad de uno u otro derecho, ni siquiera en la Exposición de Motivos de la Ley, salvo que ésta atribuye a los primeros la realización de actividades *fundamentalmente administrativas* y las segundas *actividades de prestación de servicios o producción de bienes de interés público susceptibles de contraprestación económica*, destacando su sometimiento a Derecho privado. En consecuencia, las claves interpretativas radican en la calificación de “administrativas” de las actividades de los organismos autónomos que hay que relacionar con lo ya analizado de su carácter de competencias y reservas en favor de las Administraciones públicas, sometimiento a Derecho administrativo y, también, en su exclusiva

financiación presupuestaria; es decir, basada en los créditos de los presupuestos generales, sin perjuicio del presupuesto propio de cada organismo autónomo, y no en una contraprestación directa del beneficiado por la actividad o del usuario del servicio.

El sometimiento a uno u otro derecho se convierte en elemento claro de distinción, pues en virtud de la descripción general de los organismos públicos del artículo 2.3 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, ambos -organismos autónomos y entidades públicas empresariales- realizan actividades reservadas a la Administración, por lo que hay que atender al tipo de actividad que, en el caso de las entidades públicas empresariales, hay que considerar que son las “económicas”, que recoge el artículo citado, y que deben conectar, pues, con la actividad mercantil o comercial o empresarial, que lleva a que los organismos autónomos, antes denominados de carácter económico, se hayan configurado por la Ley como entidades públicas empresariales. Si consideramos, pues, que se trata de actividades económicas, la susceptibilidad de contraprestación por dicha actividad debe entenderse referida a todas las actividades que recoge la definición de las entidades públicas empresariales por el artículo 53 antes reseñado.

En consecuencia, las actividades que pueden desarrollar las entidades públicas empresariales, no cabe considerarlas propiamente “administrativas”, aun siendo competencia de la Administración, sino como susceptibles, también, de prestación por los particulares, razón por la que la Administración puede prestarlas sobre los fundamentos del derecho privado o de la acción propia de los particulares o de las empresas y recibir una contraprestación por el servicio o prestación. Esta situación, hace

pensar que la prestación o el servicio por la Administración tenga un carácter más coyuntural que en el caso de los organismos autónomos que es actividad reservada y obligatoria, lo que debemos entender confirmado por el hecho de que el artículo 53 al ocuparse de la gestión de servicios por las entidades públicas empresariales, no los califica, como en el caso de los organismos autónomos, de “públicos”, sino que quedan como meros y simples servicios, susceptibles de contraprestación”. No se les califica, pues, como públicos, en el sentido equivalente a reservados para las Administraciones públicas o propiedad pública, sino como de “interés público”, lo que abunda en la opinión que hemos manifestado de su posible prestación por particulares y en concurrencia con ellos. Sin embargo, ya hemos visto que como entidad pública empresarial se configura a Correos y Telégrafos y como más adelante se la crea como Sociedad estatal; pero también es verdad que su actividad ha sufrido una amplia transformación y que es difícil mantener su primitiva configuración monopolística o de reserva estatal, ante la revolución en los medios de comunicación, lo que no obstante no nos permite alcanzar porqué en breve tiempo deja de considerarse entidad pública empresarial para convertirla en sociedad anónima.

Todo ello, conecta la cuestión que ahora se plantea con los conceptos básicos analizados en el Capítulo II de esta obra, sobre todo en cuanto a los conceptos de servicios públicos propios o impropios o a las figuras de la concesión y de la autorización, así como su relación con el concepto de la competencia; de tal modo que el concepto de servicio público tiene, a su vez, diversas connotaciones; así el servicio público propiamente dicho constituye una reserva a favor de las Administraciones públicas y, por tanto, un fin y una competencia a desarrollar por ellas de

modo exclusivo o de modo compartido, pero en todo caso sometidos los citados servicios públicos a una regulación de Derecho administrativo. Como hemos dicho, pueden ser objeto de concesión los que son competencia de la Administración. Clásicos servicios públicos compartidos son la enseñanza y la sanidad, pero ambos servicios constituyen una obligación prestacional de las Administraciones públicas. En cambio, frente a ellos, o a su lado, se hace referencia a la existencia de servicios públicos impropios o simplemente de interés público o general, a los que la doctrina diferencia de los demás, primero, porque no constituyen una competencia de la Administración, o por lo menos una reserva u obligación permanente, propiamente dichas, y si ella los presta es esporádica o coyunturalmente; siendo prestados regularmente por los particulares, si bien mediante licencia o autorización administrativa; son ejemplos típicos el servicio de taxis, las oficinas de farmacia e, incluso, la banca<sup>159</sup>. Pues bien, conforme a la Ley, los servicios públicos son los que se pueden prestar los organismos autónomos, mientras que los segundos son a los que debemos considerar que se refiere el artículo 53 al regular las entidades públicas empresariales<sup>160</sup>. No obstante, también hay que recordar el concepto, ya analizado en el punto 4 del Capítulo II, de las fundaciones públicas sanitarias y su confusa conexión con servicios de interés general,

---

<sup>159</sup> Esta distinción entre servicio público y servicios o actividades de interés público, ya hace tiempo que ha sido recogida por la doctrina, conectándola, tal como hemos hecho, con el concepto de los denominados servicios públicos impropios, y en cuya base diferencial está el carácter permanente o no del servicio, así como que los servicios públicos son objeto de concesión, mientras que los de interés público la actividad permanece siempre privada. **García -Trevijano Fos, J.A.**, en su *Tratado de Derecho Administrativo*. Vol. II. I, Op. cit., trata de todos estos matices y conceptos, en especial en pp. 35, 36, 42 y 43.

<sup>160</sup> No toda la doctrina está conforme con una identificación, como la que acabamos de hacer, entre servicio público y una determinada forma de intervención o gestión; así se manifiesta **Villar Ezcurra** en su obra *Derecho Administrativo Especial*. Edit. Cívitas. Madrid 1999, p. 178. Pero en este caso por mi parte no se pretende dilucidar el concepto de servicio público sino simplemente realizar una deducción o interpretación de los preceptos legales, a los efectos de la tarea de administrar y decidir.

y su consideración equiparada a entidades públicas empresariales. A este cuadro aún hay que añadir el de las fundaciones privadas del sector público permitidas por la Ley 50/2002 de Fundaciones, también vinculadas al interés general, pero los matices que ello significa los veremos al tratar de las mismas.

Pero, aún, con todas estas explicaciones, queda la manifestación del artículo 2.3 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, que al referirse a las actividades económicas que hemos considerado como fin de las entidades públicas empresariales, las califica de **reservadas** a la Administración General del Estado. Y es el alcance de esta reserva lo que tampoco queda claramente establecido, ya que, inicialmente, puede entenderse que la *reserva* es excluyente de la actividad privada en dicho campo, pero, de otro lado, también puede considerarse como la simple atribución de una competencia, lo que justifica que el artículo 2 citado, en su punto 3, se ocupe de recordar que las potestades y competencias administrativas determinan la capacidad de obrar de la Administración estatal y sus organismos públicos. Debemos, pues, considerar el término “reservadas” en un sentido amplio, que coincida con la atribución de una competencia, tanto sea en régimen de monopolio como en concurrencia, lo que también es deducible observando el artículo 128 de la Constitución; pero que exige siempre una decisión formal de atribución de la actividad a la Administración, por norma y según los casos con rango de ley.

Vistas todas estas cuestiones respecto de la gestión de servicios, resulta evidente y lógico que la actividad de producción de bienes que, tradicionalmente y desde el punto de vista liberal, no constituiría,

inicialmente y por sí misma, una competencia pública y menos una reserva en su favor, se someta a derecho privado, por lo que la única cuestión que se plantea es cuándo procede esa producción de bienes desde la Administración pública o la atribución a la misma, y cuándo por entidades públicas empresariales y cuándo por sociedades mercantiles. Tema que dejamos abierto para exponer, en su caso, al analizar la decisión organizativa, si bien es necesario recordar que la producción de bienes que se considera susceptible de realizar por las entidades públicas empresariales es la de *bienes de interés público*, concepto que hay que considerar indeterminado.

Quedaría la cuestión de la susceptibilidad de contraprestación como última a dilucidar en lo que atañe a las entidades públicas empresariales, pero que ya hemos considerado que corresponde en todos los casos o distintas actividades. Al respecto, todo servicio público que se puede gestionar de modo indirecto por los particulares mediante fórmulas contractuales, de gestión interesada o societarias, evidentemente es porque es susceptible de una contraprestación que suponga ingresos para el contratista o socio, por lo que no queda excluida de la actividad de los organismos autónomos el que exista un rendimiento económico por el servicio público prestado, si bien, lo más normal en estos casos es que el ingreso del contratista proviene de la Administración pública correspondiente y no directamente de los usuarios del servicio. El término contraprestación, debe pues considerarse como pago o precio que corresponde pagar al usuario o prestatario. Y es por ello que esta es la cuestión menos clara de la ley y del artículo 53, pues los servicios a que se refiere son los susceptibles de contraprestación pero sin que se les califique de públicos y que en su actividad se someten a derecho privado, y

es por esta razón por la que particularmente me inclino por considerar que la Ley se refiere a los servicios públicos impropios o a los calificados simplemente como de interés general, cuyos precios, incluso, se rigen más por las reglas del mercado que por los límites del derecho público, de ahí la forma empresarial del organismo público encargado de desarrollar el correspondiente servicio.

En definitiva, como se deduce del contenido del artículo 65 de la Ley dedicado a regular los recursos económicos de los organismos públicos, en la medida que el organismo depende de los presupuestos de la Administración matriz y no de sus propios ingresos derivados de la actividad concreta no puede constituirse una entidad empresarial o, en su caso, una sociedad mercantil, sino que lo apropiado es un organismo autónomo. Por ello, por ejemplo, las actividades de fomento no son propias de entes sujetos a derecho privado o entidades públicas empresariales, puesto que éstas como ya hemos evidenciado, se financian, según el apartado 2 del citado artículo, por los ingresos que deriven de **sus operaciones**, por los bienes y valores que constituyen su patrimonio y las rentas de él procedentes o de los ingresos ordinarios y extraordinarios que tengan autorizados a percibir según su normativa propia.

Por todo ello, es en las entidades públicas empresariales en las que se exige expresamente que sus actividades sean susceptibles de contraprestación. Los servicios que no dan lugar a una contraprestación económica y que constituyen un fin público o una reserva en favor de las Administraciones públicas, repito, sólo podrían prestarse a través de un organismo autónomo o por los sistemas que prevé la legislación de contratos administrativos. Pese a todo lo antedicho, el ejemplo de las

denominadas fundaciones públicas sanitarias y las fundadas en la Ley 50/2002 , nos evidencia cómo el legislador se contradice a través de leyes de acompañamiento de los Presupuestos y, en su caso, en normas reglamentarias como el Real Decreto 29/2000 de las formas de gestión de las instituciones sanitarias; contradicciones e incongruencias substanciales respecto del sistema general diseñado por la ley básica en la materia y con los presupuestos doctrinales y conceptuales que hemos puesto de relieve. Es evidente, pues, que toda la materia queda confusa en el ordenamiento que hemos analizado y todavía más si consideramos que la Ley 6/1997 establece como posible el ejercicio de potestades administrativas tanto para los organismos autónomos como por las entidades públicas empresariales, ya que potestades y Derecho administrativo conformaban un todo indisoluble.

Esta última cuestión sí supone un giro importante en las bases que siempre han regido la actuación de los administradores públicos y presidido el ordenamiento jurídico y que no eran otras que las de que el ejercicio de potestades o de autoridad era propio de los cargos públicos o autoridades y de los funcionarios públicos y una reserva en su favor como, por ejemplo, expone la Ley Reguladora de las Bases del Régimen Local, 7/1985, cuando en su artículo 92.2 declaraba que son funciones públicas cuyo cumplimiento queda reservado exclusivamente a personal sujeto al Estatuto funcional, las que impliquen ejercicio de autoridad, entre otras. De este modo, servicio público se opone a función pública y mientras la gestión es transmisible, la autoridad es irrenunciable y no puede ser objeto de concesión en favor de las personas privadas. Sin embargo, de la normativa que hemos contemplado se pone de relieve que cabe que los Organismos públicos ejerzan potestades en los siguientes términos:

El artículo 42.2 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, dice que los organismos públicos *dentro de su esfera de competencia, les corresponden las potestades administrativas precisas para el cumplimiento de sus fines, en los términos que prevean sus estatutos, salvo la potestad expropiatoria.*

En un segundo párrafo, el artículo parece referirse a la potestad de organización cuando se dice que *los estatutos podrán atribuir a los Organismos públicos la potestad de ordenar aspectos secundarios del funcionamiento del servicio encomendado, en el marco y con el alcance establecido por las disposiciones que fijen el régimen jurídico básico de dicho servicio.*

En orden a los organismos autónomos, la Ley solamente destaca que los bienes y derechos que les adscriba la Administración General del Estado conservan su calificación jurídica originaria y dice que, respecto de ellos, los organismos autónomos *ejercerán cuantos derechos y prerrogativas relativas al dominio público se encuentran legalmente establecidas, a efectos de la conservación, correcta administración y defensa de dichos bienes.*

En el caso de las entidades públicas empresariales la Ley dedica su artículo 54 a regular el ejercicio por ellas de potestades administrativas y, al respecto, en primer lugar afirma que las atribuidas a estos entes *sólo pueden ser ejercidas por aquéllos órganos de éstas que en los estatutos se les asigne expresamente esta facultad.* Pero en su punto segundo señala que los órganos de las entidades públicas empresariales no son, a efectos

de la Ley, asimilables en cuanto a su rango administrativo al de los órganos de la Administración General del Estado, salvo las excepciones que, a determinados efectos se fijen, en cada caso, en sus estatutos.

En el artículo 60.1 de la Ley 6/1997 se fija que contra los actos de las entidades públicas empresariales dictados en el ejercicio de potestades administrativas, caben los recursos administrativos previstos en la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, lo que nos indica, como es natural, que son actos sujetos a Derecho administrativo.

La Ley, como tantas otras leyes, no marca las pautas para determinar en qué casos corresponde el ejercicio de potestades administrativas y deja la concreción a los estatutos y a la norma creadora de cada organismo público; cuestión que ofrece serias dudas de constitucionalidad, pues es posible considerar que la ley debía haber determinado este extremo y que tratándose del ejercicio de potestades no se puede entender que se trata de autoorganización de la institución o de potestades autoorganizatorias, concepto que ya se ha analizado, sino que se refiere a potestades respecto de terceros o particulares o potestades “ad extra”.

La novedad de que las entidades públicas empresariales puedan ejercer potestades administrativas es importante, pero ya hemos dicho que contradictoria con las reservas que en favor de los funcionarios realizan otras normas, si bien, también es cierto que la Ley prevé en su artículo 55 que dichas entidades cuenten con personal funcionario; cuestión que debe ponerse en conexión con esta posibilidad de ejercicio de las potestades, sin perjuicio de que realicen otras funciones públicas o gestión administrativa.

A pesar, pues, de la personalidad de que gozan los Organismos públicos y de este posible otorgamiento de potestades administrativas resulta evidente que forman parte de la Administración General del Estado; del mismo modo, los organismos públicos que el resto Administraciones públicas crean, o constituyen, forman parte de ellas mismas. También el régimen de contratación de los organismos públicos es el de la legislación de contratos de las Administraciones públicas y en este punto, pues, sí se manifiesta un campo en el que es posible y necesario el ejercicio de potestades administrativas, ya que las Administraciones públicas gozan de ellas en el régimen de contratos administrativos y la entidad pública empresarial que realice contrataciones de Derecho administrativo las tendrá que ejercer en aplicación de la Ley de Contratos del Sector Público, si bien esta Ley nos introduce un elemento más de reflexión en los órdenes que hemos ido analizando del sometimiento a derecho privado, puesto que en su artículo 3.1 c) considera a las entidades públicas empresariales sector público, mientras que en su punto 2 nos dice que *no obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos autónomos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas y Entidades locales*. Lo que refuerza claramente la diferencia que hemos venido señalando entre organismos autónomos y entidades públicas empresariales y el sometimiento de éstas al derecho privado y la necesidad de la existencia de contraprestaciones económicas en su actividad.

Pero a también hay que señalar que a diferencia de que en los sistemas de gestión directa por las Administraciones públicas de sus servicios públicos es posible, pues, como vemos, el ejercicio de potestades administrativas, en orden a la contratación de la gestión de estos servicios

con particulares, el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas en su artículo 155.1 prohibía la gestión indirecta de aquellos que *impliquen ejercicio de autoridad inherente a los poderes públicos*. Prohibición que mantiene el artículo 251 .1 de la vigente Ley de Contratos del Sector Público. Por tanto se nos muestra la cuestión acorde con lo dispuesto en el artículo 15.5 de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común que prohíbe, igualmente, la encomienda de gestión en favor de particulares remitiendo en dicho caso a la legislación de contratos y excluyendo siempre y en todo caso la encomienda de actividades que hayan de realizarse con sujeción al Derecho administrativo.

***C) Las agencias estatales para la mejora de los servicios públicos.***

Las exégesis realizadas en los dos apartados anteriores, sin perjuicio de su ajuste puntual, lo son con anterioridad a la aparición, mediante la Ley 28/2006, de las denominadas *agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*, las cuales, según la Disposición final primera de dicha Ley, pasan a incluirse en el artículo 43.1 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado y, por tanto, a ser una clase de organismo público de los por ella regulados, añadiéndose en consecuencia a los organismos autónomos y entidades públicas empresariales ya examinadas. Pero hay que hacer constar que su inclusión en el mencionado artículo, se realiza estableciendo en su clasificación que las Agencias estatales *se regirán por su normativa específica y supletoriamente por esta Ley*; es decir por la 6/1997. Con ello las agencias estatales se rigen por su Ley 28/2006 y la de su autorización y

supletoriamente por la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado. Por tanto, si el panorama no era ya bastante complicado, resulta ahora un poco más y más confuso y posibilista con esta nueva figura.

Para atender a su significado y repercusión, es preciso, en primer lugar, acudir a su descripción o conceptualización en la Ley 28/2006, al objeto de ver si podemos seguir estableciendo los criterios que permitan decidirse, en su caso, por esta nueva figura o por otra de las examinadas o de las por examinar. El artículo 1º de la citada Ley 28/2006 nos dice que en ella se establece el régimen jurídico, la naturaleza, la constitución y el funcionamiento de las Agencias Estatales que de acuerdo con la Ley de autorización, se creen por el Gobierno *para la gestión de programas correspondientes a políticas públicas de la competencia del Estado*, remitiendo en este punto a lo dispuesto en el artículo 2. Dicho artículo 2 nos dice: *Las Agencias Estatales son entidades de Derecho público, dotadas de personalidad jurídica pública, patrimonio propio y autonomía en su gestión, facultades para ejercer potestades administrativas, que son creadas por el Gobierno para el cumplimiento de los programas correspondientes a las políticas públicas que desarrolle la Administración General del Estado en el ámbito de sus competencias.*

*Las Agencias Estatales están dotadas de los mecanismos de autonomía funcional, responsabilidad por la gestión y control de resultados establecidos en esta ley.*

De esta conceptualización y a los efectos ya señalados de diferenciación con los otros organismos públicos, en especial con los organismos autónomos, debemos destacar que en este caso el concepto

clave, desde nuestro punto de vista, es el de las **políticas públicas**, pues aun cuando aparece unido a la gestión o cumplimiento de programas, lo cual también acontece en el caso de los organismos autónomos, en este caso se trata de programas referidos a políticas públicas, mientras que en el caso de los organismos autónomos la referencia es a *programas específicos de la actividad de un Ministerio*, lo que no excluye a los relativos a políticas públicas. Los matices que se presentan, pues, no son sencillos y la opinión que emitiremos no será más que eso, una opinión. El primer matiz o dificultad para la decisión o diferenciación tiene que partir de la propia concepción que se tenga de las políticas públicas, que no constituye una cuestión pacífica, pues es posible un concepto amplio que acabaría comprendiendo todo programa o acción pública, al menos de Gobierno, o un concepto restringido, que califique como tal sólo aquellas políticas que son innovadoras<sup>161</sup>; es decir, que suponen o determinan un cambio sobre las actuaciones anteriores y, por tanto, que requieren cambios en procedimientos, organización, gestión, medios o recursos, etc.

Si bien la configuración que se da en la Ley 28/2006 no excluye que se cree una agencia estatal partiendo de una política pública ya en marcha y no innovadora, particularmente estimo que no se puede realizar una concepción amplia de las políticas públicas, de modo que cualquier acción pública pueda acabar siendo objeto de gestión por una agencia estatal, pues en dicho caso, al menos no se entendería bien la configuración o concepto legal de los organismos autónomos, produciéndose un solapamiento entre esta figura y las agencias estatales. Por ello, y pese a la dificultad hay que

---

<sup>161</sup> Este es el concepto que en realidad mantiene el profesor **Baena**, en su obra ya citada *Curso de Ciencia de la Administración*. Cuarta Edición reformada. Ed. Tecnos. P. 261 y ss.

intentar delimitar el concepto de agencia estatal que resulta de la propia ley o de su comparación con los otros organismos públicos.

En este intento, comenzaremos por analizar dos conexiones que se dan en la ley, una de ellas es la de la propia titulación de la Ley que parece referirse a la finalidad de la propia figura de las agencias estatales, pues se refiere a las *Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos*. Desde nuestro punto de vista esta referencia o fin, no significa que las agencias estatales sean una forma de gestión de servicios públicos propiamente dicha, sin perjuicio de que puedan gestionar alguno, sino que la ley lo que hace es configurarlas como una forma organizativa de mejora de los servicios públicos en su concepto general y no restringido; es decir en su sentido orgánico y de competencia. La Exposición de Motivos de la Ley 28/2006, es esclarecedora en este sentido, pues dice que se requiere un *nuevo enfoque organizativo y funcional de los organismos públicos* que tienen encomendados la prestación de aquellos servicios públicos cuya gestión corresponde a la Administración General del Estado. Sigo pensando que se utiliza la expresión servicios públicos en sentido general y no restringido, si bien es cierto que ligado al propio concepto de organismos públicos.

Pero resulta más definitorio el párrafo siguiente de la Exposición que dice: *El objetivo general de este nuevo marco de actuación es que los ciudadanos puedan visualizar de manera clara cuáles son los fines de los distintos organismos públicos y los resultados de la gestión que se ha encargado a cada uno de ellos, así como la forma en que se responsabilizan sus gestores por el cumplimiento de los objetivos que previamente han sido fijados de forma concreta y evaluable*. De lo

expuesto de la conexión de programas y políticas públicas, entiendo que las agencias estatales nacen para la gestión de programas muy concretos y que pueden ser objeto de evaluación por resultados, que además coinciden con políticas públicas que interesa destacar y que el ciudadano pueda conocer o identificar y valorar. Además por su categoría de entidades de derecho público, lo lógico es que gestionen programas y servicios sin un contenido económico propiamente dicho y que el derecho por el que se rigen es el Derecho administrativo. Sirve de refuerzo a esta idea la relación de agencias estatales que la propia Ley 28/2006 autoriza directamente: *La Agencia Estatal de Evaluación de la Políticas Públicas y la Calidad de los Servicios*, adscrita al Ministerio de Administraciones Públicas; *La Agencia del Boletín Oficial del Estado*; *Consejo superior de Investigaciones Científicas*; *Agencia Estatal Antidopaje de España*; *Agencia estatal de Inmigración y Emigración*; *Agencia Estatal de Seguridad Aérea*; *Agencia Estatal de Seguridad del Transporte Terrestre*; *Agencia Estatal de Artes Escénicas y Musicales*; *Agencia Estatal de Meteorología*; *Agencia Española de Cooperación Internacional para el Desarrollo*; *Agencia Estatal de Investigación en Biomedicina y Ciencias de la Salud Carlos III* y la *Agencia Estatal de Evaluación, Financiación y Prospectiva de la Investigación Científica y Técnica*. Habrá que ver cada uno de los Estatutos de estas Agencias para poder establecer si gestionan directamente las políticas públicas correspondientes o son simplemente encargadas de controlar la eficacia de la gestión realiza por otros órganos u organismos y evaluar los resultados, haciendo buena la afirmación o titulación de la ley de que las Agencias Estatales lo son *para la mejora de los servicios públicos*. Es decir, si son entes gestores o sólo de control y evaluación o ambas cosas; o si son en sí mismas una figura eficaz o sólo promotores de la eficacia de la organización administrativa pública. En

algunos casos se deduce que gestionan actividades que no son servicios públicos en su sentido restringido y económico.

En definitiva, la concepción que se nos ofrece de las agencias estatales puede determinar la conversión en esta nueva categoría de algunos organismos autónomos y de algún órgano desconcentrado, en la medida que su actividad se relacione con la gestión de un programa correspondiente a una política pública concreta. De hecho la Disposición adicional quinta de la Ley 28/2006 autoriza la transformación de organismos públicos en agencias estatales en cuanto se ajusten a la naturaleza de éstas y para el caso de entidades públicas empresariales que se transformen prevé que el régimen de su personal pueda seguir siendo laboral. Pero la Exposición de Motivos, también nos hace ver que la verdadera causa del cambio no es la necesidad de una nueva figura, pues estimo que la de los organismos autónomo hubiera bastado, sino que detrás de todo hay una necesidad de nuevos procedimientos y, sin perjuicio o no de la bondad de la reforma o de su racionalidad, un reflejo de modernas tendencias relativas a la Ciencia de la Administración o Ciencia Política que se ocupa de las políticas públicas o de su evaluación, así como de la responsabilidad por resultados y una cierta configuración del directivo. Y así dicha exposición destaca la existencia de rigideces que presentan los modelos de gestión y *la escasa autonomía con que cuentan los organismos públicos, sobre todo en su configuración de organismos autónomos*. Y así en el cuarto párrafo de su punto I dice: *Por ello, en los últimos años, se han buscado soluciones estructurales para intentar solventar problemas de gestión, fundamentalmente de naturaleza presupuestaria, económico – financiera y de gestión de personal, dando lugar, en muchos casos, a respuestas organizativas forzadas desde la perspectiva de los objetivos y*

*funciones del Organismo de que se trate, pero que llevan aparejado el establecimiento de un régimen de funcionamiento más flexible y superador de las rigideces que el régimen general presenta respecto de las materias indicadas. Ello ha dado lugar a una proliferación de entes que presentan un régimen jurídico singular, básicamente de del derecho privado y al margen de las configuraciones generales de los organismos públicos* El párrafo no sólo revela las afirmaciones generales de la denominada huida del Derecho administrativo, sino que son la intervención económica y los procedimientos de selección de personal condicionados por los principios de mérito y capacidad, las “rigideces” a que se alude. Lo antedicho en el cuarto párrafo lleva a concluir al legislador que: *Se hace pues necesario incorporar a la Administración General del Estado una fórmula organizativa general, dotada de un mayor nivel de autonomía y de flexibilidad en la gestión, pero que al mismo tiempo, refuerce los mecanismos de control de eficacia y promueva una cultura de responsabilización por resultados.*

De este modo, para mí, se evidencia que siendo el problema una cuestión de procedimientos, principalmente de garantías de principios como la igualdad y libertad de concurrencia en el caso de la contratación administrativa o de mérito y capacidad en la selección de personal o de control, legalidad, racionalidad, proporcionalidad y ajuste a los fines públicos del gasto público, que quizá hay que revisar o ajustar a cada tipo de acciones de modo que afecten a su eficacia, se acaba creando otro tipo de persona jurídica fundada en el principio de eficacia y responsabilidad por resultados que viene siendo una permanente alegación de corte político, sin respaldo en análisis, ensayos y estudios prácticos o de Ciencia de la Administración y figuras experimentales, conducentes a descubrir

una verdadera eficacia y responsabilidad y no consistentes en la mera retórica actual. Sin antecedentes, sin hechos previos, el legislador llega a afirmar rotundamente que *dicha fórmula la constituyen las Agencias Estatales y su regulación*, por lo que para comprobar que es así lo procedente será comprobar que se sujetan a procedimientos más eficaces, sin pérdida de las garantías legales y del interés público. La realidad, si se analiza la ley detalladamente, es que estos organismos o entes siguen sujetos a las mismas normas que rigen la contratación administrativa y la selección del personal en el sector público y a la normativa presupuestaria e Intervención General de la Administración del Estado, lo que sin perjuicio de si realmente hay elementos racionales y necesarios en la figura o en la reforma, ofrece la sensación de que políticamente ha de parecer que se hace algo y que ese algo es acorde con las modernas tendencias y de ahí que se haga hincapié en ideas, conceptos o técnicas tales como las políticas públicas, la responsabilidad por resultados, la gestión transparente por objetivos o el Contrato de gestión, pomposa denominación para un plan de acción anual. En definitiva, ni siquiera es posible deducir “su naturaleza”; es decir aquella que permite transformar a otros organismos públicos en agencias estatales. También se regula el personal directivo de forma ambigua pues junto al directivo funcionario admite la figura del contrato de alta dirección de tipo laboral, sin establecer las bases de correspondencia de cada caso o figura. Los conceptos utilizados son tan vagos que se abre cualquier posibilidad. También resulta de aplicación a esta figura, puesto que están facultadas para ejercer potestades administrativas, lo dicho en su momento respecto de las entidades públicas empresariales.

De otro lado, frente a los organismos autónomos, no es la Ley quien crea las agencias estatales, sino la que *autoriza* su creación, la cual se produce mediante la aprobación del Estatuto por Real Decreto acordado en el Consejo de Ministros. Si bien se critica la proliferación de organismos públicos con regímenes jurídicos singulares, el sistema en las agencias estatales queda a lo que disponga cada Estatuto en una parte importante de su organización.

Ya que en los casos anteriores de organismos autónomos y entidades públicas empresariales hemos analizado sus recursos económicos, conviene también en este caso referirnos a ellos. El artículo 24 de la Ley 28/2006 señala como recursos económicos o de financiación de las agencias estatales los siguientes:

*a) Las transferencias consignadas en los Presupuestos Generales del Estado.*

*b) Los ingresos propios que perciba como contraprestación por las actividades que pueda realizar, en virtud de contratos, convenios o disposición legal, para otras entidades públicas, privadas o personas físicas.*

*c) La enajenación de los bienes y valores que constituyan su patrimonio.*

*d) El rendimiento procedente de sus bienes y valores.*

*e) Las aportaciones voluntarias, donaciones, herencias y legados y otras aportaciones a título gratuito de entidades privadas y de particulares.*

*f) Los ingresos recibidos de personas físicas o jurídicas como consecuencia del patrocinio de actividades o instalaciones.*

*g) Los demás ingresos de derecho público o privado que estén autorizadas a percibir.*

*h) Cualquier otro recurso que pudiera serles atribuido.*

En un punto 2, el artículo, establece que en aquellos supuestos expresamente previstos en los Estatutos, y sólo en la medida que tengan capacidad para generar recursos propios suficientes, las agencias podrán financiarse con cargo a los créditos previstos en el Capítulo VIII(Activos financieros) de los Presupuestos Generales del Estado adjudicados de acuerdo con procedimientos de pública concurrencia y destinados a financiar proyectos de investigación y desarrollo, debiendo establecer cada Ley de Presupuestos los límites de esta financiación.

Frente a los recursos económicos que veíamos en el caso de los organismos públicos, es de destacar que se haga referencia a la enajenación de patrimonio, pues en éstos no se hace referencia expresa, debiendo, por tanto estar a lo dispuesto en la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, 33/2003, y el Reglamento para la aplicación de la Ley de Patrimonio del Estado, Decreto 3588/1964, que contiene referencias concretas a organismos autónomos y entidades públicas empresariales, y en el caso de éstas remitiendo en algunos casos a lo dispuesto en sus Estatutos. Ello provoca la duda respecto a si en todo caso las reglas aplicables a las agencias estatales serán la propias de los organismos autónomos o cabe la aplicación de reglas especiales de enajenación a través de los Estatutos y para clases determinadas de bienes. Parece que la Ley debía haber remitido a un régimen de enajenación concreto o haber establecido el propio de las agencias estatales modificando en su caso la Ley de Patrimonio de las Administraciones públicas. La expresa mención de la enajenación y la indefinición señalada induce a prestar atención al

hecho y a preguntarse que efectos reales puede tener el apartado b) del artículo 24.1 de la Ley 28/2006. Hay que tener en cuenta que con anterioridad a esta Ley ya existían organismos que se denominaban Agencias estatales y tenemos el ejemplo de la Agencia Española de Protección de Datos que en su Estatuto (RD. 428/1993) que por lo que afecta a su patrimonio en su artículo 35 dice que :

*1. La Agencia Española de Protección de Datos tendrá un patrimonio propio, distinto del Estado, formado por los bienes, derechos y valores que adquiriera a título oneroso o le sean cedidos o donados por cualquier persona o entidad.*

*2. Los bienes que el Estado adscriba a la Agencia quedarán afectados a su servicio y conservarán la calificación jurídica originaria, debiendo ser utilizados exclusivamente para los fines que determinaron la adscripción.*

Y en el artículo siguiente establece que la *Agencia Española de Protección de Datos se regirá, en lo referente a las adquisiciones y enajenaciones de bienes, por las disposiciones del derecho privado.*

Y es en este momento donde se presenta realmente la indefinición de la Ley 28/2006 y que condiciona nuestra consideración anterior de que las agencias estatales al ser entidades de Derecho público se someten a Derecho administrativo, pues el artículo 2 en su apartado 2 realmente al establecer el régimen jurídico lo deja indeterminado, pues dice que las agencias estatales *se rigen por esta Ley y, en su marco, por el Estatuto propio de cada una de ellas; supletoriamente por las normas aplicables a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de la Administración General del Estado que les correspondan en cada caso.* El posibilismo pues está servido y puede ser de aplicación el derecho privado,

quedando todo en realidad a lo que disponga cada Estatuto propio que es el que “superará” en su caso las “rigideces” antes mencionadas. Tanto organismos autónomos como entidades públicas empresariales, pues, pueden convertirse en agencias estatales.

De otro lado, la figura de las agencias estatales sólo alcanza en principio a la Administración General del Estado, por lo que en las Comunidades Autónomas dependerá de que se establezca una regulación similar, bien directa o bien por remisión, pues, en este caso actuar por supletoriedad no parece que sea posible, pese a que en otras ocasiones la hemos entendido factible en virtud de que la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado actúa, según su artículo 1, en el marco del régimen jurídico común, pues las organizaciones que hoy el Estado pasa a considerar agencias estatales, en las otras Administraciones públicas según sus ordenamientos jurídicos tienen adjudicada otra naturaleza o encajan en otro tipo de organismo público o de las figuras por ellas reguladas conforme a la legislación presupuestaria. Es decir no existe en estos casos una laguna o se carece de solución en el ordenamiento jurídico de las Comunidades Autónomas.

Por último, en orden a las agencias estatales y desde el punto de vista organizativo, es posible pensar que la utilización del concepto de las políticas públicas como referencia de su naturaleza, puede permitir que el número de Direcciones Generales disminuya y, en cierto modo, el volumen de la Administración centralizada, disminuyendo su estructura. La posibilidad de considerar, salvo en el caso de las políticas públicas de carácter horizontal o común a toda la Administración, la existencia de una identidad entre política pública y Administración especial, como en cierto

modo ya ocurre con las Direcciones Generales, que también conectaban con las políticas públicas, hace que la diferencia entre poder y gestión se agudice en el caso de la Administración del Estado, pero también plantea nuevas cuestiones en orden a la Administración general y su papel, pues como se ha indicado y como veremos al analizar el directivo público, entre este tipo de administración y las políticas públicas existe una vinculación muy directa. Planteándose, pues, si las agencias estatales gestionan políticas públicas concretas, el hecho de que en cambio su iniciativa, formulación, aprobación e implementación como fase de asignación de recursos, son propias de la Administración centralizada y política y de los altos funcionarios públicos y la ejecución simple o gestión propia de la Administración personificada, sin dejar por ello de contar con administradores generales. Pero las cuestiones que plantea el directivo público, la administración general y la especial, la gestión, la ejecución, etc., ya han sido tratadas.

Sin embargo, buena parte de lo expuesto en el intento de extraer un concepto propio de las agencias estatales se viene en buena parte abajo en cuanto en la Disposición adicional sexta de la Ley 28/2006, titulada *Creación de nuevos organismos públicos* se establece lo siguiente: *Con carácter general, a partir de la entrada en vigor de esta Ley, los organismos públicos que hayan de crearse en la Administración General del Estado, adoptarán la configuración de agencias estatales, conforme al procedimiento del artículo 3 de esta Ley, sin perjuicio de lo establecido en la disposición final primera.*

Esta disposición obliga a una dura crítica de la Ley 28/2006, ya que cabe preguntarse si hacía falta el esfuerzo de la Ley por explicar la

necesidad de la nueva figura y el nuestro en analizarla y, sobre todo, porque no deroga la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado en toda la regulación de los organismos públicos y así en la disposición adicional analizada dice *sin perjuicio de la disposición final primera*, que es la que modifica el artículo 43 de dicha Ley 6/1997, incluyendo a las agencias estatales como una clase más de organismos públicos. La crítica radical debe partir de considerar que, tras no derogar e incluir a las agencias como organismos públicos, en su final, perdida en una disposición adicional, aparece la decisión más importante de la Ley, que parece establecer que, sin perjuicio de la clasificación establecida a través de la disposición final primera de la Ley 28/2006 en el artículo 43 de la 6/1997, todo futuro organismo público que se cree se “configura” como agencia estatal. Es decir, ¿ya no habrá más organismos autónomos ni entidades públicas empresariales? ¿A partir de la vigencia de la Ley 28/2006 todo serán agencias estatales? ¿Sólo quedarán los organismos autónomos y entidades públicas empresariales no transformados en agencias estatales según la disposición adicional quinta de la Ley 28/2006?

La verdad es que la Disposición adicional sexta nos deja perplejos y plantea si, de forma indirecta, no es que su finalidad real es la de derogar la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado en cuanto a esta materia de los organismos públicos y que las agencias estatales bajo el concepto de las políticas públicas pueden acabar actuando en cualquier campo e, incluso, como hemos visto utilizando el derecho privado. De nuevo, reitero, surge un posibilismo exacerbado y nada beneficioso para la buena administración. Y, también, una técnica legislativa muy defectuosa, fruto de la inexistencia de una voluntad clara y

conocimiento exacto de la materia que se aborda, ya que lleva a la confusión a cualquiera que quiera ordenar sus ideas o tomar decisiones en el orden de la organización administrativa.

***D) Las sociedades estatales o de titularidad pública.***

Como se ha reiterado en los apartados anteriores, la Ley 6/1997 declara derogados los artículos 4 y 6 de la Ley General Presupuestaria anterior a la vigente, este último en sus apartados 1 b) y 5, pero dejaba vigente el artículo 6 en sus puntos 1 a) 2, 3 y 4 que se referían a las Sociedades regidas por el derecho privado. De ello resultaba, que además de los Organismos públicos: organismos autónomos y entidades públicas empresariales, más ahora las agencias estatales, existía la figura de las **Sociedades estatales**, comprensiva, de un lado, de las calificadas como *sociedades mercantiles* en cuyo capital sea mayoritaria la participación, directa o indirecta, de la Administración del Estado o de sus Organismos autónomos y demás Entidades estatales de Derecho público y, de otro lado, incluyente, a su vez, de estas *Entidades de Derecho público, con personalidad jurídica, que por Ley hayan de ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado*; es decir, una figura derogada por la Ley 6/1997 y comprendida hoy en las entidades publicas empresariales. A dichas entidades derogadas no se las sujetaba a Derecho administrativo, sino al mercantil, civil y laboral, salvo en lo que resulta de aplicación la propia Ley General Presupuestaria. En principio, pues, en la legislación actual la antigua referencia a Sociedades estatales se circunscribe a las mercantiles.

El concepto ofrecido de éstas, también, nos evidencia la posibilidad de participación no mayoritaria de las Administraciones públicas en sociedades mercantiles. Pero la Ley no nos marcaba una pauta de cuándo y por qué correspondía este tipo de organización o de participaciones en su caso. Tampoco se puede deducir nada de la Disposición adicional 12ª de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado, la cual dice que:

*1, Las sociedades mercantiles estatales se registrarán íntegramente, cualquiera que sea su forma jurídica, por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, patrimonial, de control financiero y contratación. En ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública.*

*2 Las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus Organismos públicos, se registrarán por el título VII de la Ley del Patrimonio de las Administraciones Públicas y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias que les sean de aplicación la normativa presupuestaria, contable, de control financiero y de contratación.*

Es la Ley 33/2003, de Patrimonio de las Administraciones Públicas, la que, al referirse al patrimonio de la Administración del Estado, en su artículo 166. 1 c) define a las sociedades mercantiles estatales, en función de la participación en ellas, entendiéndolo como tales *aquellas en las que la participación, directa o indirecta, en su capital social de las entidades que, conforme a lo dispuesto en el Real Decreto Legislativo 1091/1988, de 23 de septiembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley*

*General Presupuestaria, integran el sector estatal, sea superior al 50 por ciento.* La referencia hoy debe entenderse hecha a la vigente Ley General Presupuestaria. El citado artículo 166 reseñado y su punto 2 - que señala que las sociedades mercantiles estatales, con forma de sociedad anónima, cuyo capital sea en su totalidad de titularidad, directa o indirecta, de la Administración General del Estado o de sus organismos públicos, se regirán *por el presente título y por el ordenamiento jurídico privado, salvo en las materias en que les sean de aplicación la normativa contable, de control financiero y de contratación-* junto con la Disposición final primera, punto 3, de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, son los preceptos que otorgan el contenido de la Disposición adicional 12 de la Ley 6/1997, antes reproducida. De otro lado, en sentido contrario al de la definición reflejada de las sociedades mercantiles estatales, aquellas en las que la Administración estatal participe con menos de un 50 por ciento, deben considerarse simplemente como sociedades mercantiles, sin el calificativo de estatales.

En ningún caso de los reflejados, pues, se nos marcan unas pautas para decidir o entender cuándo el legislador considera oportuno que las Administraciones públicas creen organizaciones con forma de sociedad mercantil, todavía más en cuanto la autorización para la creación y demás actos relativos a las sociedades mercantiles, corresponde al Consejo de Ministros, en virtud de lo establecido por el artículo 169 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas, frente a la exigencia de una norma con rango de Ley para la creación de los organismos autónomos. En cambio, sí encontrábamos un apunte o indicio de dichas pautas o unas razones en la regulación de la Ley de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, al regular las Empresas Nacionales, cuando

establecía que se creaban para la realización de *actividades industriales, mercantiles, de transportes u otras análogas de naturaleza predominantemente económicas*, sometiéndolas en consecuencia a las normas de Derecho mercantil, civil y laboral, con excepciones y estableciendo su constitución como Sociedades anónimas. En conclusión, se interpreta que su actividad es mercantil, o industrial, etc., y propia del sector privado o de los particulares; a lo que naturalmente hay que añadir una exigencia que comporta una obviedad, que es la de que con dicha actividad y organización se cumpla un fin público que le competa legalmente a la Administración correspondiente hacer efectivo y que se traduzca en una competencia propia.

Claro es que dicha concepción no nos establece una frontera clara entre las figuras analizadas, pues la actividad mercantil, comercial o industrial es referencia en muchos casos; así, por ejemplo, ocurre respecto de las actuales entidades públicas empresariales, con otros entes sujetos al derecho privado o con las sociedades mercantiles, y con los organismos autónomos antes calificados de comerciales, industriales, financieros o análogos y las entidades de derecho público que ajustan su actividad a derecho privado, conceptos aún subsistentes en muchas Comunidades Autónomas. El único elemento que nos aparece como propiamente definitorio de estas entidades públicas empresariales es el calificativo a servicios y bienes como de interés público, que consta en el artículo 53.1 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado. Concepto a su vez amplio y necesitado de exégesis y distinción de otras expresiones o concepciones similares.

Analizada la cuestión desde la perspectiva estatal y dicho que buena parte de las Comunidades Autónomas no se han adaptado a la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, sino que persisten con una regulación similar a la de la derogada Ley General Presupuestaria, conviene que nos detengamos un poco en la situación existente.

*a) La situación por lo que respecta a las Comunidades Autónomas.*

Por lo que corresponde a la normativa de las Comunidades Autónomas, ya se ha apuntado que en algunos casos persiste la concepción de sociedad que mantenía la derogada Ley General Presupuestaria y, así, por lo que se refiere a la Comunidad Valenciana, el artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana, mantiene un concepto de “empresas” que comprende a las sociedades mercantiles en las que exista participación mayoritaria de la Generalitat o de sus entidades autónomas; pero incluye en él a las entidades de derecho público sujetas a la Generalitat Valenciana, con personalidad jurídica propia y cuyas actividades se rijan por el ordenamiento jurídico privado; es decir, entidades que en el caso de la Administración del Estado, pueden estar comprendidas en el concepto de entidades públicas empresariales. Respecto de las sociedades, dice que se regirán por las normas de derecho mercantil, civil o laboral, excepto en aquellas materias en que les sea de aplicación la Ley de Hacienda. Idénticas concepciones mantienen las leyes de Hacienda Pública de Andalucía, Canarias, Castilla- León, Castilla- La Mancha, Galicia, Murcia, Madrid; Las Islas Baleares, también es Comunidad Autónoma que puede comprenderse en este grupo, pero incluyendo a las sociedades civiles y empresas públicas vinculadas, en su

Ley 3/1989 de Entidades Estatales Autónomas. Por lo que afecta al País Vasco, en su Texto Refundido de la Ley de los Principios Ordenadores de la Hacienda General, se desenvuelve dentro de los cauces generales descritos y distingue entre organismos autónomos (mercantiles y administrativos), entes públicos de derecho privado y sociedades públicas en forma de anónimas, pero sin establecer conceptualizaciones en cada caso, ni elementos de opción por una u otra forma, por tanto con un marcado posibilismo.

El Texto Refundido de la Ley de Administración de la Comunidad Autónoma de Aragón, Decreto legislativo 2/2001, mantiene un criterio similar al de la legislación estatal, distinguiendo entre organismos públicos (que comprenden los organismos autónomos con la misma concepción de la Ley estatal 6/1997 y las Entidades de derecho público, cuyas actividades se han de sujetar al ordenamiento jurídico privado) y las empresas que son las sociedades mercantiles con la participación mayoritaria que ya se ha señalado en los casos anteriores. También idéntico criterio que la Ley estatal mantienen: la Ley de Régimen Jurídico del Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Cantabria, la Ley Foral 15/2004 de la Administración de la Comunidad Foral de Navarra y la Ley 1/2002 de Gobierno y de la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, pero ésta sin regulación de las sociedades mercantiles, si bien sí existe referencia a las “empresas dependientes de la Comunidad Autónoma”, remitiendo la disposición adicional tercera su régimen a la ley de su creación. La Ley 3/1985 de Hacienda Pública que regulaba, los organismos autónomos conforme al esquema de la derogada estatal Ley General Presupuestaria, es la que regula o se ocupa de las sociedades mercantiles, en los términos de dicha normativa derogada. También en el

Texto refundido del Régimen Económico y Presupuestario de la Comunidad Autónoma del Principado de Asturias se mantienen los criterios de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, distinguiendo los organismos públicos: organismos autónomos y entidades públicas (de concepto idéntico éstas a las entidades públicas empresariales) y las empresas públicas y entes públicos. Las empresas se identifican con las sociedades mercantiles y los entes públicos se consideran como *aquellos órganos de carácter institucional o representativo, o desarrollados en coordinación con otras administraciones públicas, tales como consorcios o fundaciones*, con fondo social o participación mayoritaria del Principado. Pero como cuestión distinta, la legislación asturiana nos presenta otra figura, bastante indefinida, en su Ley 9/1983 de organización y funcionamiento cuyo artículo 17 establece que se pueden crear Agencias *que serán estructuradas orgánicamente de la forma más adecuada a los fines para los que sean creadas*, por lo que cabe deducir que pueden organizarse bajo cualquier de las formas antes señaladas. A no dudar la reciente regulación de las agencias estatales puede influir en el futuro.

La Comunidad Autónoma de Cataluña se ocupa de la cuestión mediante una Ley específica, la 4/1985, Estatuto de la empresa pública catalana, en cuyo concepto comprende, por un lado a las *Entidades autónomas de la Generalidad que realicen operaciones o presten servicios de carácter principalmente comercial, industrial o financiero*; es decir, una concepción equivalente a la de sociedad estatal de la derogada Ley General Presupuestaria estatal (artículo 6 b) que se han integrado como puros organismos autónomos. Por otro a las *Empresas de la Generalidad* en las que incluye:

1) *Entidades de derecho público con personalidad jurídica propia sometidas a la Generalidad, pero que deban ajustar su actividad al ordenamiento jurídico privado.* Entes que en la legislación estatal se comprenden en el concepto de entidad pública empresarial.

2) *Sociedades civiles o mercantiles con participación mayoritaria de la Generalidad de sus Entidades Autónomas o de las Sociedades en que la Generalidad o las mencionadas Entidades posean también participación mayoritaria en su capital social.*

Finalmente, también, la Ley considera a las Sociedades civiles o mercantiles vinculadas a la Generalitat, es decir, las que son gestoras de servicios públicos, cuya titularidad ostente la Generalitat o las que hayan suscrito convenios con la misma, y en las que ésta posea la facultad de designar todos o una parte de los órganos de dirección o participe directamente en ellos, como mínimo, en un 10 por 100 del capital social. De la Ley no se obtienen criterios claros respecto de cuándo procede o puede proceder una u otra figura, sino que, en primer término, todas ellas se configuran como un medio de ejecución de las funciones de la competencia de la Generalitat. En todo caso existe alguna referencia tal como “los organismos que **deban** sujetar su actividad a derecho privado”, etc. de la que cabe deducir, por ejemplo, que resulta forzoso que actúen conforme al derecho privado, para constituir el tipo primero considerado como empresa de la Generalitat; es decir, que la actuación de derecho privado resulta obligada y no que es fruto de una decisión encaminada a escapar de los procedimientos del derecho público. Destaca en este ordenamiento la referencia a Sociedades civiles, como también hemos visto que ocurre en la normativa balear.

La Comunidad Autónoma de La Rioja se adapta a los principios de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado y regula en su Ley 3/2003 su sector público comprendiendo: los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las sociedades públicas y las fundaciones públicas. Todavía no nos consta la existencia de alguna reacción ante la creación por el Estado de la figura de las agencias estatales.

Como se ve la falta de adaptación general a los criterios de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, provoca la persistencia de los criterios de la derogada Ley General Presupuestaria y la de la complejidad organizativa en el campo de las personas jurídicas. Pero conviene también examinar la regulación en la Administración Local.

*b) La situación por lo que respecta a la Administración Local*

La Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, se ocupa de las sociedades mercantiles, así como de los organismos autónomos, al regular las formas de gestión de los servicios públicos y en su artículo 85.2 nos dice que la gestión directa de éstos puede adoptar la forma de Sociedad mercantil local, *cuyo capital social pertenezca íntegramente a la Entidad local o a un ente público de la misma*. El artículo 103 del Texto Refundido de las disposiciones legales vigentes en materia de Régimen local establece que *en los casos en que el servicio o actividad se gestione en forma de empresa privada, habrá de adoptarse una de las formas de Sociedad mercantil de responsabilidad limitada*. Este artículo es anterior en el tiempo y redacción al actual artículo 85 ter.

de la Ley reguladora que al referirse a las sociedades mercantiles locales, cualquiera que sea su forma, no sólo las remite al ordenamiento jurídico privado, sino que en su número 2 dice que *la sociedad deberá adoptar una de las formas de sociedad mercantil de responsabilidad limitada, y en la escritura de constitución, constará el capital, que deberá ser aportado íntegramente por la entidad local o ente público de la misma*. Constituye esto una particularidad, en cuanto la regulación estatal está referida a las sociedades anónimas preferentemente, figura que, del artículo 104 del mencionado Texto Refundido, se deduce que es posible en el caso de gestión indirecta, al referirse, en dicho caso, a las formas de Sociedad mercantil sin especificar una concreta. Por lo que se refiere a esta gestión indirecta el artículo 85.2 B) de la Ley Reguladora la permite mediante las distintas formas previstas para el contrato de gestión de servicios públicos en el artículo 156 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, entre las que se comprende *la sociedad de economía mixta en la que la Administración participe por sí o por medio de una entidad pública en concurrencia con personas naturales o jurídicas*. (La referencia debe entenderse, en la actualidad, realizada al artículo 253 de la Ley de Contratos del Sector Público) La Ley de Haciendas locales sujeta a las sociedades mercantiles, en cuyo capital tengan participación total o mayoritaria las Entidades locales, al régimen de contabilidad pública y a la función interventora, de control financiero, de acuerdo con las normas de auditoria del Sector público y fiscalización externa del Tribunal de Cuentas, y control de eficacia.

Por lo que respecta al Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, anterior, por tanto, a las normas antes citadas, en su artículo 89, al referirse a la gestión directa de los servicios

*económicos, dice que podrá serlo en régimen de Empresa privada, que adoptará la forma de responsabilidad limitada, o de Sociedad Anónima...* Por tanto, en este reglamento no existe la matización que se ha hecho respecto de la Ley y de la gestión directa, en la que corresponde la Sociedad de responsabilidad limitada y que en la gestión indirecta resultaba posible, en cambio, la anónima. El mismo Reglamento, en su artículo 103, en el capítulo dedicado a la gestión por Empresa mixta, dice que *las empresas mixtas se constituirán, mediante escritura pública, en cualquiera de las formas de Sociedad mercantil, comanditaria, anónima o de responsabilidad limitada.* Hay que tener en cuenta que la gestión por Empresa mixta era una forma de gestión indirecta a tenor del apartado e) del derogado punto 4 del artículo 85 de la Ley 7/1985, que se refería a las Sociedades mercantiles cuyo capital pertenezca sólo parcialmente a la entidad local, pero que conforme a la actual remisión al Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas y su artículo 156 o al vigente 253 de la Ley de Contratos del Sector Público, se corresponde con la forma de Sociedad de economía mixta.

Finalmente, el artículo 132 del Reglamento de organización, funcionamiento y régimen jurídico de las entidades locales, Real Decreto 2568/1986, no hace más que una referencia a la posibilidad del establecimiento de entes descentralizados con personalidad jurídica propia, y el 133 remite para su establecimiento a lo dispuesto en la legislación de Régimen Local relativa a las formas de gestión de servicios, por lo que hay que considerar lo anteriormente reflejado.

*c) La cuestión de las sociedades civiles.*

La referencia en alguna de las normas reflejadas a las sociedades civiles como posibles en un Administración pública, como hemos visto en normativa de Baleares y Cataluña, por ejemplo, (en esta última tenemos la Ley 9/1997, de 23 de junio, sobre la participación de la Generalidad en sociedades mercantiles y civiles) es otro factor más de complejidad y de confusión, sobre todo si se parte del punto de vista de la organización de las Administraciones públicas, pues sobre todo en este caso, y, en parte, en el de las fundaciones privadas que más adelante se analizan, no creo que deba realizarse el enfoque de estas figuras como una cuestión organizativa, sino, básicamente como una forma de actuación de derecho privado de las Administraciones públicas, que conlleva formas organizativas del mismo derecho. Es decir, como una actuación de las que en el Derecho administrativo, la doctrina de la doble personalidad de la Administración pública calificaría como propia de persona privada.

En resumen, no cabe excluir que las Administraciones públicas formen parte de sociedades civiles o que les sea necesario en algunos casos utilizar la sociedad civil para determinados fines o actividades que se realizan en el orden civil. Así, por ejemplo, puede ocurrir o sería posible que con respecto a bienes patrimoniales se adopten sistemas de gestión o de explotación que acudan a la forma de una sociedad civil, ya que así cabe deducirlo del Capítulo IV de la Ley de Patrimonio del Estado y, más concretamente de sus artículos 66 y 67, si bien con exigencia de concurso público y libre concurrencia, como norma general. Lo que no hay que considerar es que la sociedad civil sea una forma de organización de la Administración pública, aunque forme parte de sus posibilidades jurídicas

de actuación o forme parte del ordenamiento jurídico que afecta a las Administraciones públicas. Es un ejemplo, como hemos dicho, este de caso en el que se podría hacer referencia a la personalidad jurídica privada de la Administración pública frente a una personalidad jurídico pública, cosa que, al referirse a la personalidad jurídica única de la Administración pública, no permite el ordenamiento jurídico; por tanto, hay que insistir que estamos en un punto de necesaria actuación de las Administraciones públicas conforme al derecho privado. Si bien es lógico que siempre debe existir una plena justificación en expediente y memoria de la procedencia y mejor utilidad de la figura, frente a otras posibles, sobre todo en cuanto la sociedad civil se configura en el Código Civil como un contrato entre dos o más personas *con el ánimo de partir entre sí las ganancias* (art. 1.665) y, además pueden revestir cualquier forma de las reconocidas en el Código de Comercio, por lo que se acercan, en este sentido, a las sociedades mercantiles.

Pero si, como hemos visto, en la vigente Ley de Contratos del Sector Público, no se considera, a sus efectos, a las entidades públicas empresariales como Administración pública, con mayor razón cabe decirlo de las sociedades mercantiles.

*d) Breve y parcial reflexión sobre la situación.*

De lo antedicho hasta ahora, nos resulta una situación muy confusa y posibilista para las Administraciones públicas, sobre todo para aquellas personas que deben adoptar decisiones organizativas; pero también si pretenden actuar con coherencia o partiendo de principios organizativos racionales, pues las leyes no se los ofrecen, ni tampoco unas pautas

interpretativas claras. Los términos de empresas y sociedades se emplean comprendiendo casos diferentes según Administraciones públicas y la utilización de derecho privado o de la actividad mercantil o industrial, tanto sirve para configurar un organismo público como una persona jurídica de derecho privado, y ya al referirnos a la sociedad civil hemos conectado la cuestión con la teoría de la doble personalidad; o, simplemente, si se quiere con la normal doble capacidad de actuar de las Administraciones públicas, pública y privada, según necesite del poder o simplemente actúe como un particular más, en situación de igualdad o en el mercado.

De otro lado, la razón de la dispersión normativa analizada respecto de la concepción y configuración de la organización personificada de las Administraciones públicas, ha tenido siempre un fundamento o causa en la distinta regulación que ha surgido desde la distinta perspectiva de la Hacienda Pública respecto de la puramente organizativa de otros Ministerios encargados de la organización administrativa en general (bien sea el de la Presidencia del Gobierno, bien sea el de Administraciones Públicas), pero ahora se une el factor del respeto a la autonomía de cada Administración pública o Comunidad Autónoma con competencia legislativa. Sin embargo, nada obstaba a que unos principios generales en materia organizativa se hubieran podido dictar como bases comunes a todas las Administraciones públicas, sobre todo para introducir un orden claro en cuanto a la organización que forzosamente debe regirse por principios de administración pública y no por los esquemas de una empresa privada. Principios que sólo surgen, si bien con una perspectiva excesivamente particularizada, desde las bases del régimen de la hacienda

y contabilidad pública y por los principios que rigen el gasto público y su intervención.

Que los principios básicos existen y que sin fuerza la legislación estatal pretende establecerlos se deduce del artículo 1 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, en cuanto dice que: *La presente Ley regula, en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones públicas, la organización y el funcionamiento de la Administración General del Estado y los Organismos públicos vinculados o dependientes de ella, para el desarrollo de su actividad.* Esta cuestión que ya fue analizada al tratar los principios de la organización administrativa, al efecto que ahora nos ocupa evidencia dos cuestiones; una, que la Ley actúa en el marco del régimen jurídico común a todas las Administraciones públicas, lo que sólo puede significar que lo que es objeto de su tratamiento es de aplicación general a todas dichas Administraciones. Pero, sin embargo, sólo se ocupa de regular la organización y funcionamiento de la Administración estatal. El complejo existente en el legislador resulta evidente, por respeto a la autonomía de las Comunidades Autónomas no se atreve siquiera a destacar unas bases comunes, cuando en cambio afirma que se desenvuelve en “el régimen jurídico común” a todas las Administraciones. Por ello, la real adaptación a los que se deduzcan como principios comunes o básicos acaba dependiendo de una decisión de cada Comunidad Autónoma y si no se da este supuesto, la diversidad, como hemos visto, está servida y, con ella, la carencia de bases comunes o principios generales. Este complejo no se manifiesta, sin embargo, respecto de los entes locales por su carencia de competencia de dictar normas con rango de ley y a pesar de afectar a un campo organizativo, la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen

Local y su modificación por Ley 57/2003 de medidas para la modernización del gobierno local, las sujeta plenamente a la ley estatal.

De otro lado, incluso nuestra consideración de que en la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, se encierran unos principios generales de la organización, decae, en cierto modo, con la creación por Ley 28/2006 de las agencias estatales, ya que resulta en buena parte coincidente con la conceptualización de los organismos autónomos y, sobre todo, siempre por la falta de explicación clara y ambigüedad del ordenamiento jurídico de los casos de procedencia de cada figura.

La segunda cuestión, tiene que ver con la línea general de esta obra, preocupada de la distinción entre derecho y organización, y es la de que ésta y el funcionamiento de las Administraciones públicas acaban formando parte de su régimen jurídico, pero, en cambio, no llegan a constituir un cuerpo legal uniforme, sino que, bien, es una regulación dispersa que necesita de una exégesis particularizada para descubrir en cada caso la existencia de un principio general o de una base común o, bien, aparece, de modo incompleto como una parte dentro del régimen jurídico del procedimiento administrativo, más como asunto jurídico que como cuestión de principios de buena administración necesarios o de Ciencia de la Administración aplicable. Pero esta inclusión de la organización como una parte del régimen jurídico de las Administraciones públicas, entra en conflicto con la concepción de la potestad de autoorganización, como una competencia propia de cada Administración y como de carácter discrecional. De ahí la dificultad con que se puede

encontrar el legislador estatal para delimitar el régimen jurídico común o básico de las distintas Administraciones públicas.

Queda, sin embargo, una cuestión a analizar respecto a las sociedades en la Administración pública o de las personas jurídicas creadas según el derecho privado y tiene que ver con lo dispuesto en el artículo 2 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado y el concepto de Organismos públicos que ella ofrece y el de Administración General del Estado que dicho artículo fija y que, en cierto modo, puede resultar perturbador o, al contrario, ofrecer la guía general de comportamiento que se precisa a la hora de organizarse. No podemos afirmar que el mencionado artículo 2 ofrezca con claridad un concepto de Administración General del Estado, pero sí unas claves generales. Así del punto 1 del artículo, además de la afirmación del sometimiento pleno a la Ley y al Derecho, resulta que la Administración General del Estado *sirve con objetividad los intereses generales desarrollando funciones ejecutivas de carácter administrativo*. Y el punto 2 recoge que *La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única*. De otro lado, el punto 4, dice: *Las potestades y competencias administrativas que, en cada momento tengan atribuidas la Administración General del Estado y sus Organismos públicos por el ordenamiento jurídico, determinan la capacidad de obrar de unas y otros*.

Sin perjuicio del concepto ya analizado de Organismos públicos, en el que queda comprendido el ejercicio de actividades de carácter económico, interesa destacar los siguientes elementos que sirven para configurar una idea de la Administración General del Estado: servicio

objetivo a los intereses generales; funciones ejecutivas de **carácter administrativo**; organización jerárquica y personalidad jurídica única. Finalmente, una capacidad de obrar fijada o delimitada por las potestades y las competencias, que son atribución del ordenamiento jurídico. Este conjunto caracteriza, junto con el sometimiento a la Ley y el Derecho, a la Administración General del Estado. Pero si pensamos en una sociedad mercantil o en un ente creado conforme al derecho privado ¿les serían de aplicación como características propias? Tendremos que afirmar, con carácter general, que no, aun cuando algunas pudieran formar parte de su aparato u organización administrativa propia. En cambio, de estas características podríamos concluir o, al menos afirmar, que las actuaciones que impliquen la existencia de una personalidad separada de carácter privado, creadas conforme a dicho derecho, como es el caso de las sociedades mercantiles, no suponen su configuración como Administración General del Estado; es decir, no lo son conforme a los presupuestos de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado. Lo que, de otro lado, plantea la cuestión del alcance del concepto legal de Administración General y de la existencia de otros conceptos opuestos o confluyentes. Nos hace recordar esta situación otros antecedentes históricos que afectaban a la competencia de la justicia administrativa o la de la justicia ordinaria o a los contratos administrativos, en cuanto al hecho de que a la hora de determinar la posibilidad de control de los actos administrativos por la justicia ordinaria y no por la administrativa o Consejo de Estado francés o Real español se atendía a que la primera podía hacerlo cuando la Administración actuaba como persona jurídica, lo que significaba que no lo hacía como poder sino como un particular , como lo demuestra un Real Decreto de competencias de 7 de abril de 1895 que manifiesta que en los contratos relativos a bienes propios

proceden las corporaciones locales como personas jurídicas y no como entidades administrativas, para concluir que *por lo tanto no es legítimo el acto administrativo que declara sobre la validez de semejantes contratos*<sup>162</sup>; lo que, en definitiva, equivale a distinguir el ámbito de actuación de poder de la realizada como persona jurídica, que se presenta como distinta y no sujeta a Derecho administrativo; es decir, o bien se actúa como Administración pública (es decir como poder) o como persona jurídica y no tanto que se diga que existe una doble personalidad. Lo que resulta paradójico si se contempla respecto de la postura doctrinal que conceptúa al Derecho administrativo sobre la base de la condición de personas jurídicas de las Administraciones públicas.

En sentido contrario, es posible, concluir que las sociedades mercantiles, o las civiles en su caso, que cree el Estado, no deben perseguir los fines, ni cumplir características que se consideran como propias de la Administración General del Estado y a sus Organismos públicos y que su creación debe estar configurada y prevista en el ordenamiento jurídico, como potestad o competencia y plenamente justificado, aun en este caso, su interés público y necesidad conforme al mismo; si bien ya hemos visto la manera en que está previsto todo ello. En el fondo, pues, cabe interpretar o considerar que lo que existe es un fin general atribuido a las Administraciones públicas, por el ordenamiento jurídico en general, que les permite; en determinadas ocasiones, intervenir en actividades económicas que no constituyen reserva en su favor o no son una competencia concreta o específica, y que dicha intervención, por dicha razón de no competencia propiamente dicha, ha de serlo mediante formas

---

<sup>162</sup> Véase **Parada Vázquez, J.R.**, *Los orígenes del contrato administrativo*; Ed. Instituto García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1963; p. 127 y ss.

de actuación del derecho privado pues se va a realizar en el ámbito económico del mercado. De este modo, se puede considerar la existencia de un fin o de una necesaria actividad, no propiamente de una competencia en el sentido del derecho público, y de una forma de gestión o de producción mediante la utilización de una persona privada, en su forma y régimen jurídico, que en sentido material, pues, no es un ente público.

Por lo que respecta a las agencias estatales, su creación no viene a clarificar el panorama descrito, si bien, pueden ser un instrumento de organización racional, al permitir la creación de unas unidades con una dimensión “manejable” y la delimitación de responsabilidades y la evaluación de resultados concretos, pero que resulta ser una figura o concepto vinculado al de las políticas públicas, que por su amplitud y en virtud de la disposición adicional sexta de la Ley 28/2006 establece de nuevo el posibilismo en las decisiones y se solapa con los conceptos de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales, e incluso los hace inútiles. Salvo que se considere que la Ley 6/1997 realmente establece esos principios generales de organización que hemos apuntado y que lo antedicho sólo ocurre en la Administración General del Estado y que cada Comunidad Autónoma tiene su propia potestad para utilizar estas figuras.

Por último, no puede dejar de considerarse la repercusión que tiene el artículo 3.2 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, en cuanto al no considerar Administración pública a las entidades públicas empresariales, marca una diferencia entre Administración pública y Sector Público. De tal modo que la regulación o actuación de un organismo público como sometido a derecho privado, lo excluye del

concepto de Administración pública si bien lo incluye en el Sector Público. En cierto modo esta ley viene a confirmar las reflexiones realizadas al tratar del alcance de la expresión “Administración General del Estado”.

Pero como, precisamente, más adelante, no vamos a ver forzados a insistir en incongruencias y diferencias entre todas las formas organizativas que nos ofrece nuestro ordenamiento jurídico, cuando tengamos que analizar las cuestiones que plantea la decisión organizativa, conviene que sigamos analizando las formas reguladas o existentes que aún restan por observar.

#### *E) Especial referencia a las fundaciones estatales.*

Pero si el panorama anteriormente descrito de distintos entes o personas jurídicas no resulta suficientemente perturbador, la realidad es que aún quedan otras figuras y cuestiones que contemplar, pues, tal como veíamos al analizar las fundaciones sanitarias<sup>163</sup>, todavía existe una vía más de escape respecto del Derecho administrativo, que es la de las fundaciones que regula la Ley 50/2002 de Fundaciones, que reconoce el derecho de las personas jurídico públicas a crear fundaciones y que dedica el capítulo XI a las “Fundaciones del Sector Público Estatal” y, por su parte, el artículo 2.1 f) de la Ley General Presupuestaria las incluye, también formando parte de dicho sector y el 3 como sector público fundacional.

---

<sup>163</sup> Hemos hecho referencia a las fundaciones públicas sanitarias en el apartado b) del B) del punto 4 del Capítulo II y en el anterior apartado dedicado a las entidades públicas empresariales.

Al hacer referencia a las entidades públicas empresariales, así como al analizar la cuestión de las fundaciones sanitarias se nos ofrecían las expresiones interés público e interés general, como definitoria la primera de aquéllas y la segunda ligada en cierto modo a ellas y a las fundaciones, pero sobre todo, estas expresiones jugaban su papel en la distinción entre servicios públicos propios e impropios, de modo que considerábamos a los primeros como propios de los organismos autónomos y a los segundos ligados a la competencia de las entidades públicas empresariales y dejábamos para este momento en análisis más detallado de la cuestión de las fundaciones privadas.

La cuestión, pues, de una distinción entre intereses públicos e intereses generales se apuntaba como elemento de comprensión o conceptualización de las personas jurídicas mencionadas y nos veíamos obligados a conceptualizar las entidades públicas empresariales sobre la idea de los servicios que prestarían, al no calificarlos la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado como públicos, tal como hace respecto de los organismos autónomos; de tal modo, que considerábamos que eran aquellos servicios impropios de interés público o de simple interés general que, coyunturalmente, se prestarían por la Administración pública, de modo que se convierten en “su competencia” en virtud de una decisión legal, aunque sea de modo temporal o indefinido; es decir, no constituyen una reserva competencial a favor de las Administraciones públicas. También, hay que recordar la reflexión final realizada respecto de las sociedades estatales y similares de las Comunidades Autónomas y Administración Local, en cuanto a su consideración material de entes o personas jurídicas de derecho privado.

La Ley 50/2002, de Fundaciones, en su artículo 3 establece que las *fundaciones deberán perseguir fines de interés general* e, inmediatamente establece clases o tipos de dichos fines, así: *los de defensa de derechos humanos, de las víctimas del terrorismo y actos violentos, asistencia social e inclusión social, cívicos, educativos, culturales, científicos, deportivos, sanitarios, laborales, de fortalecimiento institucional, de cooperación para el desarrollo, de promoción del voluntariado, de promoción de la acción social, de defensa del medio ambiente, y de fomento de la economía social, de promoción y atención a las personas en riesgo de exclusión por razones físicas, sociales o culturales, de promoción de los valores constitucionales y defensa de los principios democráticos, de fomento de la tolerancia, de desarrollo de la sociedad de la información, o de investigación científica y desarrollo tecnológico.* Finalmente, hay que tener en cuenta que las fundaciones no tienen finalidad de lucro y que se nutren básicamente del fondo que constituye su dotación, sin perjuicio de la posibilidad de ingresos derivados de su actividad. La exclusión del ánimo de lucro y los fines reseñados, nos sitúan, fundamentalmente, ante a un tipo de actividad que no puede ser calificado como económico o productivo, sino dentro del ámbito denominado como benéfico- cultural.

Partiendo, pues, de estos fines, las Administraciones públicas pueden constituir fundaciones que se consideran como sector público estatal, según el artículo 44 de la Ley de Fundaciones, cuando: a) Se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de la Administración General del Estado, sus organismos públicos o demás entidades del sector público estatal y b) que su patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 por 100 por bienes y derechos aportados o cedidos por las referidas entidades. Pero la

misma Ley, en el artículo 46, les establece unas limitaciones, en primer lugar dice que no pueden ejercer potestades públicas y que *únicamente podrán realizar competencias de las entidades del sector público estatal fundadoras, debiendo coadyuvar a la consecución de los fines de las mismas, sin que ello suponga la asunción de sus competencias propias, salvo previsión legal expresa*. Este punto que nos relaciona con el que es el principal objeto de nuestra reflexión es el más complejo, en cuanto realizan competencias públicas, calificadas como actividades en el artículo, pero no les son propias como competencia, lo que plantea, al no ejercer potestades públicas, que no pueden dictar actos administrativos, como es lógico, y que sólo prestan una actividad y esta actividad sigue siendo competencia de la entidad pública fundadora. En resumen, una mera acción operacional, gestora o ejecutiva.

De otro lado, también, surge una cuestión respecto a lo reflejado del apartado a) del artículo reseñado ya que, inicialmente, sólo se refiere a una participación mayoritaria de la Administración, lo que hace pensar, inicialmente que en estas fundaciones estatales o públicas exista siempre una participación de los particulares o del sector privado, puesto que las exposiciones de motivos de las leyes, estatal y autonómicas, que se ocupan de esta figura, siempre manifiestan que constituye una forma de participación privada en actividades de interés general. Situación o cuestión de buena lógica, ya que haría compatible la figura con el resto de posibilidades de organizaciones personificadas que tienen las Administraciones públicas y permitiría las decisiones de modo más racional y menos posibilista, todavía más si se considera que su creación o constitución debe ser, normalmente, a iniciativa del particular que quiere dedicar un fondo a un fin de interés general y la Administración pública le

apoya con una participación superior, para el caso de ser considerada la fundación como sector público. Pero lo cierto es que no existe una exclusión expresa de la posibilidad de una aportación económica exclusiva y total por la Administración, exigiendo el artículo 45 de la Ley de Fundaciones sólo una memoria justificativa de las razones y motivos por los que se considera que existirá una mejor consecución de los fines de interés general a través de la fundación que mediante otras formas jurídicas. Por tanto, de nuevo el concepto “interés general” y su delimitación son claves. Y de nuevo, el carácter privado y de derecho civil de la figura, plantea la consideración formal de que no nos encontramos ante una Administración pública propiamente dicha.

El artículo 46 sigue estableciendo que la selección de personal de las fundaciones del sector público estatal, debe realizarse con sujeción a los principios de igualdad, mérito, capacidad y publicidad de la correspondiente convocatoria y que su contratación se ajustará a los principios de concurrencia y objetividad, *salvo que la naturaleza de la operación a realizar sea incompatible con dichos principios*. En este campo de la contratación, pero en general, el Real Decreto Ley 5/2005, de 11 de marzo, modificaba el artículo 2 del Texto refundido de la Ley de contratos de las Administraciones Públicas y sujetaba a las fundaciones con participación mayoritaria pública no sólo a los principios señalados sino a los de capacidad, incluso a los procedimientos de licitación y formas de adjudicación en los contratos de obras, de suministro, de consultoría y asistencia y de servicios de cuantía igual o superior, con exclusión del IVA, a 5.923.000 euros en los de obras y 236.000 en los restantes citados. No existía referencia, pues, al contrato de gestión de servicios públicos, que cabe entender que una fundación no puede ofrecer a terceros, pero

queda la duda de si, en cambio, pueden ser concesionarias de un servicio público, a la vista de la previsión del apartado b) del artículo 46. 1 de la Ley de Fundaciones, antes reseñado, respecto de la realización de actividades relacionadas con el ámbito competencial de las entidades fundadoras del sector público correspondiente. En todo caso la posibilidad de concesión a una fundación de dicha gestión de servicios públicos no estaba excluida por el artículo 3 del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas de su ámbito; pero dependiendo del alcance que se dé a la expresión o concepto de entidades públicas, tampoco quedaría eliminada la vía de un convenio de colaboración, tipo de negocio jurídico excluido del ámbito del citado texto legal, cosa que hoy parece más lógico dada la reforma que ha supuesto la Ley de Contratos del Sector Público que ahora comentamos.

La vigente Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público en el artículo 3.1 f) incluye como sector público a *las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50% por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades*. Por lo que, sin perjuicio de los preceptos concretos que directamente las contemplen, la normativa de contratación pública les es de aplicación conforme a lo que la misma Ley citada, en el artículo en su punto 2, establece pero partiendo de la distinción que en el artículo 20 se realiza de los organismos que tienen consideración de Administración pública, ya que éste considera contratos privados los realizados o celebrados por entes, organismos y entidades del sector público que no reúnan la condición de Administraciones públicas; categoría en la que no

resultarían, según el artículo 3.2, salvo error de apreciación de mi parte, incluidas las fundaciones a las que hay que considerar personas jurídicas privadas. Esta sería, pues, en la actualidad la situación de las fundaciones: Sector público, no Administraciones públicas y personas jurídicas privadas.

La utilización que se hace de las figuras y la confusión que se realiza es evidente, pues se nos está mostrando que hay entes que son Sector público, que no son Administraciones públicas y que se rigen por el derecho privado en unos casos conservando la condición de organismo público y en otras formalmente como personas jurídico-privadas, aunque materialmente sean parte de una Administración pública o un ente público. Y así al contemplar el caso de si una fundación como tal persona privada podría ser adjudicataria de la gestión de un servicio público en el campo propio de su actividad, se nos muestran estas contradicciones, pues la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, no contempla a las fundaciones como posibles órganos de adjudicación, pero sí las sujeta en parte a sus preceptos y en la forma que ella misma determina, mediante contratos privados, pero no prevé, en cambio, que como persona privada pueda concurrir para ser adjudicataria en su caso. De ahí nuestra afirmación anterior de que la vía del convenio sea al parecer la más adecuada para resolver un caso como el citado de la gestión de servicios públicos.

Lo que, a su vez, plantea que una cosa es someter a estas fundaciones, por ser sector público, o públicas, si nos dejamos de sofisticaciones, pero sujetas al derecho privado y, como entes con autonomía de contratación, a los preceptos correspondientes de derecho

público en cuanto a la preparación y adjudicación de sus contratos y otra remitirlas en su relación con la Administración matriz u otras Administraciones, como posibles adjudicatarias de contratos públicos, a la legislación contractual, porque formalmente son privadas. Pero, al tratar la cuestión del sector público, insistiremos en esta cuestión.

De otro lado, la Ley de Fundaciones, también establece que *cuando la actividad exclusiva de la fundación sea la disposición dineraria de fondos, sin contraprestación dineraria de los beneficiarios, para la ejecución de actuaciones o proyectos específicos* (entendemos aquí comprendidas, por ejemplo, actuaciones, tales como becas, ayudas a la investigación, subvenciones y ayudas en general) *dicha actividad se ajustará a los principios de publicidad, concurrencia y objetividad, siempre que tales recursos provengan del sector público estatal.*

De otra parte, cuando las partidas del activo de la fundación o sus ingresos por la actividad propia, más, en su caso, el de la cifra de negocios de su actividad mercantil, superen 2.400.000 euros o el número medio de trabajadores sea superior a 50, corresponde la auditoria a la Intervención General del Estado.

También, en este caso, como en el de las otras personas que integran el sector público estatal, hay que tener en cuenta que sus presupuestos se integran en los Presupuestos Generales del Estado y ellos determinan las operaciones de inversión y financieras del sector público fundacional y la Ley General Presupuestaria les somete a buen número de limitaciones y controles del gasto, como al resto del sector público sobre todo en el caso

de la solicitud o recibo de subvenciones de explotación o de capital con cargo a los Presupuestos Generales del Estado.

Por tanto, pues, como en el resto de clases de personas jurídico públicas, las fundaciones eran Administración pública antes y hoy Sector público y su personalidad resulta instrumental para las Administraciones o entes de los que dependan o sean sus fundadores. Son formas jurídicas de organización de una Administración pública. En este caso, hay que tener en cuenta que las fundaciones estatales pueden ser una forma de colaborar con algunos sectores de la sociedad que sean cofundadores con la Administración pública. Se nos muestran, en cuanto al campo del interés general o servicios en que pueden desarrollar su actividad, en una situación similar a las entidades públicas empresariales, pero, frente a éstas, requieren escritura pública, y sus órganos básicos y organización se rigen por la Ley de Fundaciones, sin perjuicio de la normativa presupuestaria y contable estatal, en ellas pueden existir cofundadores privados, y no pueden ejercer potestades públicas.

No obstante, el hecho de la existencia de distintas leyes de fundaciones y de leyes presupuestarias o de hacienda según Comunidades Autónomas, hacen que las características apuntadas no puedan considerarse generales. Por lo que afecta a la Comunidad Valenciana en Ley 8/1998 de Fundaciones de la Comunidad Valenciana regula las que desarrollen sus funciones principalmente en el territorio de la Comunidad y permite la constitución por las personas jurídico públicas, salvo que su normativa reguladora establezca una prohibición de dicha constitución, y su creación no puede *comportar el establecimiento de servicios públicos cuya prestación en régimen de fundación no se halle especialmente*

*prevista*. En este caso, pues, se presenta una cuestión más en relación con la gestión de servicios públicos antes comentada y sus problemas, si bien la prohibición en este caso se refiere a la propia constitución y creación dirigida a ese fin y no a la posibilidad de coadyuvar que la Ley estatal prevé en el artículo 46.

De otro lado, la regulación de la Hacienda de las respectivas Comunidades Autónomas suele todavía fundamentarse en principios de la derogada Ley General Presupuestaria, como ya se ha señalado, y, en consecuencia, la regulación con respecto a las fundaciones no es clara o no existe, en cuyo caso la legislación estatal pasa a jugar su papel de Derecho administrativo aplicable o de derecho supletorio.

Por lo que corresponde a la Legislación de régimen local no existe una regulación de las fundaciones que se sujetasen a la Ley de Fundaciones como forma de gestión de los servicios públicos. El término de fundación se empleaba con anterioridad a que se generalizara e impusiera la denominación de organismos autónomos, a los que se llamaba fundaciones públicas de servicio. La única referencia a una fundación privada, aparece en el artículo 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, cuando permite que se organicen servicios dotados de personalidad *cuando por compra, donación o **disposición fundacional**, en este caso con arreglo a la voluntad del fundador, adquieren de los particulares bienes adscritos a determinado fin*. En realidad, pues, ésta normativa resulta más clara y tradicional, pero la Ley de Fundaciones les abre la posibilidad de crear fundaciones, si bien no existe regulación específica.

*F) La concepción del Sector público y las entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales.*

La variedad de entidades o personas jurídicas analizadas y la especial atención que las normas presupuestarias y de contabilidad, o de hacienda pública, en general, necesitan prestarles, en virtud del principio constitucional de racionalidad y control del gasto público, hace que dicha normativa constituya un elemento básico a la hora del análisis de la personificación en las Administraciones públicas. Tal variedad y, sobre todo, la sujeción de algunas de las figuras señaladas al derecho privado ha requerido de normas dirigidas a evitar que límites básicos o principios generales de administración pública no fueran desconsiderados en la gestión y actividad administrativa de estos entes; de ahí que ya en momentos anteriores hemos visto que sociedades mercantiles y fundaciones de derecho privado son consideradas como integradas en el sector público estatal y hemos señalado bien la paradoja que ello supone o bien la contradicción. También hemos señalado que en algunos casos materialmente eran Administración pública pero su actividad era de derecho privado y que, por ello, incluso la reciente Ley de Contratos de Sector público nos ofrece un concepto restringido de Administración pública. Por todo ello, resulta conveniente analizar el concepto de sector público que surge, en primer lugar, de la normativa de la Hacienda pública, con la salvedad de que en ella aún no figuran las agencias estatales, pero que, en principio, quedarían comprendidas en el sector público administrativo, si no fuera por el posibilismo introducido por la Disposición adicional sexta de la Ley 28/2006, al no diferenciar en ella entre los organismos públicos y permitir que posibles entidades públicas

empresariales en el futuro se creen como agencias estatales. En resumen, ya hemos visto que la naturaleza de las agencias estatales está indeterminada y que les corresponde la que digan sus estatutos, por lo que no cabe que las consideremos de modo general incluidas en el sector público administrativo o en el empresarial.

*a) El sector público estatal.*

Es la Ley General Presupuestaria la que entre sus artículos 2 y 3 nos ofrece la concepción o composición del denominado sector público estatal, para el cual no existe una definición propiamente dicha. De la suma de los artículos antes mencionados, cabe explicar dicho sector del siguiente modo. El sector público estatal, al objeto de la regulación del régimen presupuestario, económico-financiero, de contabilidad y de control financiero, trata de englobar a toda la organización de la Administración del Estado y se divide en tres: Sector público administrativo, sector público empresarial y sector público fundacional.

El *sector público administrativo* lo componen:

- La Administración General del Estado
- Los *organismos autónomos* dependientes de la Administración General del Estado.
- Las *entidades gestoras, servicios comunes y mutuas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales de la Seguridad Social en su función pública de colaboración en la gestión de la Seguridad Social.*
- Los *órganos con dotación diferenciada* en los Presupuestos Generales del Estado que, *careciendo de personalidad jurídica,*

*no están integrados en la Administración General del Estado,* regulándose su régimen económico-financiero por la Ley General Presupuestaria, sin perjuicio de las especialidades que se establezcan en sus normas de creación, organización y funcionamiento, las cuales regularán su régimen de contabilidad y control.

- Las *entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales* y los *consorcios* dotados de personalidad jurídica propia a que se refieren los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, cuando uno o varios de los sujetos enumerados en el artículo 2 de la Ley General Presupuestaria, hayan aportado mayoritariamente a los mismos dinero, bienes o industria, o se hayan comprometido, en el momento de su constitución, a financiar mayoritariamente dicho ente y siempre que sus actos estén sujetos directa o indirectamente al poder de decisión de un órgano del Estado. Ambas figuras deben además cumplir alguna de las dos características siguientes:

*1ª Que su actividad principal no consista en la producción de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de distribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro.*

*2ª Que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales a los efectos de la Ley General*

*Presupuestaria, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios.*

El *sector público empresarial* lo componen o integran:

- Las entidades públicas empresariales
- Las sociedades mercantiles estatales
- Las *entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y entidades públicas empresariales* y los *consorcios*; que no se incluyen en el sector público administrativo.

El *sector público fundacional*, lo integran las fundaciones del sector público estatal.

*b) Entidades estatales de derecho público que no son organismos autónomos ni entidades públicas empresariales.*

No entramos a analizar estas entidades, pues las comprendidas en el concepto y su número depende de la propia exclusión legal de su consideración como organismos autónomos o entidades públicas empresariales y de la permanencia de su regulación específica o para su enumeración y precisión se necesita un estudio anual de los Presupuestos de la Administración pública estatal o, en su caso, de los de cada Administración pública, lo que no sólo constituye una dificultad sino también una complejidad añadida a este punto, ya de por sí complejo y extenso. Además acabada de crear la figura de las agencias estatales, está por ver si repercute en la composición de este grupo.

Del panorama descrito no resulta, ni mucho menos, pues, que la organización administrativa que nos presenta la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado sea tan sencilla y clara y hasta el propio concepto de Administración General del Estado se convierte en posible foco de interpretación y de distinciones. La realidad es que aparece una buena serie de entidades estatales distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y que tampoco son sociedades mercantiles, pero tampoco se nos ofrece una panorámica de cuáles son y sus nombres.

Y así, cuando hemos contemplado el sector público estatal, al referirnos al sector público administrativo y el empresarial se ha visto que en ellos se integraban las entidades de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades empresariales mencionadas en los apartados b y c del artículo 2.1 de la Ley General Presupuestaria (y es posible que hubiere que añadir a las agencias estatales). Incluyendo en el sector administrativo a aquellas entidades que ya hemos visto cumplían las condiciones de no ser productoras de bienes o servicios o distribuyan renta o riqueza nacional y que no tengan ánimo de lucro y que no se financien mayoritariamente con ingresos comerciales como contrapartida de entrega de bienes o servicios. Mientras que en el sector empresarial se incluían las que no lo hacían en el administrativo.

Con la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado parecía simplificado dicho panorama y constituido básicamente por los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales y las sociedades estatales, de tal modo que aquellos

organismos que regulaba la anterior Ley Presupuestaria, y que se extienden a las respectivas leyes de Hacienda Pública de las Comunidades Autónomas, que eran definidos como “entidades de derecho público con personalidad jurídica cuyas actividades se rijan por el derecho privado”, y que a efectos de la Ley presupuestaria, se consideraban como “empresas”, debían, pues, incluirse en una de las tres categorías básicas que restaban a tenor de la Ley 6/1997 o continuaban rigiéndose por su legislación específica, sin perjuicio de su sometimiento a la Ley General Presupuestaria. Sin embargo la regulación del Sector público estatal, tanto en el administrativo como en el empresarial se refiere a entidades estatales de derecho público distintas de los organismos autónomos y de las entidades públicas empresariales y a cuyo análisis pormenorizado hemos renunciado, pero que, sin embargo, en parte hay que identificarlas con las previstas en las disposiciones adicionales 9ª y 10ª de la Ley 6/1997 que continúan rigiéndose por su legislación específica y por la Ley General Presupuestaria y supletoriamente por la Ley 6/1997 y que son: La Agencia estatal de Administración Tributaria, El Consejo Económico y Social y el Instituto Cervantes, por un lado, y La Comisión Nacional del Mercado de Valores, El Consejo de Seguridad Nuclear, el Ente Público RTVE, Las Universidades no transferidas, la Agencia de Protección de Datos, el Instituto Español de Comercio exterior(ICEX), el Consorcio de la Zona Especial Canaria, la Comisión Nacional de Energía y la Comisión de Mercado de las Telecomunicaciones. Todo ello sin perjuicio de que podamos en el futuro encontrarnos con que se transformen en agencias estatales.

En el punto 2, apartado c), de este artículo 3, la Ley incluye en el sector público empresarial *a las entidades mencionadas en los párrafos g)*

y h) del apartado 1 del artículo anterior no incluidas en el sector público administrativo. Lo que significa, atendiendo a las condiciones que se exigían para la inclusión en el sector administrativo que en el empresarial caben o se integran aquellas cuya actividad consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al consumo individual o colectivo o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional con ánimo de lucro. También las que se financien mayoritariamente con ingresos comerciales, entendiéndose como tales, los ingresos, cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida de las entregas de bienes o prestaciones de servicios. A todo ello y en ambos casos, hay que añadir que no revistan la forma de sociedad mercantil, pues, en tal caso, las entidades quedarían comprendidas en el apartado b) del mismo punto y artículo mencionados al inicio de este párrafo.

De otro lado, hay que tener en cuenta que la Disposición adicional decimotercera de la Ley General Presupuestaria se refiere al régimen de estas entidades *preexistentes a la entrada en vigor de la Ley*, a las que remite a su régimen presupuestario, económico- financiero, de contabilidad, etc., anterior a la Ley; lo que permite entender que no se considera a extinguir la figura en general e interpretar, por el contrario, que pueden establecerse nuevas al regularse directamente la figura en los artículos 2.1 y 3.1 sin limitar su posible creación o condicionarlas a su preexistencia a la entrada en vigor de la Ley 47/2003. Por lo tanto, nos encontramos en una situación clásica, por la que existe un pretendido régimen general de los organismos públicos que mantiene unas excepciones y no impide que una norma con rango de ley cree nuevas entidades y las excepciones del régimen general; la única referencia unitaria

es finalmente la normativa presupuestaria, en parte la de contratación administrativa y en especial por la normativa europea en esta materia.

La regulación de las agencias estatales y la declaración en la nueva redacción del artículo 43 de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado, otorgada por la Disposición final primera de la Ley 28/2006, de que se rigen por su normativa específica y la remisión de ésta a cada Estatuto, es otro claro ejemplo de la inexistencia real de un régimen general para ellas y los organismos públicos.

*c) Sector público y sometimiento a Derecho administrativo.*

De la Ley 47/2003, General Presupuestaria, pues, resulta un **sector público**, cuyo artículo 3 clasifica en administrativo, empresarial y fundacional, de modo que el primero comprende claramente las personas sometidas a Derecho administrativo exclusivamente y los otros dos incluyen a personas que se someten a derecho privado o que no se incluyen en el sector administrativo o que son intrínseca y formalmente personas jurídico-privadas. Pero esta Ley somete a todas ellas a sus principios y en su artículo 4.2 las sujeta: al sistema tributario estatal; al régimen de la Seguridad social; al patrimonial público; al general de las relaciones financieras entre el sector público estatal y las Comunidades Autónomas y entidades locales; al de las Haciendas locales; a los principios básicos y las normas fundamentales que constituyen el régimen jurídico de las ayudas y subvenciones concedidas por las entidades integrantes del sector público estatal con cargo a sus presupuestos o a fondos de la Unión Europea; al régimen general de contratación administrativa o de las entidades

integrantes del sector público estatal y al régimen de contratación de obligaciones financieras y de realización de gastos, en aquellas materias que por su especialidad no se regulan en la propia Ley. Además declara de aplicación con carácter supletorio el Derecho administrativo y sólo, en su defecto, el derecho común.

De otro lado, ya hemos hecho referencia en varias ocasiones a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público la cual realiza una enumeración de los entes, organismos y entidades que, a sus efectos, integran el sector público, sin que matice los distintos sectores que enumera la Ley General Presupuestaria, introduciendo, además, el concepto restringido de Administración pública, al considerar que parte de dichos entes, organismos y entidades que forman parte del Sector público no son Administraciones públicas.

No vamos a analizar más la cuestión, bastante complicada ya de por sí, pero sí vamos a enumerar el contenido del artículo 3 de dicha Ley de Contratos de Sector Público que establece el ámbito subjetivo de la misma. Así el punto 1 de dicho artículo nos enumera los entes, organismos y entidades que forman parte del sector público e incluye los siguientes:

*a) la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas y las Entidades que integran la Administración local-*

*b) Las entidades gestoras y los servicios comunes de la Seguridad Social.*

*c) Los organismos autónomos, las entidades públicas empresariales, las Universidades Públicas, las Agencias estatales y cualesquiera*

*entidades de derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas a un sujeto que pertenezca al sector público o dependientes del mismo, incluyendo aquellas que, con independencia funcional o con una especial autonomía reconocida por la Ley, tengan atribuidas funciones de regulación o control de carácter externo sobre un determinado sector o actividad.*

*d) Las sociedades mercantiles en cuyo capital social la participación, directa o indirecta, de entidades de las mencionadas en las letras a a f del presente apartado sea superior al 50 %.*

*e) Los consorcios dotados de personalidad jurídica propia a los que se refieren el artículo 6.5 de la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y la legislación de régimen local.*

*f) Las fundaciones que se constituyan con una aportación mayoritaria, directa o indirecta, de una o varias entidades integradas en el sector público, o cuyo patrimonio fundacional, con un carácter de permanencia, esté formado en más de un 50 % por bienes o derechos aportados o cedidos por las referidas entidades.*

*g) Las Mutuas de Accidentes de Trabajo y Enfermedades Profesionales de Seguridad Social.*

*h) Cualesquiera entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, que hayan sido creados específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, siempre que uno o varios sujetos pertenecientes al sector público financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración, dirección o vigilancia.*

*i) Las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.*

Esta inclusión de las asociaciones, en la redacción otorgada, hace considerar que se refiere las asociaciones que pueden constituirse al amparo de la Ley Orgánica 1/2002, puesto que las personas públicas pueden hacerlo entre sí o con los particulares y, al respecto, hemos de pensar que también en esta ocasión cuando la asociación sea con particulares lo es, como señala el artículo 2.6 de la mencionada ley, como medida de fomento o apoyo, de tal manera que destacan estas asociaciones como una actividad o como una forma de subvención o aportación de fondos a los particulares que realizan actividades consideradas de interés general. No cabe considerarlas Administraciones públicas pero sí que esta decisión legal, al incluirlas como sector público, las somete al régimen de contratación pública correspondiente.

El artículo en su punto 2 nos dice, dentro del sector público que acaba de considerar que entes, organismos y entidades tendrán la consideración de Administraciones públicas y enumera los siguientes:

- a) Los mencionados en las letras a y b del apartado anterior.*
- b) Los Organismos autónomos.*
- c) Las Universidades Públicas.*
- d) Las entidades de derecho público vinculadas a una o varias Administraciones Públicas o dependientes de las mismas que cumplan alguna de las características siguientes:*

- 1. que su actividad principal no consista en la producción en régimen de mercado de bienes y servicios destinados al*

*consumo individual o colectivo, o que efectúen operaciones de redistribución de la renta y de la riqueza nacional, en todo caso sin ánimo de lucro, o*

2. *que no se financien mayoritariamente con ingresos. Cualquiera que sea su naturaleza, obtenidos como contrapartida a la entrega de bienes o a la prestación de servicios.*

*No obstante, no tendrán la consideración de Administraciones Públicas las entidades públicas empresariales estatales y los organismos asimilados dependientes de las Comunidades Autónomas.*

El artículo continúa, en su punto 3, definiendo los que se consideran como poderes adjudicadores y que incluye como tales a las Administraciones públicas y a todos los demás entes, organismos o entidades con personalidad jurídica propia, distintos de dichas Administraciones públicas, que se hayan creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general ***que no tengan carácter industrial o mercantil***, siempre que uno o varios sujetos que deban considerarse poder adjudicador de acuerdo con los criterios *de este apartado 3* financien mayoritariamente su actividad, controlen su gestión, o nombren a más de la mitad de los miembros de su órgano de administración. Por último considera también poderes adjudicadores a las asociaciones constituidas por los entes, organismos y entidades mencionados en las letras anteriores.

En definitiva y resumiendo, dada la complejidad que supone el actual régimen de contratación del sector público y atendiendo a las diferencias marcadas entre los entes, organismos y entidades que son

Administraciones públicas y los que no lo son, lo que se puede afirmar es que todo el sector público se somete en materia de contratación, como mínimo, a los principios de libertad y concurrencia -y, por tanto, al consecuente de publicidad- en cuanto es la preparación y adjudicación de los contratos el régimen jurídico común a todo el sector.

En definitiva, si consideramos, además, que la legislación de función pública o de personal de las Administraciones públicas es de aplicación al sector público, la aplicación del derecho privado está sujeta a bastantes límites y precisamente en los principios que afectan a la libertad de concurrencia y publicidad por lo que el escape al derecho público, no se produce precisamente en los procedimientos administrativos que mayor complejidad suponen como son los de selección de personal o el caso de la contratación y sus normas de preparación y adjudicación.

De otro lado, la concurrencia que hemos visto de diferentes leyes con perspectivas diferentes, las reguladoras de la organización propiamente dicha, las de hacienda y las de contratación complican enormemente el panorama para el administrador, sin perjuicio de que permita el posibilismo que favorece en el sentido mal llamado político y, por ello, hay que insistir en que las pautas para determinar la cuestión del sometimiento o no al Derecho administrativo de la organización correspondiente, sólo pueden ser establecidas atendiendo a la actividad a desarrollar; de modo que cuando nos hallamos en un servicio público en sentido estricto, ante una competencia determinada y exigible a la Administración, el campo es el propio del Derecho administrativo, mientras que cuando se trata de un servicio de interés público o que constituye un fin público o un simple interés general, y no una

competencia en sentido restringido y jurídico, que es una posibilidad admitida por el ordenamiento jurídico en casos singulares y a ejercer en los esquemas propios del mercado o del derecho privado, entonces es éste el que rige la organización en sus aspectos de actividad o prestación correspondiente. Pero de la legislación contractual principalmente vemos que el no ejercer actividades industriales o mercantiles o la financiación mayoritaria del ente por fondos procedentes de la organización pública les sujeta a Derecho administrativo.

En definitiva, en el campo del servicio público, en sentido o concepto estricto, existe una publicación; dicho servicio constituye una obligación prestacional de la Administración pública, mientras que la actividad de interés público, mejor de interés general, es privada; si bien el Derecho administrativo o los aspectos jurídicos se van a manifestar de dos maneras: una, en cuanto la Administración por circunstancias coyunturales o fines públicos que no conllevan una obligación o competencia regular y permanente, va a constituir organizaciones que se rigen en su actividad, en consonancia con el carácter antes señalado, por el derecho privado, y, como consecuencia, su organización más idónea, en orden a la actividad, debe ser la que siga los esquemas de las organizaciones privadas que, normalmente, realizan la misma. Por ello, la entidad pública empresarial, es la predicable frente a la del organismo autónomo en estos casos, sin perjuicio de las otras soluciones que hemos visto y que llegan, según el grado de vinculación de la actividad a las competencias propiamente dichas, a formas de organización exclusivamente de derecho privado.

Otra forma de manifestarse, en este campo, el Derecho administrativo, no es ya el organizativo, sino el regulador de la actividad

privada; de modo que frente o alrededor de estos servicios o actividades de interés público, surgen parte de los reglamentos que en su momento hemos calificado como de sujeción especial, también denominados, en algunos casos, reglamentaciones técnicas, que son ordenadores de una actividad social y en virtud de los cuales las Administraciones públicas realizan funciones interventoras, de autorización, de policía y de potestades sancionadoras. Pero considerando este hecho, en orden a las entidades públicas empresariales o en su caso a las agencias estatales y a otras entidades, les afecta, no en cuanto a las estructuras y funcionamiento del organismo u organización propiamente dicha, sino en cuanto en la actividad resultan igualmente obligadas que los particulares a respetar el ordenamiento o las citadas reglamentaciones técnicas, lo que suele producir problemas en orden, principalmente, al procedimiento sancionador.

Finalmente, de modo excepcional o subsidiario, la sociedad estatal de carácter mercantil se presenta ya de lleno en el campo de la economía de mercado, con aspectos o facetas en la que la Administración pública a través de sus organismos públicos realiza actividades bien de intervención en dicho campo o de inversión pública.

Recapitulando, sin perjuicio de la consideración final que a continuación se reflejará, es posible mantener una postura lineal y básica, según la cual los organismos autónomos en su estructura y actividad se rigen por el Derecho administrativo o éstas constituyen en sí mismas dicho derecho. No se puede decir lo mismo de las agencias estatales, en virtud de la analizada Disposición adicional sexta de la Ley 28/2006 y porque sus leyes de autorización pueden establecer su verdadero estatuto y naturaleza.

Las entidades públicas empresariales se rigen en su estructura y organización por el Derecho administrativo, mientras que su actividad material lo hace por el derecho privado, y si bien la legislación contractual no las considera Administraciones públicas, su condición de organismo público hace que tengan una actividad administrativa sujeta a Derecho administrativo en general, pero también en sus contratos, como lo demuestra la propia legislación contractual, en cuanto, al no ser Administración pública, sus contratos tendrían la naturaleza de privados, según el artículo 20.1 de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público, pero están sujetos a los principios que regulan la preparación y adjudicación de los contratos, que es Derecho administrativo. En cambio las sociedades estatales o las formas societarias de las restantes Administraciones públicas territoriales se rigen en todo caso, organización y actividad, por el derecho privado, salvo el régimen establecido en la Ley 47/2003, General Presupuestaria y la aplicación de los principios de libertad, concurrencia, y publicidad y régimen de preparación y adjudicación en los contratos. y todo ello con fundamento en los argumentos y matices expuestos.

La incidencia en este orden establecido de la regulación de las formas de gestión del Instituto Nacional de Salud, manteniendo, tras la regulación del artículo 111 de la Ley 50/1998, la forma de gestión mediante fundaciones acogidas a la Ley 30/1994 y poniendo de nuevo en línea a las sociedades estatales resulta perturbadora de los conceptos, al remitir o ajustar su actividad contractual al derecho civil y mercantil y sus relaciones jurídicas de personal al derecho laboral, sin que se especifique

el por qué ello debe de ser así<sup>164</sup>. La falta de razonamiento respecto de qué tipo de actividades sanitarias se regirían por estos derechos privados y de la causa de su exclusión del Derecho administrativo, sólo permite concluir que, simplemente se abría, o pretendía abrirse, una vía para que se mantengan servicios públicos sanitarios sin ajustarse a los regímenes públicos de contratación y de personal, que constitucionalmente se exigen para los servicios públicos en su sentido estricto de competencia de las Administraciones públicas y, todo ello, en aras de una pretendida eficacia en la gestión. Huída que además resulta verdaderamente imposible en la regulación en la leyes vigentes. Razón por la que habría que concluir que esos dos sistemas de administración pública: contratos administrativos y gestión de personal, reflejo de los principios de racionalidad y control del gasto público y garantía del mérito y capacidad en el acceso y negación del clientelismo político y del amiguismo, son los verdaderos obstáculos a la eficacia en la gestión pública que consideran los “políticos o los “privatistas”. Por lo menos esto es lo que con sus soluciones o intentos baldíos pero confusionistas nos indica hoy el legislador; más bien el

---

<sup>164</sup> **Parejo Alfonso, Luciano**, en el Prólogo a la obra de Vaquer Caballería, antes citada, en pp. 13 y 14, claramente critica la interpretación que una parte de la doctrina jurídica otorga al artículo 6.4 de la Ley 30/1994 y que ahora recoge el Real Decreto 29/2000 y, así dice que el precepto legal que nos ocupa debe ser objeto, en cualquier caso, de una interpretación estricta y restrictiva. Tanto más cuanto que, en el caso del derecho de fundación y por su contenido, su atribución a la Administración carece de verdadero sentido. Constitucionalmente hablando (art. 103.1 CE), ésta es, y sólo es, una institución permanente y servicial del interés general definido por la Ley mediante la ejecución de ésta. Por tanto, no puede ser al mismo tiempo un sujeto que, para cumplir sus fines de interés general trascendiéndose a sí mismo, deba, y sobre todo pueda, integrar su capacidad con la facultad de crear organizaciones fundacionales para cumplir tareas de interés general por ella misma definidas en el marco de la Ley. Sencillamente, porque esto último contraviene, frontalmente, la construcción constitucional de la capacidad de la Administración, sobre la base del principio de legalidad, como suma de potestades concretas, referidas a materias específicas y teleológicamente determinadas, a actuar mediante el ejercicio de competencias asimismo acotadas. Construcción ésta que, para la Administración General del Estado, se encuentra perfectamente precisada en el art. 2.4 LOFAGE. Para más adelante concluir que la Administración no puede: “objetivar” mediante acto propio un fin de interés general, diferenciándolo de los fines de interés general a los que ella misma sirve y afectando permanentemente un patrimonio público al mismo (en contra del régimen general de dicho patrimonio), ni desentenderse organizativa y funcionalmente de la actividad de interés general por descarga de ésta en una organización cuyo estatuto implica la separación de su creador.

reglamento administrativo, en una interpretación del ordenamiento jurídico que debió establecer con toda claridad y congruencia, sin quebrantar la reserva de ley. No parece que ello sea posible a la vista de la regulación de la vigente Ley 47/2003, General Presupuestaria y sobre todo la modificación por Real Decreto Ley 5/2005 al incluir las fundaciones que se financian mayoritariamente por las Administraciones públicas u otras entidades de derecho público o que no satisfacen actividades mercantiles o industriales en la aplicación de la normativa de los contratos administrativos, tal como ya se ha reflejado, por lo que ni siquiera dichas causas o motivos de huida son reales, ni pueden efectuarse pues la actuación sería ilegal por opuesta también a la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

Pero a este panorama hay que unir en este campo de la sanidad pública la utilización de la concesión de la gestión de servicios sanitarios, que siendo posible desde el punto de vista del ordenamiento jurídico, tal como viene planteándose en la realidad ofrece serias dudas de legalidad, sin que importe desde el punto de vista jurídico la pretendida eficacia en cuanto a la gestión del sistema elegido por el cual un hospital público se construye y gestiona por una entidad privada, sino las formas procedimentales administrativas o el cómo se está haciendo y, sobre todo, porque tanto en el régimen contractual del equipamiento, de personal e incluso en la propia contratación del contratista de la obra existen verdaderas irregularidades y escapes de la legislación de Derecho administrativo, que se están manifestando con el tiempo y a medida que el sistema avanza.

Se comprende, pues, que todos los intentos acaben siendo los de configurar la posibilidad de existencia de entidades de derecho privado con las misiones propias de los entes de derecho público para eludir oposiciones y contratos administrativos. Pero a pesar de todo, las tendencias contradictorias existentes en el seno de las Administraciones públicas, entre el escape de las normas de Derecho administrativo y la necesidad de control del gasto público y del sometimiento, por tanto, a dicho derecho, hizo, por ejemplo en materia de fundaciones, que ya en el año 2000 por Ley de acompañamiento de los Presupuestos del 2001, que se modificara el artículo 6 de la anterior Ley General Presupuestaria y se añadiera un punto 5, según el cual *son fundaciones estatales a efectos de esta Ley, las fundaciones en cuya dotación participan mayoritariamente, directa o indirectamente, la Administración general del Estado, sus Organismos autónomos o las demás entidades del sector público estatal*, lo que las somete al régimen de contabilidad pública. Esta norma tiene su traducción equivalente en el añadido de un punto 3 al artículo 5 del Texto Refundido de la Ley de la Hacienda Pública de la Generalitat Valenciana.

Pero, además de estas limitaciones o barreras que la legislación contractual y presupuestaria establece a la huida del Derecho administrativo y las garantías que introduce, en beneficio de la coherencia de un sistema totalmente disperso y confuso, se añade el derecho comunitario europeo, como veremos a continuación.

*d) La incidencia del derecho comunitario europeo.*

Tal como se acaba de decir, además en el orden de la contratación administrativa, por ejemplo, incide también el derecho comunitario

europeo y varias de sus Directivas obligan a los Estados miembros, como en la misma Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Públicos de las Administraciones Públicas se comprueba, pues menciona algunas de ellas directamente. No vamos a entrar en el examen de las Directivas aplicables sino simplemente a comentar algunos efectos, que hay que considerar que son los que conducen al dictado del Real Decreto Ley 5/2005, contemplando a título de ejemplo, la Sentencia de 16 de octubre de 2003 (Asunto C\_283/00) El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea que ha condenado a España por incumplir la Directiva de contratos públicos –93/37- en el caso de la ejecución de las obras del Centro Educativo Penitenciario de Segovia, convocada por la Sociedad Estatal de Infraestructuras y Equipamientos Penitenciarios, S.A y la cuestión que se plantea es precisamente la de la naturaleza del organismo como entidad de derecho privado, la cual, según el Gobierno español, le eximía de sujetarse a la mencionada directiva y alegando que su finalidad y funciones son típicamente mercantiles. Sin entrar, en todo el asunto y ciñéndonos a lo que aquí nos ocupa, resulta según la normativa de la Directiva 93/37, artículo 1, letra b) que la noción de organismo público es la de *cualquier organismo*:

*-creado para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.*

*-dotado de personalidad jurídica.*

*-cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a control por parte de estos últimos, o bien, cuyo órgano de administración, de dirección, o vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de derecho público.*

Estos tres requisitos son acumulativos y en este caso el Gobierno español reconoce que se cumplen el segundo y el tercero, pero no el primero y la disensión con la parte reclamante lo es sobre el carácter mercantil o no de la actividad. El Tribunal tras recordar el contenido de otra sentencia anterior, condenatoria para España, (TJCE 2003, 138) y tras declarar que el concepto de *necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil pertenece al Derecho comunitario y que, por tanto ha de recibir en toda la Comunidad una interpretación autónoma y uniforme*, recordando jurisprudencia anterior en precisión de dicho concepto, aborda la situación de SIEPSA y si las necesidades que pretende satisfacer tienen o no carácter industrial o mercantil, diciendo lo siguiente:

*84 Ha quedado acreditado que SIEPSA se creó específicamente para asumir, exclusivamente, la ejecución de programas y actuaciones previstos en el Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios, a efectos de la aplicación de la política penitenciaria del Estado español. Con este fin, realiza, según se desprende de sus Estatutos, todas las actividades que resulten necesarias a efectos de la construcción, gestión y liquidación del patrimonio penitenciario del Estado.*

(A los efectos de las cuestiones que plantean las agencias estatales, nótese que SIEPSA se crea en torno a una política pública, la penitenciaria en este caso y que se considera como una Sociedad y su actividad como mercantil, pero que puede ser concebida en virtud de la Ley 28/2006 como agencia estatal, en el futuro, en virtud de la base conceptual que constituyen las políticas públicas.)

85 *Por tanto, las necesidades de interés general que SIEPSA se encarga de satisfacer, están intrínsecamente vinculadas al orden público, al constituir una condición necesaria para ejercer el poder represivo del Estado.*

86 *Este vínculo intrínseco se manifiesta, en particular, por la influencia determinante que ejerce el Estado sobre la realización de la misión encomendada a SIEPSA. Ha quedado demostrado, en efecto, que ésta ejecuta un Plan de Amortización y Creación de Centros Penitenciarios aprobado por el Consejo de Ministros y que realiza actividades conforme a las directrices emanadas de la Administración Pública.*

87 *Además, puesto que la aplicación de las penas es una prerrogativa del Estado, no existe un mercado para los bienes y servicios que ofrece SIEPSA en materia de planificación y creación de centros penitenciarios. Como alegó acertadamente la Comisión, actividades como la amortización y la creación de centros penitenciarios, que figuran entre los principales objetivos de SIEPSA, no están sujetas a la competencia en el mercado. **Por consiguiente dicha sociedad no puede ser considerada como un organismo que ofrezca bienes y servicios en el mercado libre, en competencia con otros operadores económicos.***

88 *En cuanto a la alegación del Gobierno español basada en el hecho de que SIEPSA realiza sus actividades con ánimo lucrativo, basta señalar que, aun suponiendo que las actividades de SIEPSA generen beneficios, queda descartada la posibilidad de considerar que la búsqueda de tales beneficios constituya en si el primer objetivo de esta sociedad.*

Estos considerandos o motivación de la sentencia ponen claramente de manifiesto, cómo el derecho y sus conceptos, en especial el Derecho administrativo, constituye un límite y que la potestad organizatoria no es arbitraria, ni las leyes, siquiera, pueden cambiar el sentido de lo que debe ser una organización pública o lo que es público por naturaleza convertirlo en privado, aunque para destruir estas irregularidades tenga que acudir a principios generales y básicos no siempre explícitos con total claridad en el ordenamiento jurídico. Todo ello ha conducido a la redacción de la compleja y extensa Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.

***G) Resumen enumerativo de personas jurídicas resultantes.***

Dada la larga exposición efectuada hasta ahora parece conveniente tratar, de acuerdo con el ordenamiento jurídico mencionado en los puntos anteriores, de hacer un resumen y listado de las personas jurídicas resultantes. Al atender en los casos de las entidades públicas empresariales y sociedades mercantiles a los diversos tratamientos legales, muchos de los enumerados comprenden el mismo tipo de entidades, pero conviene exponer este diferente tratamiento legal, para que el interesado y estudioso pueda ser consciente de la complejidad y extraer un panorama completo:

- a) Organismos autónomos.
- b) Agencias estatales
- c) Entidades Públicas empresariales.
- d) Entidades de derecho público que no son ninguna de las señaladas en los apartados anteriores:

- Las contempladas en las disposiciones adicionales 9ª y 10ª de la Ley 6/1997 de Organización y Funcionamiento de la Administración del Estado y las que en un futuro pudieran crearse por ley que les excluyera del régimen general de esta Ley o de los preceptos de cualquier otra.
- Las contempladas en los apartados g) del artículo 2.1 del Texto Refundido de la Ley General Presupuestaria
- Las comprendidas y las no comprendidas en el artículo 3.1. h) y 3.3 b) de la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público.
- Las que puedan aparecer como tales en la Leyes de Presupuestos no comprendidas en los casos antes enumerados.

Sin embargo, es posible que en virtud de la normativa de las agencias estatales y la ambivalencia de la figura, que algunos de estos organismos puedan ir convirtiéndose en agencias.

d) Las fundaciones públicas sanitarias

e) Las sociedades mercantiles.

En este caso hay que tener en cuenta las definidas en el artículo 166.1 apartados c) y d) y 166.2 de la Ley de Patrimonio de las Administraciones Públicas.

También hay que tener en cuenta las sociedades civiles que se han tratado, pero que no hemos considerado como organización, aunque pueden recibir la forma de las mercantiles.

f) Las fundaciones del Sector Público estatal.

g) Finalmente, aunque a su vez pueden gestionarse por otra persona jurídica, hay que recoger los consorcios con personalidad jurídica propia que contemplan los artículos 6, apartado 5, de la Ley 30/1992, de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, y 87 de la Ley 7/1985, Reguladora de las Bases del Régimen Local, que se comprenden en el sector público estatal en el artículo 2.1 h) del Texto refundido de la Ley Ley General Presupuestaria.

Dado que los consorcios son en realidad formas asociativas hay que recordar que la Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público incluye a las asociaciones constituidas prácticamente por cualquiera de los entes mencionados y que pueden en su caso constituir personas jurídicas.

#### ***H) 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, pues el Sector público constituye una abstracción mayor que el concepto de aquélla; 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.

No obstante, podemos decir, 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 actividades productivas, pueden de modo coyuntural y 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, e incluso la creación de las agencias estatales y su consideración de organismos públicos, según lo expuesto de su Ley 28/2006, manifiesta esta preocupación por la flexibilidad y eficacia, si bien pueda ser un real galimatías. 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.

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, han 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, libertad, 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 en 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. 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 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 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 la materia de personal o en los contratos administrativos, en meras baremaciones o puntuaciones y porcentajes, sin

que las razones que conducen a lo puntos atribuidos en valoración del elemento correspondiente o el porcentaje atribuido sean realmente explícitas y permitan el seguimiento y control de las decisiones adoptadas. Es más, en muchas ocasiones, se dirigen a justificar formalmente decisiones ya tomadas a nivel político o sin objetividad.

Las agencias estatales se crean con pretensiones de permitir el control de la eficacia de las políticas públicas y de fijar la responsabilidad por resultados, pero la Ley que las regula no escapa a las generalizaciones y abstracciones antes criticadas, habiéndose destacado por nuestra parte que la cuestión o solución era o es más de procedimientos que de nuevas personas jurídicas y, además, del juego combinado de sus disposiciones final primera y adicional sexta, lo que resulta es francamente perturbador.

Es también evidente que en la gestión de las Administraciones públicas, en todo aquello que corresponde su regulación al Derecho administrativo y existe el ejercicio de un poder público o el establecimiento de unas garantías a favor de intereses públicos, la administración se convierte en administración pública y en parte de 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, 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 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 las 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 se abordó en otro punto y, también, en la gestión de personal propiamente dicha.

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.

No podemos, pues dejar de manifestar al hilo de esta verdadera o no actividad de derecho privado regida por las normas del mercado y requirente de la constitución de los entes o personas jurídicas correspondientes por las normas de derecho privado, sin perjuicio de la decisión política previa y su justificación, como en virtud de la mayor o menor sujeción al Derecho administrativo, de la legislación examinada,

nos surge la triple distinción actual entre Sector privado, Sector público y Administraciones públicas.