

# LA SUSTANTIVIDAD DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

POR

RAMÓN MARTÍN MATEO

**SUMARIO:** 1. *La crisis del Derecho administrativo; la exigencia de un criterio analítico para la caracterización de este Derecho.*—2. *Precisión de un concepto material del Derecho administrativo.*—3. *Concepto del Derecho administrativo.*—4. *Análisis de los elementos contenidos en la definición propuesta.* A) Derecho que regula el ejercicio de actividades. B) El interés público: La distinción entre la Administración y la jurisdicción. C) Potestades singulares: a) La noción de potestad. b) Las potestades singulares de la Administración. c) Los presuntos quiebras de la tesis de la prerrogativa. D) La concesión del Ordenamiento.—5. *Derecho administrativo y Administración.* A) La personalidad de la Administración.—6. *El Derecho administrativo como Derecho estatutario.*

## 1. *La crisis del Derecho administrativo: la exigencia de un criterio analítico para la caracterización de este Derecho.*

El cambio de las circunstancias económicas, políticas y sociales acaecido sobre todo a partir de la primera Guerra Mundial, determinó y precipitó lo que se ha venido llamando la crisis de crecimiento del Derecho administrativo (1), crisis que si bien no lo es exclusiva (2), le ha afectado

---

(1) WEIL, *Le Droit administratif*, París, 1964, pág. 21 (hay una reciente traducción española, con prólogo de L. MARTÍN RETORTILLO, editada por Taurus), y antes WALINE, prólogo del *Juris-Classeur*, pág. 15.

(2) Vid. COCO, *Crisis ed evoluzione nel Diritto di proprietà*, Milán, 1965, donde se citan entre las obras de carácter filosófico que están interesadas por las «crisis» fundamentales: HUSSERL, *La crisi delle scienze europee e la fenomenologia trascendentale*, Milán, 1961; HUIZINGA, *La crisi della civiltà*, Turín, 1938; ROPKE, *La crisi sociale del nostro tempo* (trad. it.), Roma, 1946; SCHELER, *Crisi dei valori*, Milán, 1936; GUEIVON, *La crise du monde moderne*, París, 1927; BELLOC, *The crisis of our civilisation*, Londres, 1937, y sobre la crisis del contrato y de la autonomía privada, RIPERT, *Le regime democratique et le Droit civile moderne*, 2.<sup>a</sup> ed., París, 1948, págs. 251 y sigs.; D'EUFE-MIA, *L'atonomia privata e il suoi limiti*, en «Dir. Giur.», 1952, págs. 247 y sigs.; SIBER, *Die Schuldrechtliche Vertragsfreiheit*, en «Jhering's Jahrbücher», 1921, págs. 223 y siguientes; GIANTURCO, *L'individualismo e il socialismo nel Diritto contrattuale*, en «Opere Giuridiche», II, Roma, 1947, págs. 262 y sigs.; DAVID y HAZARD, *Le Droit soviétique*, volumen II, París, 1954; ARMINION, NOLDE y WOLFF (M.), *Traité de Droit comparé*, III,

quizá con más vigor que a otras ramas jurídicas por su mayor sensibilidad ambiental y por constituir el obligado instrumento para el desempeño de los nuevos cometidos estatales (3).

Al estimar en la actualidad que aisladamente son impotentes las teorías unilaterales para explicar la esencia de este Derecho con recurso a un criterio único y exclusivo, renunciando de antemano a la construcción de conceptos monolíticos y definitivos, acometemos, más humildemente, la vía del análisis (4) para extraer unos índices relativamente seguros cuya conjugación nos permita identificar el régimen de la Administración y su propia presencia en una vida social que trata de conformar con apoyo de las técnicas que le son propias.

---

París, 1952, págs. 340 y sigs.; SALVIOLI, *I difetti sociale del Codice civile in relazione alle classi non abienti e operaie*, Palermo, 1891; POLACCO, *La funzione sociale nell'odierna legislazione civile*, en «Opere Minori», parte II, fasc. I, Módena, 1929; NIPPERDEY, *Kontrahierungszwang und dikirtre Vertrag*, Jena, 1920; JOSSEYRAND, *Il contratto regolato*, en «Arch. Giur.», 1934, págs. 1 y sigs.; idem, *Les dernières étapes du dirigisme contractuel: le contract forcé et le contract légal*, en «Dallaz Hebdomadaire», 1940, págs. 5 y sigs.; BARREYRE, *L'évolution et la crise du contract*, Bordeaux, 1937; SAVATIER, *Les métamorphoses économiques et sociales du Droit civile d'aujourd'hui*, París, 1952, págs. 19 y siguientes, 24, 25; STOLFI, *L'obbligo legale a contrarre*, en «Riv. Dir. Civ.», 1932, páginas 105 y sigs. Además, RIPERT, *Evolution et progrès du Droit*; CAPOGRASSI, *L'ambiguità dello Stato contemporaneo*; RAVA, *Crisi del Diritto e crisi mondiale*; DELITALA, *La crisi del Diritto nella società contemporanea*; JECOLO, *La crisi dello Stato moderno*; BALLADORE PALLIERI, *La crisi della personalità dello Stato*; CARNELUTTI, *La morte del Diritto*, en la «Crisis del Diritto», cit.; W. CESARINI SFOGZA, *La crisi della Legge*, en «Riv. Int. Fil. Dir.», 1953; idem, *Crisi della libertà e crisi della Legge*, en «La crisi dei valori», Roma, 1945; ahora, en «Idee e problemi di filosofia giuridica», Milán, 1956, páginas 181-198; CARNELUTTI, *La crisi della Legge*, en «Riv. Dir. Pubbl.», 1930, I, páginas 424 y sigs., y en «Discorsi intorno al Diritto», Padua, 1937, págs. 167 y sigs.; idem, *La crisi del Diritto*, en «Giur. It.», 1946, IV, cols. 65-78; RIPERT, *Le declin du Droit*, París, 1949; L. MOSSA, *La crisi del Diritto in Europa*, en «Nueva Rev. Derecho Común», 1951, IV, págs. 211 y sigs., op. cit., págs. 4 y 5, en notas.

(3) Muchas de las monografías y trabajos que más atención han atraído en la doctrina francesa están directamente animados por estas preocupaciones, y tratan de llegar a un concepto de nuestra disciplina que sea válido para sus actuales circunstancias; así, las obras de TIMSIT, CORAIL, ROUSSET, WEIL, CHAPUS y los conocidos artículos de RIVERO, VEDEL, EISEMAN, etc. Vid. también SPILIOPOULOS, *La distinction des institutions publiques et des institutions privées en Droit français*, París, 1959; DRAGO, *Les crises de la notion d'établissement public*, Pédone, 1960; LAUBADÈRE, *Reflexions sur la crise du Droit administratif français*, en «Dalloz», 1952, pág. 6. Para España, vid. GARRIDO, *Las transformaciones del régimen administrativo*, Madrid, 1954, y GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto di Diritto amministrativo come diritto statutario*, en «Rivista Trimestrale di Diritto Pubblico», 1960.

(4) Como propugna RIVERO reiteradamente y, entre otros, en su artículo *Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, en «Archives de philosophie du Droit», 1952, pág. 166, a que alude GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, vol. II, 3.ª ed., Madrid, 1964, pág. 150, en nota, concretamente así para identificar el régimen de las empresas nacionalizadas.

Como puede deducirse del examen de las distintas posiciones teóricas unilaterales, ninguna de ellas, aisladamente, suministra una solución satisfactoria (5), «definir el Derecho administrativo resultaba imposible. ¿El Derecho que rige los actos y actividades de las personas públicas? Pero una parte de este Derecho es autónomo y la otra no lo es y no se sabe siempre con certeza si una persona jurídica es pública o privada. ¿El Derecho de los servicios públicos? Pero los actos y actividades concurrentes al servicio público están sometidos tanto al Derecho público como al privado. ¿El derecho de utilizar medios exorbitantes del Derecho común? Pero tal concepción no explica ni por qué ni cuándo las personas jurídicas públicas o privadas pueden utilizar estos medios. ¿El derecho de las relaciones de Derecho público? Pero cuando las relaciones jurídicas son de Derecho público, es que el Derecho administrativo especial les es aplicable de suerte que se vuelve al primer problema. ¿Se precisaría, pues, desesperadamente, decir con VEDEL, que el Derecho administrativo es el Derecho común del Poder público, es decir, el Derecho aplicable a la actividad del Estado en la medida en que no se rige por otras reglas? Esta definición residual da cuenta quizá de la realidad, pero ¿no se trata más bien de una constatación que de una definición propiamente dicha?» (6).

En buena lógica, ha observado RIVERO, «no hay ninguna razón para decir *a priori* que el Derecho administrativo se organice alrededor de un solo principio». «Se ve mal por qué razones una noción única y omnipotente debería dar cuenta sólo de Derecho administrativo, mientras que las otras ramas de Derecho ignoran esta sistematización unificadora, y por qué, entre tantas catedrales sostenidas por pilares numerosos, se erigiría

(5) «Su solo error ha hecho, sin duda..., hipertrofiar cada uno de los principios y de oponer los unos a los otros. Esta aproximación de verdades parciales y complementarias que pueden despejar la imagen de un Derecho administrativo, si no un unificado más bien armonioso. Los eclectismos son posiciones intelectuales sin duda poco brillantes, y es por fin las grandes civilizaciones, más que convicciones, que se debilitan donde los sintetismos nacen.» RIVERO, *Existe-t-il un critère du Droit administratif?*, en «Revue du Droit Public», 1953, pág. 292; conclusión a la que ya había llegado GASCÓN Y MARÍN al observar, después de enumerar los distintos puntos de vista doctrinales, que, con exclusión del criterio que él denomina legalista, «en todos ellos se advierten elementos utilizables para el concepto. Domina la idea de actividad, de aplicación de medios a fines, de realización de éstos, de que la actividad administrativa no se encierra únicamente en la esfera jurídica, sino que se ejercita esta actividad administrativa en la realización de los que se denominan fines sociales y que tienen en ciertas esferas, como la municipal, por ejemplo, una gran importancia las manifestaciones de la actividad técnica en sentido estricto, que no sólo administra el poder ejecutivo ni sólo el Estado, sino otras entidades, y que los mismos individuos o entidades privadas están encargados en ciertas ocasiones, muy frecuentes, de la realización de servicios públicos». *Tratado de Derecho administrativo*, Madrid, 1952, pág. 59.

(6) WEIL, *Droit administratif*, pág. 25.

esta única pirámide asida sobre su base monolítica». Aun admitiendo la poca brillantez de los eclecticismos, debe convenirse con este autor que sólo con una aproximación de verdades parciales y complementarias se puede obtener una imagen satisfactoria del Derecho administrativo.

## 2. *Precisión de un concepto material del Derecho administrativo.*

Sin desconocer la trascendencia de la comprensión subjetiva de la Administración como natural destinataria del Derecho administrativo, creemos no obstante firmemente que es imprescindible obtener un concepto sustantivo del mismo, que legitime su independencia y autonomía como rama singular del Derecho (7).

En primer lugar, por las propias exigencias de toda ciencia que debe poder contar, antes de que se pueda predicar su carácter de tal, con un objeto propio y diferenciado sustraído a las veleidades exteriores de quienes puedan, a su arbitrio, cambiar ininterrumpidamente sus límites y naturaleza. Ello no obsta, por supuesto, a que el campo de aplicación del Derecho administrativo se mueva tanto como el ámbito operativo de la propia Administración, lo cual sí, con el respeto en todo caso a un núcleo inalterable de competencias públicas (8), puede ser materia dispositiva y contingente (9). Pero lo que parece incuestionable es que, sean cualesquiera las relaciones a que se aplique el Derecho administrativo, habrá de tener siempre unos rasgos propios susceptibles de identificación y sin los cuales no sería posible precisar que es este Derecho y no otro cualesquiera el que está en juego, aunque no sea necesario el que cada una de sus posibles virtualidades surja en cada caso, lo que ha quedado ya suficientemente aclarado.

Pero es que además las concepciones orgánicas y subjetivistas por los propios postulados a que responden, llevan implícita su intrínseca impotencia (10) para explicar, más allá de una mera orientación, el fenó-

(7) RIVERO, op. cit., pág. 290. En igual sentido, WEIL, *Droit administratif*, págs. 26 y 68. BALLBÉ, *Derecho administrativo*, en «Nueva Enciclopedia Judicial Seix», pág. 59, en esta línea, centra su concepto del Derecho administrativo en la regulación del ejercicio de la función administrativa.

(8) Vid. en este sentido GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto*, loc. dic., pág. 341, frente a EISEMANN, que no aprecia ninguna diferencia de rango entre Derecho público y privado. También VILLAR, *Apuntes de Derecho administrativo*, 1965-66, vol. I.

(9) Contra lo que parece opinar BALLBÉ, op. cit., pág. 62.

(10) Como recuerda ROUSSET, *L'idée de puissance publique*, en «Droit Administratif», París, 1960, pág. 34, ya MERLIN denunciaba «esas ideas extrañas que repugnan a todas las nociones recibidas, que se oponen al buen sentido» y que conducían a substraer a la competencia de los Tribunales todos los actos de la Administración.

meno administrativo y su peculiar régimen. Es explicable que sus defensores hayan de acudir a otras nociones para explicar sus manifestaciones concretas (11), pues no basta con afirmar que el Derecho administrativo es el que corresponde al Poder ejecutivo, o a un conjunto de órganos encuadrados en él, o a la Administración en cuanto tal, etc. Cada una de estas nociones implica en sí una petición de principio sobre su propio cometido y extensión, pues no contamos con catálogo alguno que nos permita sin vacilaciones determinar cuál sea el Poder ejecutivo, o los órganos que integran la Administración, personificada o no. Pero aun cuando tal descripción fuera inicialmente posible, quedaría por resolver la naturaleza de las reglas de Derecho aplicables por los sujetos administrativos en cada caso, pues es sabido que disponen tanto de las normas propias del Ordenamiento administrativo, como de las de otros Ordenamientos, sin que quepa desprever de importancia a este problema, remitiéndole a zonas límites y extremas donde únicamente tendría trascendencia episódica (12), pues parece que, por el contrario, es cuestión capital la de la separación de la actividad privada de la pública de los órganos de la Administración (13), batallona materia en la que se han centrado desde antiguo las polémicas sobre el concepto del Derecho de la Administración. No es en el meollo central de una disciplina, sino en sus fronteras, donde se

---

(11) GARRIDO termina afirmando que la «actuación administrativa sometida al Derecho público se caracteriza por el uso de prerrogativas por parte de la Administración». *Tratado*, pág. 151. En la disyuntiva: son órganos públicos los investidos con potestades públicas o las potestades públicas pertenecen a los órganos públicos, parece más lógico optar por la primera solución, pues la segunda nos dejaría en la incógnita de si en efecto, estamos en presencia de un órgano de este carácter, lo que debe resolverse previamente con apoyo al indicio que eventualmente suministre la detentación de aquellas potestades. Este criterio es el seguido por SPILIOPOULOS, *La distinction des institutions publiques et privées*, cit., pág. 9. En sentido distinto, COLTELLI, *Enti e statuti nel Diritto pubblico*, Milán, 1965, págs. 77 y 79. Para quien «se puede concluir, entonces, en términos generales, cómo la cuestión de la publicidad del ente se resolverá en la consideración de su disciplina jurídica, que, a su vez, se define en un proceso circular entre norma y organización, invocando a GIANNINI, que sostiene que el Ordenamiento conoce garantías y prioridades no de los intereses públicos en sí considerados, sino de los centros de relación que de ellos son portadores. *Corso di Diritto amministrativo*, Milán, 1965, páginas 127-129.

(12) TMSIT, *Le rôle de la notion de la fonction administrative*, en «Droit Administratif Français», París, 1963, pág. 221, recuerda cómo tradicionalmente se pensaba que la regla general órgano público-función pública órgano privado-función privada, sólo comportaba excepciones mínimas que no suponían atentado de importancia a su preeminencia.

(13) Vid. VILLAR, *Apuntes*, cit., pág. 55.

deben contrastar la validez de los principios que supuestamente la animan y le dan propia sustantividad (14).

Lo anteriormente expuesto bastaría para invalidar por sí las pretensiones exclusivistas que pudieran invocar los defensores de las tesis subjetivas; pero lo que contribuye definitivamente a hacerlas extremadamente cuestionables es el examen de las condiciones en que se desenvuelve actualmente la actividad administrativa, pues si ya desde los propios orígenes de nuestro Derecho se impugnó su comprensión orgánica, en estos momentos tal criterio nos ofrece ahora un problemático apoyo.

El criterio orgánico presupone una coincidencia total entre órganos, funciones, fines y regímenes, en el sentido de que sólo los órganos públicos gestionasen funciones públicas para fines públicos y en un régimen de Derecho público. Esta equivalencia se ha volatilizado en gran número de casos como consecuencia de la utilización por el Estado de modalidades gestoras en régimen similar al de los particulares (15), y sobre todo por la incorporación a las tareas de la Administración de organizaciones de Derecho privado que colaboran con ella y a las cuales se otorga un trato especial y se adjudican potestades que antiguamente sólo se encontraban en manos de personas públicas (16). Como ha puesto de relieve entre nosotros MARTÍNEZ USEROS (17), lo administrativo no es ya patrimonio exclusivo de las instituciones públicas, sino que abarca también las instituciones privadas que se incorporan a su órbita: Sindicatos, Corporaciones, Asociaciones privadas, etc., se ven encomendados al atendimento de parcelas de interés público a través de múltiples modalidades que desbordan el rígido marco de la concesión, única vía anteriormente imaginable para

---

(14) En otro lugar he señalado cómo el poder sobre los límites es el poder sobre el todo, *El estatuto de la propiedad inmobiliaria*, en esta REVISTA. Vid. ROPP, *Privateigentum an Staatsfunktionen?*, Tubinga, 1963, de donde toma esta afirmación. Aunque, por supuesto, no se desconozca la trascendencia de un criterio cardinal en una disciplina ni se pretenda llegar a él a base de delimitaciones fronterizas y periféricas, lo que resultaría tan asistemático como anárquico.

(15) Vid. LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 3.<sup>a</sup> ed., París, 1953, página 45, quien observa cómo ha desaparecido en Francia a partir de la guerra del 14 la fosa que separaba el sector público del privado.

(16) Bien se trate de empresas privadas gestionando un servicio público, bien de empresas cuyas finalidades tienen un particular interés para la Administración, las denominadas en Francia empresas de interés general. Vid. VEDEL, *Droit administratif*, pág. 89; LAUBADÈRE, op. cit., pág. 46; TMSIT, op. cit., pág. 258; CORAIL, *La crise de la notion juridique de service public*, en «Droit Administratif Français», París, 1954, pág. 138; SPILIOPOULOS, op. cit., pág. 29, y significativamente en este punto, BREDIN, *L'entreprise semi-publique et le Droit privé*, París, 1952.

(17) *Derecho político e intervencionismo administrativo*, en «Boletín Informativo del Seminario de Derecho Político», Universidad de Salamanca, núm. 7. págs. 35 y sigs.

articular la colaboración de los particulares a la gestión de los servicios públicos (18).

El Consejo de Estado francés (19) no ha vacilado en reconocer esta disociación entre órganos y funciones (20), actos administrativos y sujetos públicos (21), prescindiendo en ocasiones totalmente de la naturaleza del órgano, admitiendo otras veces expresamente el carácter administrativo del acto pese a la no condición administrativa de aquél, o reconociendo, en fin, las inexistencias de lazos entre el órgano y la colectividad pública (22). Por ello no es de extrañar que se haya dicho (23) que la «idea del Poder público parece no solamente haber franqueado las fronteras del Derecho administrativo, sino también, podría creerse, las de la institución administrativa, siguiendo con ello la función de utilidad pública de las que no tiene ya el monopolio» (24). Lo que es válido no sólo para los organismos originariamente privados de que se ha hecho mención, sino de los creados por la propia Administración (25), a horcajadas entre el

(18) Este fenómeno, hoy de la máxima actualidad y que ocupa la atención de todos los administrativistas, fué ya detectado entre nosotros por MESA SEGURA, *Participación de los administrados en la obra de la Administración*, separata del «Boletín de la Universidad de Granada», núm. 22, pág. 1933, que propugnaba la «participación de los administrados en la prestación de los servicios públicos por mediación del grupo institucional y en razón de competencias determinadas por la especialidad del fin». Vid. también GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, París, 1930, y recientemente en España VILASECA, que, reconociendo la precisión de recurrir a formas socializadoras de Derecho público, propone, con apoyo en el principio de subsidiariedad, fórmulas mixtas sociedad-Estado, *Socialización, estatificación y persona humana*, en «Socialización y libertad», XXIII Semana Social de España, Barcelona, 1964, pág. 140.

(19) Referencias de esta jurisprudencia en CORAIL, op. cit., págs. 136 y sigs.

(20) TIMSIT, op. cit., pág. 183; también PETOT, *Quelques remarques sur les notions fondamentales du Droit administratif français*, en «Revue du Droit Public et de la Science Politique», núm. 3, 1965, pág. 375, donde se contiene los más recientes fallos jurisprudenciales que consagran decididamente esta disociación.

(21) «El viejo principio del Derecho administrativo del pasado siglo, de la vinculación de la forma a la finalidad como un trasunto de la forma sustancial *forma dat esse rei*, se va de este modo diluyendo progresivamente, hablándose ya por la moderna doctrina de la disociación de la forma y el contenido», VILLAR, *Apuntes*, cit., pág. 71. También TIMSIT, en cuanto que los actos administrativos no son ya siempre la obra de órganos exclusivamente administrativos. *Le rôle*, cit., pág. 316.

(22) TIMSIT, op. cit., pág. 222.

(23) ROUSSET, *L'idée de puissance publique*, pág. 221.

(24) Se apreció a partir de los años 30, señala WEIL, que la satisfacción del interés general no era el monopolio de las personas públicas. Se habla en un principio de empresas privadas de interés general, lo que conllevaba sujeción y prerrogativas; posteriormente el Estado crea organismos privados a los que encomienda misiones de servicio público, con lo que la acción administrativa cesa de ser exclusiva del aparato administrativo. Vid. *Droit administratif*, pág. 23.

(25) Según informa PETOT, *Notions fondamentales*, cit., pág. 396, el Tribunal de

servicio público y la empresa privada, dotados de una gran independencia, funcionando quizá en régimen mercantil, pero disponiendo a veces de medios de naturaleza imperativa (26).

En estas condiciones parece de dudoso apoyo el recurso a la explicación subjetivista del Derecho de la Administración, que no puede aclararnos qué deba entenderse por tal y qué órganos la integran o, al menos, colaboran a sus fines, sin que quepa argumentar que en definitiva es la imputación de la actividad lo que decide sobre el carácter administrativo, o que las relaciones de tutela (27) y dependencia determinan a la postre la integración de todos los órganos que colaboran en la empresa administrativa, pues aun prescindiendo de los casos ya examinados en que no se da tal relación de sujeción, quedaría por demostrar que efectivamente existe una absorción de finalidades, una concurrencia de actuaciones para intereses públicos, relevancia de los cometidos del organismo para la Administración, en definitiva, cuestiones éstas sustantivas y materiales que suponen un *prius* para la calificación del sujeto en cuestión o del régimen de sus actos y que no pueden resolverse sin más con la indagación de la composición del órgano o de la naturaleza de su *status* jurídico (28).

Parece así justificada ampliamente la investigación de la función administrativa como noción autónoma (29), con independencia del sujeto que la desempeña.

---

Cuentas francés hizo notar en 1963 la existencia en ese país de más de tres mil asociaciones que servían de camuflaje a intervenciones públicas.

(26) «Podría resumirse diciendo que hemos asistido a un progresivo esfumarse de la equiparación entre empresas regidas por entidades públicas y empresas privadas, no obstante mantenerse formalmente la misma disciplina para la actividad de unas y otras. La propia figura del ente público económico ha ido perdiendo terreno.» TREVES, *Las empresas públicas en Italia*, en «Documentación Administrativa», núm. 100, pág. 223. Vid. especialmente RIVERO, *Le régime des entreprises nationalisées et la evolution du Droit administratif*, loc. cit., págs. 165 y sigs.

(27) Vid. COLTELLI, *Enti e statuti nel Diritto pubblico*, pág. 84, y OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti strumentali*, Padua, 1959.

(28) Todo el complejo problema que hemos venido apuntando no puede pues resolverse desde una perspectiva orgánica, la cual no nos diría cuál es la naturaleza de la actividad desempeñada ni menos suministrará una pauta para desembrollar las intrincadas cuestiones que plantea la distinción entre empresas privadas que desempeñan servicios públicos, empresas de interés público con potestades singulares y empresas controladas, fiscalizadas o dirigidas de alguna manera por la relevancia pública de sus actividades. El *sustratum* orgánico es en todos los casos similar, pero las consecuencias sensiblemente diversas. Vid. al respecto LAUBADÈRE, op. cit., pág. 46; PETOT, op. cit., páginas 376 y sigs.; CORAIL, op. cit., págs. 138 y 231. Aunque debe reconocerse que por ahora estas situaciones no se plantean en nuestro país con la misma gravedad y frecuencia que en Francia.

(29) Buscando así una definición neutral, en el sentido de TIMST, que valga para cualquier acto imputable al Estado aunque no sean obra de órganos estatales. Op. cit., pág. 25.



### 3. *Concepto del Derecho administrativo.*

Con un valor aproximativo e indiciario proponemos la siguiente definición de Derecho administrativo: «Derecho que regula el ejercicio de actividades dirigidas a finalidades de interés público, para cuya consecución el Ordenamiento concede potestades singulares».

#### 4. *Análisis de los elementos contenidos en la definición propuesta.*

##### A) *Derecho que regula el ejercicio de actividades.*

Prescindiendo de toda indagación sobre la idea del Derecho, cuya noción se presupone (30), el concepto que se mantiene, de acuerdo con la tradición de nuestra disciplina (31), refiere en primer lugar a la regulación del ejercicio de actividades. Debe aclararse antes de nada que por actividades no se quiere significar actuaciones concretas o materiales por contraposición a disposiciones genéricas, sino simplemente operaciones con trascendencia exterior, que incluyen, de un lado, tanto la actividad normadora de la Administración como las decisiones particulares, y de otro, tanto los actos jurídicos como los materiales (32), pues sin desconocer la posibilidad teórica de tal separación, se tiene en cuenta la concatenación existente entre ambos momentos en el sentido de que la actuación material forma parte de un proceso jurídicamente evaluable y que incluso puede influir en su calificación.

Igualmente se pretende incluir la materia de la organización, cuyas relaciones con el Derecho administrativo no han sido siempre unánimemente consideradas, sino que, por el contrario, son excluidas de su ám-

---

(30) Bien que no sea ocioso precisar aquí que entendemos el Derecho como una situación jurídica, en el sentido de que aunque «en el pensamiento clásico se viene estudiando al Derecho como *relación jurídica*, dentro de la cual hay una obligación y un derecho subjetivos, ha llevado a idear el concepto de *situación jurídica*, dentro de la cual las posibilidades individuales no consisten simplemente en obligación y en derecho subjetivo, sino en posibilidades de conducta más ampliamente descritas como situaciones jurídicas, ya activas —facultad, derecho subjetivo, potestad—, ya pasivas —gravamen, obligación, sujeción». SÁNCHEZ DE LA TORRE, *Aspectos del saber jurídico*, en «Revista de Derecho Español y Americano», núm. 9, 1965, pág. 50.

(31) ENTRENA, *El concepto de la Administración Pública*, loc. cit., pág. 62, recuerda cómo «ya GINER, en una rápida indicación contenida en su *Plan de elementos de política general*, consideraba la Administración como "actividad del Estado en relación a sí propio como fin de su actividad". La idea fué desarrollada en sucesivas ocasiones por A. POSADA, que definía a la Administración como "la actividad encaminada a formar, conservar y perfeccionar el organismo político"».

(32) Vid. TIMSIT, *Le rôle de la notion de fonction administrative*, pág. 99.

bito por los sustentadores de su comprensión material (33). Exclusión injustificada pues, como ha puesto de relieve BALLBÉ (34), no es posible disociar función de organización. Toda actividad jurídica administrativa supone organización, y ello ya que, de acuerdo con SANTI ROMANO, «el Derecho no puede ser sólo, como frecuentemente se afirma, la norma establecida por la organización social, sino que es la propia organización social, que entre sus manifestaciones establece también dicha norma. Si es verdad que el carácter jurídico de ésta le viene dado por el poder social que la determina o, al menos, la sanciona, puede deducirse que tal carácter debe ya engarzarse con la institución misma, que no podría atribuírsele a la norma si antes ella no lo tuviera» (35).

La organización adquiere así en lo jurídico un lugar destacado que conserva también, como es lógico, en el campo del Derecho administrativo, cuyos pronunciamientos en esta materia vendrán ciertamente impregnados de las peculiaridades de esta rama jurídica, pues, como se verá, la organización implica el ejercicio de una potestad, y su trascendencia se manifiesta normativamente no sólo en relación con los agentes públicos directamente afectados, sino también en relación con los ciudadanos en general cuyas relaciones con la Administración se ven así afectadas mediata o inmediatamente, pues no cabe duda que el fundamento de toda medida organizatoria es el mejor atendimiento de las necesidades públicas, lo que en definitiva se reflejará en una modificación de la situación de los últimos destinatarios de tales medidas (36). Esto nos vale aún para los casos extremos de organización de actividades en régimen jurídico privado, ya que los controles y poderes que la Administración se reserva hacen que las actuaciones de las empresas u organismos que se crean sean realizadas en beneficio de los fines que aquélla pretende (37).

Por último, cabe puntualizar que la regulación del ejercicio de las actividades administrativas puede hacerse, y normalmente así se hará, en forma que se originen verdaderas cargas, y no sólo derechos, para la Ad-

(33) Vid. una referencia en GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto*, cit., pág. 334.

(34) *Derecho administrativo*, pág. 63. Para él, la organización no es más que el resultado del ejercicio de una modalidad de la función administrativa.

(35) *El Ordenamiento jurídico*, trad. esp. de S. MARTÍN RETORTILLO y L. MARTÍN RETORTILLO, Madrid, 1966, pág. 141. Vid también págs. 100 y sigs. y 183 y sigs.

(36) Vid. VILLAR, *Apuntes*, cit., pág. 53.

(37) «En las formas de control de estas empresas luce siempre inexcusablemente el Derecho público, tanto en lo que respecta a la formación de voluntad del ente público que ejercita su dominio sobre ellas como incluso en muchas de las formas mismas de ese control, que pueden tipificarse entre las formas publicísticas de la tutela.» GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial y mercantil de los Municipios*, en «Revista de Administración Pública», núm. 17, pág. 127. También CORAIL, *La crise*, cit., págs. 238 y

ministración, la cual vendrá obligada al desempeño de las competencias que se la asignan y en la forma que se provee, pudiendo fundarse derechos subjetivos (38) de los particulares, tanto a que la actividad se ejercite como a que se ejercite en la forma establecida y no en otra más gravosa o menos beneficiosa para ellos, lo que se apreciará mejor sin duda al desarrollar la materia de las potestades administrativas.

### B) *El interés público.*

El artículo 40, 1, de la Ley Orgánica del Estado asigna a la Administración, de acuerdo con la tesis que aquí se sustenta, «el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del *interés general*». No resulta cuestionable el que sea el público interés (39), la utilidad pública, los fines públicos de interés general, el bien común, la misión de servicio público, etc., según las distintas rúbricas utilizadas que cubren no obstante un mismo contenido, lo que constituye el móvil de toda la actividad administrativa. Tan sólo podría argüirse que a tales fines sirven todas las funciones estatales y que el Derecho, en definitiva, tiene en su totalidad por fin principal el bien común (40), con lo que no podría identificarse con base a la naturaleza de los fines, ni la función administrativa, ni el propio Derecho público (41), en el que se integra el Derecho administrativo.

---

siguientes, y antes VILLAR, *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en «Revista de Administración Pública», núm. 3, pág. 106. Significativamente hace notar con relación a Francia DEBRÉ cómo se han acentuado recientemente estos controles, que designándose a los dirigentes de las grandes empresas por el Gobierno y los de las más importantes por Decreto, lo que se ha decidido con independencia de las normas que estatutariamente les fuesen de aplicación. *Au service de la nation*, París, 1963, pág. 258.

(38) Vid. sobre el concepto y evolución de la comprensión de los derechos subjetivos GARRIDO, *Las tres crisis del Derecho público subjetivo*, en «Estudios García Oviedo», vol. I, Sevilla, 1954, págs. 176 y sigs.

(39) Ya CORMENIN observaba que «en este interés público, colección de todos los intereses particulares, es donde existe el elemento de la asociación, es decir, el elemento de la institución de la administración, que es su gobierno natural, pues que la conservación de cada cual de los individuos fué siempre el objeto de la unión social, y porque esta conservación es la causa de la administración y de sus Leyes para el sostén y garantía de las relaciones especiales». *Compendio de principios de administración*, pág. 35. Recientemente MEILÁN define el Derecho administrativo como el Derecho común relativo a la gestión subordinada de intereses colectivos, *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, Madrid, 1967, pág. 85.

(40) Vid. por todos ORTIZ DÍAZ, *El bien común y la Administración Pública*, en «Homenaje a García Oviedo», vol. I, Sevilla, 1954, págs. 461 y sigs.

(41) Vid. CASTRO, *Derecho civil de España*, vol. I, Madrid, 1965, págs. 88 y 89, y

Esta objeción es válida en lo que respecta a la separación entre Administración y Legislación, por lo que con sólo este dato no podríamos diferenciarlos, pero no es definitiva en cuanto a la distinción entre Derecho público y privado (42), Administración y Jurisdicción.

Es cierto que el Derecho positivo es uno, pero no lo es menos, lo que deben admitir a la postre los negadores de la trascendencia del criterio del interés, que cabe apreciar siempre, aunque se prescindiera de rígidas limitaciones, grupos de normas en los que predominan los intereses colectivos y grupos que responden, *prima facie*, a intereses individuales, o si se quiere, a intereses colectivos secundarios (43). Así, para CASTRO, «las reglas directamente informadas por el principio de personalidad se clasificarán como de Derecho privado, y las informales más enérgicamente por el principio de comunidad, lo serán de Derecho público» (44).

Es claro que la incorporación de estos intereses es materia reservada a la decisión del legislador (45), lo que no invalida, como cree EINSEMAN (46), la efectividad de este criterio, pues lo que tratamos de precisar es la naturaleza del Derecho administrativo y de la función a que responde, no de determinar de una vez para siempre su contenido material, lo que puede ser cuestión dispositiva. Pero será obligado el calificar una norma concreta, una vez identificados en ella los rasgos que son propios, bien como de Derecho público o bien como de privado. En definitiva, que cabe el que una materia sea regida o no por el Derecho administrativo, pero no es posible desconocer la presencia de este Derecho si se patentiza que una norma reúne las características que le son propias según los criterios cuya validez tratamos de demostrar, y uno de los cuales será, sin duda, el del interés público perseguido.

No se precisará tampoco, ni ello será lógicamente posible, que la vo-

---

en sentido más general e histórico, CASSIMATIS, *Jus publicum, jus privatum, jus sociale*, en «L'Etat, la société et le Droit», París, 1964, págs. 41 y sigs.

(42) Por el contrario, es precisamente la referencia al interés público lo que nos permitirá distinguir el derecho aplicable a la Administración de otras manifestaciones imperativas que se dan en el Derecho privado, aun sin necesidad de recurrir, como hace GARRIDO, al criterio orgánico. *Tratado*, pág. 133.

(43) BALLBÉ, *Derecho administrativo*, loc. cit., pág. 59, siguiendo a AMORTH, *Observazioni sur limiti all'attività amministrativa di Diritto privato*, Padua, 1933, págs. 33 y siguientes, aunque GARRIDO objeta a aquel autor no haber tenido en cuenta que en AMORTH la distinción entre actividad pública y privada de la Administración es puramente formal. *Tratado*, pág. 148.

(44) *Derecho civil*, pág. 99.

(45) Bien que existan determinados intereses, abocados necesariamente a su consideración como públicos.

(46) *Droit publique, Droit privé*, cit.

luntad del legislador venga explícitamente plasmada en la propia norma. Es esta una cuestión que habrá de resolver el intérprete, y fundamentalmente el Juez, con apoyo a los índices (47) que en la regla se contengan y a su sentido. Pero siempre habrá de concluirse sobre la presencia o no del interés público, porque esta noción es, en sí metajurídica (48), cuya trascendencia para el mundo del Derecho sólo resulta de su concreción normativa y de la decisión al respecto del órgano estatal competente. Ahora bien, y esto es importante, la calificación de una actividad como de interés público, si bien consustancial a toda la obra de la Administración, no comporta automáticamente ni su presencia ni la aplicación a la misma de un régimen jurídico de Derecho público, es decir, qué finalidades públicas directa o indirectamente reconocidas como tales pueden cumplirse a través de cauces de Derecho privado, cuya utilización instrumental no puede en principio descartarse, si bien inversamente no sea admisible el empleo por la Administración ni de normas privadas ni de públicas para fines exclusivamente de interés privado.

El no haber comprendido esta posible disociación entre fines públicos y régimen aplicable ha conducido a algunos autores a establecer una rígida y simplista separación entre Derecho público y privado, en atención a los fines perseguidos (49). Que esto no es así resulta no sólo del examen de la actividad privada de la Administración, sino del régimen propio de otras actividades no imputables a la misma, como pueden serlo las fundaciones benéficas, las asociaciones de utilidad pública, los establecimientos de interés público y, en definitiva, las múltiples actividades netamente privadas disciplinadas por la Administración para orientarlas a la satisfacción de intereses generales y no meramente particulares, a través de las técnicas de penetración pública del Derecho privado.

Queda, pues, demostrado que la consecución de finalidades de interés público, bien que inherente a todas las actividades de la Administración, ni es exclusiva de ésta ni implica por sí la utilización de un régimen imperativo, mientras que de otro lado, modalidades de este régimen no son tampoco patrimonio único de la Administración, sino que aparece al servicio de intereses privados, como sucede en el Derecho de familia, en el Derecho de las empresas e incluso, extremando los casos, en los supuestos de aplicación de todos los actos civiles dispositivos, por lo que la referencia a la finalidad pública es un imprescindible, aunque no único cri-

(47) Vid. en este sentido TIMSIT, *Le rôle de la fonction administrative*, pág. 201, y WEIL, *op. cit.*, pág. 43.

(48) TIMSIT, *op. cit.*, pág. 200.

(49) Vid. *supra* epígrafe 1.

terio, para el Derecho administrativo. Queda ahora por precisar si el interés público puede servir también para contrastar la función administrativa frente a la jurisdiccional.

*La distinción entre la Administración y la Jurisdicción.*

No cabe duda que la función jurisdiccional, genéricamente contemplada, sirve también a una finalidad pública de primer rango: el mantenimiento del orden jurídico; pero esta perspectiva, válida desde la dimensión remota de la decisión sobre la organización del servicio, ya no nos sirve a la hora de valorar sus modalidades de funcionamiento, de las cuales quedan excluidas las consideraciones de interés público, para pasar al primer y único plano la decisión del Derecho con absoluta independencia de la trascendencia de tales decisiones para el público interés, como lo demuestra la reserva de facultades que se realizan en favor de otros órganos no jurisdiccionales en materia de suspensión de sentencias por razones, precisamente, de interés público (50).

El Juez, en efecto, como señala GARCÍA DE ENTERRÍA (51), sigue siendo la *viva vox legis*, conectado con el Derecho directamente, sin pasar por organización de ninguna especie. Boca que pronuncia la palabra de la Ley, según la conocida expresión de MONTESQUIEU, «esto es, justamente, sin metáfora alguna, lo que la vieja palabra romana de jurisdicción quiere decir. La figura del Juez no puede comprenderse desde la teoría del Estado, sino desde la teoría del Derecho. La organización pública erige y sostiene al Juez, permite su funcionamiento material, apoya sus decisiones, pero en modo alguno interioriza éstas» (52). Para la Justicia, su propio fin es el Derecho y no el interés público, aunque a la postre éste venga también servido por la organización judicial (53). A diferencia de la Administración, su actividad se hace efectiva en actos de conocimiento jurídico (54). La posición neutral del Juez y su vinculación al Derecho no

(50) Artículo 105 de la Ley de la jurisdicción contenciosa.

(51) *Verso un concetto del Diritto amministrativo*, pág. 326.

(52) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pág. 327.

(53) Se ha dicho reiteradamente que para la Justicia su propio fin es la aplicación del Derecho, mientras que para la Administración no es más que un medio. Vid. FLENIER, *Instituciones de Derecho administrativo*, trad. ALVAREZ GENDIN, Barcelona, 1933, pág. 6.

(54) Otro es el caso de las Democracias socialistas, donde, según ZELLWEGW, *Legalidad socialista*, en «Revista de la Comisión Internacional de Juristas», 1964, número 2, pág. 228, los Tribunales tienen el deber de «fomentar por todos los medios de carácter estatal y social el proceso del desenvolvimiento evolutivo de nuestros hombres y mujeres, encaminado a hacer de ellos personalidades socialistas; proceso que, dentro de su mentalidad, está llamado a conducirles del «yo» al «nosotros». Pero en los Ordenamientos occidentales la Justicia obra a través de un proceso cognoscitivo, FORST-

debe entenderse en términos rígidamente positivistas, sino ordinamentales, lo que justifica la utilización por el Juez de normas jurídicas de distinta procedencia, que incluyen, desde luego, los principios generales del Derecho y los preceptos constitucionales. Este es también el sentido del denominado «Derecho judicial», que proviene de la obligación que sobre el Juez pesa de pronunciarse en cualquier caso, porque tales facultades no son autónomas, sino que proceden de su otorgamiento por el Derecho (55), con lo que no se rompe la vinculación formal Derecho-Juez y materialmente han de ser ejercidas dentro de los límites señalados por el Ordenamiento y de acuerdo con sus postulados y principios básicos (56).

Vemos, pues, cómo la función jurisdiccional se caracteriza, frente a la Administración, por la aplicación imparcial del Derecho (57), imparcialidad que requiere para que efectivamente pueda producirse, la independencia de los Tribunales, tal como se reitera en el artículo 28 de la Ley

HOFF, *Tratado de Derecho administrativo alemán*, trad. esp., Madrid, 1958, pág. 19. Por ello resulta anómalo el que, como ha observado CLAVERO, *El recurso contencioso-administrativo contra Reglamentos y Ordenanzas en la nueva Ley de Régimen Local*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», julio-agosto, 1951, pág. 38, los Tribunales de lo contencioso puedan no sólo modificar las Ordenanzas locales, sino también redactar en forma definitiva los preceptos impugnados. Tampoco parece cuadrar con la idea tradicional de las competencias jurisdiccionales sentencias como la del Tribunal Supremo de 9 de septiembre de 1965 que obliga a la Administración al activo ejercicio de sus facultades reglamentarias, realizado mediante Decreto de 13 de agosto de 1966, lo que parece pugnar con aquel concepto de justicia como «aquella actividad del Estado en la cual éste ni dispone ni ejecuta, sino que resuelve; es decir, que suponiendo una disposición plena y al margen de su cumplimiento, el señalamiento de fines, hecho y cumplido con carácter general, va ejecutándose caso por caso, a cada coyuntura particular que así lo requiera». GUASP, *El Derecho político como derecho del Gobierno*, en «Homenaje a don Nicolás Pérez Serrano», t. II, 1959, pág. 96, concepto al que se adhiere ALVAREZ GENDIN, *El Estado de Derecho y el poder judicial*, loc. cit., pág. 17. Aunque quizá la sentencia citada ha pretendido determinar simplemente la adopción de un acto administrativo por vía de Decreto, si bien es de observar que en otra ocasión la decisión para un supuesto similar relativo a escalas cerradas de funcionarios fué calificado como disposición general. Vid. VILLAR, *Apuntes*, vol. II, pág. 121.

(55) TIMSTI, *Le rôle*, cit., pág. 70.

(56) Vid. CARRE DE MALBERG, *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, Paris, 1922, vol. II, pág. 748. No parece, pues, definitiva la objeción de TREVIJANO al criterio de distinción basado en la automática aplicación de la Ley, si se entiende ésta en el sentido propugnado, amplio y ordinamental. Vid. su *Tratado de Derecho administrativo*, volumen I, Madrid, 1964, pág. 65.

(57) Vid. GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, vol. II, Madrid, 1957, página 36, y el *Procedimiento administrativo*, Madrid, 1964, pág. 127. Contra, GARRIDO, para quien puede concebirse una jurisdicción *formalmente parcial*, imputando a aquel autor y a los que sustentan una posición concordante, la confusión entre función jurisdiccional y proceso, error del que sería consecuencia la conclusión sobre la imparcialidad jurisdiccional, *Tratado*, pág. 40, en nota. También niega la distinción del criterio *proceso-procedimiento* GARCÍA-TREVIJANO, op. cit., pág. 61.

Orgánica del Estado, aunque quepa examinar separadamente estos dos caracteres. Si bien la más destacada doctrina procesalista (58) hace especial hincapié en que la función jurisdiccional esencialmente consiste en la satisfacción de pretensiones, lo que en efecto normalmente sucederá, pueda quizá, con relación a los objetivos que perseguimos, prescindirse de la generalidad de este dato por cuanto aun sin él es factible fundar el carácter judicial de la jurisdicción voluntaria. Con ello no se realiza un caprichoso escamoteamiento de este planteamiento sino se pretende dar el máximo relieve a la imparcialidad judicial y su única dependencia del Derecho, sean o no contrapuestas las pretensiones que se deduzcan, si es que cabe hablar de pretensiones contradictorias. Pero se le dé un nombre u otro, no puede pasarse por alto que, dejando por ahora de lado la jurisdicción voluntaria, existen demandas que no implican necesariamente una pretensión contra otros sujetos, como la impugnación de los actos lesivos, y que desde otro punto de vista, la Administración también resuelve, en ocasiones, pretensiones contrapuestas, sin que ello suponga actividad jurisdiccional (59).

Según adelantábamos, condición indispensable, aunque no suficiente, para el desenvolvimiento imparcial de funciones judiciales, es la independencia de sus titulares (60), aunque conviene aclarar, por si fuera necesario, que imparcialidad e independencia en la aplicación del Derecho no son sin más equivalentes a legalidad. La Administración está sometida, como los Jueces, al principio de legalidad (61), pero no es intrínsecamente ni imparcial ni independiente. El no ser imparcial no implica que se dé entrada conscientemente a la arbitrariedad, sino que el interés público

---

(58) GUASP, *La pretensión procesal*, Madrid, 1952; *Derecho procesal civil*, 2.ª edición, Madrid, 1963; CARNELUTTI, *Sistema de Derecho procesal civil*, trad. esp., Buenos Aires, 1944; GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal*, cit., etc.

(59) Vid. GARCÍA-TREVIJANO, pág. 64.

(60) Vid. especialmente sobre este tema A. GENDIN, *La independencia del poder judicial*, Madrid, 1966, *in totum*. Para GONZÁLEZ PÉREZ, «la independencia no es un atributo accidental o secundario del órgano jurisdiccional, sino consustancial al mismo». *Derecho procesal*, II, pág. 36: «La independencia no significa ni más ni menos que la ausencia de dependencia que no sea la del Juez a la Ley o al Derecho, de tal manera que las llamadas garantías de independencia judicial se dirijan en realidad a eliminar cualquiera otra clase de dependencia». MOSQUERA, *El poder judicial en el Estado de nuestro tiempo*, en esta REVISTA, núm. 46, pág. 48. El criterio de la independencia fué ya propuesto, como ha sido ya señalado, por MERKL para distinguir la actividad administrativa de la judicial, *Teoría general del Derecho administrativo*, trad. esp., Madrid, 1933, páginas 32 y sigs.

(61) Vid. FORSTHOFF, *Tratado*, cit., págs. 16 y 17.



influye tan poderosamente en sus decisiones, que puede temerse un apartamiento de las normas legales por parte de los órganos administrativos, cuya dependencia, en la mayoría de los casos, hace más problemático el respeto de los mandatos del legislador.

La jurisdicción, por el contrario, únicamente está preocupada por la aplicación del Derecho y no es parte en las relaciones que contempla (62). La independencia judicial garantiza esta imparcialidad por un doble procedimiento: estructural y funcional. La independencia estructural viene vinculada con el principio de separación de poderes y se manifiesta en la garantía de que los Jueces no serán designados ni removidos, teniendo presentes sus decisiones, por otros poderes (63). Una de sus manifestaciones es el autogobierno judicial (64) y las normas constitucionales que velan por su independencia, aunque ésta pueda también lograrse por cauces informales no positivizados, como es el caso de los países anglosajones, en que los Jueces pueden ser designados por el elemento político, bien que ello no afecte en la práctica a su posición sustantiva y autónoma (65). En

---

(62) Lo que sucede también en el proceso penal, como queda claro con la posición asignada al Ministro fiscal constitucionalmente por el artículo 35 de la Ley Orgánica. Aunque el Estado tenga interés en sancionar al delincuente, el Juez sólo tiene interés en aplicar la Ley. En sentido distinto, GARRIDO, *Tratado*, pág. 40. Ello, sin embargo, explica cabalmente la distinción tan cuestionable entre faltas administrativas y penales, materialmente idénticas, pero que difieren en cuanto a la forma de aplicar la sanción correspondiente.

(63) Lo que no es el caso de otros órganos estatales, como los que encabezan la Administración, que son nombrados por los órganos soberanos, precisamente teniendo en cuenta sus presumibles decisiones futuras y destituidos por las adoptadas en el pasado.

(64) Señala MOSQUERA «que, si bien el autogobierno de la Magistratura coopera en cierta medida a una mejor realización de la independencia judicial, no debe estudiarse como capítulo de la independencia sino dentro de la teoría de la separación de poderes o de la posición constitucional del poder judicial en el Estado», achacando la confusión de esta teoría con la independencia judicial, concepto éste anterior y consustancial a la noción del Juez, a que cuando se organizó el Estado de Derecho hubo necesidad de armonizar la independencia judicial con sus estructuras. *El poder judicial*, cit., pág. 83. Ello es, sin duda, cierto, pero creemos que en la sistematización que adoptamos caben también estas garantías estructurales, en cuanto que, en definitiva, gravitan también sobre la independencia de los Jueces.

(65) Indica ALVAREZ GENDIN, *El Estado de Derecho*, cit., pág. 15, que «aun en países que llevan tan a rajatabla la aplicación de la doctrina de separación de poderes, en los que los cargos judiciales se dejan al sistema de elección popular, como en Estados Unidos, el Presidente designa a los Jueces del Tribunal Supremo y de los inferiores federales, dentro de determinadas condiciones, si bien su confirmación se somete al Senado; de suerte que no se debe el favor, la gracia, sólo al Jefe del poder ejecutivo al inter-

España, la designación del Presidente del Tribunal Supremo corresponde, con rango constitucional, al Jefe del Estado, a propuesta en terna del Consejo de Estado, según el artículo 58 de la reciente Ley Orgánica.

La ausencia de esta independencia en determinados órganos administrativos explica el que éstos no sean auténticos Tribunales, y frente a sus decisiones quepa recurso ante órganos auténticamente jurisdiccionales, como es el caso de los denominados Tribunales económico-administrativos, integrados por funcionarios jerarquizados en sus respectivos servicios, mientras que, por el contrario, la independencia, de hecho o de derecho, de otros órganos con funciones análogas, como fué el caso del Consejo de Estado francés, les convierte en auténticos Tribunales. Así llegamos a una constatación, cuya simplicidad casi nos hace dudar de su validez, que refuerza y redondea la tesis sostenida: son órganos jurisdiccionales los que aplican el Derecho con imparcialidad e independencia, por lo que en tales casos no cabe recurso ante jurisdicciones distintas (66), e inversamente, los actos de los órganos que puedan venir influidos por el interés público son recurribles ante Tribunales independientes (67), y caso de no serlo, como sucede en nuestro Ordenamiento con las decisiones de los Jurados fiscales (68), no se convierten en órganos jurisdiccionales, sino

---

venir una de las Cámaras del legislativo». Vid. también RICHARD, *Patronage in British Government*, Londres, 1963, y mi reseña en el número 47 de esta REVISTA, pág. 284.

(66) Por ello califica como jurisdiccionales GARCÍA-TREVIJANO al Tribunal de Defensa de la Competencia, al de Censos y Arbitral de Seguros, y parcialmente a la Junta de Detasas, y como caso más dudoso señala el de los Tribunales Tutelares de Menores. Debe, pues, prescindirse, como viene haciendo el Consejo de Estado francés, cfr. TIMSIT, op. cit., pág. 215, de todo prejuicio orgánico, atendiendo a la naturaleza de las funciones.

(67) El planteamiento es simple y nos aclara inmediatamente la naturaleza de los denominados actos de administración de Derecho privado. Si las decisiones de un órgano son revisables por otros órganos de distinto orden, lo que no es el caso de las alzas entre órganos del mismo orden como las alzas entre Tribunales, imparciales e independientes, con carácter definitivo, es que el primero no reunía aquellos caracteres, pues no tendría sentido el provocar ulteriores revisiones. Pero lo contrario no es siempre cierto y puede suceder, como se indica en el texto, que no sean fiscalizables actos de órganos que no revistan suficientes garantías, por lo que antes de pronunciarse sobre su carácter jurisdiccional habrá que ver si realmente se dan en ellos las debidas condiciones de imparcialidad e independencia.

(68) Vid. CLAVERO ARÉVALO, *Jurados fiscales y jurisdicción contencioso-administrativa*, en el número 39 de esta REVISTA, págs. 15 y sigs., y recientemente, BAYÓN MARINÉ, *Control jurisdiccional de la actividad de los Jurados tributarios*, en la misma REVISTA, número 48, pág. 143. Con relación al caso similar de los Tribunales de Amparo, vid. BOQUERA, *Criterio conceptual del Derecho administrativo*, en esta REVISTA, núm. 42, pág. 148.

que se habrá producido una quiebra de los principios a que responde el Estado de Derecho (69).

Por último, debe añadirse que el otro aspecto de la independencia judicial, el funcional, remite á la sustracción de las decisiones de cada Tribunal o Juez a las instrucciones de sus superiores jerárquicos y, por tanto, a la imposibilidad de ser sancionado por incumplimiento de las órdenes recibidas en el ejercicio de funciones estrictamente jurisdiccionales, bien que la ausencia de posibilidades instructoras también se dé en la práctica para órganos no jurisdiccionales, como pueden ser el caso de algunos de los denominados Tribunales administrativos y en general de los órganos y funcionarios que emiten juicios técnicos (70), y por supuesto, de los titulares de los órganos administrativos que no tienen superior jerárquico.

Para cerrar este apartado aludiremos, aunque sin demasiado énfasis, por ser ésta materia tangencial, al clásico y académico tema de las funciones administrativas de los Jueces, policía de sala, ejecución de sentencias, embargos, etc. Su carácter es materialmente idéntico a las típicas funciones de la Administración: ahora bien, dada su vinculación instrumental y accesoria a la función propiamente judicial, puede explicarse que sin que ello suponga un grave trastocamiento del sistema, se justifique y explique su mantenimiento en manos de los titulares de las potestades jurisdiccionales sustantivas.

### C) *Potestades singulares.*

#### a) *La noción de potestad.*

La tipificación del concepto de potestad (71) constituye uno de los más importantes avances de la ciencia del Derecho y ha suministrado al sector jurídico-administrativo un valioso criterio para calificar las situaciones jurídicas que son típicas de este Ordenamiento. Aunque el concepto de po-

(69) Recuérdese que, con arreglo al principio de la Ley Fundamental de 17 de mayo de 1958, todos los españoles tienen derecho a una justicia independiente, lo que se reitera en la Ley Orgánica.

(70) Ya fué observado incluso por KELSEN, *Teoría general del Derecho del Estado*, traducción esp., Méjico, 1950, pág. 289. «Se puede comprender que un funcionario al que se pide un informe en la materia que es competente no deba estar vinculado...; hay que concluir que la independencia es un requisito esencial en el momento de producir su informe, su dictamen.» GARCÍA TREVIJANO, *Tratado*, pág. 63. Pero esto es una premisa lógica, no necesariamente jurídica.

(71) Cuya iniciativa se debe, sin duda, a SANTI ROMANO. Vid. su *Corso di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., Padua, 1937, y una síntesis de su posición y las opiniones que ha suscitado en *Framenti di un Dizionario giuridico*, Milán, 1947, págs. 173 y sigs.

testad (72) es, ciertamente, de universal (73) aplicación en todo el campo del Derecho, es posiblemente en el Derecho administrativo donde más utilidad tiene. Desde la perspectiva del Derecho subjetivo resulta, en efecto, imposible explicar las posibilidades de que la Administración dispone, el *imperium* utilizado por sus órganos no es reconducible a aquella figura jurídica (74). La potestad, por el contrario, nos aclara precisamente la situación de preeminencia de la Administración, situación abstracta y estafutaria derivada, o derivable, de atribuciones directamente encardinadas en el Ordenamiento y al margen del consenso del sujeto que viene afectado por su ejercicio.

La potestad que podemos calificar con GASPARRI (75) como la situación de quien, según el legislador, puede emanar declaraciones, legalmente atendibles, se nos presenta así como un poder latente, inmanente en el sujeto que lo detenta, y cuyo ejercicio virtual no va dirigido, como el Derecho subjetivo, a un objeto, sino que tiene por destinatario sujetos vinculados, que se encuentran así en lo que gráficamente se ha denominado una «situación pasiva de inercia» (76). Ahora bien, aunque el correlato de la potestad sea la sujeción y no la obligación, de su ejercicio sí pueden

(72) Para GARCÍA DE ENTERRÍA, «la potestad es un poder abstracto y genérico, ordinariamente derivado de *status* legales y no originable por convenciones negociables, cuyo efecto consiste en las modificaciones de las situaciones jurídicas existentes (potestades innovativas) o en el mantenimiento, realización o tutela de situaciones jurídicas preexistentes, sin modificarlas o innovarlas; no tiene una referencia específica a un objeto concreto; no supone, como el derecho subjetivo, especificidad de objeto dominado, sino que se extiende a un marco genérico de posibles objetos; no encuentra enfrente, decíamos, obligados singulares, prestaciones o actuaciones debidas, sino más bien "sujeciones", vinculación puramente pasiva de soportar la realización de sus efectos propios». *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Madrid, 1956, pág. 44, señalando cómo este concepto está «hoy comúnmente aceptado en toda la ciencia italiana del Derecho público con algunas precisiones e incluso ha trascendido al Derecho privado (ZANOBINI, VITTA, LESSONA, GIANNI, MIELE, GASPARRI, ZANZUCCHI, MESSINEO, CROSA, VASALLI, PUBLIATA, ANGELOTTI, ALESSI, SANDULLI, FALZONE, etc.)». A esta dirección apunta el concepto de potestad, más difundido entre nosotros, de CARNE-LUTTI, por cierto, mucho menos preciso y objetivado. *Teoría general del Derecho*, trad. española, 1941, pág. 177, loc. cit. en nota.

(73) Así, GASPARRI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, Bologna, 1953, pág. 39. admite expresamente la existencia de potestades de Derecho público y de Derecho privado.

(74) «El concepto se nutre en buena parte de las infructuosas tentativas de caracterizar definitivamente las figuras de "derechos potestativos", de "conformación jurídica", "sin objeto", etc., y pretende dar curso a las exigencias reales que tales figuras trataban de expresar; el campo de experiencias del Derecho público es mucho más fecundo que el del Derecho privado para la caracterización de tales situaciones.» GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., pág. 44.

(75) *Corso*, cit., pág. 37.

(76) GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, vol. I, Milán, 1950, pág. 266.

derivarse derechos y obligaciones (77), e incluso puede admitirse la existencia de un Derecho subjetivo a la utilización de una potestad por un sujeto en beneficio de otro. Piénsese en el caso de la potestad expropiatoria, cuyo ejercicio puede ser jurídicamente solicitado por quienes se encuentran en situación de beneficiarse de la misma. El ejercicio de la potestad puede ser voluntario u obligatorio (78), y esto no sólo en el Derecho administrativo, sino en otros derechos en los que, como en el de familia, es normal la existencia de potestades de ejercicio obligatorio (79).

La noción de potestad puede teóricamente separarse de la noción de función, entendida ésta como actividades ejercidas para intereses ajenos u objetivos (80), pero sin que tales actividades impliquen necesariamente, como se ha pretendido, la utilización de potestades (81). El desempeño de las funciones puede, a su vez, tener el carácter obligatorio o facultativo para el responsable de las mismas, lo que es importante tener en cuenta para comprender las relaciones entre potestades administrativas y funciones administrativas, como se verá a continuación.

---

(77) GIANNINI, *Lezioni*, cit., pág. 267.

(78) Así, GASPARRI, op. cit., pág. 38, admite que el sujeto investido de la potestad pueda tener la *facoltà* o el *devere* de su ejercicio.

(79) Como lo prueba el hecho de la asunción por el Estado de estas potestades cuando no pueden ser ejercidas o se ejercen indebidamente. En este sentido, vid. RAYNAUD, *La puissance paternelle et l'assistance éducative*, en «Melanges Savatier», París, 1965, página 555, quien señala que «la asistencia educativa, en su concepción actual, resulta del encuentro y fusión de dos instituciones, una de las cuales consagra con particular vigor la fuerza de la patria potestad, y la otra, por el contrario, es una medida de control destinada a remediar los abusos de la autoridad paternal: la asistencia educativa del Ordenamiento de 23 de diciembre de 1958 es hija, a la vez, del derecho de corrección paternal donde el Código civil considera un atributo del poder paternal y de la «vigilancia o asistencia educativa» que el Decreto-ley de 30 de octubre de 1935 había introducido en la Ley de 24 de julio de 1889 como un sustituto del abandono de este mismo poder paternal. No es preciso, pues, extrañarse al comprobar en la asistencia educativa, fruto de este encuentro, un doble aspecto».

(80) Según la formulación de SANTI ROMANO, *Corso*, cit., pág. 142, y *Frammenti*, página 97.

(81) Así, SANTI ROMANO, *Frammenti*, cit., pág. 97, y FOLIGNO, *L'attività amministrativa*, Milán, 1966, pág. 14, con apoyo en ALESSI, para quien «la idea de organización implica, de un lado, un sistema de normas, y de aquí un Ordenamiento, y del otro, un sistema de poderes que encuentran su base en el Ordenamiento, pero constituyendo, además, el fundamento de su coercibilidad; poderes dirigidos a la realización de los intereses de grupo social a través del necesario desarrollo del Ordenamiento; poderes, en fin, cuyo ejercicio, en cuanto se trata de poderes dirigidos a la realización de la finalidad social, se presentan como objeto de un deber..., y en cuanto objeto de un deber jurídico constituyen una función estatal». *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 1950, pág. 2.

b) *Las potestades singulares de la Administración.*

Una vez aclarados los conceptos de función y potestad, nos es posible trasladarlos al campo administrativo, con lo que resultará que la función administrativa será aquella que, de acuerdo con lo anteriormente expuesto, tiene por finalidad el atendimiento de intereses públicos, siendo su característica más destacada su obligatoriedad (82) para la Administración, de acuerdo con los términos del mandato del legislador. Pero la función administrativa, aunque obligatoria, no implica necesariamente la disposición de potestades, como sucede, por ejemplo, con la actividad privada de la Administración y la gestión de su patrimonio, de indudable interés público y, por tanto, objeto de una función administrativa, pero para la que no se dispone de potestades excepcionales.

Ahora bien, la presencia de potestades singulares en las manos de la Administración es requisito necesario para que podamos afirmar que ésta actúa con arreglo a las técnicas de Derecho administrativo. Así afirmamos que en todo el campo del Derecho administrativo existen, implícitamente al menos, potestades administrativas singulares, y que lo que justifica precisamente la especialidad de este Derecho son las potestades cuyo ejercicio regula.

No es posible desconocer que esta afirmación no será fácilmente admitida, máxime cuando recientemente se ha destinado una importante monografía que concluye sobre la inadecuación del criterio de la prerrogativa como idea central del Derecho administrativo (83). Sin embargo, pese a que me parece evidente que en toda situación administrativa es posible detectar la presencia de una potestad exorbitante cuyo ejercicio puede ser decidido por la Administración, debe contarse, como señaló ya HAURIUO, con que la prerrogativa tiene frente a sí un prejuicio histórico (84). El hombre se revela instintivamente ante la idea del poder y sujeción quizá por el atavismo de su ejercicio arbitrario a lo largo de la historia. Pese a su transformación y desmitificación convirtiéndose en un instrumento técnico (85) y no ya en un atributo de derecho divino del soberano, el

(82) Suscribimos íntegramente el concepto de GASPARRI, que concibe la Administración pública como una función de ejercicio obligatorio en relación con los intereses de una determinada colectividad pública. *Corso*, cit., pág. 68.

(83) ROUSSET, *L'idée de puissance publique en Droit administratif*, ya citado.

(84) Nota al *Arrêt: Comune Monsejur*, cit., CORAIL, pág. 11, donde pone lucidamente de manifiesto la verdadera raíz de este obstinado desconocimiento: «Je sais bien pourquoi on ne veut pas; c'est parce qu'on ne veut plus de la notion du pouvoir sous aucune de ses formes.»

(85) ROUSSET, op. cit., págs. 13, 14, 32 y 56.

ciudadano y el intérprete en definitiva, no puede dominar su subconsciente animadversión hacia el dominio ajeno sobre la propia conducta, a la compulsión, al constreñimiento exterior, y ello aunque se haga en nombre de la comunidad a que se pertenece. Esta es, quizá, la causa de que se busquen explicaciones racionales (86) a esta irracional sensación, y que normalmente se propenda a reaccionar frente a los viejos mitos (87), despojando a la Administración del énfasis de sus prerrogativas en un inútil intento de hacer menos autoritario el orden de la sociedad en que vivimos. Pero esto no es, por suerte o por desgracia, así, y la realidad nos ofrece otra visión que no pueden desvirtuar todas las esperanzas que se cifran en la hipotética visión de una Administración paccionadora, benefactora y providente, porque si es cierto que los dones han aumentado, también se han multiplicado los mecanismos imperativos, sin los que posiblemente no hubiera sido posible incrementar cuantitativa y cualitativamente los servicios públicos.

Inequívocamente puntualiza la Ley Orgánica que el Jefe del Estado ejerce el *poder supremo...* administrativo. Volvamos, pues, de nuevo a HAURIOU y su *puissance publique* como dato fundamental por definir el Derecho administrativo, aunque la tesis del ilustre administrativista deba ser retocada y revisada para que pueda justamente adaptarse a la finalidad perseguida. Potestades singulares de la Administración equivalen pues, a poderes unilaterales (88), prerrogativas (89), potestades no utilizables

(86) Es preciso no olvidar, dice DEROCHE, *Les mythes administratifs*, París, 1966, página 16, «que el humanismo occidental después del Renacimiento ha sido una larga tentativa de destrucción de los mitos y de los símbolos, una oposición casi sistemática al sentimiento de lo sagrado en lo que podía tener de virtud mágica. La razón sola debía alimentar la llave de todos los mecanismos desconocidos del cosmos. Pero el racionalismo, que se traduce por una organización más atrevida de la sociedad y la proliferación de formas administrativas, lo que es completamente natural, ¿no ha reconstruido mitos imponiendo categorías nuevas en el orden político como en el orden social, reinvitando a las universales? El hombre tiene siempre necesidad de símbolos para estructurar la realidad que la ciencia le ha ocultado más allá de las apariencias sensibles».

(87) Pero, a pesar de todo, vuelve siempre a resurgir el más importante mito, el mito administrativo, que aparece «bajo el simbolismo de una entidad esencial y multiforme, más que como una fórmula jurídica cómoda popularizada por la terminología del *poder público*». DEROCHE, op. cit., pág. 17.

(88) Pese a su inclinación a admitir ahora nuevas modalidades de acción administrativa que incluyen la adhesión voluntaria de los destinatarios, sigue reconociendo RIVERO que el instrumento esencial de la acción administrativa radica en la decisión ejecutoria, el acto unilateral por el que la autoridad se impone a la voluntad de los sujetos. *A propos des metamorphosis de l'Administration d'aujourd'hui démocratie et administration*, en «Mélanges Savatjer». Este mismo criterio es reafirmado en el libro cit., pág. 823, de VICENT, *Le pouvoir de decision unilaterale des autorités administratives*, París, 1966, bien que sometido a control.

(89) NEDEL, *Les bases constitutionnelles*, cit., pág. 42, ha señalado cómo es casi imposible escribir de Derecho administrativo sin encontrar sobre el camino el término y la

por los particulares (90), es decir, potestades que exorbitan del Derecho común (91), pues es cierto que sólo por contraste con éste puede justificarse la sustantividad del Derecho administrativo que regula poderes de que no disponen los sujetos privados en cuanto tales (92). No es posible enumerar ni describir aquí cuáles sean estas potestades, porque ello implicaría un catálogo de todos los medios que ofrece el Derecho administrativo para finalidades públicas (93); basta ejemplificadoramente aludir

---

noción de prerrogativa del poder público. «Bajo una forma u otra, desde hace cien años que se ha comenzado en Francia a pensar en el Derecho administrativo, la noción del poder público no ha dejado de estar en el corazón de la investigación, unas veces exaltada, otras humillada, jamás abandonada. Aucoc, Laferrière, Berthlemey, Hauriou, están de acuerdo en la noción maestra...» «Es vano multiplicar los ejemplos: puede ser y será de más provecho subrayar la estrecha afinidad que existe entre la noción del poder público y los más recientes desarrollos del Derecho constitucional y de la ciencia política, que ponen en evidencia en el corazón de lo político el de fenómeno del Poder.» RIVERO, *Existe-t-il un critere?*, cit., págs. 286 y 287, aunque más adelante añade que la idea del poder público da cuenta de la mayor parte de las reglas administrativas, pero no de todas. Vid. también su *Droit administratif*, París, 1960, págs. 9 y 32, y en nuestra doctrina más reciente, GARRIDO, *Tratado*, pág. 151, quien caracteriza la actuación administrativa sometida al Derecho público por el uso de la prerrogativa por parte de la Administración; también BOQUERA, *Criterio conceptual*, loc. cit., pág. 140.

(90) «Las reglas de Derecho administrativo se caracterizan con relación a las del Derecho común en que aquéllas, bien confieren a la Administración prerrogativas sin equivalente en las relaciones privadas o bien imponen a su libertad de acción sujeciones más estrictas que aquellas a que están sometidos los particulares». RIVERO, *Droit administratif*, pág. 32. «Que la desigualdad sea la marca distintiva de las relaciones entre la Administración y los particulares no puede deducirse del estudio de los poderes de que está investida la Administración», concluye VICENT, *Le pouvoir de décision unilaterale*, cit., pág. 263.

(91) Es una verdad histórica que el Derecho administrativo, dice RIVERO, op. cit., página 291, no puede definirse más que con relación al Derecho común. Igualmente nota BALLBÉ que «la noción del Derecho administrativo no aparece como algo imanente y consustancial a la simple conexión entre Administración y Derecho, sino por oposición al Derecho privado, por la regulación de la función administrativa por el *ius publicum*. La tradicional división del Derecho en público y privado se manifiesta, pues, como premisa de la noción del Derecho administrativo», op. cit., pág. 58. Sin que con ello se haga hincapié en el carácter derogatorio que pudiera deducirse de la idea de exorbitancia, únicamente se pone de relieve que, si bien el Derecho administrativo puede ser, a su vez, un derecho común de las personas públicas, tal derecho puede ser contrastado con el Derecho común general, contraste éste que le presta propia originalidad. Vid. más adelante, en este mismo capítulo.

(92) No es de extrañar, pues, que el Consejo de Estado francés haya vuelto a recurrir a la vieja idea de los actos de autoridad para identificar la producción de actos administrativos por organismos privados. Vid. PETOT, *Notions fondamentales*, cit., pág. 397. También SPILIOPOULOS considera que el criterio de la detentación de prerrogativas es el más sólido para la separación de las personas morales públicas y de las personas privadas, *La distinción*, cit., pág. 29.

(93) Vid. VILLAR, op. cit., pág. 176.



a la autotutela (94), acción de oficio, exención de interdictos, detracciones coactivas, etc.

Pero estas prerrogativas no tienen forzosamente que ejercitarse en toda actividad sometida al Derecho administrativo, lo que le pasó por alto a HAURIUO en su empeño de entronizar la idea del poder. Basta que sean utilizables, que la Administración o los sujetos que actúen por ella, las tengan en su arsenal como recurso de emergencia frente a cualquier eventualidad. Existirán, sin duda, funciones administrativas, como las policiales, que impliquen normalmente actuaciones autoritarias, pero otras muchas no lo requerirán así e incluso la potestad puede concebirse como la mera posibilidad de la Administración de imponer por sí el respeto de su acto (95), aunque en su creación hayan intervenido sus propios destinatarios y no tenga, por tanto, carácter rigurosamente unilateral. Con ello podría sin violencias encuadrarse dentro del criterio de las prerrogativas y potestades como caracterizador del Derecho administrativo, a la denominada gestión pública (96), fórmula mágica con que se pretende en Francia en la actualidad establecer un puente entre la actividad autoritaria y la privada.

Se recordará que en la definición de Derecho administrativo que se propone se alude así al ejercicio de actividades, para el que se dispone de potestades singulares, con lo que se pretende precisamente descartar que las potestades hayan de estar siempre actuantes, en perpetuo ejercicio en el obrar administrativo y a la par se admite la posibilidad de que el desempeño de estas actividades dé lugar, se ejerzan o no inmediatamente potestades, a derechos subjetivos para los administrados, de carácter administrativo, si la actividad se realiza al amparo de poderes que constituyen el inseparable apoyo de los sujetos actuantes en interés público, esto es, cuando actúan en régimen de Derecho administrativo. Tampoco se excluye, lo que también omitió HAURIUO, que el Ordenamiento pueda imponer y los sujetos administrativos invocar, deberes y cargas a la Administración, tanto en cuanto al desempeño de las funciones que se le encomiendan cuanto al ejercicio de determinadas potestades que por ser imprescindible para aquellas funciones se la impone como deber.

---

(94) Vid. por todos, VICENT, *Le pouvoir de decision unilaterale des autorités administratives*, París, 1966.

(95) En este sentido, ROUSSET, op. cit., págs. 162 y 222.

(96) Tal como propugnan en Francia CORAIL, CHAPUS, etc.

c) *Las presuntas quiebras de la tesis de la prerrogativa.*

Ya se ha hecho notar que la Administración no dispone únicamente de privilegios, sino que a la par se la imponen condiciones más gravosas que las que pesan sobre los particulares, en el sentido de que las modalidades de su acción y los cauces por donde se desenvuelve son predeterminados y sustraídos a su voluntad. Esta objeción no es, sin embargo, decisiva, por cuanto el hecho de que la Administración disponga de potestades no quiere decir que su ejercicio no pueda regularse anticipadamente y condicionarse por quien otorga aquellos poderes (97). Pero aunque las «prerrogativas en menos» fueron más importantes que las «prerrogativas en más», ello sería indiferente para el criterio propuesto, que permitiría seguir identificando el campo de acción del Derecho administrativo (98). Igualmente se llama la atención hacia aquellas modalidades de acción administrativa que son, se dice, las más importantes de la Administración: la planificación económica indicativa y la prestación de servicios, que no conllevarían el ejercicio de potestades. Estas últimas objeciones tampoco tienen suficiente peso. En cuanto a la economía concertada, planificación orientadora, etcétera, porque no ha alterado la forma de producirse la Administración con tanta radicalidad como se cree (99). En realidad, utiliza las mismas técnicas de la clásica Administración de fomento, y en cuanto a los conciertos (100), no la sujetan más, sino menos aún, por la movilidad de la materia, que los clásicos contratos administrativos (101). Cabría decir entonces que tan-

---

(97) Como oponía convincentemente a RIVERO, VEDEL en su artículo cit. *Les bases constitutionnelles*.

(98) En cuanto que las «prerrogativas en más» aparecen siempre, aun cuando la acción administrativa venga en otros sentidos coartada, recortándose la autonomía de voluntad de los órganos de la Administración en un grado comparativamente más acusado al que puede obrar para los particulares.

(99) Otra cosa es la formación de voluntad administrativa y la democratización de su gestión, donde efectivamente cabe mayor intervención de voluntades coincidentes. Pero en general se trata de suavizar nuevas formas interventoras que se superponen a las tradicionales y no de un cambio total de perspectivas, cambio que no afecta, como se expone, a los medios empleados.

(100) En Francia se ha denominado *cuasi contratos* a las adhesiones al Plan, lo que RIVERO considera un bautismo un poco sorprendente para el jurista, que no reconoce aquí ni contrato ni *cuasi contrato*, aunque se revele un acuerdo de voluntades. *Las metamorphosis*, pág. 831. Más matiz contractual pueden tener las denominadas acciones concertadas, aunque en su desarrollo puedan influir decisivamente también las prerrogativas administrativas. Vid. art. 5.º de la Ley del Plan de Desarrollo de 28 de diciembre de 1963.

(101) «La política económica puede realizarse de forma imperativa o contractual; pero como toda política económica puede por hipótesis cambiar de dirección, la mutabilidad constituye así un elemento capital del régimen jurídico de estos contratos». ROUSSET, *L'idée de la puissance publique*, pág. 151.

to el fomento como los contratos administrativos no incluyen el ejercicio de potestades, pero esto no es así.

Repasemos algunas de las modalidades de la acción de fomento (102). La subvención, que es la más típica, procede, en primer lugar, del erario público (103), es decir, para su asignación es preciso previamente detraer cantidades de otros sujetos o aplicar fondos patrimoniales que pertenecen a todos, por lo que puede concebirse como una prolongación de la acción administrativa a través de los particulares, captados así para los fines de la Administración. Pero, además, tanto la asignación de la subvención como el control de su aplicación y eventualmente la apreciación de las condiciones de reintegro, corresponden a la Administración unilateralmente, por lo que no cabe parangón con la donación privada, donde en todo caso el donador habría de recurrir a los Tribunales. Lo mismo puede decirse del crédito oficial que opera en condiciones exorbitantes, al menos en la fase de la decisión de su adjudicación y eventualmente en la de su cancelación y reintegro, y es gestionado por Institutos

---

(102) Según la ya clásica formulación de JORDANA, «se distingue de la Policía en que mientras ésta previene y reprime, el fomento protege y promueve, sin hacer uso de la coacción. Y se diferencia del servicio público en que la Administración, con esa modalidad, realiza directamente y con sus propios medios el fin perseguido, mientras que en el fomento se limita a estimular a los particulares para que sean ellos los que, por su propia voluntad, desarrollando una actividad determinada, cumplan indirectamente el fin que la Administración persigue». *Ensayo de una teoría de fomento en el Derecho administrativo*, recogido en «Estudios de Administración local y general», vol. I, pág. 481.

(103) «La subvención implica técnica de Derecho público; la forma de su otorgamiento es un acto administrativo de Derecho público; la postura de la Administración frente al beneficiario es la de *potentior* persona, con facultades exorbitantes de las correspondientes a una donación civil. El beneficiario no actúa voluntad alguna en la formación del vínculo subvencional, sino que se limita a su solicitud y a su aceptación. El fin de la subvención es siempre un fin público o de interés público». VILLAR PALASÍ, *Las técnicas administrativas de fomento y apoyo al precio político*, en «Revista de Administración Pública», núm. 13, pág. 65, donde, además, se afirma definitivamente que la subvención implica una técnica nueva en el manejo del servicio público, permitiendo una ampliación del ámbito cubierto por el mismo. Las instituciones o empresas subvencionadas se sitúan a través de la subvención en la órbita del servicio público, es decir, se administrativizan en cierto modo, loc. cit., pág. 85. Lo que es, en efecto, compartido por amplios sectores e incluso trasciende a la Prensa diaria, como cuando, en relación con las subvenciones a las viviendas de renta limitada, se ha dicho que «el Estado asume un deber de la sociedad al proteger la edificación de viviendas de renta limitada. Los promotores y constructores de tales inmuebles son, por tanto, colaboradores en una función social del Estado. Por eso la Administración parece obligada a garantizar la confianza de los ciudadanos en un servicio que se presta bajo su tutela y con su estímulo. La Administración debe saber que se ha pedido dinero a modestos y futuros beneficiarios... Nos limitamos a afirmar que la entrega de cantidades a cuenta de las viviendas populares debe estar controlada y garantizada, con una eficacia incuestionable, por la Administración, que las alienta y subvenciona». «Pueblo», 12-XI-1966.

públicos o semipúblicos, controlados y fiscalizados por la Administración central. En cuanto a otras técnicas, como la asignación de los beneficios de la expropiación forzosa, no parece necesario destacar un marcado carácter de potestad, lo que incluso se acentúa curiosamente en esa Administración benévola, promotora del desarrollo, que se nos presenta domiñada y a nivel de diálogo, y que no ha dudado en España en suprimir de un plumazo todas las importantísimas garantías del previo pago expropiatorio al declarar íntegramente de urgencia todas las obras incluidas en el Primer Plan (104), que no son otras que todas las obras públicas a realizarse en el período de su vigencia (105). Podríamos seguir analizando supuestos hasta agotar la materia y los resultados serían similares. En la Administración de fomento están presentes también las prerrogativas inherentes al Derecho administrativo (106). En cuanto a los contratos, ya se utilicen o no para conciertos económicos, lo cierto es que atribuyen a uno de los contratantes, la Administración, facultades de que carece el otro (107), y que no serían utilizables si para el mismo objeto se contratase con arreglo a las técnicas de Derecho privado, aunque desde luego se admita de buena gana que la presencia material de las cláusulas exorbitantes no influye más que orientativamente sobre su naturaleza administrativa, importando tan sólo que las potestades existan, aunque no se consignen (108).

Particular énfasis se ha puesto en señalar cómo las prerrogativas no aparecen en la gestión de los servicios públicos, lo que, especialmente con

---

(104) Artículo 20, d), de la Ley de 28 de diciembre de 1962, con una técnica objetable y simplista, pues es sabido que todas las obras públicas son urgentes, pero sin que ello suponga necesariamente la puesta en marcha de procedimientos excepcionales.

(105) De las cuales el Plan realiza un inventario anticipado. Vid. PRADOS ARRARTE, *Plan de Desarrollo de España 1964-67*, Madrid, 1965, y TAMAMES, *El primer año del Plan de Desarrollo*, en «Anales de Economía», núm. 9, 1965.

(106) Como se desprende del propio catálogo de medios jurídicos a su servicio que JORDANA realiza, y que incluye derogaciones de preceptos de Derecho privado relativos a derechos reales o de obligaciones ficciones jurídicas, como el beneficio de vecindad; concesión del uso de prerrogativas de carácter público, como la acción directa; las prestaciones personales, la expropiación forzosa o el consumo obligatorio; los estatutos privilegiados de clase, profesión o lugar, y las exclusivas o monopolios de toda clase. Vid. *Ensayo de una teoría de fomento*, loc. cit., pág. 485.

(107) Vid. BADOU, *Le fait du prince*, cit., pág. 17, y ROUSSET, op. cit., págs. 151 y 160. Lo que sucede también con los modernos conciertos económicos, como patentizan los establecidos, al parecer, en la actualidad para el mantenimiento de los niveles de precios, que incluyen importantes sanciones.

(108) Como sostiene, con razón, GARCÍA DE ENTERRÍA, *Memoria*, vol. II, cit., pág. 349, de acuerdo con la doctrina francesa, PEQUIGNOT, *Théorie générale du contrat administratif*, París, 1945, pág. 304, y LAUBADÈRE, *Traité théorique et pratique des contrats administratifs*, col. I, París, 1956, pág. 88.

referencia a las relaciones entre usuarios y concesionarios, oponían a HAURIUO los miembros de la Escuela del servicio público (109), y hoy se sustenta con más vigor en cuanto a las más amplias actividades en este orden del Estado providente (110). Pero si tal objeción sería fundada con un manejo de la tesis de la prerrogativa como potestad continuamente actuante, queda desvirtuada si se atiende a su potencial intervención y actualización en la gestión del servicio unilateralmente, alterando imperativamente las relaciones con los usuarios en forma disimilar a la que es propia de las empresas privadas, aunque actúen de hecho o de derecho, monopolísticamente, y presten sus servicios mediante contratos de adhesión.

Examinemos, por ejemplo, el servicio de Correos, que se ha presentado por la doctrina alemana como típica Administración no autoritaria (111). Pues bien, para este servicio se deciden las prestaciones de los usuarios unilateralmente, se les da el carácter de tasas (112), que, como es sabido, se asimilan a los tributos (113) y pueden ser coactivamente de- traídas en los casos en que no se abonen voluntariamente. La admisión de los envíos es resuelta unilateralmente por la Administración (114), que excluye otras actividades concurrentes (115), impone el transporte de la

---

(109) Vid., por ejemplo, DUCUIT, *De la situation juridique du particulier faisant usage d'un service publique*, en «Melanges Hauriou», y más recientemente, ALESSI, *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, pág. 35.

(110) Así, EISSEMAN, *Droit publique, Droit privé*, cit. al que puntualmente.

(111) Vid. BOEHMER, *Grundlagen der Bürgerlichen Rechtsordnung*, vol. I, Tubinga, 1950, pág. 195.

(112) Artículo 59 de la Ordenanza Postal de 19 de mayo de 1960.

(113) Vid. sobre este punto VILLAR, *Las técnicas administrativas de fomento y de apoyo al precio político*, en «Revista de Administración Pública», núm. 13, pág. 14, donde se precisa, además, el carácter exorbitante del Derecho común en que se encuentra el usuario, remitiéndose a HAURIUO, quien afirma: «Si même le prix perçu pour un service public n'est pas le juste prix, nous estimons que l'on s'éloigne de l'idée de contrat, car le contrat est naturellement comutatif. Le contrat disparaît devant la situation réglementaire.» (*La jurisprudence administrative de 1892 à 1929*, París, 1929, 3; pág. 243), y a JÈZE, para quien «la tasa no tiene carácter contractual, sino que es un impuesto especial, y la tarifa, un reglamento («Principios generales de Derecho administrativo», Buenos Aires, 1950, V., 2.ª parte). Vid. también GARCÍA DE ENTERRÍA, *Sobre la naturaleza de la tasa y las tarifas de los servicios públicos*, en la misma Revista, núm. 12, y mi trabajo *El Municipio y su hacienda*, en dicha Revista, núm. 40, especialmente pág. 439, y la bibliografía allí citada.

(114) La admisión de la correspondencia está condicionada a la observancia de los preceptos reglamentarios (art. 18); el uso público se condiciona a las limitaciones impuestas por razón de moralidad, seguridad, sanidad, utilidad general (art. 12), y la Administración tiene prerrogativas para inquirir de oficio el contenido de los envíos.

(115) El correo ejerce monopolio para el transporte de cartas y tarjetas postales, y se prohíbe su transporte por otras personas (art. 10).

correspondencia (116) y la custodia pública de la misma, y sanciona pecuniariamente las infracciones reglamentarias (117). Parece, pues, precipitado el afirmar que éste y similares servicios pueden prestarse sin la utilización de prerrogativas (118), lo que vale también para los servicios concedidos directamente para el concesionario o indirectamente, a través de él, para el usuario y en general igualmente para los actos administrativos, que favorecen a sus destinatarios de alguna manera, como los permisivos. En cuanto a los actos de ejecución material, se recuerda su carácter no autónomo, siguiendo la suerte del acto jurídico de que traen causa, por lo que también en definitiva responden al criterio central de la prerrogativa.

Por último, cabe contemplar si en la materia de la organización lucen también las potestades administrativas. Esta incógnita podría eludirse haciendo notar que siendo la organización una condición previa y necesaria para el propio ejercicio de la actividad exorbitante, va implícita en el concepto que se propone de Derecho administrativo, del que constituye la apoyatura indispensable. Pero dejando de lado esta elemental constatación, y profundizando en la propia naturaleza de la actividad organizatoria, podemos observar cómo en primer lugar toda medida de este tipo producirá una alteración, formal al menos, de la distribución de los fondos públicos (119), y por tanto, afecto al ejercicio de la potestad tributaria (120); aunque este argumento parezca excesivamente forzado, el cri-

(116) Gratuitamente por los transportes públicos regulares por carretera, lo que se califica expresamente como *privilegio* (art. 150).

(117) La facultad de corregir administrativamente las infracciones del franqueo corresponde a las autoridades postales (art. 66), y se sancionan con multas las infracciones del franqueo por sellos y efectos estampados (art. 67), etc.

(118) Explícitamente el artículo 1.º de la vigente Ordenanza postal declara que «El correo es un servicio público inherente a la soberanía del Estado, que lo rige y administra», aunque, como ha demostrado PÉREZ OLEA, históricamente no haya sido siempre así, *La Ordenanza postal y las tarifas del servicio de Correos*, en el núm. 32 de esta REVISTA, págs. 259 y sigs.

(119) Esto se explica desde la perspectiva presupuestaria con claridad, ya que, como es sabido, el presupuesto representa para la Administración la efectiva atribución del poder financiero del gasto. Vid. VILLAR, *Las técnicas administrativas de fomento*, pág. 69, lo que incluso fué una de las potestades cuya detentación la Revolución expresamente situaba en manos de los órganos soberanos. La importancia del origen de los fondos sirvió, lo que se ha olvidado, para caracterizar precisamente los actos administrativos en la época del Directorio, que deberían entenderse como «todas las operaciones que se ejecutan por orden del Gobierno, por sus agentes inmediatos y con los fondos suministrados por el Tesoro Público». Vid. LAFERRIER, *Traité de la juridiction administrative et des recours contentieux*, París, 1896, vol. I, pág. 200.

(120) HAYEK, *Los fundamentos de la libertad*, trad. esp., Valencia, 1965, vol. I, página 265, reconoce que «las actividades no coactivas o puramente de servicio que la auto-

terio del manejo de bienes públicos es, sin embargo, importante para explicar, por ejemplo, el carácter administrativo de los actos creadores de empresas públicas (121), e incluso los actos separables (122) en la contratación privada de la Administración. Pero más aún, se puede afirmar que la organización se impone unilateralmente tanto a los propios servidores de la Administración, lo que es normal, como a los administrados, afectando sus obligadas relaciones futuras, lo que no sería el caso si se tratase de una empresa privada pues al no gestionar ésta intereses por definición públicos, sus alteraciones organizatorias sólo afectarán a los ciudadanos que lo deseen.

Con el tema de la organización puede conectarse tanto el de la creación (123) y control (124) por la Administración de las empresas públicas o nacionales, como el de los convenios entre entes públicos (125),

idad emprende son financiadas acudiendo generalmente a procedimientos coactivos. El Estado medieval, que financiaba sus actividades principalmente con sus rentas patrimoniales, quizá hubiera podido proporcionar servicios sin recurrir a la coacción. Ahora bien, en las condiciones modernas no parece practicable que el Estado proporcione servicios tales como el cuidado de los incapaces o de los inválidos, la construcción de carreteras o el suministro de información sin acudir a su poder coactivo para financiarlos.

(121) «Puede decirse que la mayor parte de las entidades que ejercen actividades económicas y no sólo las administraciones autónomas estatales han sido creadas por el Estado, con dinero del Tesoro en su mayor parte, y persiguen fines del propio Estado. Estos entes no son centros autónomos de intereses sociales. En tales condiciones, el conferirles personalidad jurídica tiene, ante todo, una función instrumental: permitirles la gestión empresarial con la necesaria agilidad y elasticidad, al margen de la rigidez del presupuesto y contabilidad estatales. Se trata, en definitiva, de miembros de la organización estatal separados por razones de conveniencia. Pueden serles aplicados dirección y control de oportunidad, como si se tratase de la propia organización estatal, toda vez que no son en el fondo sino dependencias estatales personificadas.» TREVES, *Las empresas públicas en Italia*, en «Documentación Administrativa», núm. 100, pág. 232.

(122) Vid. sobre este tema GARCÍA-TREVIJANO, *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo. La explotación del hotel Andalucía Palace, de Sevilla*, en «Revista de Administración Pública», núm. 28, págs. 141 y sigs., volviendo sobre este tema en el núm. 36 de la REVISTA. Posteriormente, PARADA califica de estériles a estas técnicas, en su trabajo *La nueva Ley de contratos del Estado*, en el núm. 47 de esta REVISTA, pág. 411.

(123) Por cuanto la «yuxtaposición de las empresas privadas con la Administración supone para las mismas no una dación de más amplia capacidad en el Derecho —el *manus capienti* de los establecimientos de utilidad pública—, sino meramente la titularidad de privilegios exorbitantes del régimen común de las empresas...» VILLAR PALASÍ, *Administración y planificación*, Madrid, 1952, pág. 144. Vid. también DUPONT, *L'Etat industriel*, París, 1961.

(124) Vid. DEBRÉ, *Au service de la nation*, París, 1963, pág. 258, que indica el definitivo abandono de la ingenua idea de la autonomía de las empresas públicas. Vid. también en cuanto al control de estas empresas, GARCÍA DE ENTERRÍA, *La actividad industrial*, cit., pág. 127.

(125) Vid. sobre los contratos entre entidades administrativas GARRIDO, *Tratado*, cit., vol. II, págs. 43 y sigs. En los Estados socialistas los contratos celebrados para fines

temas estos de escasa trascendencia, pero reveladores de los esfuerzos que deben hacerse para oponerse al criterio basado en aquellas potestades que salen sensiblemente al primer plano cuando se contempla la actividad de la Administración. Pues bien, en el caso de los convenios o se imponen obligatoriamente a una o ambas partes, en cuyo caso son medidas organizadoras, o no se imponen, y reaparecen entonces las potestades que hemos visto juegan con ocasión de la contratación administrativa.

#### D) *La concesión del Ordenamiento.*

A partir de la Revolución Francesa quedó definitivamente sentado el principio de la radicación de la soberanía en el pueblo, cuya expresión de más alto grado era la Ley y a la cual se hallan subordinados todos los demás poderes estatales (126). Se instaura así el principio de la legalidad que va a dominar toda la Administración moderna, vinculado estrechamente a la comprensión democrática de la organización del Estado, bien que el proceso de apropiación del poder no haya sido aún plenamente terminado por no haberse hallado técnicas satisfactorias que permitan la efectividad de aquellos postulados indiscutidos y posibiliten a los representantes del pueblo tanto para dirigir efectivamente las tareas de la Administración, como para fiscalizar y controlar sus decisiones.

Pero de todas formas, al menos como aspiración, la institucionalización del poder, la supremacía de los órganos titulares de la soberanía, la subordinación de la Administración y el respeto a la legalidad, son principios básicos de los modernos Estados de Derecho. Con ello se precisa que la Administración debe sujetar al Derecho sus actuaciones y que las potestades que utiliza le han de ser previamente concedidas por el Ordenamiento, sin que, en ausencia de tal habilitación, esté autorizada a inmiscuirse en las libres esferas particulares, imponiendo aquí imperativamente sus decisiones. La Administración carece, pues, de poderes propios (127),

---

públicos no tienen como parte al Estado en sí, sino a sus empresas, con lo que aquél utiliza esta técnica para dirigir la vida económica y realizar la planificación. Estas actividades de dirección y de control del Estado (que bien entendido es dominio del Derecho administrativo) no tienen, sin embargo, por consecuencia cambiar la naturaleza jurídica del contrato y transformarlo en otro acto jurídico o en contrato administrativo: el contrato queda siempre como contrato civil. Vid. la «Revue du Droit Public et de la Science Politique», 1965, núm. 2, pág. 260.

(126) «Le Souveraineté est une indivisible, inalienable, imprescriptible. Elle appartient a la Nation», artículo 1.º de la Constitución de 1791, añadiendo el artículo 2.º: «La Nation de qui seule émanent tous les pouvoirs...». Vid. para nuestro Derecho en general el fundamental trabajo de S. MARTÍN-RETORTILLO, *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho español*, en esta REVISTA, núm. 26, págs. 11 y sigs.

(127) Contra TRMSIT, *Le rôle*, cit., págs. 58, 62, 65 y 67, que cita como ejemplos:



sin que ni siquiera constituya una excepción a este principio la posible asignación a la misma de un campo de normación exclusiva, incluso frente a la Ley, como es el caso de la vigente Constitución francesa. Las denominadas materias reservadas al Reglamento en aquella nación no constituyen más que un apoderamiento realizado directamente por la propia Constitución. Pero al promulgar los Reglamentos, la Administración no puede, como sucede en la Ley, alterar libremente el Ordenamiento, pues sigue sometida a la fiscalización de los Tribunales, a diferencia del Parlamento, y debe respetar los principios generales que animan a aquél (128).

Por ello hacemos hincapié en la atribución ordinamental de potestades y no exclusivamente legal, en cuanto se requiere únicamente que esta atribución proceda de la soberanía que es ajena a la Administración (129). Distinto es el caso de los órganos propiamente soberanos, que como señores del poder no necesitan, en principio, habilitación alguna para disponer de él libremente. Si bien las Constituciones pueden distribuir estos poderes entre los distintos órganos de la soberanía y precisar su composición, aunque nada se hubiera dicho, como sucede en los Estados sin Constitución escrita, los órganos soberanos tendrían sin más la suprema disposición sobre el ejercicio del poder.

Así se explica por qué las decisiones más importantes y trascendentales para la nación: contratos, tratados, etc., sean adoptadas por los órganos soberanos (130) y cómo éstos pueden intervenir el ejercicio de las potestades concedidas, tanto a los Tribunales como a la Administración (131). También queda aclarada la no fiscalización de los denominados actos de Gobierno en cuanto que son actos de órganos de la soberanía, bien que

los poderes excepcionales en caso de guerra y emergencia, las potestades de disciplina interior de los servicios, las medidas de Policía, las materias reservadas al Reglamento por el artículo 37 en relación con el 34 de la Constitución de 1958 y los actos bilaterales. Ejemplos éstos poco convincentes, como se podrá deducir de los argumentos que se exponen en el texto a continuación.

(128) Los Reglamentos, según VEDEL, continúan siendo lo que eran en el pasado: una variedad de los actos de la Administración, manteniéndose la unidad de naturaleza del poder reglamentario. *Droit administratif*, págs. 38 y 39. Vid., en general, en cuanto al control por los principios generales del Derecho, JEANNEAU, *Les principes généraux de droit dans la jurisprudence administrative*, París, 1954, y PETOT, *Notions fondamentales*, con concreta referencia a este tema, contra, TIMSIT, *Le rôle*, cit., pág. 149.

(129) Con ello dejamos abierta la posibilidad de que la atribución de potestades se realice por costumbre constitucional o simplemente por una Constitución escrita, como era el caso de la potestad reglamentaria antes de la Ley Orgánica, según hizo notar en España GARCÍA DE ENTERRÍA.

(130) Descriptivamente señala VILLAR cómo la primera idea de la Administración evoca la *función vicarial*; por ello, se equiparan a la Ley todos los actos que impliquen o equivalgan a un acto dispositivo, *Apuntes*, cit., págs. 22 y 26.

(131) Ejemplos: la suspensión de sentencias, el *recall* y la amnistía.

tales órganos puedan a la par aparecer para otras actividades como encuadrados en el Poder ejecutivo (132). Igual justificación tiene la exención jurisdiccional de determinados actos de los órganos soberanos que guardan una cierta similitud con los normalmente adoptados por la Administración; piénsese, por ejemplo, por ser un caso típico y no frecuentemente mencionado, en la Administración que desempeña directamente el Parlamento norteamericano del distrito de Columbia, excepcionando el régimen general del país (133). Es pues, la titularidad del poder lo que juega aquí, y no sus manifestaciones, y a diferencia de lo que sucede con la Administración, no cabe, en consecuencia, una caracterización material del acto del Legislativo.

Pero el rango subordinado de la Administración y el hecho de que deba ser habilitada para el ejercicio del poder no implica que sus funciones se constriñan a la mera ejecución de la Ley. Esta actúa a la vez como límite en el sentido también del artículo 41 de la Ley Orgánica y como instrumento de apoderación, pero sin que la Administración deba convertirse en plasmadora de una voluntad legislativa minuciosamente determinada. Volvemos aquí al concepto ya precisado de función administrativa como actividad encaminada al cumplimiento de fines de interés general de obligatorio desempeño por parte de los órganos correspondientes de la Administración. Pues bien, la Administración debe cumplir los fines que se la asignan con apoyo de los potestades que al efecto se le adjudican, potestades que se entenderán implícitas en el señalamiento de funciones en tanto sean necesarias para el cumplimiento de las mismas (134).

Así toma un color nuevo y un sentido fecundo la fórmula sugerente y reveladora de «obras y servicios públicos», «giro o tráfico», propuesta por GARCÍA DE ENTERRÍA (135), para la identificación de los contratos admi-

---

(132) «El Ministro es uno de los órganos del Estado que se puede estudiar tanto en Derecho constitucional como en Derecho administrativo. El Ministro es, en efecto, y en un cierto momento, una autoridad constitucional, una autoridad política del Estado. Pero cuando el Consejo de Ministros ha terminado, cada uno de los Ministros desempeña otra tarea completamente diferente: es ahora el Jefe de un servicio o de un grupo de servicios que lleva el nombre de Departamento ministerial o simplemente de Ministerio.» WALINE, *Droit administratif*, 8.<sup>a</sup> ed., pág. 2.

(133) Vid. CASS, *Régimen y administración municipal de los Estados Unidos de Norteamérica*, trad. esp., PÉREZ OLEA, Madrid, 1963, vol. I, págs. 349-50.

(134) Así se explica por qué, sin abandono de la teoría que se sustenta, puedan comprenderse las situaciones a que alude TIMSIT como presuntos supuestos de potestades no concedidas. Vid. supra nota 127.

(135) *Verso un concetto di Diritto amministrativo come diritto statutario*, loc. cit., página 337, y *Dos regulaciones orgánicas de la contratación administrativa*, en «Revista de

nistrativos pues, en efecto, resulta obvio que aquellos contratos que desarrollan los cometidos propios y específicos del órgano, las finalidades primarias al mismo asignadas, vendrán sometidos al régimen especial del Derecho administrativo con independencia de la inclusión, expresa o no, de cláusulas exorbitantes, que siempre podrán ser invocadas aunque no se consignent, mientras que aquellos otros contratos que aun respondiendo, como toda la actividad administrativa, al interés público, no precisan de un régimen especialmente enérgico de tutela de aquel interés por no ir dirigidos a la finalidad privativa y singular del órgano, no implicarán la puesta en juego de poderes especiales.

Por último, la utilización de poderes no concedidos a la Administración o su ejercicio en condiciones distintas a las previstas en su adjudicación, coloca a ésta en situación de ilegalidad, pudiendo ser paralizadas sus actuaciones por los Tribunales ordinarios o rectificadas las mismas por los del orden administrativo si por los particulares lesionados se invocan derechos subjetivos de este carácter, e incluso si se trata de disposiciones generales, ejercido el recurso de contrafuero que para nuestro Ordenamiento se prevé en adelante por los artículos 58 y siguientes de la Ley Orgánica del Estado.

## 5. *Derecho administrativo y Administración.*

### A) *La personalidad de la Administración.*

Al llegar a este punto aflora espontáneamente una conclusión que si perfectamente lógica, no por ello puede parecer menos sorprendente: la comprensión sustantiva del Derecho administrativo que hemos intentado, no sólo no es incompatible con su concepción subjetiva, sino que la complementa y anima prestándola la máxima expresividad. Con recurso a un criterio material podemos explicar, en efecto, cuáles sean aquellas actividades imputables a la Administración en cuanto persona (136) o conjunto orgánico integrado en el Poder ejecutivo (137) y cuáles los órganos de que dispone, vengan o no estrictamente jerarquizados o tutelados, para la realización de sus fines.

---

Administración Pública», núm. 10, pág. 268. SPILITOROPOULOS, *La distinción*, cit., pág. 13, designa como Estado persona moral al conjunto de órganos de la Administración central. Vid. también ACQUARONE, *La cosiddette funzioni de legare del commune*, en «Studi in memoria di Guido Zanobini», vol. I, Milán, 1965, pág. 67, que distingue entre Estado-persona y Estado-Ordenamiento.

(136) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Verso un concetto*, pág. 335.

(137) GARRIDO FALLA, *Tratado*, vol. I, pág. 33.

Desprovistas pues de sus pretensiones de exclusividad, las teorías que contemplan el aspecto subjetivo del Derecho administrativo adquieren una singular relevancia, pues no es presumible que sus defensores se nieguen a ultranza a recibir el apoyo que el criterio funcional indudablemente les presta, encastillándose cerradamente en sus conclusiones unilaterales. Sin mengua alguna, sino, por el contrario, con acrecentamiento de su cientificidad, pueden conjugarse pues estas dos comprensiones, que ni están naturalmente avocadas a contraponerse, ni menos aún pueden ni deben desconocerse, puesto que en una materia como la regida por nuestro Derecho, en continuo proceso de reelaboración y de mutación, todos los medios resultan necesarios a la hora de intentar apresar esa deletérea y flúida sustancia que constituye el contenido de la Administración de nuestros días.

#### 6. *El Derecho administrativo como Derecho estatutario.*

Lo anteriormente expuesto vale también para la conceptualización del Derecho administrativo como Derecho estatutario, como Derecho común de los sujetos administrativos, de la personalidad interior del Estado, en definitiva, porque conjugando la naturaleza singular de las personas a que va destinado y la peculiaridad de los intereses perseguidos, se comprende perfectamente su carácter de Ordenamiento común para la función pública administrativa (138).

Así se percibe con nitidez sus posibilidades autointegradoras, su articulación en torno a un tramado de principios generales que le son propios y la vitalidad con que realiza la adecuación y climatización en su propio terreno de instituciones provenientes de otros derechos, que una vez transplantados al Derecho administrativo, son inmediatamente impregnados de nueva sustancia (139). La presencia de la Administración da, en efecto, un sentido distinto a cuantas actuaciones realiza, no importa con

---

(138) GARCÍA DE ENTERRÍA, op. cit., págs. 331 y sigs. y 33 y sigs. Anteriormente, CLAVERO ARÉVALO, *Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como un Ordenamiento común y normal*, en «Revista General de Legislación y Jurisprudencia», 1952. Vid. también S. MARTÍN RETORTILLO, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Sevilla, 1960, págs. 31 y sigs., y BALLBÉ, op. cit., páginas 59 y 60, y LUCAS VERDÚ, *Constitución, Administración, Planificación*, en «Estudios Homenaje a Legaz», vol. II, pág. 877. En la doctrina extranjera, VEDEL comprende el Derecho administrativo como el Derecho común de las actividades del Estado y de las personas públicas. *Droit administratif*, pág. 46.

(139) Aunque el fenómeno, como observa S. MARTÍN RETORTILLO, sea reversible y también el Derecho civil tome a préstamo técnicos e incluso instituciones administrativas. *El Derecho civil*, cit., pág. 91.

qué instrumentos, aunque en unos casos con mayor o menor intensidad y radicalidad que en otros.

Tal sucede, por ejemplo, con la preparación de la actuación privada de la Administración, con el proceso previo habilitador del gasto en las operaciones de esta índole (140). etc. Justamente se ha hecho observar por WEIL, con relación a Francia, cómo «incluso en el contrato de Derecho privado la Administración no es libre para escoger su contratante. Incluso los créditos de naturaleza privada pueden ser recuperados mediante procedimientos exorbitantes del Derecho común. Incluso las deudas nacidas con ocasión de una relación de Derecho privado están sometidas a un principio de prescripción cuatrienal, es decir, que se extinguen al fin del cuarto ejercicio siguiente al de su nacimiento. Incluso en su actividad de Derecho privado escapa a los mandatos del Juez. Incluso para incrementar su patrimonio privado puede utilizar la expropiación; los bienes de dominio privado son tan inembargables como los de dominio público. En una palabra, el Derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido de la finalidad de interés general y reviste siempre un cierto particularismo; no es nunca idéntico al que se aplica a las relaciones entre particulares» (141).

Aunque todas estas peculiaridades de la acción administrativa pueden ser perfectamente explicables desde la perspectiva de las prerrogativas concedidas para el manejo de los bienes de los entes públicos, la comprensión estatutaria del Derecho de la Administración permite captar, de un lado, esta modulación de las instituciones del Derecho privado cuando son aplicables a las relaciones de la Administración, y de otro, da una visión integral del régimen que las es aplicable, posibilitando el obtener del mismo una impresión global y homogénea y no de un simple agregado inconexo de poderes singulares. De esta forma, mediante la simbiosis de ambas comprensiones, se facilita la identificación de los órganos que desempeñan funciones administrativas en los casos dudosos y el régimen de Derecho que les es aplicable, para lo que la investigación de la voluntad, explícita o implícita, del legislador resultará también, en los casos límites y problemáticos, deducible del destino específico asignado al ente, mejor percibible desde el ángulo subjetivista, que nos remitirá, por último, al Ordenamiento que constituye el Derecho común de estos sujetos.

---

(140) Vid. VILLAR PALASÍ, *Apuntes*, cit., vol. I, págs. 66 y sigs., y del mismo, *La dinámica del principio de legalidad presupuestaria*, en el núm. 49 de esta REVISTA, pág. 28.

(141) *Droit administratif*, pág. 76. Vid. también LAUBADÈRE, *Droit administratif*, página 37.

