

KARLOS NAVARRO  
MIGUEL ANGEL SEDIN

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## TOMO II

LA FORMACIÓN Y CONSOLIDACIÓN  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
NICARAGÜENSE. UN ANÁLISIS DESDE EL  
DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL.

PRÓLOGO  
JAIME RODRIGUEZ ARANA



KARLOS NAVARRO  
MIGUEL ANGEL SEDIN

# TRATADO DE DERECHO ADMINISTRATIVO

## TOMO II

LA FORMACIÓN Y CONSOLIDACIÓN  
DEL DERECHO ADMINISTRATIVO  
NICARAGÜENSE. UN ANÁLISIS DESDE EL  
DERECHO ADMINISTRATIVO ESPAÑOL

PRÓLOGO  
MIGUEL ANGEL SENDIN GARCIA



**Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía**

Rector  
Dr. Roberto Ferrey

**Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores**

Director  
Karlos Navarro

Equipo Editorial

Autores : Karlos Navarro  
Miguel Ángel Sedín  
Cordinación editorial : Karlos Navarro  
Diseño de interiores : Freddy Aviles C.  
Diseño de portada : Freddy Aviles C.

ISBN: 978-99924-57-66-5

Todos los derechos reservados conforme a la Ley

© IIES, 2019

El Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES), es una institución adscrita a la Universidad Santo Tomás de Oriente y Mediodía, dedicada a la promoción de estudios de posgrados en diversas áreas del conocimiento.

[iiescontrolacademico@gmail.com](mailto:iiescontrolacademico@gmail.com)

El contenido de la presente publicación es responsabilidad exclusiva de los autores, y en ningún caso debe considerarse que refleja la opinión del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores (IIES).

# Indice

Prólogo .....	11
---------------	----

## PRIMERA PARTE ASPECTOS GENERALES

Presentación .....	19
--------------------	----

### CAPÍTULO PRIMERO

#### Las distintas concepciones de la Administración pública y del Derecho administrativo

1. Introducción .....	21
2. Una cuestión polémica y en constante proceso de revisión: La definición de la Administración pública y de Derecho administrativo .....	23
3. Tesis que identifican la administración con un parte del poder ejecutivo .....	31
4. Tesis objetivas .....	39
5. Tesis orgánicas o subjetivas .....	49
6. Tesis mixtas .....	54
7. Autonomía del Derecho administrativo .....	57

### CAPÍTULO SEGUNDO

#### Nuevas tendencias en la evolución del Derecho administrativo

1. Introducción .....	61
2. Privatización, liberalización y desregulación. El repliegue de la Administración pública a favor del sector privado .....	62
3. La huida del Derecho administrativo .....	82
4. La administración neutral:	

Las administraciones independientes .....	90
5. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la administración .....	100

SEGUNDA PARTE:  
ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA

CAPÍTULO PRIMERO

Las distintas concepciones sobre la Administración  
pública y el derecho administrativo  
en el Derecho español

1. Introducción .....	113
2. El problema de la actividad materialmente administrativa de los entes públicos que no son administración pública .....	116
3. La actividad administrativa del gobierno .....	129
4. La actividad administrativa de los sujetos privados .....	138
5. Repercusiones de las nuevas tendencias del Derecho administrativo en el Derecho español ...	149

CAPÍTULO SEGUNDO

La influencia del Derecho comunitario

1. Introducción .....	165
2. El concepto de Administración pública. Un concepto de difícil definición también en el ámbito comunitario .....	167
3. La excepción de empleo en la Administración pública (art. 39. 4 TCE) .....	172
4. La noción de entidad adjudicadora en la legislación comunitaria sobre contratación pública .....	181
5. La concepción comunitaria de la Administración pública tiene un carácter funcional .....	192
6. Conclusiones .....	193

TERCERA PARTE  
NICARAGUA

CAPÍTULO ÚNICO  
La formación y evolución  
del Derecho administrativo nicaragüense

1. Introducción .....	199
2. La Administración pública nicaragüense .....	203
3. La noción de Administración pública en el Derecho nicaragüense .....	234
5. La confusión entre Administración pública y poder ejecutivo .....	243
BIBLIOGRAFÍA .....	249



## ABREVIATURAS

- Ap.: apartado.
- Aps.: apartados.
- Art.: artículo.
- Arts.: artículos.
- As.: asunto.
- CE.: *Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.*
- CEPAL.: *Comisión Económica para América Latina.*
- FJ.: Fundamento Jurídico.
- LJ.: *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.*
- LJN: *Ley nº 350, Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (La Gaceta Nº 140-141 del 25 y 26 de Julio de 2000.*
- LOFAGE.: *Ley 6/1997, de 14 de abril, Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*
- LPC.: *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.*
- Pág.: página.
- Págs.: páginas.
- RCJ.: Repertorio Cronológico de Jurisprudencia.
- STC: Sentencia del Tribunal Constitucional.
- STJCE: Sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas.
- STS.: Sentencia del Tribunal Supremo.
- TCE.: *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.*
- TRLCAP.: *Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.*





## Prólogo

---

1. La obra de los profesores Miguel Angel Sendín y Karlos Navarro sobre las nociones del Derecho Administrativo y la Administración pública en España y Nicaragua constituye un magnífico exponente de la utilidad de los estudios de Derecho Administrativo Comparado, sobre todo en lo que se refiere a la realidad Iberoamericana. Probablemente, mi actual condición de presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo me proporciona una adecuada atalaya, un buen observatorio, para contemplar la existencia de un campo bien abonado para el estudio, la reflexión y la investigación compartida de los profesores de derecho administrativo de los países de la región. Por ello, es menester saludar venturosamente este estudio en la medida que supone un esfuerzo compartido entre dos administrativistas de dos países del área iberoamericana como son Miguel Angel Sendín y Karlos Navarro.
2. La lectura del libro que tengo el honor de prologar resulta fácil porque el estilo de los autores es claro, renunciando así a una oscuridad, a veces deliberada, que no pocas veces acompaña a las reflexiones sobre la parte general de nuestra disciplina. Se pasa revista a las diferentes concepciones y teorías que han presidido el proceloso proceso de definición del Derecho Administrativo y la Administración pública entre nosotros, planteando los actuales desafíos de nuestra asignatura: privatizaciones, huida del Derecho Administrativo y posición central del ciudadano.
3. El encargo de redactar estas breves líneas me viene justamente mientras desarrollo una línea de investigación fundamentada en la proyección del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario sobre el Derecho Admi-

nistrativo y la Administración pública. Desde estas coordenadas, el concepto de interés general aparece como el elemento central que se define de manera articulada entre poderes públicos e intereses sociales. Ahora, en el contexto del Estado social y democrático de Derecho, el interés general ya no es un concepto de dominio tecnocrático como lo fue antaño; ahora es una concepto que se abre a la realidad social teniéndola muy presente en lo que se refiere a la definición, ejecución, evaluación y seguimiento de políticas públicas. Desde esta perspectiva, intuida por Miguel Angel Sendín y Karlos Navarro en su libro, el ciudadano ocupa la posición central del sistema de forma y manera que como muy bien ha señalado González Navarro, el Derecho Administrativo sería el Derecho del poder para la libertad. Si no me equivoco, las páginas de esta pionera investigación de Derecho Administrativo Comparado resuman, de alguna manera, esta forma de acercarse al Derecho Administrativo para la que la perspectiva del equilibrio entre poder y libertades o derechos ciudadanos es la clave de bóveda del edificio del Derecho Administrativo.

4. Los autores manejan con soltura las diferentes concepciones que han dominado el panorama definitorio de nuestra disciplina: posiciones objetivas, subjetivas, posiciones mixtas. Quizás lo más destacado, insisto, sea la recurrente, y atinada, consideración del papel central del ciudadano, considerado hasta no hace mucho tiempo como sujeto inerte a la suerte de la todopoderosa burocracia. Hoy las cosas suceden, y son, de otra manera porque las potestades y poderes públicos tienen una nueva funcionalidad que se justifica precisamente en su adecuación, en su servicio objetivo, como reza el artículo 103 de la Constitución española, a los intereses generales. Los intereses generales, como nos ha enseñado García de Enterría, tienen mucho que ver, en el Estado social y democrático de Derecho, con la promoción de los derechos fundamentales de la persona. Así, de esta manera, el nuevo Derecho Administrativo del siglo XXI es un Derecho garantizador de derechos ciudada-

nos. Y para ello, dispone de relevantes potestades que se justifican, pues, en la promoción de esos derechos y libertades desde el marco del Estado social de Derecho. Si se quiere, es la proyección jurídico-administrativa de un concepto filosófico que, en mi opinión, explica muy bien el sentido de la libertad en el plano de la vida social: la libertad solidaria.

5. Bajo el rótulo de privatización, liberalización y repliegue del Derecho Administrativo, se describe el ambiente de los años ochenta y noventa del siglo pasado, en los que lo público, y por tanto el Derecho Administrativo, sufrió una notable campaña de desprestigio frente a los encantos de la eficacia y eficiencia, no siempre demostrada, del mercado y de lo privado. En este contexto, comenzaron grandes procesos de ventas de activos públicos en todo el mundo bajo el signo de la llegada de la eficacia a lo público. En el mismo sentido, se rompen los monopolios y se da entrada a lo privado en el mundo de los servicios públicos antes cerrados a la competencia. Consecuencia de todo ello es el repliegue y consiguiente huida del Derecho Administrativo. Ahora, en los inicios del siglo XXI, analizando lo que ha pasado, se puede decir que, en efecto, el sector público en algunos países era demasiado pesado y rígido y que era preciso abrirlo a los agentes privados. Sin embargo, en algunos países las privatizaciones han sustituido el dominio del Estado por el dominio de determinados grupos económicos, sin mejorar la calidad de los servicios. De todo ello, debe extraerse, en mi opinión, la siguiente enseñanza. Lo importante no es la forma bajo la que se presten los servicios públicos, lo importante es que esos servicios se presten bien y que los ciudadanos perciban evidentes mejoras en su prestación. Ello plantea, pues, un cierto relativismo en lo que se refiere a la forma; lo decisivo es que se cumpla el fin de interés general. Es decir, no siempre la gestión privada es la solución, ni en todos los casos el sector público lo hace mejor.

6. Los autores analizan también la cuestión de la huida del Derecho Administrativo. Hoy, en los inicios de un nuevo siglo, lo que se observa es otro Derecho Administrativo, más en línea con la garantía de derechos que perspectivas verticales de supremacía en los diferentes sectores de la actividad administrativa. Es decir, nuevo derecho Administrativo que se manifiesta, por ejemplo en materia de servicios de interés económico general, en una notable cantidad de legislación que demanda de las autoridades administrativas la observancia de determinadas obligaciones de servicio público que amplían notablemente la esfera de atribuciones y funciones de los poderes públicos. Por tanto, volvemos a un nuevo Derecho Administrativo más garantizador que, por tanto, debe actuar con los instrumentos y herramientas necesarias para alcanzar los objetivos fijados en las normas.
7. El nuevo Derecho Administrativo constituye el corolario necesario de la iluminación de los principios constitucionales sobre el amplio panorama de la realidad administrativa. Así, el artículo 9.2 plantea la función promocional de los poderes públicos en relación con la libertad e igualdad de los ciudadanos, el artículo 10.1 propone la posición central de los derechos fundamentales de la persona, el artículo 24.1 reconoce la tutela judicial efectiva, y el 103 define la función de la Administración como servidora de los intereses generales y proclama su sometimiento a la Ley y al derecho. Desde éstos y otros parámetros debe discurrir la senda del nuevo Derecho Administrativo, senda que requiere del replanteamiento de viejos dogmas y viejos criterios que hoy no encajan en un mundo abierto y realmente democrático.
8. En fin, el libro de Miguel Angel Sendín y Karlos Navarro es algo más que la sucesión de las diferentes teorías que han jalonado la historia de la definición del Derecho Administrativo y la Administración pública puesto que nos anima a todos a trabajar por un Derecho Administrativo y una Administración pública más pendiente de los problemas reales de los ciudadanos, por un inte-

rés general más comprometido por la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos.

Buenos Aires, 10 de septiembre de 2005

Jaime Rodríguez-Arana\*  
Presidente del Foro Iberoamericano  
de Derecho Administrativo

JAIME RODRÍGUEZ ARANA es Doctor en Derecho y Catedrático de Derecho Administrativo en la Universidad de La Coruña. Ha sido Diputado Nacional por la provincia de La Coruña, Subsecretario del Ministerio de Administraciones Públicas, Presidente de la Fundación Instituto Internacional de Administración Pública, y del Foro Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro de la Comisión de Expertos para la Reforma del Senado. Miembro de la Comisión de expertos de la reforma de la Administración Pública de las Naciones Unidas. Es autor de libros de Derecho Público y Ciencia Política, entre los que destacan “Principios de Ética Pública”, “La prórroga de los contratos administrativos”, “Estudios de Derecho Local”, “Comunitarismo, ética y solidaridad”, “O Galeguismo”, “Nuevas Claves del Estado del Bienestar, entre otros.



**PRIMERA PARTE**  
**ASPECTOS GENERALES**





## Presentación

---

Esta obra nace en respuesta a una situación muy concreta: el contexto jurídico nicaragüense. Este país se encuentra en un momento de profunda reforma de su Derecho Administrativo. Desde hace ya algunos años se está intentando formar en dicho ordenamiento jurídico un sistema de régimen administrativo. Este ambicioso propósito en pleno desarrollo y aún no terminado, pues siguen percibiéndose en él importantes carencias, está encontrando grandes dificultades.

Una de las más importantes es la falta de un conocimiento profundo del Derecho administrativo y la Administración pública. Por ello, nos pareció extraordinariamente útil aprovechar la amplia experiencia y gran tradición que existe en España sobre la materia. A tal propósito responde este libro, que no pretende llevar a cabo la formulación de una nueva teoría sobre el Derecho administrativa y la Administración pública, ni una defensa de cualquiera teoría de la misma. Se trata de una obra de síntesis, eminentemente descriptiva, que trata de actuar como puente de comunicación entre los dos países, llevando a Nicaragua la experiencia acumulada durante años por la doctrina española.

Dicho trabajo ha merecido un esfuerzo investigador notable. Muy difícil ha resultado reducir a estas breves páginas la amplia literatura española sobre la materia, muy abundante y contradictoria. El resultado ha requerido de un trabajo muy intenso. Como lo ha requerido también, justamente por lo contrario, el análisis de la cuestión en el Derecho nicaragüense, donde el tema sino totalmente virgen, sí que presentaba grandes carencias.

Esperamos que todo ello haya servido para que el objetivo perseguido se logre, contribuyendo, aunque sea mo-

destamente, al éxito de este nuevo Derecho administrativo nicaragüense, que está llamado a ser uno de los elementos estructurales que cimiente el desarrollo social, político y económico de ese gran país que es Nicaragua.

# Las distintas concepciones de la Administración pública y del Derecho administrativo

### 1. Introducción

Una de las tareas más complejas y difíciles a las que se ha enfrentado desde siempre los administrativistas es la de definir las dos nociones que están en la base de su disciplina: Administración Pública y Derecho Administrativo.

Realmente la labor de dar un concepto de Derecho administrativo ha sido y es poco agradecida, pues ninguna construcción teórica sobre la materia ha sido capaz de resistir los embates críticos de la doctrina, y lo que es más grave aún, ninguna logra acoplarse de forma perfecta a las exigencias del Derecho positivo.<sup>1</sup> Esto ha dado lugar a la acumulación de un ingente número de teorías al respecto, no sólo divergentes, sino casi siempre contradictorias entre sí, cuya variedad ha llevado a algunos a afirmar que

---

1 Como señala M. ACOSTA ROMERO, “ensayar una definición de Derecho administrativo, que abarque absolutamente todos sus caracteres y todas las posibles modalidades, resulta difícil; algunas veces se le ha descrito, otras se soslaya su precisión y la mayoría de los autores presentan divergencias; es una de las ramas del Derecho que posiblemente presentan más dificultades para la demarcación de sus fronteras”. *Teoría General del Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981. Pág. 8.

hay tantos formas de concebir el Derecho Administrativo como autores han tratado la materia.<sup>2</sup>

No es, sin embargo, una tarea inútil, pues mucho hemos aprendido, y seguimos aprendiendo, de este eterno debate, que tanto ha contribuido al avance de nuestra disciplina. Por lo que hay quien se ha lamentado de la falta de iniciativa de la nueva generación de administrativistas al respecto, destacando la necesidad de continuar insistiendo en la elaboración del entramado conceptual de nuestra disciplina.<sup>3</sup>

Nosotros debemos, como ya dijimos, enfrentarnos de nuevo a esta cuestión. No lo hacemos, sin embargo, con el propósito de construir una tesis alternativa al amplio elenco de teorías existentes sobre la materia. Si bien tampoco nos limitaremos a llevar a cabo una simple enumeración de teorías, con un prurito de erudición. Nuestro propósito es la realización de un análisis crítico de las principales líneas de definición seguidas hasta el momento, acotando los factores y elementos desde los que se puede llegar a una solución de dicho problema.

Nuestra investigación parte para ello de un presupuesto, en nuestra opinión, difícilmente contestable, y que queda claramente acreditado, a nuestro juicio, a lo largo del mismo: ninguna tesis es capaz de dar respuesta a todos los interrogantes que plantea esta cuestión.

---

2 L. H. DELGADILLO, que ha señalado que “cada tratadista de la materia ha aportado su concepto o definición del Derecho administrativo”. *Elementos de Derecho administrativo*. Editorial Limusa. Segunda reimpresión de la segunda edición. México, 2003. Pág. 55.

3 En tal sentido, MORENO GIL que señala que “nunca está dicha la última palabra, que el Derecho, como en toda materia científica, está siempre abierto a la inventiva, inventiva soldada en los conceptos ya consagrados, pero, a pesar de ello, siempre susceptible de ser innovados por más que las viejas palabras deban ser seguir resonando”. “En torno al nuevo intento de reconstrucción del Derecho administrativo”, en *Documentación Administrativa 198* (abril-junio de 1983). Págs. 159-166.

Ello responde, sin duda, a que el objeto sobre el que recae el Derecho Administrativo, la Administración Pública, no es una realidad aprensible y perdurable. Sino un elemento variable, dotado de un amplio grado de irracionalidad, que varía en el tiempo y en el espacio, según varían las concepciones políticas y jurídicas existentes en cada momento.<sup>4</sup>

No invalida lo anterior, sin embargo, toda reflexión sobre la materia, pues lo cierto es que la necesidad de enmarcar estos conceptos se hace evidente. Así lo ha sido históricamente (piénsese, por ejemplo, en la necesidad de delimitar dichos conceptos para fijar el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa); y lo sigue siendo actualmente, pues la determinación de si una relación jurídica debe quedar dentro del ámbito de lo administrativo o no, sigue teniendo una trascendencia jurídica de primer orden.

## **2. Una cuestión polémica y en constante proceso de revisión: La definición de la Administración pública y de Derecho administrativo**

La idea de Administración pública es un concepto sumamente impreciso, que se resiste a ser definido, por lo que ha sido, y probablemente será siempre, polémico.<sup>5</sup>

---

4 Como señala R. RIVERO ORTEGA, la "historia nos muestra cómo las transformaciones en el modelo de Estado afectan sustancial y formalmente a la Administración pública. Variables sociales, políticas y económicas inciden sobre la organización y la actividad administrativas, estimulando al mismo tiempo la evolución de su ordenamiento regulador. Esta constante metamorfosis de la Administración pública y del Derecho administrativo es consecuencia de los nuevos fines que el Estado se propone y de las nuevas técnicas que utiliza para su consecución". *Administraciones públicas y Derecho privado*. Marcial Pons, 1998. Pág. 13.

5 PAREJO ALFONSO, L.: *Manual de Derecho administrativo*. Escrito en colaboración con A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez. Ariel. Quinta edición, 1998. Pág. 1. GIL IBÁÑEZ, A. J.: *El control y la ejecución del Derecho comunitario*. INAP. Madrid, 1998. Pág. 30. Según R. ENTRENA CUESTA las causas que dificultan llegar a

El primer argumento que sostiene esa afirmación es que, a pesar de ser un concepto conocido en prácticamente todos los Estados contemporáneos,<sup>6</sup> nunca ha tenido un contenido generalmente aceptado, pues varía notablemente de un lugar a otro. Así, sin necesidad de agotar el estudio de las diferencias que se dan entre los distintos Estados, de todos ellos con cada uno de los demás, basta para acreditar lo dicho, con la invocación de la enorme distancia a la que se encuentran las nociones de administración pública en los ordenamientos jurídicos de corte continental europeo, con respecto a aquellos propios de los países anglosajones.<sup>7</sup>

La Administración pública puede estar sujeta al Derecho de dos formas: a) puede regirse por las mismas normas que rigen la actuación de los sujetos privados; b) puede regirse por un Derecho especial, específicamente diseñado

---

una definición uniforme de Administración pública “deben buscarse principalmente, en la inadecuación entre los sentidos etimológico, vulgar y jurídico del vocablo administración; en el carácter histórico de la idea a que alude, que adolece de la imprecisión misma del concepto de Estado, del que constituye una de sus partes; en el espejismo que el principio de división de poderes produjo entre los autores de siglo pasado, que lo admitieron con un carácter axiomático, sin considerar que este principio, como todos aquellos cargados de un intenso sentido político, nunca se dio en toda su integridad, en el deseo de reducir lo administrativo a una fórmula única, precisa, simple, de fácil aplicación, y, por último, en defectos metodológicos debidos al olvido de la preciosa ayuda que la historia presta para llegar a la raíz de todos los institutos jurídicos”. “El concepto de Administración pública en la doctrina y el Derecho positivo español”, en *Revista de Administración pública* 32, mayo-agosto de 1960. Pág. 56.

6 SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Principios de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Primera reimpresión de la tercera edición de 2000. Madrid, 2001. Pág. 45.

7 Cuando hablamos de Derecho anglosajón nos referimos tanto al Derecho inglés como al Estadounidense. Pues, como señala W. R. WADE, aunque el Derecho americano ha desarrollado su propia evolución, se puede hablar de una raíz común que los comprende dentro de una misma tradición jurídica. *Administrative Law*. Cuarta edición. Oxford, 1977. Pág. 12.

para el control de la actividad pública.<sup>8</sup> Éste ha sido tradicionalmente considerado como el criterio de diferenciación entre uno y otro sistema jurídico, pues mientras que en la Europa continental la Administración pública se sujeta a un Derecho específico, Derecho administrativo, en los países anglosajones ésta se rige por el mismo Derecho al que están sometidos los particulares, Derecho común.<sup>9</sup>

Esta diferencia se prolonga igualmente al orden procesal, en cuanto en la Europa continental la Administración queda sujeta al control de una jurisdicción especializada, la jurisdicción contencioso administrativa, mientras que en los países anglosajones dicho control lo llevan a cabo los tribunales ordinarios.<sup>10</sup>

La existencia de estas profundas diferencias fue formulada de forma rotunda por DICEY. Autor que puso de manifiesto que en el *Droit administratif* las relaciones entre los ciudadanos y el Estado se rigen por principios propios distintos a los que rigen las relaciones de los sujetos privados entre sí; mientras que en el *rule of law* se rige por los mismos principios generales que rigen las relaciones entre los sujetos privados. A lo que se añade el elemento procesal ya mencionado, esto es, en el segundo conocen de los conflictos judiciales en que se ve envuelta la Administración los tribunales ordinarios, mientras que en el primero no. Partiendo de esta base, el jurista británico niega la exis-

---

8 DE LAUBADÈRE, A.; VENEZIA, J. C.; GAUDAMET, Y.: *Traité de Droit administratif. Tome I*. LGDJ, Décimotercera Edición. París, 1994. Pág. 21. CAETANO, M.: *Tratado Elemental de Derecho administrativo*. Traducción de L. López Rodo. Santiago de Compostela, 1956. Págs. 35-36.

9 LENZ, B.: "The Public Service in Article 48(4) EEC with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany", en *Legal issues of European Integration 1989-2*. Pág. 89. CHAPUS, R.: *Droit administratif général. Tome I*. Quinta edición. Montchrestien, 1990. Pág. 2. BÉNOIT, F. P.: *Le Droit administratif français*. Dalloz. París, 1968. Págs. 70-71.

10 CHAPUS: *Droit administratif général I*. Pág. 2. BÉNOIT: *Le Droit administratif...* Págs. 70-71.



tencia de un Derecho administrativo propiamente dicho en el Derecho inglés, y afirma la superioridad del sistema anglosajón, en cuanto ofrece una mayor garantía de protección de los derechos de los ciudadanos frente a la arbitrariedad del Estado.<sup>11</sup>

La certeza de esta distinción ha sido y sigue siendo discutida,<sup>12</sup> llegándose a posturas más matizadas, pero sigue persistiendo la existencia de una cierta distancia entre una y otra tradición jurídica, defendida tanto por los juristas anglosajones como por parte de los europeos.

Así, ya desde hace tiempo los primeros afirman como indiscutible la existencia en sus países de un Derecho administrativo (*Administrative law*).<sup>13</sup> Si bien esto no impide que se encuentren afirmaciones que resalten la distancia respecto a lo que se considera como tal en el Derecho europeo continental.<sup>14</sup>

---

11 DICEY, A.: *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Cito por la reedición de 1997 de la décima edición de 1987. McMillan. Págs. 328-405.

12 Tanto en Europa continental como en el mundo anglosajón. Así, puede consultarse en la doctrina Europea FLOGAÏTIS, S.: *Administrative Law et Droit Administratif*. LGDJ. París, 1986. Pág. 49-57. Entre los juristas anglosajones, CRAIG, P. P.: *Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Clarendon Press. Oxford, 1990. Pág. 50-51.

13 Así, BRADLEY, A. W.; y EWING, K. D.: *Constitutional and Administrative Law*. Duodécima edición. Longman, 1997. Pág. 700. GARNER, J.; y JONES, B. L.: *Administrative Law*. Sexta edición. Butterworths. Londres, 1985. Pág. 3-4. MCELLOWNEY, J. F.: *Public Law*. Sweet & Maxwell. Londres, 1994. Págs. 110-111. Opinión compartida por sus colegas de la Europa continental. Así, MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J. L.: *Introducción al Derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 1986. Pág. 129. ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo I*. Primera reimpresión de la octava edición de 1983. Tecnos. Madrid, 1984. Pág. 66.

14 Así, en el Reino Unido WADE: *Administrative Law*. Págs. 12-16. BRADLEY; y EWING: *Constitutional and Administrative...* Págs. 700-702 y 711. GARNER; y JONES: *Administrative Law*. Págs. 3-4. En Estados Unidos, SCHWARTZ, B.: *Administrative Law*. Aspen Publishers. Tercera edición, 1991. Pág. 2. Se pueden encontrar incluso afirmaciones más radicales de esta diferencia en pronuncia-

En Europa continental también se matiza que estos dos posibles sistemas no se dan en ningún caso de forma estricta, esto es, no hay ningún Estado en que la Administración se rija íntegramente por el Derecho común, ni ninguno que se rija íntegramente por el Derecho administrativo. Sino que en puridad se debe decir que existen países en los que la Administración se rige principalmente por el Derecho administrativo (países del orden continental europeo) o principalmente por el Derecho común (países anglosajones).<sup>15</sup>

Esta dificultad de definición se ve agravada además por la mutabilidad histórica de la administración pública.<sup>16</sup> Se puede decir que pocas nociones han experimen-

---

mientos muy recientes. Así, OLIVER, D.: "Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre Droit public et Droit prive en Angleterre?", en *Revue internationale de droit compare* 2001-2. Págs. 327-328.

- 15 DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Pág. 22. Señala al respecto CH. DEBBASCH que, la "oposición entre estas dos concepciones sigue siendo real. Sin embargo, se puede observar que cada una de ellas tiende a evolucionar y que llegamos progresivamente a un sistema mixto". *Ciencia administrativa*. Traducida por J. A. Colás Leblanc. INAP. Madrid. Segunda edición, 1981. Pág. 66.
- 16 Esa mutabilidad del concepto de Administración pública, que determina a su vez la mutabilidad del Derecho administrativo, ha sido claramente reflejada por J. E. SORIANO. Parte este autor "de la idea de que el Derecho administrativo es el Derecho propio de la Administración pública, lo que, a su vez, supone que el concepto de Derecho administrativo, lejos de ser un dato *a priori*, será lo que históricamente se exija en cada momento a la propia Administración pública, no siendo, por tanto, un concepto fijo y cristalizado definitivamente". Así, se habría llegado al Derecho administrativo y Administración pública actual "por superación del Estado Liberal de Derecho, de su Administración pública, al demostrarse inservible para responder a las exigencias de mayor democratización y eficacia, al exigirse que la Administración pública responda efectivamente a todas las exigencias sociales y asegure la mayor dosis de igualdad material a todos y cada uno de los ciudadanos". De igual manera, "en el futuro, según cambien las exigencias de la Administración pública cambiarán, a su vez, las ideas que nutren el concepto de Derecho administrativo. Pero nada

tando tan profundos cambios con el paso del tiempo como los que ha sufrido la que nos ocupa.<sup>17</sup> Resultando difícil encontrar formulaciones de la misma que sean capaces de perdurar invariables durante un largo lapso temporal.<sup>18</sup>

Todo ello es lógica consecuencia del carácter estrictamente coyuntural de la Administración pública y el Derecho administrativo, elementos ambos al servicio de una Sociedad mudable, en continúa transformación, a la que deben tratar de adaptarse en todo momento, para cumplir su función propia que, en último término, no es otra que el servicio a dicha sociedad. Presupuestos desde los que parece evidente que la Administración y el Derecho administrativo no son realidades cerradas, susceptibles de ser perfiladas de forma abstracta, sino fenómenos variables, que asumirán diferentes formas según el contexto en el que operen.<sup>19</sup>

---

más puede decirse porque sostenemos nuestra afirmación de que este derecho, transido de politicidad e historicidad, tiene que cambiar según lo haga el Estado y, en definitiva, la sociedad a la que sirve". "El concepto de Derecho administrativo y de la Administración pública en el Estado Social y Democrático de Derecho", en *Revista de Administración pública* 121, enero-abril de 1990. Págs. 149-157.

- 17 SANTAMARÍA PASTOR.: *Principios de...* Págs. 46-47.
- 18 MUÑOZ MACHADO, S.: "Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración", en *Revista de Administración pública* 84, septiembre-diciembre de 1977. Pág. 519.
- 19 Como señala J. L. MEILAN GIL "el Derecho administrativo es una solución de compromiso, cambiante según las situaciones; es el resultado de una serie de tensiones". *El proceso de definición del Derecho administrativo*. ENAP, 1967. Pág. 83. En la misma línea, señala C. MANUEL LÓPEZ que "puede decirse, con toda propiedad, que el Derecho administrativo es un derecho en continua transformación, en evolución perpetua y constante, siendo esta continua dinámica una de sus características más relevantes". "Prólogo", al libro de FLAVIO ESCORCIA, J.: *Derecho administrativo*. León. Nicaragua, 2002. Pág. 4. Con extraordinaria belleza lo ha expresado también F. GONZÁLEZ NAVARRO, señalando que el "Derecho administrativo se nos muestra, en efecto como un derecho especialmente sensible a los fenómenos de la vida real, hasta el punto de que quizá en ninguna otra rama del ordenamiento jurídi-

De hecho algunos autores señalan que, en este mismo momento, estamos asintiendo a un nuevo proceso de revisión del concepto de Administración pública,<sup>20</sup> que encuentra lógica explicación, como añaden otros, en los profundos cambios políticos y sociales que está experimentando la sociedad del siglo XXI.<sup>21</sup>

A lo que se añade, además, por si no fueran pocas las dificultades señaladas, que nuestro concepto es también difícilmente definible incluso haciendo abstracción de las diferencias temporales y espaciales, esto es, en el seno puramente interno de un ordenamiento jurídico concreto y determinado,<sup>22</sup> pudiéndose decir que no existe una noción

---

co merezca subrayarse como en ésta, su naturaleza porosa, esencialmente apta para absorber lo que flota en el medio externo”. “Pero ocurre, además, que el mismo carácter fugaz o episódico que tienen los problemas de cada día, hace que muchas veces ofrezca el Derecho administrativo un carácter caduco o transitorio, lo que obliga a destacar la evanescencia o labilidad de este derecho, nacido al impulso –y para atender estas necesidades mudables y, a veces, irrepetibles”. “Si el Derecho es para la vida, casi podríamos decir que el Derecho administrativo es la vida misma, de puro íntimo que es –tiene que ser- su contacto con la realidad. Como la sombra del cuerpo, el Derecho administrativo sigue no precede, según los casos a la realidad conformándola en un determinado sentido. En esto estriba parte de su servidumbre, pero también de su grandeza”. *Derecho administrativo Español. Tomo I*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1987. Pág. 154.

- 20 CAILLOSSE, J.: “Quel Droit administratif enseigner aujourd’hui?”, en *La Revue Administrative* 329 (septiembre-octubre de 2002). Pág. 454. Señala S. SARASOLA GORRITI que la Administración pública “se encuentra en una fase de transformación cuantitativa y cualitativa importante”. *La concesión de servicios públicos municipales*. IVAP. Oñati, 2003. Pág. 21.
- 21 En tal sentido, J. RODRÍGUEZ-ARANA, que señala que “el Derecho administrativo del siglo XXI es distinto al del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien distinto, como también es bien distinto el modelo de Estado actual”. “La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)”, en *Revista de Derecho* 7 (2005). Pág. 89.
- 22 SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho... I*. Pág. 47. MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho... I*. Pág. 519.

de administración pública que sea uniformemente aceptada en ningún Estado.<sup>23</sup>

Acreditada la complejidad y dificultad de la cuestión, parece oportuno hacer un breve examen de las principales direcciones que la doctrina ha tomado para su resolución. Dicho análisis no puede pretender ser por propia lógica, y menos aún en un espacio tan reducido como el que ocupa este estudio, agotador. Trataremos, por ello, simplemente, de sistematizar las principales vías metodológicas empleadas al respecto, apoyadas por algunos ejemplos.

El punto de partida para este análisis es la constatación de que el término administración designa en el lenguaje vulgar tanto a una actividad, la acción de gestionar algo; como a un órgano, el sujeto que desarrolla esa actividad de gestión.<sup>24</sup> Esta dualidad de significados permite que la búsqueda de un concepto de administración pública, pueda llevarse a cabo por dos vías diferentes: a) se puede definir ésta siguiendo un criterio orgánico o subjetivo, lo que supondría considerar que constituye un conjunto de sujetos (Administración pública, escrito con mayúscula); b) puede utilizarse también un criterio material o funcional, lo que supone entender que se trata de una actividad (administración pública, escrito con letra minúscula).<sup>25</sup>

---

23 DUBOUIS, L.: "La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 4. 4 TCE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics", en *Revue Française de Droit Administratif* 1987-6. Pág. 952.

24 RIVERO, J.: *Droit administratif*. Octava edición. Dalloz, 1977. Pág. 9.

25 DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Pág. 19. GARCÍA TREVIANO FOS: *Tratado de Derecho administrativo I. Tomo I*. Madrid, 1974. Págs. 50-55. GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*. Tecnos. Madrid. Undécima edición, 1989. Págs. 32-33. VEDEL, G.: *Derecho administrativo*. Traducción de la sexta edición francesa por J. Rincón Jurado. Aguilar. Madrid, 1980. Pág. 14. SORIANO GARCÍA, J. E.: *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*. Studia Albortotiana. Bolonia, 1993. Pág. 180.

ENTRENA CUESTA considera que la doctrina, en su búsqueda de una noción de Administración pública, ha seguido una trayectoria circular. Pues toma como punto de partida nociones subjetivas, pasando de ellas a definiciones de tipo objetivo, para acabar desembocando de nuevo en definiciones de corte orgánico o subjetivo.<sup>26</sup>

Sin negar la certeza de este análisis en líneas generales, nos parece más adecuado seguir un examen que tome como base el carácter subjetivo o funcional de la teoría, y no una pretendida evolución lineal en el tratamiento de la cuestión, pues en la práctica dicha evolución nunca se ha dado de forma estricta, ya que tesis funcionales y subjetivas han convivido en todos los momentos históricos, y, además, muchos autores han sido partidarios de tesis mixtas.

De esa sistematización de las teorías en funcionales, subjetivas y mixtas, separamos un conjunto de tesis, que se caracterizan por identificar la administración con una parte del poder ejecutivo. En nuestra opinión dichas tesis, de las que arranca el tratamiento doctrinal de la cuestión, como se razonara más abajo, no pueden en puridad recibir un calificativo común como subjetivas o funcionales.

### **3. Tesis que identifican la administración con un parte del poder ejecutivo**

En un primer momento, la doctrina tiende a considerar la Administración como una parte del Poder ejecutivo. Resulta difícil a partir de aquí buscar una caracterización general de estas teorías, que difirieren bastante entre sí. Incluso nos parece de dudoso rigor tratar de dar una calificación uniforme a éstas como subjetivas u objetivas. Porque, en realidad, en ellas se fusionan consideraciones de uno y otro orden. Así, aunque todas ellas definen la Administración desde su inserción en el Poder ejecutivo, algunas parecen concebir a éste como un complejo orgánico, pero otros como una función.

---

26 ENTRENA CUESTA: *El concepto de Administración...* Pág. 58.

A pesar de estas dificultades, ENTRENA CUESTA ha tratado de resumir la doctrina imperante en este momento sobre la materia en torno a tres grandes puntos: “a) La Administración es un complejo orgánico que se comprende dentro del marco del poder ejecutivo; b) Misión suya es la de ejecutar y nada más que ejecutarla, la ley; c) No existe una identidad entre Administración y Poder ejecutivo, pues aquélla es igual a éste menos el Gobierno”.<sup>27</sup>

Se puede tomar dichas notas como expresión de una tendencia general, que se encuentra, sin embargo, al descender al análisis de las concretas teorías, con un gran número de excepciones y contradicciones.

Nosotros nos vamos a conformar, por lo demás, con examinar alguna de las tesis que se inscriben en este grupo para comprobar como funcionan, sin animo de realizar un estudio pormenorizado de sus características y consecuencias. Pues basta al objeto de nuestro trabajo con resaltar como, en un primer momento, la doctrina, en su esfuerzo por definir la Administración, no excede los límites marcados por el Poder ejecutivo, que es no sólo el criterio sobre el que se construye su definición, sino también la frontera más allá de la cual no puede ésta extender su ámbito. Es éste, a nuestro entender, el punto verdaderamente relevante, pues sólo desde él se puede comprender la tendencia posterior a configurar la administración como una función, cuando un análisis más detenido demuestra la falta de veracidad de la comprensión de la Administración como una mera parte del Poder ejecutivo.

Entre los autores que defienden este tipo de tesis se puede citar a DUCROCQ. Este autor parte de la existencia de tan sólo dos poderes en el Estado. El legislativo, que crea las normas, y el ejecutivo, que hace que se lleve a cabo su ejecución. Distinguiéndose a su vez dentro del Poder ejecutivo tres ramas, que se encuentran separadas entre sí:

---

27 ENTRENA CUESTA: *El concepto de Administración...* Pág. 61.

el Gobierno, la Administración y la Administración judicial. El Gobierno sería dentro de esta construcción la porción del ejecutivo que tiene la misión de dirigir el país en las vías de su desarrollo interior y sus relaciones exteriores, mientras que la Administración sería el complemento y la acción vital. Por lo que se refiere a la Administración judicial, se diferencia de la Administración propiamente dicha en que la primera ejecuta las leyes civiles y penales y la segunda las de interés general.

De este modo, el autor francés ofrece una caracterización de la Administración claramente incrustada y dependiente del Poder ejecutivo, como muestra su definición del Derecho administrativo, al que caracteriza como el conjunto de principios y reglas que resultan de las leyes de interés general y de las que presiden el funcionamiento de todos los órganos, no judiciales, del poder ejecutivo, a cargo de su aplicación.<sup>28</sup>

En Italia encontramos como representante de este tipo de tesis a MEUCCI, que parte de que la administración es la acción del Estado para alcanzar los fines de utilidad pública. Si bien la Administración comprende también el complejo de órganos encargados de esas funciones. Lo que permite concluir que el Derecho administrativo es la rama del Derecho público que contiene las normas reguladoras de los institutos sociales y de los actos del poder ejecutivo para la realización de los fines de utilidad pública. Considerando en lo que se refiere a la relación entre gobierno y administración, que ambos son la misma cosa, existiendo entre ellos tan sólo una diferencia de grado.<sup>29</sup>

En España encontramos un destacado seguidor de este tipo de teorías en SANTAMARÍA DE PAREDES. Autor que

---

28 DUCROCQ, M.: *Cours de Droit administratif*. París. Ernest Thorin, éditeur. Sexta edición, 1881. Pág. 3-29.

29 MEUCCI, L.: *Instituzioni di Diritto amministrativo*. Sexta edición. Fratelli Bocca, editori. Turín, 1909. Págs. 1-3.



también se sitúa claramente en la órbita de Poder ejecutivo para definir la Administración, de tal modo que entiende que “el concepto de lo ADMINISTRATIVO se resuelve en el poder ejecutivo”. Lo que le permite definir el Derecho administrativo como “la rama del Derecho referente á la organización, funciones y procedimiento del Poder ejecutivo, según la Constitución, para el cumplimiento de la misión del Estado en la vida”,<sup>30</sup>

En este grupo de teorías se pueden incluir también las teorías residuales, que se presentan aparentemente como funcionales, pero que resulta en realidad difícil de aceptar como tales, pues parecen más bien ocultar un criterio subjetivo o formal. Estas tesis tratan de aislar una presunta función administrativa desde la distinción entre las tres funciones básicas del Estado, legislación, jurisdicción y ejecución, ubicando la administración dentro de la tercera. Ahora bien, dada la dificultad de caracterizar la función administrativa se la convierte en una noción residual, esto es, administración es todo lo que no es jurisdicción o legislación.

Este planteamiento, en principio estrictamente funcional, se diluye, sin embargo, en la práctica. Pues estos autores acaban olvidándose totalmente de la función desarrollada, para acabar acudiendo a criterios formales o subjetivos.

Así se puede apreciar ya en MAYER, que trata de alcanzar el concepto de administración pública desde la delimitación de las diferentes funciones del Estado (legislación, justicia y administración). Llegando a la conclusión de que la de administración es una noción residual, que comprende todo lo que no entra en las dos anteriores. Pero anuda a ello un criterio positivo de diferenciación, es actividad del Estado para realizar sus fines, bajo su orden jurídico.

Es este último dato lo que permite verdaderamente aislar la administración de la legislación, en la que el Estado

---

30 SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho administrativo*. Segunda edición. Madrid, 1888. Págs. 41-45 y 47.

se encuentra sobre ese orden jurídico; así como de la justicia, en la que “todo se hace *por* este orden jurídico”.<sup>31</sup>

En último término parece caracterizarse la administración no por la función desarrollada, sino por la posición del sujeto que la desarrolla, esto es, por la subordinación de la Administración al ordenamiento jurídico.

Aún más claramente se puede apreciar lo dicho en la obra de MERKL. Este autor comienza afirmando la necesidad de una definición residual de dicha noción, pero su análisis se dirigirá en realidad mucho más lejos de lo que indica ese propósito inicial. Pues, a pesar de que comienza tomando como punto de partida, como inmediatamente vamos a ver, la afirmación de que la función administrativa sólo puede ser aislada eliminando de la actividad total del Estado la que constituye legislación o jurisdicción, la clarificación de estos dos últimos elementos respecto al de administración, acaban desembocando en una auténtica negación de la perspectiva funcional.

Esta orientación se puede inferir ya en la propia forma en que justifica el empleo de una metodología residual, que configure como administración todo lo que no es jurisdicción o legislación. Pues nuestro autor afirma que esta “manera tan especial de determinar el concepto se explica (...) por la estructura de aquella actividad del Estado a que se refiere la administración, y, por muy incompleta que parezca, es forzosa e inevitable. Porque la actividad del Estado que cobijamos bajo el nombre de administración es tan abigarrada, tan diversa por su forma y contenido, más todavía, se halla en una contradicción tan patente con el sentido usual de la palabra administración –piénsese en la guerra como acción administrativa – que lo único común aceptable no puede ser algo positivo, sino negativo, a saber: el hecho de no ser legislación y no ser justicia. Cualquier intento de ha-

---

31 MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán. Tomo I*. Traducción de H. H. Heredia y E. Krotoschin. DEPALMA. Buenos Aires, 1949. Págs. 3-16.

cer destacar en ese campo de actividad demarcado negativamente, una característica positiva que valga como factor común, conduce a una reducción del concepto en contradicción con los supuestos de que se parte. La legislación y la justicia son algo más unitario, muestran rasgos comunes más fácilmente abarcables, son, por lo mismo, más fáciles de definir positivamente. Fijándose en el contenido de estos tres campos de actividad estatal, se ve claramente por qué razón ese gran residuo de la actividad estatal compuesto de funciones parciales heterogéneas que se llama administración, suele determinarse por referencias a funciones relativamente homogéneas, como lo son la legislación y la justicia. Pero a pesar del contenido abigarrado del concepto, existe una nota formal común, que nos permite determinar la administración positivamente”.

Es únicamente la última frase la que se muestra el rechazo de MERKL a las concepciones de corte funcional. Pues, con ello, añade algo más a la imposibilidad de fijar positivamente el concepto de administración por la variedad de funciones que ésta comprende, que es la posibilidad de llevar a cabo esa determinación positiva desde una perspectiva formal. Lo que es tanto como afirmar la falta de adecuación de una metodología funcional para determinar nuestro concepto, y la necesidad de recurrir a un criterio formal.

Mucho más claro se puede ver todo ello si se examina el análisis posterior que realiza de los conceptos de administración, legislación y jurisdicción. Los dos primeros, afirma, no se pueden distinguir en cuanto el primero constituya aplicación jurídica y el segundo normación jurídica. Pues los dos conceptos están presentes en la legislación y en la administración (piénsese en un reglamento como normación de la administración; y en el desarrollo de un precepto constitucional por una ley como aplicación jurídica de la legislación). Sino que ambos se deben distinguir en virtud de su proximidad a la Constitución, de tal modo que la legislación es ejecución directa de ésta; mientras que la administración es ejecución mediata de la misma, y subordinada a la ley.

Esto permite a nuestro autor afirmar que la división de poderes no conduce a una tripartición de poderes independientes y condicionados, sino que se reduce a dos funciones jurídicas dependientes de la Constitución y escalonadas entre sí. Esto es, por un lado la legislación, que constituye una ejecución directa de la Constitución; y por otro la ejecución que constituye ejecución mediata de la Constitución, y comprende la justicia y la administración.

El siguiente paso es diferenciar una y otra forma de ejecución, administración y justicia, pero tampoco se puede hacer mediante un criterio funcional, hay que recurrir a uno de carácter orgánico: la justicia es un complejo orgánico coordinado (esto es, de órganos independientes), mientras que la administración es un complejo subordinado (es decir, de órganos dependientes).<sup>32</sup>

En resumen, podemos decir que en MERKL luce ya nítida e incuestionable la imposibilidad de precisar una función propiamente administrativa, dado que la administración desarrolla funciones materialmente idénticas a las de los demás poderes del Estado. Lo que implica la necesidad de acudir a una perspectiva formal o subjetiva para delimitar el objeto de nuestra disciplina.

Baste para probar la veracidad de esta interpretación, dejando cerrado, con ello, el análisis de la posición de este autor, este párrafo de claridad irrefutable en el que afirma que todas “las diferenciaciones conseguidas con criterios funcionales son (...) jurídicamente estériles, algunas veces mero pasatiempo y, sin duda alguna, no ofrecen basamento suficiente para levantar sobre ellas las disciplinas jurídicas particulares de los campos funcionales así diversificados. Una teoría del derecho judicial o del derecho administrativo nunca podrían desenvolverse a base de un concepto material de justicia o de la administración, sino que presuponen el concepto formal de las mismas, del mismo modo

---

32 MERKL, A.: *Teoría General del Derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935. Págs. 12-62.

que la teoría de la legislación ha prosperado con el concepto formal de la ley, mientras que de fijarse nada más que en el concepto material hubiera degenerado por insuficiencia de problemas, caso de que hubiera llegado a la vida”.<sup>33</sup>

Debe aceptarse el lucido juicio crítico que sobre las tesis de estos autores ha realizado GARRIDO FALLA, que centra su argumentación en torno a dos puntos:

- a) Al hacer equivaler función administrativa y función ejecutiva se está dando por supuesto lo que es precisamente el problema, esto es, que la administración coincide con una de las tres funciones tradicionales del Estado.
- b) La indefinibilidad de la función administrativa se deriva en estas tesis de la existencia de actividad administrativa que entraña actuación normativa (potestad reglamentaria) o de resolución de conflictos. Pero eso es tan sólo el resultado de la indebida identificación entre administración y ejecución. Pues lo lógico sería simplemente identificar la actividad reglamentaria con la legislación y la de resolución de conflictos con la jurisdicción. Lo que ocurre es que se parte de una delimitación previa subjetiva o formal, para posteriormente tratar de diferenciar ésta de la jurisdicción y la legislación.<sup>34</sup>

A lo dicho se debe añadir, además, la falta de un verdadero avance conceptual en este tipo de teorías, pues se limitan a excluir determinados elementos del ámbito de lo administrativo, sin aportar contribución alguna a la determinación de su esencia.<sup>35</sup>

---

33 MERKL: *Teoría General del...* Pág. 50.

34 GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho...* I. Págs. 37-38, nota 17.

35 En tal sentido, señala L. PAREJO ALFONSO que las “posiciones negativas en orden a la definición del Derecho administrativo (...) no representan (...) avance alguno en orden a la captación del fundamento mismo de la autonomía del Derecho administrativo. Pues se limitan a señalar todo lo más, aquello que no se considera como materia propia de éste, dejando en la penumbra el porqué esta

#### 4. Tesis objetivas

Se produce el paso a la utilización de tesis objetivas por la imposibilidad de explicar la administración desde el principio de división de poderes, en cuanto se hace patente que administración y Poder ejecutivo no pueden hacerse coincidir. Tanto porque la administración implica el desarrollo de funciones propias de los otros poderes del Estado; como por el desarrollo de actividad que constituye administración por esos otros poderes. Se trata entonces de identificar una función administrativa, que permita identificar lo administrativo al margen del citado principio.<sup>36</sup>

En esta posición se sitúan autores como POSADA, que tras negar la identificación entre Administración y Poder ejecutivo, se muestra partidario de una tesis funcional, afirmando que la “Administración es una función del Estado, siendo indiferente, para el caso, que su existencia como tal

---

última constituye el objeto de una específica disciplina”. *El concepto de Derecho administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984. Pág. 125.

- 36 Así lo ha señalado la doctrina moderna, VILLAR PALASÍ, J. L.; y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho administrativo I*. Universidad de Madrid. Madrid, 1982. Pág. 26. ESCRIBANO COLLADO, P.: “¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 37, abril-junio de 1983. Pág. 169. Afirmaciones que pueden corroborarse fácilmente, además, acudiendo a la obra de los autores de la época. Así, ORLANDO, V. E.: *Principios de Derecho administrativo*. Traducción de A. Rodríguez Bereijo de la segunda edición italiana de 1892. INAP. Madrid, 1978. Pág. 7-8. También en POSADA, A.: *Tratado de Derecho administrativo I*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897. Págs. 32-34 y 56-59. Similares argumentos se utilizan en obras posteriores. Así, F. DOMÍNGUEZ-BERRUETA, que niega la equiparación entre función administrativa y Poder ejecutivo “porque la función ejecutiva realiza otros aspectos que no son administrativos, y por otra parte, la función ejecutiva y judicial actúan en esferas que muy bien pueden comprenderse en el marco de nuestra ciencia”. *Ideas y normas de Derecho administrativo*. 1941. Pág. 14. También GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho administrativo*. Quinta edición, por E. Martínez Useros. Madrid, 1955. Págs. 9-10.

esté consagrada y reconocida exteriormente, gracias á la constitución política de un órgano específico”.

Definiendo esa función administrativa como la actividad del Estado “encaminada á procurar, conservar y perfeccionar el organismo (las diferentes instituciones), mediante el cual dicho Estado realiza sus fines: es, en tal concepto, función de orden, de gestión ADMINISTRATIVA, en suma”.<sup>37</sup>

Con el paso del tiempo las tesis funcionales van a ser objeto de duras críticas, lo que lleva a una gran parte de la doctrina a rechazar la utilización de este tipo de criterios para definir la Administración pública,<sup>38</sup> de tal forma que pierden terreno a favor de las tesis de carácter subjetivo, por las que se decanta la mayor parte de la doctrina.

El principal argumento utilizado por estas críticas es que las funciones administrativas varían demasiado en el tiempo y en el espacio, por lo que no pueden ser tomadas como base para sustentar la definición de administración pública.<sup>39</sup>

---

37 POSADA: *Tratado de Derecho...* Pág. 64 y 57.

38 En tal sentido en nuestro país pueden citarse por ejemplo a GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo I*. Novena edición. Madrid. Civitas, 1999. Pág. 27. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho... Volumen I*. Pág. 37. VILLAR PALASÍ; y VILLAR ESCURRA: *Principios de... I*. Universidad de Madrid. Madrid, 1982. Pág. 28. Señala L. M. CAZORLA PRIETO que dada “la dificultad en la caracterización objetiva de la actividad administrativa, habida cuenta de lo complejo de su contenido y de la dificultad de encontrar sus datos auténticamente distintivos reviste suma dificultad la identificación de la Administración pública con arreglo a las singularidades de la actividad administrativa. Esto implica la necesidad de reconducir los elementos definitorios de la Administración a un criterio formal”. *Temas de Derecho administrativo*. Tercera edición. Madrid, 1983. Pág. 51. En Italia, M. S. GIANNINI, que señala que la función administrativa no existe, por lo que sólo se puede hablar de función administrativa en sentido subjetivo, como el conjunto de actividades desarrolladas por la Administración. *Derecho administrativo I*. Traducción L. Ortega. MAP. Madrid, 1991. Págs. 108-109. En Francia, VEDEL: *Derecho administrativo*. Págs. 34-35.

39 GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Págs. 27-28. VILLAR PALASÍ; y VILLAR EZCURRA: *Principios de...* Pág. 28.

De lo dicho no puede entenderse, no obstante, que se produzca un rechazo total de las tesis funcionales, pues en todas las épocas ha seguido existiendo autores que se muestran partidarios de éstas.

Así, en España se puede citar a CLAVERO ARÉVALO, que considera que “el Derecho administrativo no ha sido nunca un Derecho subjetivista; no ha sido nunca el Derecho de la Administración, sino que ha sido un Derecho de tipo objetivo; ha sido siempre el Derecho de la función administrativa de los entes públicos. Nace cuando ya la Administración se perdía en la noche de los tiempos y utilizaba, mediante la concepción dual de su personalidad, el Derecho privado. El Derecho administrativo, cuando se configura como un auténtico ordenamiento autónomo, es un Derecho de prerrogativa, que encuentra su fundamento no en una concepción formal y subjetiva –la Administración–, sino en una concepción objetiva y sustancial –la función administrativa”.<sup>40</sup>

También BALLBÉ, que considera que el “Derecho administrativo, (...) se refiere a la actividad administrativa objetivamente considerada, ya sea ejercida por órganos que la tienen a su cargo de modo normal y preceptivo, como por oficios públicos que sólo de modo secundario y accidental la tengan asumida”.<sup>41</sup>

En Hispanoamérica este tipo de tesis han sido defendidas por DROMÍ, que considera que el “Derecho administrativo es el conjunto de normas y principios que regulan y rigen el ejercicio de una de las funciones del poder, la función administrativa. Por ello, podemos decir que el Derecho administrativo es el *régimen jurídico de la función administrativa*”.<sup>42</sup>

---

40 CLAVERO ARÉVALO, F. “Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia XXIV* (1952). Págs. 574-575.

41 BALLBÉ, M.: “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Básica*. Francisco Seix, editor, 1950. Pág. 62.

42 DROMÍ, J. R.: *Introducción al Derecho administrativo*. Editorial Grouz. Madrid, 1986. Pág. 111.



En realidad las tesis objetivas pueden ser de diversos tipos. Por un lado pueden atender a la finalidad del acto, esto es, una actividad es administrativa o no dependiendo del objetivo que persigue. Pero también puede atender a la naturaleza del acto, con independencia de la finalidad perseguida por éste.<sup>43</sup> A estos dos tipos algunos autores añaden un tercer grupo de teorías, las jurídico-formales, que se caracterizan porque no atienden ni a la naturaleza del acto, ni a la finalidad de éste, sino a los efectos y consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye a esa actividad.<sup>44</sup> Si bien otros autores no incluyen este último tipo de tesis dentro de las teorías objetivas.<sup>45</sup>

Las más importantes tesis funcionales siguen siendo, a nuestro parecer, las que se formulan en el Derecho francés durante los primeros años del siglo XX, al hilo de la denominada teoría del servicio público, por los dos principales representantes de la Escuela de Burdeos (DUGUIT y JÉZE) y su gran rival de la Escuela de Toulouse (HAURIOU). De ellas arrancan las tres grandes tendencias que puede seguir las teorías objetivas, de las que las versiones actuales siguen siendo simples variantes, ya enunciadas implícitamente en la obra de estos tres grandes juristas.

Para DUGUIT el Estado y la autoridad inherente no pueden encontrar legitimación en mecanismos de representación, que no son más que una ficción jurídica. En su opinión sólo están justificados en la medida que desarrollan los fines que le son propios: los servicios públicos. Entendiendo como tales “toda actividad cuyo cumplimiento debe ser regulado, asegurado y controlado por los gobernantes,

---

43 DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Págs. 45-46.

44 BOQUERA OLIVER, J. M.. *Derecho administrativo*. IEAL. Quinta edición. Madrid, 1985. Págs. 67-72. LAGUNA DE PAZ, J. C.: “La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo”, en *Revista de Administración pública* 136, enero-abril de 1995. Pág. 211.

45 ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*. Tecnos. Primera reimpresión de la novena edición. Madrid, 1989. Pág. 26.

porque el cumplimiento de esa actividad es indispensable para la realización y el desenvolvimiento de la interdependencia social, y porque, además, es de tal naturaleza que no puede ser completamente asegurada sino mediante la intervención de la fuerza gobernante”.<sup>46</sup>

De este modo, DUGUIT concibe al servicio público como una institución de Derecho objetivo, lo que permite averiguar, partiendo del examen de la realidad social, cual es el ámbito propio de la acción administrativa.

Su principal discípulo, JÈZE, considera igualmente que el “Derecho público administrativo es el conjunto de reglas relativas a los servicios públicos”, por lo que el servicio público constituye “la piedra angular del Derecho administrativo”. Para él, existe éste cuando “los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de servicio público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio público, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico”.

Nuestro autor, sin embargo, se separa notablemente de la obra del otro gran valedor de la Escuela de Burdeos, en cuanto considera que, para saber cuando existe servicio público, hay que averiguar cual es la voluntad de los gobernantes, pues la sujeción de una actividad a un régimen de servicio público es una decisión política y no jurídica.<sup>47</sup>

---

46 La obra de L. DUGUIT, muy compacta, es difícilmente comprensible de forma parcial. Por ello, para su correcto conocimiento se recomienda la lectura completa de su obra más importante. *Traité de Droit Constitutionnel*. Tercera edición, 1927. Más breve y traducida al español, y también muy representativa de sus opiniones, *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Traducciones de A. G. Posada y de Ramón Jaén y C. G. Posada. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1975.

47 Las tesis de G. JÈZE sobre el servicio público se pueden consultar en los vols. 1 y 2 de *Principios Generales del Derecho administrativo*. Traducción de la tercera edición francesa (1930), realizada por J. N. San Millán Almagro. Editorial Depalma, 1949.

Más controvertida, la obra de HAURIUO, el gran oponente de la Escuela de Burdeos, aunque en último término no tan lejano de ella como pueda parecer a primera vista, resalta la importancia junto a la idea de servicio público del concepto de poder público. Para él, la Escuela de Burdeos ha querido reducir todo a los fines (servicio público), olvidándose de la idea central de poder público, que late en último término detrás de la propia idea de servicio público. Desde su concepción, el elemento central que caracteriza lo administrativo son los medios empleados (poder público), correspondiendo a los fines (servicio público) un papel más secundario, aunque importante, pues es “la idea de servicio la que entraña la autolimitación objetiva del poder público”.<sup>48</sup>

Como se puede ver, en estos tres autores, insertos, con mayores o menores diferencias, en una misma línea intelectual, se plantean los fundamentos de las tres posibles vías que puede seguir una tesis funcional. DUGUIT sigue una concepción que atiende exclusivamente a los fines (servicio público), HAURIUO atiende a los medios (poder público) y JÈZE a la voluntad del titular del poder político.

De estas tres tendencias, las tesis finalistas han sido con carácter general rechazadas, pues es evidente que no se puede saber, como pretendía DUGUIT, qué fines debe cumplir en cada momento la Administración, pues para ello hay que realizar un juicio de valor político, en definitiva, hay que tomar una decisión, ya que en el ámbito de las ciencias sociales, entre las que se encuentra el Derecho, no rige el principio de causalidad, y toda decisión comporta un margen de artificialidad, de discrecionalidad política o ideológica, en definitiva.

---

48 Véase las distintas ediciones de *Précis de Droit administratif et de Droit public general*. Hay traducida al español una excelente recopilación de sus textos más importantes. HAURIUO, M.: *Obra Escogida*. Traducida por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado. Madrid, IEA, 1976.

Más fortuna han tenido las tesis que atienden a los medios, pues la identificación del ámbito de lo administrativo desde la idea de poder público se ha mantenido en todo momento.

Así, por citar sólo algunos ejemplos representativos de distintas etapas históricas, cabe nombrar a GARCÍA OVIEDO y MARTÍNEZ USEROS, que consideran que la función administrativa “implica la inmediata y virtual realización de fines de interés general”. A lo que añaden que el Derecho administrativo es “un derecho de prerrogativa caracterizado por un conjunto de normas e instituciones que fijan la posición preeminente del Estado frente a los particulares, expresión definitiva del interés público frente al interés particular”.

“Una cosa es que la Administración utilice para sus servicios normas de derecho privado, y aunque en su vida interna viva una vida estrictamente común, y otra muy distinta que estas normas pertenezcan al derecho administrativo. El derecho administrativo es un derecho público y derecho público quiere decir que regula relaciones entre soberano y súbdito, en que los sujetos de la relación ocupan planos distintos, en que el Estado, poseído de un derecho de supremacía, ordena y sanciona, coarta la libertad, restringe el derecho de propiedad para la satisfacción de fines administrativos”.<sup>49</sup>

También MARTÍN MATEO, que considera que “la pauta que nos dará la solución para averiguar si un determinado órgano, una determinada persona, es titular de funciones públicas, si pertenece, en suma, a la Administración, es comprobar si puede utilizar las prerrogativas que el Derecho administrativo le concede y si está sometido a sus mandatos; por lo tanto, la idea del Derecho administrativo precede a la Administración, y no a la inversa”.<sup>50</sup>

---

49 GARCÍA OVIEDO, C.; MARTÍNEZ USEROS, E.: *Derecho administrativo*. Sexta edición, 1957. Págs. 49-53.

50 MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho administrativo*. Trivium. Madrid. 13ª edición, 1990. Pág. 75.

Más recientemente SOUVIRÓN MORENILLA, que entiende que el criterio que define el Derecho administrativo es el de poder público. A lo que añade que, aunque es incontestable que la Administración sujeto es el referente básico del Derecho administrativo, esa referencia tiene su origen en el ejercicio por ese sujeto de poder público. Lo que hace que ese criterio subjetivo se vuelva contingente. Pues lo decisivo va a ser el ejercicio de poder público, bien se lleve a cabo dentro de la Administración sujeto o fuera de ella.<sup>51</sup>

En contra de este tipo de teorías se ha esgrimido que no toda la actividad de la Administración está sujeta a un régimen privilegiado, pues en ocasiones renuncia a utilizar éste para realizar su acción.<sup>52</sup> Particularmente se destaca el supuesto de la actividad de fomento, que se realiza sin el menor indicio de poder.<sup>53</sup>

---

51 SOUVIRON MORENILLA, J. M.: “Sobre la Administración pública y el Derecho administrativo: en torno a la sustantividad del Derecho administrativo y su vis expansiva”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Ramón Martín Mateo*. Coordinador: F. Sosa Wagner. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000. Págs. 138-150.

52 Señala PAREJO ALFONSO que la teoría del poder público no “ha resistido su confrontación con la realidad y su rápida evolución. Pronto se pone de manifiesto, en efecto, que la Administración puede actuar como tal despojándose de sus privilegios y, además, que el ensanchamiento y progresiva complejidad e inserción en la malla social de su actividad le motivan para la búsqueda de nuevas alternativas, al rígido esquema de comportamiento del régimen administrativo; alternativas que se han concretado en el frondoso mundo de la actividad convenida o concertada”. *El concepto de...* Pág. 104.

53 En tal sentido GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que señalan que “todo un gran sector de la actividad administrativa, la llamada actividad de fomento –que, junto con la de policía y la de servicio público, forma el tríptico clásico de las formas de acción de la Administración-, se realiza sin que, al menos formalmente, aparezca el menor indicio de poder. La Administración no coacciona en este caso, no obliga, no constriñe a los particulares a adoptar una determinada conducta. Se limita a estimularlos en una cierta dirección, ofreciéndoles incentivos y ventajas (fiscales, financieras, crediticias, etc.), que son libres de aceptar o no. Toda la “filosofía” de la planificación indicativa responde a este esque-

Otro argumento que se aduce frente a estas teorías es que se aplica, en ocasiones, el Derecho administrativo a la actividad de la Administración sujeta a Derecho privado, lo que parece indicar que lo decisivo es la naturaleza del sujeto y no la actividad que objetivamente desarrolla.<sup>54</sup>

También han tenido una gran capacidad de pervivencia las tesis que atienden a la configuración que en cada momento realice el titular del poder político (tesis jurídico-formales). En último término, para estas teorías, será el ordenamiento jurídico el que determine que es lo que queda comprendido dentro de lo administrativo y lo que no, con la caracterización concreta que dé a cada actividad.

Dentro de las tesis jurídico-formales se puede situar la defendida por BOQUERA OLIVER,<sup>55</sup> que considera que el

---

ma. La Administración no trata de imponerse, sino de persuadir, de llegar a un concierto con los particulares”. *Curso de...* (octava edición, 1997). Pág. 47. La misma opinión ha manifestado SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y...* Pág. 179.

54 En defensa contra este argumento señala SOUVIRON MORENILLA que “siendo la Administración sujeto y el resto de los entes administrativos poder público sustantivado (organificado, subjetivado, personificado), es precisamente este dato el que, subyaciendo a la esencia de tales entes (al menos en la decisión que los crea) y reflejándose por ello en el plano organizativo y *ad intra*, exige que en este plano deban regirse en todo caso por el Derecho administrativo, el cual, que consagra para la Administración pública privilegios pero también vinculaciones, extiende éstas con carácter absoluto al plano interno de la Administración –siempre poder público y por ende potestad virtual -, vinculándola radicalmente a la ley, incluso en los casos que no existe sino una mera marca de *origen* en cuanto al carácter *administrativo* de la organización de que se trate”. *Sobre la Administración pública...* Págs. 146-147.

55 En contra de esta calificación, PAREJO ALFONSO que señala respecto a las tesis de este autor que, por “más que afirme que su concepción del Derecho administrativo es estrictamente jurídico-formal, lo cierto es que es una resultante de mayor número de criterios y, concretamente, de los siguientes: la noción de los “fines públicos”, es decir, de las necesidades colectivas o intereses generales (criterio teleológico), el concepto de poder público o poder de “creación unilateral e imposición de obligaciones y derechos” (el viejo criterio de la forma de la actuación administrativa) y la

ámbito de la Administración pública está integrado por aquellos sujetos a los que el ordenamiento jurídico atribuye poder administrativo; entendiendo como tal la “facultad de crear unilateralmente e imponer situaciones jurídicas cuya validez y eficacia descansa en la presunción *iuris tantum* de que son conformes con el Ordenamiento jurídico”.<sup>56</sup>

También defiende una tesis de este tipo MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ. Para este autor la Administración pública es “un Centro de actividades institucionalizado como Poder público, personificado o integrado con autonomía en una persona jurídico pública, subordinado a la Ley y de suyo sin potestad legislativa, sujeto a dirección política, sometido a control judicial y sin potestad jurisdiccional propiamente dicha”.

De tal modo que, para que exista Administración pública “lo determinante, lo decisivo, sea, no la naturaleza material o teleológica de las funciones o actividades a desarrollar (...) sino cabalmente la adscripción de esas funciones a uno o varios Poderes públicos diferenciados dentro de una organización policéntrica del Poder público. Mientras eso no ocurre no surge la Administración pública. Aunque claro es que eso ocurre porque, llegado su momento, la razón descubre en la naturaleza material de ciertas funciones unas propiedades tales que aconsejan o reclaman su atribución a órganos o Poderes distintos de los encargados de otras funciones diferentes (...). Es decir, la realidad material de las funciones constituye el *fundamento* de una forma de organizar el Poder público que da lugar a la emergencia de la Administración contemporánea. Pero lo que constituye primaria y directamente a ésta es preci-

---

distinción de gradaciones en dicho poder y, correlativamente, de titularidades de los mismos (que, al final, no es otra cosa que la utilización del criterio orgánico e, incluso, del subjetivo). Con lo cual, el objeto del Derecho administrativo se acota por relación al poder administrativo ejercido por las organizaciones titulares del mismo con vistas a la satisfacción de los fines públicos”. *El concepto de...* Pág. 134.

56 BOQUERA OLIVER: *Derecho administrativo*. Págs. 77-91.

samente su organización como Poder público diferenciado: ahí está, en lo subjetivo institucional, su constitutivo esencial genérico o básico”.<sup>57</sup>

## 5. Tesis orgánicas o subjetivas

El reiterado fracaso de las tesis funcionales conduce a la búsqueda de un concepto subjetivo de Administración pública.<sup>58</sup> Si bien tampoco estas teorías han dejado de ser cuestionadas.<sup>59</sup>

---

57 MARTÍNEZ-LÓPEZ-MUÑOZ: *Introducción al...* Págs. 83-85. De acuerdo con esta posición. LAGUNA DE PAZ: *La renuncia de la...* Págs. 211-212.

58 MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 526.

59 Así, M. P. CHITI considera que “actualmente se trata de superar el carácter netamente ideológico de buena parte de la doctrina clásica de la Administración pública, en particular su posición característica en el contexto de la división de poderes del Estado, por una más amplia aproximación capaz de recoger la variedad de funciones adscritas a la noción objetiva de Administración y a la multiplicidad de organismos administrativos o que realizan funciones administrativas. Tal como se ha dicho, el fenómeno administrativo se ha vuelto independiente del Estado y, más en general, está en crisis la necesaria referencia subjetiva de la Administración: ésta “se ha vuelto más importante y jurídicamente más relevante que aquella persona jurídica-pública detrás de la cual se quería ocultar”. *Derecho administrativo europeo*. Traducción: L. Ortega. Civitas. Madrid, 2002. Pág. 167. BALLBÉ afirma “la inadmisibilidad de reconducir el concepto del Derecho administrativo a la objetivamente varia actividad que desarrollan los entes y órganos que principalmente administran, que son los que, en la acepción vulgar, constituyen la Administración pública. Y no lo es, en primer lugar, porque un Derecho administrativo construido de tal modo no tiene un objeto homogéneo, ya que si bien orgánicamente la actividad considerada por la indicada rama jurídica proviene de un mismo sujeto, sin embargo se muestra varia su específica esencia; en segundo término, porque, de seguirse tal criterio, se da el supuesto, científicamente inadmisibile, de que la materia integrante del contenido de una rama y de una ciencia del Derecho, en tanto al delimitarla no se atiende a razones ontológicas y permanentes, sino a otras contingentes y transitorias –la voluntad del legislador de atribuir una actividad a uno u otro órgano variaría continuamente. En verdad, tal modo de ser y de pensar el Derecho administrativo le niega científicamente toda justificación: construida sobre tales débiles bases no es factible ni hablar de la substancialidad del Derecho administrativo”. *Derecho...* Págs. 11-12.



Se puede distinguir en realidad dos tipos de tesis subjetivas: las orgánicas y las personalistas o subjetivistas.<sup>60</sup>

Partidario de una tesis orgánica es GARRIDO FALLA, que parte de la consideración de que al Poder ejecutivo le corresponde el ejercicio de una actividad residual: la que queda de la exclusión de la actividad judicial y legislativa. Ahora bien, esa actividad residual no tiene una naturaleza homogénea, sino que comprende actuaciones que tienen un marcado carácter legislativo o judicial. Ante esta divergencia ontológica sólo cabe definir la Administración desde el sujeto que desarrolla dicha actividad, definiéndose así como un complejo orgánico que se integra en el Poder ejecutivo.<sup>61</sup>

Este tipo de tesis han sido criticadas por la mutabilidad de la organización administrativa.<sup>62</sup> Siendo precisamente la superación de este inconveniente, el factor más destacado por la doctrina para defender la utilización de tesis personalistas. En cuanto consideran que, de este modo, el concepto de Administración pública se construye sobre bases más estables.<sup>63</sup>

---

60 BOQUERA OLIVER: *Derecho administrativo*. Págs. 55-56. MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 526.

61 GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho...* I. Págs. 38-41.

62 Así, a GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Pág. 28. Que consideran, apoyándose en el carácter mutable de la estructura orgánica de la Administración, que la “Administración pública no es (...) para el Derecho administrativo un complejo orgánico más o menos ocasional. La relación estructural entre la realidad constituida por la Administración pública y el ordenamiento jurídico no se efectúa por la consideración de la misma como un conjunto de órganos”.

63 Así, VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, que consideran que “se sustituye el concepto de función, siempre cambiante, formal y heterogéneo en su contenido, por el de persona, mucho más estable, homogéneo y, desde luego, ajustado al Derecho positivo”. *Principios de...* Pág. 28 y 30-31. También MUÑOZ MACHADO, que destaca como mayor ventaja de las tesis personalistas que constituyen un “factor de estabilización de la disciplina; así parece quedar superado el obstáculo que la movilidad de la materia administrativa suponía para intentar perfilar un modo de administrar”. *Las concepciones del Derecho...* Pág. 526.

Merece la pena detenerse un poco más, dada su enorme difusión, en el análisis de la tesis estatutaria defendida por GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que es seguida por un sector importante de la doctrina.<sup>64</sup> Para dichos autores la Administración pública es para el Derecho administrativo una persona jurídica, único factor de la Administración que permanece invariable. En sus propias palabras, la “personificación de la Administración es (...) el dato primario y *sine qua non* del Derecho administrativo”.

De este modo, el ordenamiento jurídico no otorga personalidad jurídica al Estado en su conjunto, personificación que sólo se da en el Derecho internacional, sino que para el Derecho interno sólo se da la personalidad jurídica de uno de sus elementos: la Administración pública.

Esto implica que los diferentes poderes del Estado no pueden ser considerados como meros órganos de éste. Así, el legislador sería un órgano del pueblo, auténtico titular de la propiedad del poder, que ejerce a través de tres funciones (control del Gobierno, aprobación de las leyes, adopción de las decisiones políticas fundamentales). Mientras que el poder judicial sería un órgano del Derecho, vinculado a éste, sin insertarse jerárquicamente en organización alguna.<sup>65</sup>

Se pueden encontrar, sin embargo, en la doctrina posturas contrarias a esta tesis.<sup>66</sup> Vamos a hacer un repaso de

---

64 Así, se declara de acuerdo con dicha teoría en líneas generales SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y...* Pág. 198. También parecen acoger ésta TOLIVAR ALAS, L.: *Derecho administrativo y Poder Judicial*. Tecnos. Madrid, 1996. Pág. 16. MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. Aranzadi. Pamplona, 1999. Págs. 51-54.

65 GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Págs. 27-32.

66 En contra de esta tesis, dando por buenas las críticas vertidas por otros autores, LUCAS VERDU, P.: “El Derecho Constitucional como Derecho administrativo”, en *Revista de Derecho Político* 13 (1982). Pág. 39.

los principales argumentos teóricos que se han vertido contra la misma, si bien su estudio pormenorizado, incluyendo los argumentos a favor y contra que ofrece el Derecho Positivo, serán examinados en un capítulo posterior.

Así, ha señalado que esta tesis conduce a un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular, y que rompe la unidad del Derecho público, creando un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional.<sup>67</sup>

También se ha argumentado que conduce a una concepción formal del Derecho administrativo, que descuida el análisis de la actividad administrativa, llevando, de esta forma, a una visión sesgada y parcial de nuestra disciplina.<sup>68</sup>

---

67 Señala F. J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID que “la posición del Parlamento es de absoluta desvinculación con los restantes órganos constitucionales al ser concebido como órgano del pueblo. De ahí que la Ley sea un producto soberano, incondicionado, y no una forma de expresión de uno de los órganos del Estado. En definitiva, esta conclusión podría potenciar un concepto de soberanía parlamentaria frente a la soberanía popular”. A lo que añade que el “carácter estatutario implicaría la imposibilidad de aplicar un Derecho común a esas personas singulares, en cuanto que vendría excepcionado por la especificidad de los sujetos a quienes se dirige. Si a esto añadimos la falta de integración de la Administración y de los restantes órganos y poderes en el Estado, en cuanto que éste es un *compositum organicum*, de “naturaleza mística”, es claro que el concepto de Administración y de Derecho administrativo se ha sustantivado y separado artificialmente de las bases constitucionales que dan origen y fundamento a la existencia de la Administración pública, con el consiguiente efecto de romper la unidad del Derecho público y de crear un Derecho administrativo desvinculado del Derecho Constitucional”. *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. INAP. Madrid, 1987. Pág. 51.

68 En tal sentido S. MUÑOZ MACHADO, que considera que la “utilización de la noción de personalidad de la Administración como criterio definitorio del Derecho administrativo, sitúa la concepción de esta ciencia en una posición estrictamente formal. Quiérese decir que desde esta perspectiva de análisis la sistematización subsiguiente del Derecho administrativo consiste, casi exclusivamente, en definir los procedimientos y formas que utiliza la Administración para decidir, quedando casi totalmente marginada, la explicación del contenido de la acción administrativa. Lo cual conduce a una visión parcial y sesgada de la disciplina. Para el Dere-

Hay quien ha objetado que convierte al Derecho administrativo en una normación estamental, análoga a la que tenían en la Edad Media algunas clases o grupos profesionales, mientras que las administraciones públicas no actúan como un grupo corporativo.<sup>69</sup>

Se ha argumentado, igualmente, en su contra, la existencia de una actividad materialmente administrativa desarrollada por órganos del Estado que no forman parte de la Administración pública, y que como tal se rige por el Derecho administrativo y se sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa. Así, cabe pensar en la actividad materialmente administrativa de los tribunales y órganos de autogobierno del poder judicial, de las Cámaras, de la Corona, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y de la Administración electoral.<sup>70</sup>

Un poco diferente, aunque en la misma línea, está el supuesto del Gobierno, que está sometido al Derecho administrativo, sin formar, en sentido estricto, parte de la Admi-

---

cho administrativo es capital, desde luego, el estudio de las técnicas de que se vale la Administración para actuar y las garantías de que pueden valerse los particulares para frenar sus decisiones irregulares. Pero tan importante como esto es saber y analizar el contenido de la acción de la Administración, los sectores que comprende, y los fundamentos en que se basa, porque de ello depende tanto el grado de limitación de los derechos como la procura del bienestar de los ciudadanos”. *Tratado de Derecho administrativo y Derecho Público General. Tomo I.* Civitas. Madrid, 2004. Pág. 58.

- 69 GIANNINI, M. S.: *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Traducida por M. Baena de Alcázar y J. M. García Madaria. INAP, 1980. Pág. 51. En contra de esta crítica se ha manifestado PAREJO ALFONSO, que ha dicho respecto a la misma que su “falta de fundamento resulta de su propio contenido, toda vez que éste evidencia la no captación del sentido y alcance de la tesis estatutaria, la cual en modo alguno pretende resucitar el viejo orden estamental o gremial”. *El concepto de...* Pág. 147.
- 70 JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: *Los organismos autónomos...* Pág. 51. MUNOZ MACHADO: *Tratado de...* Pág. 59. En tal sentido GONZÁLEZ NAVARRO considera que la existencia de esta actividad materialmente administrativa en estos órganos que no son Administración pública es “la manifestación inevitable de “una muerte anunciada”: la de la teoría subjetiva”. *Derecho administrativo...* Tomo I. Págs. 137-138.

nistración sujeto, lo que permite también pensar en que desarrolla actividad administrativa en sentido objetivo.<sup>71</sup>

## 6. Tesis mixtas

De todo lo dicho algunos autores infieren que no es posible buscar un factor que permita aislar la noción de Administración pública o administración pública, por lo que se debe negar la existencia de un criterio único que permita llegar a esta definición.<sup>72</sup> Si bien hay quien manifiesta opinión contraria, defendiendo que esa dificultad de definición no proviene de la imposibilidad de reducir la Administración a un criterio único, sino que el problema es mantenerlo invariable en el tiempo, pues la Administración, desde su estrecha vinculación a la realidad, está inmersa en un proceso de mutabilidad constante.<sup>73</sup>

En cualquier caso, una parte de la doctrina considera que esta dificultad es consecuencia lógica de la existencia en la Administración de una doble realidad, orgánica y material, que no pueden integrarse la una en la otra, ya que su ámbito no coincide,<sup>74</sup> en cuanto que: a) hay una

---

71 SOUVIRON MORENILLA: *Sobre la Administración pública...* Pág. 128.

72 BREWER-CARÍAS, A. R.: "La interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la administración y el proceso de huída y recuperación del Derecho administrativo", en *II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Rudolph Brewer Carías*. Funeda. Caracas, 1996. Pág. 42. En la misma línea RODRÍGUEZ-ARANA, que señala que hoy "me parece que mantener una orientación única quizás sea una pretensión que dificulta la comprensión de un sector del Derecho público que trasciende sus fronteras naturales y que actúa sobre otras realidades, años ha vedadas al Derecho administrativo, precisamente por la estrechez de miras que surge del pensamiento único, cerrado o estático". *La vuelta al...* Pág. 89.

73 MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Págs. 520-521.

74 DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Págs. 19-20. GARCÍA TREVIJANO: *Tratado de Derecho administrativo I*. Madrid, 1964. Pág. 55.

parte de la actividad de las Administraciones públicas que no es actividad administrativa en sentido funcional; b) hay una parte de actividad administrativa que no desarrollan las Administraciones públicas; c) la actividad de las Administraciones públicas a veces no se rige por el Derecho administrativo, en ocasiones, incluso cuando desarrolla actividad administrativa.<sup>75</sup>

Por ello consideran necesario acudir a tesis mixtas, esto es, tesis que combinen elementos objetivos y subjetivos para definir el ámbito de lo administrativo.

En tal sentido se ha pronunciado ALESSI, que considera que “el concepto de Administración pública que recoge nuestro Derecho positivo (se refiere lógicamente al Derecho italiano) es el que resulta de atemperar la noción objetiva con la subjetiva, es decir, para nuestro Derecho positivo, *administración* en sentido objetivo es el *desarrollo de la función administrativa por parte de las autoridades pertenecientes al orden administrativo*, mientras que *Administración pública* en sentido subjetivo es el conjunto de *autoridades pertenecientes al orden administrativo en cuanto desarrollan una función materialmente administrativa*”.<sup>76</sup>

En España se ha pronunciado en esta línea GALLEGO ANABITARTE, que considera que el de Administración pública es a la vez un concepto orgánico y funcional.<sup>77</sup>

También SÁNCHEZ GOYANES, que entiende que el Derecho administrativo es el “conjunto de normas que regulan la actividad de la Administración Pública entendida ésta tanto en sentido funcional u objetivo, cuando en otro orgánico o subjetivo”. “Ello significa que allí donde hay una actividad que sea administrativa, de gestión de asuntos públicos, implicando una relación con los administra-

---

75 DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Págs. 19-20.

76 ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho administrativo I*. Traducida por B. Pellisé Prats. Barcelona. Bosch, 1970. Pág. 12.

77 GALLEGO ANABITARTE, A.: *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Tecnos. Madrid, 1992. Págs. 66-67 y 71.

dos, hay también Administración en sentido funcional y por tanto es aplicable el Derecho administrativo”.

Por lo que concluye afirmando que el “Derecho Administrativo debe aplicarse cuando estamos en presencia de una determinada actividad que, desde el punto de vista material o funcional, sea administrativa, no importando a estos efectos que esa actividad sea llevada a cabo por la Administración entendida como aparato u órgano estatal indirecto”.<sup>78</sup>

En Latinoamérica ha seguido esta orientación BREWER-CARÍAS, que considera que “el derecho administrativo es aquella rama de derecho que regula a la Administración Pública como complejo orgánico, su organización y funcionamiento; que norma el ejercicio de la función administrativa por los órganos del Estado; que regula la actividad administrativa del Estado, y que norma, también, las relaciones jurídicas que se establecen entre la Administración Pública y los administrados, con motivo del ejercicio de la función administrativa o de la realización de alguna actividad administrativa”.<sup>79</sup>

Más recientemente DELGADILLO, que ha señalado que, si “consideramos que el Derecho Administrativo, como disciplina científica, es una rama de la ciencia del Derecho, encontraremos que su objeto de estudio es el aspecto jurídico de la Administración Pública. Hasta aquí tenemos que el Derecho Administrativo es una rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y normas relativos a la Administración Pública, pero como hemos visto, ésta tiene un aspecto subjetivo u orgánico, y otro objetivo o de manifestación, por lo que estaremos ante la Administración Pú-

---

78 SÁNCHEZ GOYANES, E.: “La Administración pública y el Derecho administrativo”, en *Manual de Derecho administrativo I*. Coordinador: E. Sánchez Goyanes. Editorial Colex. Madrid, 1997. Págs. 21-27.

79 BREWER CARÍAS, A.: “Prólogo”, al libro de L. Parejo Alfonso: *El concepto de Derecho administrativo*.

blica órgano y la Administración pública función”. De lo que deduce “la necesidad de definir el Derecho Administrativo con base en la consideración de los aspectos objetivos y subjetivo de la Administración Pública, ya que si sólo se utilizara uno de ellos, nuestra concepción, además de parcial, sería errónea”.

Desde estos presupuestos define al Derecho administrativo como “la rama de la ciencia del Derecho que estudia los principios y las normas que regulan la organización y la actividad de la Administración Pública, los medios para realizarla y las relaciones que genera”.<sup>80</sup>

## 7. Autonomía del Derecho administrativo

La autonomía del Derecho administrativo aparecía ya consagrada en el celebre *Arrêt Blanco*,<sup>81</sup> que señalaba que “las responsabilidades que pueden incumbir al Estado por los daños causados a los particulares por el hecho de las personas que emplea en el servicio público no puede estar regulado por los principios establecidos en el código civil para las relaciones de particular a particular”.<sup>82</sup> Con ello, como señala VEDEL, “la decisión enunciaba un criterio de competencia, el servicio público, y afirmaba al mismo tiempo la autonomía del juez administrativo y del Derecho administrativo respecto al Derecho privado”.<sup>83</sup>

Sobre esta base, la Escuela del servicio público construirá una concepción del Derecho administrativo, entendida como una rama autónoma, basada en la equivalencia entre servicio público, régimen de Derecho administrativo y gestión por un sujeto privado. El paso del tiempo, sin

---

80 DELGADILLO: *Elementos de...* Págs. 56-57.

81 Arrêt del Tribunal de Conflictos de 8 de febrero de 1873, *Blanco*.

82 La traducción está tomada de VILLAR EZCURRA, J. L.. *Servicio público y técnicas de conexión*. CEC, 1980. Pág. 66.

83 VEDEL: *Derecho administrativo*. Pág. 66.



embargo, desmentirá la certeza de esta construcción, con el recurso creciente de la Administración pública al Derecho común y a las formas de personificación privadas.<sup>84</sup>

Resultando hoy evidente que la Administración no puede reducirse al Derecho Administrativo,<sup>85</sup> de lo que surge la necesidad de distinguir entre el Derecho de la administración y el Derecho administrativo. El primero tiene un carácter mixto, en cuanto comprende todas las normas que rigen la Administración pública, con independencia que sean normas de Derecho común o de Derecho especial. Mientras que el segundo comprende únicamente aquellas normas específicamente diseñadas para regir la actividad administrativa, y regula, por tanto, únicamente aquellas actuaciones que son propias de la Administración en sentido estricto.<sup>86</sup>

O lo que es lo mismo, entre un concepto amplio de Derecho Administrativo, que integraría a la totalidad de las normas que rigen la Administración y su actividad, sean

---

84 CHENOT, B.: "La notion de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d'État", en *Études et Documents 1950*. Págs. 78-81.

85 Como señala A. SERRA ROJAS, en "ninguna forma puede confundirse a la administración con el Derecho administrativo, aunque mantienen estrechas relaciones. El campo de la administración es más extenso y muchos de sus problemas no son problemas jurídicos. Este tema se ha discutido insitiéndose en que *no todo lo que hace la Administración pública se canaliza en el Derecho administrativo*". *Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988. Pág. 86.

86 CHAPUS: *Droit administratif général I*. Pág. 1. DE LAUBADÈRE; VENEZIA; GAUDAMET: *Traité de Droit...* Págs. 22-23. En esta misma línea, parece situarse en España E. MALARET I GARCÍA, que considera que "el Derecho de la Administración es un derecho mixto, formado en parte por reglas del Derecho público y por reglas del Derecho privado". "El Derecho de la Administración pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales", en *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración pública*. Marcial Pons, 1999. Pág. 14.

de Derecho público o no; y un concepto estricto, que comprendería tan sólo a las normas de Derecho público que rigen la Administración y la actividad administrativa.<sup>87</sup>

Este factor ha sido tomado por algunos autores como EISENMANN como argumento para negar la autonomía del Derecho administrativo.<sup>88</sup> Sin embargo, la mayoría de la doctrina considera que no impide que podamos seguir hablando del Derecho administrativo como un Derecho autónomo. Afirmación que se apoya en la consideración de que éste es Derecho común de un ámbito jurídico autónomo, en cuanto integra las lagunas que puedan aparecer en dicho ámbito e interpreta sus normas con arreglo a unos principios propios.<sup>89</sup>

---

87 En tal sentido ACOSTA ROMERO, que distingue entre un concepto amplio de Derecho administrativo, como “el conjunto de normas de derecho que regulan la organización, estructura y actividad de la parte del Estado, que se identifica con la Administración pública o Poder Ejecutivo, sus relaciones con otros órganos del Estado, con otros entes públicos y con otros particulares”; y una definición estricta, como “conjunto de normas de Derecho Público que regula el Poder Ejecutivo, Administración pública y su actividad. Creemos que este concepto deviene un tanto formal y no abarcaría todas las relaciones que pueda tener la Administración pública”. *Teoría general del...* Pág. 10.

88 EISENMANN, CH.: *Cours de Droit Administratif. Tome I.* LGDJ, 1982. Págs. 137-152.

89 ALESSI: *Instituciones de Derecho...* Págs. 14-15. CLAVERO ARÉVALO: *Consecuencias de la...* Págs. 544-568. GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Págs. 41-42. SORIANO GARCÍA: *Desregulación, privatización y...* Págs. 202-203.



# Nuevas tendencias en la evolución del Derecho administrativo

## 1. Introducción

Ya hemos visto en otro lugar de este estudio que el Derecho administrativo y la idea de Administración pública son dos elementos extremadamente variables, entre otros motivos, por la mutabilidad del contexto histórico en el que están llamados a operar. Diagnóstico inapelable, pues la Historia prueba que la idea de Administración pública ha sido objeto de drásticas transformaciones para adaptarse al momento histórico en el que estaba llamada a operar.

Los tiempos actuales no son una excepción a esta regla, y los notables cambios que está experimentando el mundo en que nos ha tocado vivir han dejado su huella en la Administración pública y el Derecho que la rige. Uno y otra han sufrido importantes evoluciones, que han modificado en muchos aspectos su configuración. Si bien esto no impide que sigan perviviendo importantes elementos de continuidad.<sup>90</sup>

---

90 Apunta MUÑOZ MACHADO que, afirmar “que el Derecho administrativo de los comienzos del siglo XXI se nutre de técnicas marcadamente distintas del que se elaboró al empezar el siglo XIX, con el primer constitucionalismo, es seguramente una obviedad. Por supuesto muchas instituciones básicas que lo identifican como rama autónoma permanecen. Pero los cambios han sido intensos”. *Tratado de...* Pág. 82.

Estas modificaciones muy heterogéneas, casi siempre polémicas y discutidas, encuentran, sin embargo, como nexo común, la búsqueda de un mismo objetivo que en líneas generales no parece muy discutido, si bien sí que lo son las formas y medios para llevarlo a cabo. Esa finalidad no parece ser otra que la modernización de la Administración, superando el viejo modelo burocrático, para lograr así una mejor satisfacción de las necesidades que la sociedad plantea a ésta.<sup>91</sup>

En este capítulo vamos a examinar las principales líneas por las que se ha conducido esta evolución, sin cuyo análisis, difícilmente se pueden comprender la Administración pública y el Derecho administrativo actuales.

## **2. Privatización, liberalización y desregulación. El repliegue de la Administración pública a favor del sector privado**

En los últimos tiempos hemos asistido a un importante proceso tendente a la reducción del Estado y la intervención pública, a favor de la iniciativa privada y al mercado, que ha adoptado formas muy diversas.

En realidad, la privatización es, como indica MARTÍN REBOLLO, una “idea-fuerza que no siempre tiene bien definidos sus contornos”,<sup>92</sup> en la que se pueden distinguir distintas manifestaciones,<sup>93</sup> que irían desde la reducción

---

91 M. V. SEGARRA ORTIZ, considera que “las coincidencias en los discursos modernizadores sobre la reforma del Estado y las administraciones públicas se deben fundamentalmente, a que comparan similares claves de diagnóstico en cuanto a aquello que se pretende superar: *el modelo clásico-burocrático de organización de las administraciones y de los servicios públicos*. Es decir, los distintos fenómenos reformadores parecen intentar alumbrar, independientemente de quien los formule, un nuevo modelo de gestión pública o, dicho de otro modo, *una nueva forma de pensar sobre la acción de gobernar y sobre como ha de materializarse ésta*”. “Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo”, en *Revista Española de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004). Pág. 12.

de la actividad comercial del Estado, mediante la privatización material de las empresas públicas, a la conversión de los antiguos servicios públicos monopolizados en mercados competitivos. E incluso en su vertiente más amplia se podría incluir aquí la utilización por parte del propio sector público del Derecho privado, provocando entre otras consecuencias el relevante fenómeno de huída del Derecho administrativo, sobre el que tantas páginas se han escrito en los últimos años.<sup>94</sup>

A nosotros nos interesan en este momento únicamente las dos primeras manifestaciones, por lo que dejaremos para un momento posterior el tercer fenómeno citado, que será objeto de análisis autónomo en el próximo epígrafe de este trabajo.

Para entender las razones y motivaciones que han puesto en marcha este proceso privatizador debe partirse de un elemento previo, sin el cual resulta difícilmente comprensible. No es otro que la idea de Estado Social o Estado de Bienestar, cuya crisis e inoperancia es, en último término, el factor desencadenante del mismo. Ello sea dicho sin nin-

---

92 MARTÍN REBOLLO, L.: “Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas, 2003. Pág. 634.

93 Como señala I. SANZ RUBIALES, en “sentido amplio, la “privatización” conlleva incrementar el papel de “lo privado” frente a “lo público” en muy diversos campos: titularidad de actividades, formas de gestión, régimen de propiedad, régimen jurídico, etc. Hay privatización (en mayor o menor grado) cuando una actividad deja de estar reservada al poder público, cuando se utiliza la gestión indirecta de servicios públicos con preferencia a la gestión directa, cuando se utilizan formas y regímenes privados con preferencia a los públicos en las empresas y establecimientos públicos...”. *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid, 2004. Pág. 9.

94 En tal sentido, señala J. E. LÓPEZ CANDELA que el “fenómeno de huída del Derecho administrativo supone en un aspecto muy reducido un proceso de privatización”. *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*. Madrid, 2004. Pág. 39.

gún ánimo hostil respecto a este modelo de Estado, que ha conseguido logros indudables y de un valor incalculable, que no admiten además marcha atrás, pues han quedado incorporados a nuestra cultura jurídica y política. A pesar de lo cual, manifiesta en la actualidad claros síntomas de agotamiento que postulan su reforma.<sup>95</sup> De tal forma que, como señala DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, en los últimos tiempos se han producido un “conjunto de transformaciones políticas, económicas, sociales y tecnológicas que han conducido a la crisis del modelo de Estado imperante desde la segunda guerra mundial (Estado social o Estado de bienestar), y que postulan su revisión”.<sup>96</sup>

Como es sabido, el Estado Social o de Bienestar se consolida como respuesta a las carencias y limitaciones del denominado Estado Liberal de Derecho. Éste último asumió un cariz claramente abstencionista, limitando al máximo su intervención en la vida económica, que se consideraba un mundo aparte, regido por sus propias reglas, la inefable mano invisible del mercado, instrumento mágico en el que se depositaba una confianza casi ilimitada.

Hoy es un lugar común el considerar que estos presupuestos dieron lugar a la consolidación de un Estado fuerte, bastante más poderoso que el débil aparato público que rigió durante el Antiguo Régimen. Contradicción que se

---

95 Como señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “los logros del Estado de Bienestar están en la mente de todos: consolidación del sistema de pensiones, universalización de la asistencia sanitaria, implantación de seguro de desempleo, desarrollo de las infraestructuras públicas. Afortunadamente, todas estas cuestiones se han convertido en punto de partida de los presupuestos de cualquier gobierno que aspire de verdad a mejorar el bienestar de la gente”. Pero, a pesar de ello, señala este mismo autor, “ya nadie duda de la crisis del llamado Estado de Bienestar. Ciertamente los síntomas de agotamiento son evidentes”. “Reforma y modernización de la Administración pública española”, en *La Administración pública Española*. INAP. Madrid, 2002. Págs. 31 y 22.

96 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.: “Prólogo” al libro de M. A. Sendín García: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*. Comares. Granada, 2003. Pág. XX.

explica por la necesidad de la nueva clase dominante, la burguesía, para adaptar el orden social a sus necesidades. En un primer momento, mediante la liquidación de la vieja sociedad estamental y agraria vigente en período histórico anterior; posteriormente, para reprimir los emergentes y cada vez más influyentes movimientos sociales.

Este pujante poder estatal se limitó a operar, sin embargo, en el ámbito específicamente público, en el sentido más estricto, quedando al margen de la actividad económica. Con muy limitadas excepciones, en esencia los servicios públicos sociales, que el Estado liberal se ve obligado a atender, tras la eliminación del poder de los cuerpos intermedios, fundamentalmente la Iglesia, y con ellos del antiguo aparato asistencial del Antiguo Régimen; y los grandes servicios económicos, imprescindibles para la nueva sociedad burguesa, pero demasiado costosos para que ningún empresario emprendiera por sí mismo su puesta en marcha.

De este modo, se configura un modelo de Estado que descansa sobre una radical escisión entre Estado y sociedad civil, que se traduce en el mundo jurídico en una rígida separación entre Derecho público y Derecho privado.<sup>97</sup>

Con el paso del tiempo, esta delicada construcción entra en crisis. La intolerable injusticia social a la que, a la postre, acababa conduciendo este sistema, puesta cada vez más de manifiesto por las crecientes reivindicaciones sociales, van a ir haciendo más y más evidente la necesidad de una decidida intervención de los poderes públicos en el mundo económico.

---

97 Señala M. SÁNCHEZ MORÓN respecto a la separación Estado/Sociedad, que “este principio se traslada a la teoría jurídica y en especial a la del Derecho público en virtud de las necesidades del tráfico jurídico y, más en concreto, como respuesta a las aspiraciones de la clase burguesa dominante. Así, va a permitir colmar las exigencias de seguridad y contabilidad del Derecho mediante un sistema iusprivatista autónomo, es decir, desconectado de las vicisitudes concretas de la lucha política, y construido sobre la base de unos principios racionalistas y formales”. *La participación del ciudadano en la Administración pública*. CEC. Madrid, 1980. Pág. 19.



Fruto de esta reacción es el Estado Social o Estado de Bienestar, cuya eclosión definitiva se produce tras las guerras mundiales.<sup>98</sup> Este modelo de Estado parte de presupuestos totalmente diferentes, en cuanto se construye sobre una confianza ilimitada en la gestión pública, en la que se ve ahora, como antes se vio en el mercado, el instrumento perfecto para la solución de todos los problemas sociales.

Desde estos fundamentos, la acción pública se diversifica, alcanzando a todos los aspectos de la vida social. De tal forma que el Estado ya no sólo realiza sus tradicionales funciones soberanas de mantenimiento de la paz interior y seguridad exterior, administración de justicia y administración fiscal; sino que es también un Estado gestor, que presta servicios públicos, y más tarde también un Estado empresario.<sup>99</sup>

Como resultado de todo ello, el individuo se convierte cada vez más en un sujeto dependiente de los poderes públicos, incapaz de subsistir por sí mismo en un mundo cada vez más complejo, en el que ese gigante que es el Estado domina todas las elementos claves de los que depende su subsistencia.<sup>100</sup>

---

98 Señala al respecto E. LINDE PANIAGUA, que las “diferentes modalidades de intervención (...) alcanzará su máxima expresión, en casi todos los órdenes, con posterioridad a la Segunda Guerra mundial, con la presencia abrumadora de lo público a través de la legislación motorizada, la extensión de los servicios públicos a un número considerable de necesidades sociales, y por las dimensiones espectaculares que cobra el sector público empresarial”. “La retirada del Estado de la sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004). Pág. 31.

99 Señala S. MARTÍN-RETORTILLO que las funciones de las que el Estado se hace cargo como propias experimentaron un notable incremento “con carácter general desde los postulados del Estado social de Derecho que, básicamente sancionará como públicas una amplia gama de muy distintos cometidos”. “Sentido y forma de la privatización de la Administración pública”, en *Revista Andaluza de Administración pública* 39 (julio-agosto-septiembre de 2000). Págs. 34-35.

Pero esta nueva concepción del poder público como instrumento totalizador del proceso de satisfacción de las necesidades sociales, con el paso de los años, entró también, por toda una serie de causas que pronto examinaremos, en una profunda crisis. De tal forma que, como apunta RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, ya nadie “cree en la posibilidad de que el Estado se haga cargo de todas las necesidades de los ciudadanos y se ocupe de ellos desde la cuna hasta la sepultura”.<sup>101</sup>

---

100 La célebre doctrina de la procura existencial de E. FORSTHOFF (“Daseinsvorsorge”) sigue explicando como ninguna otra dicha transformación. Explica este autor que la previsión de la existencia surge como fruto de la aparición de las grandes aglomeraciones urbanas, que viene a intensificar la distinción entre el *espacio vital dominado* y el *espacio vital efectivo*. Se entiende por el primero “aquel que le está atribuido de modo tan intenso al individuo que pueda disponer de él o, al menos, que esté facultado para utilizarlo permanentemente”, mientras que el segundo, es “aquel en que transcurre efectivamente la existencia de los individuos”. La industrialización va a llevar a una situación en la que la importancia del espacio vital dominado se reduce a favor del efectivo. Con ello, nuestra supervivencia ya no queda bajo nuestro propio dominio, sino que está subordinada a la recepción de prestaciones (agua, gas, electricidad, sanidad, etc.), cuya garantía última es responsabilidad del Estado. De este modo, éste se convierte en el garante de nuestra procura asistencial. *El Estado de la Sociedad Industrial* (1971). Traducido por L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz. IEP. Madrid, 1975. Págs. 28-29. Sobre dicha tesis señala A. NIETO que la “visión cósmica de FORSTHOFF es ciertamente dramática, pero correcta. ¿Qué sería de los individuos aislados en ese mundo hostil de tecnología supraindividual, sin que alguien garantizara su funcionamiento? La atención a los intereses colectivos es lo que permite la supervivencia de cada persona y, por tanto, deben tener un rasgo primordial y ser asumidos por el Estado”. “La vocación del Derecho administrativo de nuestro tiempo”, en *Revista de Administración pública* 76, enero-abril de 1975. Cito por su reproducción en *Treinta y cuatro artículos seleccionados en la Revista de Administración pública con ocasión de su centenario*. INAP, 1983. Pág. 894.

101 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: *El sector público económico gallego*. Universidad de la Coruña, 1996. Pág. 8.

Se suele situar el nacimiento de esta crisis durante los años setenta del pasado siglo,<sup>102</sup> momento desde el cual se van a producir toda una serie de transformaciones, de signo muy diverso, pero que tienen en común una desconfianza hacia la gestión pública como instrumento para resolver los problemas sociales, y la tendencia a recuperar la iniciativa privada y las virtudes del mercado y la competencia.

Si bien, esto conviene dejarlo claro desde el principio, de forma estrictamente parcial: es una crisis de los medios, no de los objetivos.<sup>103</sup> Nadie cuestiona las finalidades y fundamentos que alumbraron el Estado social, más vigentes en realidad ahora que nunca,<sup>104</sup> pero sí se ha consolidado, sin embargo, una creciente insatisfacción por los medios empleados para conseguirlos y, lo que es aún más graves, por los pobres resultados que en muchos casos se lograron con ellos.

La vieja y arraigada fe en el sector público queda así dinamitada y se abre la puerta para demandar un nuevo diseño económico y social, en el que la iniciativa privada y el juego competitivo del mercado recuperen el papel central que la Administración les había robado.

Si bien tampoco se puede considerar que se trate de un fenómeno universalmente aceptado. Hay, como no podía ser de otra forma, voces contrarias a la privatización.

---

102 Véase GARCÍA COTARELO, R.: "Crisis y reformulación del Estado de Bienestar", en *Derecho y economía en el Estado Social*. Editores: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera. Tecnos. Madrid, 1988. Pág. 26. DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999. Págs. 67-68.

103 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: "Agencias administrativas reguladoras", en *Administración pública y Economía*. INAP. Madrid, 2001. Págs. 45-46.

104 En tal sentido, señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "esta transformación del modelo de Estado no afecta a los objetivos sociales planteados por el Estado de Bienestar, que incluso podrían ampliarse como consecuencia de una recepción del propio concepto de bienestar". *Reforma y...* Pág. 33.

Estos autores critican esta tendencia en un doble aspecto. Por un lado, supone, en su opinión, un empeoramiento considerable de las condiciones de los trabajadores, que quedan sometidos a peores condiciones de trabajo y al continuo temor a perder el empleo que les proporciona su sustento. Por otro, entienden que incrementa las diferencias entre los ricos, que pueden permitirse soportar el coste de los servicios privatizados (sanidad privada, educación privada, etc.); y los pobres, que carecen de medios económicos para sufragar las prestaciones privadas.<sup>105</sup>

A lo que añaden algunos la consideración de que sería posible hacer frente a las necesidades de modernización del Estado de bienestar desde una gestión pública renovada, sin que sea preciso acudir a técnicas de privatización.<sup>106</sup>

Entre las causas que han llevado a la privatización se puede destacar, en primer lugar, un importante componente ideológico y filosófico, que parte de la consideración de que la intervención pública está frenando el pleno desarrollo y disfrute de las libertades individuales.<sup>107</sup>

---

105 En tal sentido, BICKERSTAFFE, R. K.: "Prólogo" al libro *Privatization?* Editores: S. Hastings y H. Levie. Spokesman. Nottingham, 1983. Pág. 7. En España esa es la posición de LINDE PANIAGUA, que considera que la eficacia del sector público no puede examinarse únicamente en términos económicos, de tal forma que "las privatizaciones totales o parciales, o la liberalización de una actividad, pueden estar justificadas desde una perspectiva económica, pero no desde otras perspectivas". A lo que añade posteriormente que los "ciudadanos en general siguen necesitando al Estado que mejor que peor es el único que le ha suministrado hasta la fecha, y puede suministrarle en el futuro toda una serie de bienes y servicios públicos". "Es evidente que los pudientes, una minoría, apenas necesitan al Estado, pueden o podrían pagarse la mayor parte de los bienes y servicios a que nos hemos referido, o se sitúan de modo privilegiado ante la prestación eficiente de algunos de ellos". *La retirada de...* Págs. 37-38 y 47-48.

106 Señala SEGARRA ORTIZ que "los medios materiales y humanos que la sociedad pone en manos de las administraciones pueden ser utilizados eficaz y eficientemente mediante el desarrollo de un nuevo modelo de gestión pública". *Los servicios públicos una...* Pág. 18.

No obstante, debe destacarse que, en el momento actual, al menos en nuestra opinión, el proceso privatizador no puede verse como el resultado de un simple triunfo de una ideología, la favorable a lo privado, con respecto a otra, la que pone la primacía en lo público. Sino que es una mutación mucho más profunda, que encuentra sus raíces en causas objetivas incontestables, que demandan irremisiblemente su puesta en marcha. Ciertamente es que hay concepciones diferentes acerca de la intensidad que se debe dar a estas reformas y, como no, voces contrarias a la misma.<sup>108</sup> Pero eso no invalida la existencia de un convencimiento, en términos generales, de la necesidad de corregir el funcionamiento del Estado escorándolo hacia lo privado.<sup>109</sup> Como

---

107 En tal sentido, señala SANZ RUBIALES que el “fenómeno privatizador, que se ha venido produciendo desde los años 80 del siglo pasado en los países occidentales e iberoamericanos, se inserta en un contexto filosófico político de defensa del mercado y de las libertades individuales”. *Poder de autoridad...* Pág. 9.

108 De forma radicalmente contraria a la ideología privatizadora se ha pronunciado SEGARRA ORTIZ, que considera que “las alternativas privatizadoras, al confluir con elementos ideológicos que ponen la máxima fe en un mercado muchas veces inexistente y no sujeto a análisis y debate, puede ser el origen de tremebundos errores de gobierno, productoras de ineficacia, ineficiencia, y, desde luego, de ausencia de equidad”. *Los servicios públicos una...* Pág. 18. También LINDE PANIAGUA, que considera que “El Estado reducido (...) es producto de una ideología perversa que nunca se explícita de un modo claro”. “La retirada del Estado de la sociedad sólo tiene como beneficiarios a las grandes multinacionales. El Estado estorba, es un obstáculo en los proyectos de los grandes operadores económicos que lo presentan como innecesario: de nuevo el paradigma del mercado”. *La retirada de...* Págs. 44-47.

109 Como apunta R. VALDIVIESO DEL REAL, “la polémica sobre la privatización y la reforma del Estado ha dejado de ser un problema ideológico, tal y como se planteó en los años sesenta y setenta. En la actualidad, se trata de una respuesta, mejor dicho una salida al desarrollo del Estado de bienestar que se ha generado en las últimas décadas y, ello tanto desde el punto de vista de las prestaciones sociales del Estado, como por el impacto de este Estado de bienestar en el ordenamiento económico y social”. “La reforma del sector público. Las privatizaciones: el Estado de la cuestión y su aplicación al caso español”, en *La nueva gestión pública*. Coordinadora: B. Olías de Lima. Prentice Hall. Madrid, 2001. Pág. 81.

muestra que esta tendencia se está haciendo presente en países pertenecientes a órbitas muy diferentes.<sup>110</sup>

La crítica más decisiva, sin embargo, contra la acción administrativa, es su falta de eficacia. La eficiencia del sector público constituye hoy en día un elemento de importancia creciente, en cuanto que el ciudadano, cada vez más, exige del sector público que opere con un nivel de calidad adecuado, dando correcta satisfacción a sus necesidades.<sup>111</sup>

Sin embargo, desde hace ya algunos años hay una convicción bastante extendida de que el sector público no da la talla cuando se habla de eficiencia y de calidad. Se cuestiona, por ello, la capacidad de la gestión pública para cumplir sus fines, pues es un gestor poco avezado que gasta

---

110 Como indica RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “con sólo abrir la página de cualquier periódico, se advierte el auge de la fiebre privatizadora, ya sea en países de carácter liberal o socialista”. *Reforma y...* Pág. 27. En el mismo sentido, señala G. ARIÑO ORTIZ que las “privatizaciones han sido en los últimos 15 años un fenómeno que ha recorrido el mundo: de Gibraltar a los Urales y desde Canadá a Tierra de Fuego”. “Tiempo de hacer balance”, en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)*. Editorial Comares. Granada, 2004. Pág. XXI. Por su parte, J. M. SOUVIRÓN MORENILLA (con colaboración con J. M. DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ) señala que la “privatización de la empresa pública se ha desarrollado de una manera progresiva y generalizada en todo el mundo, con casi las mismas fórmulas en todos los países, ya estuvieran regidos por gobiernos liberal-conservadores o socialdemócratas”. “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos”, en la misma obra antes citada. Pág. 4.

111 Como señala J. M. GONZÁLEZ-PÁRAMO, “del Estado se demanda cada vez más un grado de eficiencia aceptable”. “De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública”, en *Las estructuras del Estado del bienestar en Europa*. Dirigida por S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara. Civitas. Escuela Libre Editorial. Madrid, 2000. Pág. 526. Se ha señalado, igualmente al respecto, que “el ciudadano de las sociedades desarrolladas no pide a la Administración sólo protección o seguridad, sino también productos y servicios de calidad”. *Libro Blanco para la mejora de los servicios públicos. Una nueva Administración al servicio de los ciudadanos*. MAP. Madrid, 2000. Págs. 26-27.

demasiado y logra bastante poco a cambio y, lo que es más, la calidad de sus prestaciones deja mucho que desear.<sup>112</sup>

No es ciertamente la única opinión al respecto, hay quien discrepa abiertamente de este juicio, y defiende la bondad de la gestión pública. Utilizando, para ello, como elemento central de su posición, la consideración de que la eficiencia se debe medir no sólo en términos económicos, sino que debe valorarse también el grado de satisfacción del interés público. Pues, uno y otro parámetro no vienen necesariamente unidos. De tal forma que, en ocasiones, la empresa privada puede actuar en mejores condiciones económicas que el sector público, pero proporcionando un peor servicio a los intereses generales.<sup>113</sup>

Opiniones aparte, lo cierto es que esta falta de eficacia va a llevar a que se someta a la intervención pública a un

---

112 Señala, así, G. ARIÑO ORTIZ que la “ineficacia económica del sector público es alarmante; la calidad de los servicios es mínima y el ciudadano es hoy un ciudadano cautivo cuya vida y hacienda ha entregado a un monstruo que devora a sus propios hijos. Hoy existe en grandes zonas del mundo (...), la conciencia generalizada de que hay que devolverle al ciudadano y a la sociedad su protagonismo, su iniciativa, en el fondo, su libertad; la libertad de elegir. La palabra clave es hoy ésta: PRIVATIZACIÓN”. “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Pág. 758. En la misma línea, señala J. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que “en nuestro tiempo, una vez superada la fiebre del intervencionismo, asistimos a una clara insatisfacción en relación con el sector público y las empresas públicas. Insatisfacción que no hunde sus raíces en razones de naturaleza ideológica, sino que, más bien, supone un convencimiento generalizado de duda acerca de las prestaciones públicas. No sólo sobre su continuidad o regularidad, sino sobre algo que es más importante: la calidad”. *La privatización de la empresa pública*. Montecorvo. Madrid, 1991. Pág. 99.

113 SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*. IELSS. Madrid, 1983. Págs. 61-66 y 117-130. OLÍAS DE LIMA, B.: “La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia”, en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?* Izquierda Unida. Madrid, 1993. Págs. 83-90. ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del servicio público”, en *Derecho administrativo económico*. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000. Pág. 48.

control de eficiencia, que trata de determinar en qué medida realiza correctamente sus funciones.

Tradicionalmente se había considerado que la acción pública era necesaria siempre que se daba lo que se denomina “un fallo de mercado”, esto es, una situación en la que los mecanismos competitivos del mercado no alcanzan por sí mismos una solución óptima.<sup>114</sup> De tal forma que, cuando existía una deficiencia de este tipo, se hacía necesariamente precisa una actuación correctora de los poderes públicos que viniera a eliminarla o corregirla.

Ahora, sin embargo, se parte de un enfoque más realista, que parte de la existencia también de lo que se designa como “fallos del no mercado”, esto es, deficiencias que generan su vez la intervención pública. Este factor obliga a realizar un juicio comparativo de los supuestos beneficios que va a generar esa intervención pública, con los resultados que genera el mercado, a fin de determinar cual de ellos ofrece una solución más adecuada.<sup>115</sup>

---

114 VALDIVIESO DEL REAL ha definido, así, los fallos de mercado como aquellas “situaciones donde las condiciones para optimizar el bienestar no se cumplen por el libre juego del mercado”. *La reforma del...* Pág. 11. Para R. BALDWIN y M. CAVE, hay un fallo de mercado cuando el simple funcionamiento de éste, por cualquier razón, fracasa en la producción de una conducta o resultado conforme al interés público. *Understanding Regulation*. Oxford, 2002. Pág. 9. E. BURKARD entiende que existe fallo de mercado cuando los mercados no constituyen el medio más eficaz de distribución y coordinación social. “L’État régulateur en Europe”, en *Revue Française de Science Politique* 49-2 (1999). Pág. 207.

115 En tal sentido, señala CH. WOLF que en el momento de optar por el mercado o la intervención pública, hay que elegir “entre mercados imperfectos y gobiernos imperfectos”, lo que “si no es una elección entre dos males si es, en el mejor de los casos, decidir entre alternativas que por supuesto tienen defectos”. De lo que se deduce que la simple existencia de un fallo de mercado no es suficiente para justificar la intervención pública, pues una “formulación política adecuada exige que se comparen las deficiencias observadas en los resultados del mercado con los posibles esfuerzos emprendidos por el sector público para ponerles remedio”. *Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas*. Traducción de J. F. Cainzos de la segunda edición inglesa de 1993. IEF. Madrid, 1995. Págs. 27-31.



Juicio en el que la acción pública no siempre resulta triunfadora, pues en algunos casos se considera que el recurso a la competencia puede convertirse en una forma más adecuada de resolver un fallo de mercado.<sup>116</sup>

Por otra parte, el contraste con la realidad ha determinado la caída del viejo mito que concebía a la Administración como un entidad incólume a los intereses egoístas, que actuaba de forma ciega y totalmente objetiva, como si estuviera por encima del bien y del mal, al servicio del interés público.<sup>117</sup>

Parece demostrado la imposibilidad real de identificar en forma absoluta en que consiste ese interés público o general. Tanto desde la perspectiva europea tradicional, que concibe tal interés como algo superior y distinto a los intereses privados (se suele hablar en tal caso de interés público); como desde la perspectiva típica americana, que concibe éste como la suma de intereses particulares (en cuyo caso se utiliza preferentemente el término interés general).<sup>118</sup>

En el primer caso resulta difícil identificar en qué consiste ese supuesto interés distinto que, en la práctica, suele encubrir casi siempre un conjunto soterrado de intereses privados.<sup>119</sup>

Desde la segunda concepción se encuentran tantas dificultades como en la anterior, pues resulta cuestionable la posibilidad de poner en marcha un proceso que permita llegar desde esos intereses privados a ese pretendido inte-

---

116 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: “La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia”, en *Anuario de la Competencia 1996* (1998). Págs. 60-63.

117 CHEVALIER, J.: “Le place du service public dans l’univers juridique contemporain”, en *Le service public en devenir*. L’Harmattan, 2000. Pág. 32.

118 Véase sobre esta distinción, MONTERO PASCUAL, J. J.: “Titularidad privada de los servicios de interés económico general”, en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997. Págs. 1218-1219.

119 LANE, J. E.: *The Public Sector*. Sage. Tercera edición, 2000. Pág. 9.

rés general. La falta de representatividad de los mecanismos electorales generales y la acción perturbadora de los individuos y grupos que quieren beneficiarse de la acción pública a su favor, hacen difícil que dicho objetivo pueda tener un desenlace favorable.<sup>120</sup>

A lo que se añade, por otra parte, la evidencia de que los servidores y autoridades públicas no actúan siempre movidos por el objetivo de dar satisfacción a los intereses públicos, sino que están dotados de un conjunto de intereses egoístas, que hacen que, en ocasiones, su acción se desvíe de su finalidad legítima, la consecución de ese interés general, para dar satisfacción a sus intereses propios.<sup>121</sup>

Se ha puesto así de manifiesto la falta de realismo de los planteamientos tradicionales, militantes de una cierta mistificación de lo público, para descubrir que bajo la acción administrativa se encuentran un conjunto de intereses privados, que la condicionan de forma determinante, convirtiéndola en un instrumento para hacer valer sus fines. Gráficamente, NIETO ha descrito este fenómeno señalando que la “Administración moderna semeja al gigante de Gulliver inmovilizado por los enanos de las normas administrativas que, sin perjuicio del verbalismo de sus declaraciones dogmáticas, esconde instrumentos que, debidamente manejados, colocan a los particulares en una situación de prevalencia”.<sup>122</sup>

---

120 DONAHUE, J. D.. *La decisión de privatizar*. Traducción: L. J. González Videla. Barcelona, 1991. Págs. 43-57.

121 LASHERAS, M. A.: *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 25. DE LA CRUZ FERRER, J.: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. IEE. Madrid, 2002. Pág. 180. Señala M. PIRIE, que “se habla del sector público como si expresara elecciones públicamente tomadas, cuando en realidad no hace sino revelar las prioridades de los legisladores y los burócratas. La propiedad y el capital llamado *público* es administrado por estas personas como si fuera de su propiedad”. “Teoría y práctica de la privatización”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1*. Pág. 5.

122 NIETO: *La vocación de...* Pág. 893.

Otro factor decisivo para explicar la tendencia a la privatización es el desmesurado tamaño adquirido en los últimos tiempos por el sector público. El Estado se ha convertido en un gigante desproporcionado que abarca un enorme espacio en las relaciones sociales: es el mayor empleador, consumidor, contratante, etc. En definitiva, poco queda, en realidad, en la sociedad del Estado social, fuera del alcance de los largos brazos del Estado.<sup>123</sup>

Esto, además, no es tan sólo un problema de tamaño, sino que trae consigo una dificultad añadida: la complejidad. Consecuencia irrefutable, pues a medida que se produce ese crecimiento del sector público, éste se convierte en una realidad más compleja y difícil de gobernar.<sup>124</sup>

Todo ello genera diversos problemas que conducen irremisiblemente a la privatización. Por un lado, el Estado lleva demasiado peso, más del que puede asumir, y debe, por ello, soltar lastre, pues sino corre el riesgo de desbordarse, lo que podría dar lugar a una quiebra del Estado de Bienestar.<sup>125</sup>

---

123 En tal sentido, señala PIRIE que en “el Reino Unido, como en cualquier otro país, el Gobierno es la unidad de mayor tamaño del sistema. Es el mayor consumidor, el empleador de mano de obra más grande y, con mucho, el que más gasta”. *Teoría y...* Págs. 4-5. VALDIVIESO DEL REAL entiende que se “ha llegado a un crecimiento tal del Estado, tanto en empresas públicas como en su actividad estatal, a través de todo el ámbito económico-social, que, en estos momentos, en todos los países europeos, la actividad del Estado y de otras instituciones públicas alcanza prácticamente la mitad del Producto Interior Bruto”. *La reforma del...* Pág. 81.

124 Como señala J. A. OLMEDA GÓMEZ, a medida que el sector público crece, se asiste “al aumento de la complejidad de su estructura en términos funcionales, tecnológicos y organizativos”. *Ciencia de la Administración I*. UNED. Madrid. Reimpresión de la primera edición, 2000. Pág. 242.

125 Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “la Administración prestacional e intervencionista que conocemos se ve abocada a una reforma que le permita adaptarse al cambio de sus funciones y roles tradicionales ya que, por un lado, debe responder a las expectativas de una ciudadanía que no debe renunciar a los logros prestacionales del Estado social y democrático de Derecho y, por otro, ha de adaptarse a una realidad económica que exige drásticos recortes, reformas de estructuras y una profunda racionalización de la gestión, en la búsqueda de la eficiencia del sector público”. *Reforma y...* Pág. 18.

Por otro, se señala que el sector público está asfixiando la iniciativa privada, impidiendo que las fuerzas sociales asuman la realización de actividades que deberían de corresponderle.<sup>126</sup>

A ello se añade que este crecimiento enfermizo de lo público esta restando energías al propio Estado, que incapaz de asumir la cantidad informe de actividades que han quedado bajo su responsabilidad, se dispersa, cumpliendo mal aquellas actividades que sólo él puede prestar.<sup>127</sup>

Estos problemas son, además, tanto más graves si se tiene en cuenta que no tienen un carácter coyuntural, sino que se encuentran en la esencia de la configuración propia del Estado social. Este modelo de Estado da lugar a una espiral creciente de gasto público, en cuanto parte del presupuesto de que los poderes públicos deben remover, mediante una actuación positiva, todos los obstáculos que impiden que la igualdad sea real y efectiva. Esto determina un progresivo proceso de demanda por parte de los distintos grupos sociales de prestaciones sociales y servicios de todo tipo, que conllevan un correlativo crecimiento de los presupuestos, que entran así en una dinámica de incremento sin fin.<sup>128</sup>

---

126 En tal sentido, PIRIE: *Teoría y práctica...* Pág. 5.

127 ROTH, G.: *The private provision of public services*. Oxford University Press, 1987. Pág. 5.

128 Como señala DESDENTADO DAROCA, esta “desproporción entre las demandas crecientes de provisiones materiales de la sociedad y la capacidad del sistema para hacer frente a las mismas se traduce en una situación de “ingobernabilidad” que no tiene un carácter coyuntural, sino que, por el contrario, responde a elementos estructurales del propio Estado social y democrático de Derecho. Por un lado, el surgimiento del Estado social ha ido acompañado de la conversión de las sociedades occidentales en sociedades de expectativas, que esperan que el Estado confiera efectividad a los derechos materiales mediante las correspondientes prestaciones y en las que predomina la idea de que, siguiendo un criterio de igualdad compensatoria, aquel que tiene menos ha de obtener más del Estado. Todo ello determina una clara tendencia al gasto público”. *Crisis de identidad de...* Págs. 68-69.

Y lo que es aún peor, señalan estos autores, dicho crecimiento se ha convertido en un elemento desconectado, en realidad, de las auténticas necesidades de los ciudadanos, que son utilizados como disculpa para un aumento descontrolado del gasto público, que lejos de dar respuesta a sus demandas, persigue dar satisfacción a otros intereses, y no proporciona mejora alguna en la calidad de los servicios públicos.<sup>129</sup>

Desde aquí se propugna la necesidad de privatizar algunos servicios, que los sujetos privados están en condiciones de asumir, con lo que se lograría liberar a los presupuestos públicos de un importante volumen de gasto.<sup>130</sup> Es más, algunos proponen esa devolución incluso cuando el sector público esté mejor capacitado para prestar esos servicios o prestaciones, pues sólo así podrá centrarse en cumplir aquellas funciones que le son más propias, y sólo él puede proporcionar.<sup>131</sup>

Si bien, también existen voces críticas, que cuestionan esta solución, en cuanto consideran que al privatizar el Estado pierde de forma definitiva patrimonio y, con ello, capacidad para influir en la economía, lo que puede resultar problemático en épocas de crisis económica.<sup>132</sup>

---

129 Señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que “el sistema ha fracasado en su propia dinámica: a pesar de aumentar la presión fiscal y de, lógicamente, aumentar el gasto público, resulta que los servicios públicos no eran desproporcionados al gasto. ¿Por qué? Sencillamente, porque hemos seguido viviendo en una Administración para quien el ciudadano es una justificación para crecer y crecer y porque, desgraciadamente, no ha calado un ambiente de auténtico y verdadero servicio del aparato público a la sociedad”. A lo que añade que “el problema que hay que resolver es el de la desproporción entre gasto público y calidad de servicios que se está produciendo”. *Reforma y...* Págs. 23-24.

130 TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*. Marcial Pons. Madrid, 1997. Págs. 100-103.

131 ROTH: *The private provisión...* Pág. 5.

132 En tal sentido, señala ROLDÁN MARTÍN que, con la privatización, el Estado “pierde definitivamente patrimonio, de modo que no puede volver a usar esta fuente de financiación en lo sucesivo. Se reduce su influencia como agente económico directo, lo que si

También importante para comprender este auge de lo privado es la clara evidencia de las limitaciones del Estado Social para dar satisfacción a sus finalidades últimas. Nadie puede negar el importante papel jugado en la consecución de la igualdad real, que ha permitido un avance espectacular en la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Pero esto no ha impedido que las diferencias entre ricos y pobres sigan creciendo, y lo que es mucho peor, la pervivencia, e incluso crecimiento, de sectores marginados y considerables bolsas de pobreza.<sup>133</sup>

Decisivo para la definitiva eclosión de la acción privatizadora, tanto en Europa como Hispanoamérica, ha sido igualmente la acción de algunas organizaciones internacionales.

En Europa ese papel lo ha jugado, sin duda, la Unión Europea<sup>134</sup> que, en su afán por crear un mercado interior europeo, ve en el sector público un elemento perturbador, al que se observa con una cierta desconfianza, pues se teme que utilice sus potestades públicas para beneficiar a los empresarios y productos nacionales. Frente a ello, el mercado y la competencia son un Reino en el que sólo rige el color del dinero, que no entiende de nacionalidades, y no dudará en despreciar al empresario nacional para asumir una mejor oferta procedente de un operador de otro Estado miembro. Desde este presupuesto, su preferencia por la

---

en época de pujanza económica es irrelevante e incluso deseable para evitar el efecto de saturación o desplazamiento de la iniciativa privada, en época de crisis está por ver que sea una decisión adecuada". *Los nuevos contornos...* Pág. 49.

133 Señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que "el Estado providencia, en su versión clásica, ha fracasado en su misión principal de redistribuir la riqueza de forma equitativa, hasta el punto de que tras tres décadas de actividades redistributivas no sólo no han disminuido las desigualdades, sino que, por paradójico que parezca, ha aumentado la distancia entre ricos y pobres. Esta desigualdad ha generado grupos de población excluidos y marginados de la sociedad". *Reforma y...* Pág. 32.

134 KARPENSCHIF, M.: "La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire", en *Revue Française de Droit Administratif 2002-I*. Págs. 95-103.

iniciativa privada y el mercado, por más que se haya querido encubrir en ocasiones, es manifiesta.

En América Latina ese papel lo han desarrollado las instituciones de crédito internacional. Éstas han venido condicionando el mantenimiento del crédito externo a la adopción de políticas privatizadoras y liberalizadoras. Una sugerencia que la inmensa mayoría de los países latinos no están en condiciones de rechazar, dado el elevado nivel de deuda externa que pesa sobre sus cabezas.<sup>135</sup>

Por último, tampoco se puede olvidar la relevancia que ha tenido para la puesta en marcha de este proceso la propia acción de la empresa privada, que, ante el creciente papel del Estado en el mundo económico, empezó a disputar a éste la prestación de actividades económicas.<sup>136</sup>

Por lo demás, como ya habíamos adelantado, las modalidades y formas en las que esa privatización se ha llevado a efecto son muy diversas. Si bien, dos manifestaciones de esta tendencia deben ser destacadas.

La primera de ellas supone la transferencia de la propiedad de bienes desde el sector público al sector privado.<sup>137</sup> No menos importante durante los últimos años ha

---

135 Así lo explica T. EVANS respecto a Centroamérica y el Caribe: “los cambios acaecidos en la economía mundial a partir de los años 70 empujaron a los países en desarrollo hacia una posición en la que las instituciones financieras internacionales tuvieron cada vez mayores ingerencias en la definición de sus políticas económicas”. Por diversos motivos explica que estos países adolecen de un elevado nivel de deuda externa. “Es aquí donde aparece un serio problema para el sector público: las organizaciones internacionales estaban dispuestas a suministrar más dinero, pero sólo bajo la condición de que los gobiernos adoptasen políticas económicas aprobadas por ellas, y esas políticas han incluido recortes del sector público”. “Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe”, en *La transformación neoliberal del sector público*. Latino editores. Managua, 1995. Págs. 2 y 3.

136 SOUVIRÓN MORENILLA, J. M.: *La actividad de la Administración y el servicio público*. Comares. Granada, 1998. Pág. 140. La misma opinión respecto al sector eléctrico es destacada por BAUBY, P.: “Dérégulation et re-regulation: les transformations du service public de l'électricité”, en *Le service public en devenir*. L'Harmattan, 2000. Pág. 206.

sido una operación de índole diferente, pero igualmente enmarcable en lo que se califica en sentido amplio como privatización, consistente en la conversión de mercados públicos antes monopolizados en mercados competitivos, en los que empresas, públicas o privadas, pero en todo caso en persecución de un beneficio empresarial, compiten conforme a las reglas de mercado, si bien sometidas a regulación por parte de los poderes públicos, que trata de lograr un doble objetivo: a) salvaguardar la competencia, evitando que el monopolio público se convierta en un monopolio privado; b) asegurar la satisfacción de las necesidades de interés público existentes en dicho sector.<sup>138</sup>

Aunque dichos procesos no se confundan, pues se trata de dos fenómenos claramente diferenciados, que no tienen que venir necesariamente de la mano,<sup>139</sup> privatización y liberalización se han entrecruzado durante los últimos años.<sup>140</sup>

Estas manifestaciones de la tendencia privatizadora tienen, además, la importancia añadida de ser, como señala SOUVIRÓN MORENILLA, expresivos de “la renuncia del Estado a su papel de agente directo de la actividad empresarial y una distinta concepción sobre su función ordenadora de las relaciones sociales y económicas”.<sup>141</sup>

Por lo que algunos han hablado de la aparición de un nuevo modelo de Estado, que algunos han caracterizado como Estado Subsidiario (CASSAGNE<sup>142</sup>) y otros, en forma crítica, como Estado reducido (LINDE PANIAGUA).<sup>143</sup>

---

137 SOUVIRÓN MORENILLA: *La privatización del...* Pág. 2.

138 Véase SOUVIRÓN MORENILLA: *La privatización del...* Pág. 2. ARANA MUÑOZ: *La privatización de la...* Pág. 62.

139 ROLDÁN MARTÍN: *Los nuevos contornos...* Pág. 27.

140 LINDE PANIAGUA: *La retirada de...* Pág. 36.

141 SOUVIRÓN MORENILLA: *La privatización del...* Pág. 3.

142 CASAGNE, J. C: “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina”, en *Revista de Administración pública* 54, enero-abril de 2001. Pág. 442.

143 LINDE PANIAGUA: *La retirada de...* Pág. 44.



### 3. La huida del Derecho administrativo

En el Derecho administrativo tradicional los entes públicos adoptaban siempre formas públicas de personificación. A lo que se añadía, además, que esos sujetos se regían en todo caso por el Derecho administrativo, tanto en el ámbito externo como en el interno.<sup>144</sup>

Con el paso del tiempo, sin embargo, esta perfecta equivalencia entre actividad administrativa, forma de personificación y régimen jurídico se va a resquebrajar. De tal forma que la actividad administrativa no se va a realizar en todo caso por personas públicas y sujeta a un régimen administrativo, sino que en ocasiones la Administración actúa sometándose a las mismas normas jurídicas que rigen la actividad de los particulares,<sup>145</sup> o incluso reniega de su propia naturaleza pública y actúa bajo los ropajes de una personificación jurídica privada.<sup>146</sup>

Esta transmutación encuentra su justificación en la confluencia de dos factores. Por un lado, es fruto de la asunción por parte del Estado de nuevas labores, fundamental-

---

144 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de...* Pág. 408.

145 Como señala PAREJO ALFONSO, a “partir de la Segunda Guerra Mundial, las nacionalizaciones provocadas por la misma pusieron, finalmente, total y masivamente al descubierto que la forma de la gestión de los servicios por la propia Administración es una cuestión puramente instrumental: ésta puede operar tanto en régimen de Derecho público como en el de Derecho privado”. “Esta evolución supuso la necesidad de la extensión del principio, admitido hasta entonces sólo como excepción, como supuesto anormal: el de la aplicación del Derecho privado a la actividad de la Administración”. “De esta forma quedó consumada, por imperio inapelable de la propia realidad jurídica y práctica, la quiebra de la ecuación, piedra singular de la doctrina del servicio público, servicio público-gestión en régimen de Derecho público”. *El concepto de...* Pág. 99.

146 Señala irónicamente R. PARADA VÁZQUEZ que en “función de estos disfraces, el espectáculo del conjunto de los Entes del sector público se asemeja cada vez más a un carnaval”. *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Marcial Pons. Madrid, 1993. Págs. 49-50.

mente económicas, que demandan de nuevas formas de actuación, más adecuadas a la nueva naturaleza de estas tareas que el sector público ha tomado como propias. Como señala RIVERO ORTEGA, “que la Administración recurra al Derecho privado es una secuela más de la ampliación de los fines del Estado y de su “hambre de nuevas formas” para cumplimentarlos, que no ha sido convenientemente satisfecha por el Derecho público. Se trata de un fenómeno con precedentes remotos, pero cuyo origen puede localizarse en el momento de la aparición del Estado intervencionista, caracterizado por el protagonismo que asume en el terreno de la economía”.<sup>147</sup>

Por otra parte, es también resultado de la inadecuación del régimen administrativo para regir esas funciones. El Derecho administrativo se manifiesta como un Derecho especialmente rígido, plagado de controles y formalismos que lastrarían demasiado la actuación de una Administración que, tras la eclosión del Estado Social, ha entrado plenamente en el desarrollo de actividades puramente económicas.<sup>148</sup>

---

147 RIVERO ORTEGA: *Administraciones públicas y...* Págs. 13-14.

148 Como señala DESDENTADO DAROCA, este proceso “se ampara en una supuesta inutilidad del Derecho administrativo. El Derecho administrativo aparece como un instrumento inservible para encauzar una actividad administrativa que satisfaga eficazmente los intereses públicos. Y no sólo eso, sino incluso un obstáculo o rémora para lograr dicho fin. Se considera que los procedimientos administrativos ordinarios son rígidos e inadecuados; los continuos controles, un factor que resta eficacia; el régimen funcional, la causa de la fuga de las mejores cabezas al sector privado; y la regulación de los contratos y de los procedimientos de selección de contratistas lentos y carentes de la necesaria flexibilidad”. *La crisis de identidad...* Pág. 105. En la misma línea, RIVERO ORTEGA señala que el “precio que la Administración tiene que pagar por sus prerrogativas es cada día más alto y se convierte en un lastre imposible de sobrellevar cuando pretende responder a las múltiples exigencias del Estado Social. En estas circunstancias la renuncia a las prerrogativas para alcanzar la libertad es una tentación demasiado fuerte, pues la Administración no necesita el ejercicio de las clásicas potestades para situarse en una posición de supremacía con respecto a los particulares”. *Administraciones públicas y...* Pág. 15.

La suma de estos factores ha llevado a que la Administración busque en el Derecho privado aquello que el Derecho administrativo no ha sabido proporcionarle, un régimen más flexible, que permita realizar con mayor eficacia las nuevas funciones que están ahora también llamadas a realizar los Poderes públicos.<sup>149</sup>

Sin embargo, este recurso al Derecho privado se ha manifestado no sólo en el campo que le es más propio, esto es, aquel en que la Administración actúa desarrollando una actividad puramente económica, operando en las mismas condiciones que lo haría una empresa privada, terreno en el que no parece que se pueda dudar de la legitimidad del uso del Derecho privado por la Administración;<sup>150</sup> sino que se ha hecho también presente, en ocasiones, en actuaciones que implican una auténtica realización de funciones administrativas propiamente dichas, terreno donde la legitimidad de esta práctica es discutible.<sup>151</sup>

---

149 CLAVERO ARÉVALO: "Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas", en *Documentación Administrativa* 58, octubre de 1962. Págs. 20-25. PALOMAR OLMEDA, A.: "Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración", en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* 57-4 (1990). Págs. 141-142.

150 PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho administrativo II*. Marcial Pons. Decimocuarta edición, 2000. Pág. 254. DEL SAZ CORDERO, S.: "Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX", en *La Administración pública española*. Director. J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002. Pág. 65. CALVO CHARRO, M.: "La Administración institucional. Los organismos públicos", en *La Administración pública Española*. Pág. 532. SALÁ ARQUER, J. M.: "Huida del Derecho privado y huida del Derecho", en *Revista Española de Derecho administrativo* 75, julio-septiembre de 1992. Págs. 412-413. GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Pág. 394.

151 En tal sentido, señala L. PAREJO ALFONSO que el "legislador carece de completa libertad a la hora de la delimitación subjetiva de la Administración pública y objetividad de la actividad administrativa. La Constitución define un marco suficientemente preciso: Administración pública y actividad administrativa es (arts. 103, 106 y 128, en relación con el 149. 1. 18) todo lo que no es sujeto ejerciente de actividad económica ordinaria (entregada a los suje-

Esto supone entrar en el escabroso campo de la *huida del Derecho administrativo*. Sin duda una de las cuestiones que han generado un mayor debate dentro de nuestra disciplina durante los últimos años.

El empleo de esta gráfica expresión pretende mostrar que, cuando hay ejercicio de funciones públicas, el uso de un régimen común al que rige para los sujetos privados adquiere un cierto carácter fraudulento.<sup>152</sup> Lo que conlleva, en ocasiones, una relajación en los controles públicos y una merma de la garantía de los administrados,<sup>153</sup> así como importantes perturbaciones en el discurrir de la acción pública.<sup>154</sup>

Para precisar con mayor claridad este concepto conviene hacer una observación adicional. Pues parece oportuno señalar que quedarían fuera del mismo los supuestos

---

tos ordinarios del Derecho) y en régimen de concurrencia con éstos y, por tanto, actividad de este tipo. Así, pues, con la sola excepción de estos últimos sujetos y actividades (que responden a una expresa y excepcional habilitación jurídica privada) todos los restantes sujetos y actividades reconducibles al interés general están constitucionalmente sometidos a un estatuto único público (lo que nada dice aún sobre su flexibilidad y contenido concreto)". "Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común", en *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 38.

152 La doctrina ha hablado así de un abuso en el recurso al Derecho privado. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *El Derecho administrativo privado*. Montecorvo. Madrid, 1996. Págs. 122-124. E incluso de una utilización patológica de éste. SALA ARQUER: *Huida del Derecho...* Pág. 399.

153 DEL SAZ CORDERO: *Las transformaciones del Derecho...* Pág. 62.

154 Como indica A. SÁNCHEZ BLANCO, la huida del Derecho administrativo genera un importante cúmulo de perturbaciones: "quiebra de conceptos, ruptura de la coherencia organizativa y anulación de las técnicas de control de la actividad de las Administraciones públicas", además de ser una "fuente inagotable de instrumentalización y desviación de los intereses públicos". "Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas", en *Revista de Administración pública* 132, septiembre-diciembre de 1993. Págs. 84-85.

de privatización material, esto es, aquellos casos en que la Administración deja de intervenir en un determinado sector, cediendo el mismo a los particulares. De tal forma que, cuando hablamos de fuga del Derecho administrativo, nos referimos exclusivamente a los supuestos de privatización formal, esto es, cuando el sector público sigue estando presente en ese ámbito, pero sujetando su actividad al Derecho privado, en vez de al Derecho administrativo.<sup>155</sup>

La doctrina, por regla general, se ha mostrado crítica con este fenómeno, y ha puesto de manifiesto que, por más que la Administración deba servir al valor de la eficacia, también debe servir otros objetivos no de menor entidad también consagrados constitucionalmente, como el principio de legalidad, el de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la libertad de concurrencia, la publicidad y la transparencia, etc. Todos estos objetivos quedan indiscutiblemente mejor servidos por un Derecho específicamente diseñado al efecto, como lo es el Derecho administrativo, que por el Derecho privado, que responde a otro contexto y necesidades. Siendo, por ello, este último, en ocasiones, inadecuado para regir la actividad de la Administración.<sup>156</sup>

Sin embargo, esa uniformidad doctrinal no alcanza a la búsqueda de soluciones a los problemas que plantea. Así, algunos atacan la propia legitimidad del mismo, y postulan que éste es contrario al ordenamiento jurídico, lo que implica proclamar su inconstitucionalidad, pues, en cuanto procede de una decisión del legislador, esa contrariedad debe proceder de la propia Constitución, y no de la vulneración de meras leyes ordinarias.

---

155 DEL SAZ CORDERO: *Las transformaciones del Derecho...* Pág. 61. Como señala DESDENTADO DAROCA, este “proceso de “pseudo-privatización” de la Administración, (...) no supone, en modo alguno, un repliegue de la actividad administrativa, sino únicamente su “disfraz” mediante el recurso a las formas organizativas o al régimen jurídico privado”. *La crisis de identidad...* Pág. 105.

156 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de identidad...* Págs. 107-109.

Para estos autores la posibilidad de optar por la utilización de un régimen de Derecho privado o de Derecho público para regir la actividad de la Administración choca con un límite constitucional. Pues existiría en nuestra Norma Fundamental una reserva de Derecho administrativo. Esto es, cuando la Constitución sujeta a la Administración al Derecho no es un sometimiento a un Derecho cualquiera, sino al Derecho administrativo; y cuando afirma las facultades de control de los tribunales sobre la actuación administrativa, no se refiere a cualquier tribunal, sino a los del orden jurisdiccional contencioso-administrativo.<sup>157</sup>

Otros, sin embargo, consideran que no es precisa la desaparición del recurso por parte de la Administración del Derecho privado. Para ello se apoyan en que el ordenamiento jurídico ofrece suficientes vías para reconducir el mismo a los parámetros fijados por el texto constitucional, sin necesidad de recurrir obligatoriamente al Derecho administrativo, o a los tribunales administrativos, pues otras ramas del Derecho y otros ordenes jurisdiccionales también ofrecen garantías suficientes al respecto. Es, por ello, al legislador, dotado en este ámbito de un margen importante de decisión, y no a la Constitución, que no debe ser interpretada desde las concepciones de un determinado momento histórico, al que le corresponde determinar el régimen jurídico y los tribunales a los que se somete la Administración.<sup>158</sup>

---

157 Esta posición ha sido defendida por DEL SAZ CORDERO. *Las transformaciones del Derecho...* Pág. 65. A la que sigue un sector importante de la doctrina. PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho administrativo I*. Undécima edición. Marcial Pons, 1999. Págs. 30-32. Fuera de nuestro país esta tesis ha sido aceptada por BREWER-CARÍAS: *La interaplificación del Derecho...* Págs. 26-27.

158 Esta postura ha sido defendida por I. BORRAJO INIESTA, según el cual no existe una reserva de Derecho administrativo, porque "el legislador dispone de una amplísima libertad de configuración en todo lo que no atañe directamente a los derechos fundamentales y las libertades públicas de los ciudadanos; potestad que es especialmente amplia en todo lo concerniente a la organización y el régimen de actuación de las Administraciones pública, y que al-

Argumentación a la que añaden algunos un elemento de peso, la Administración debe actuar siempre conforme al régimen jurídico que resulta más adecuado para dar sa-

---

canza incluso a permitirle arrojar al desván de los trastos el acervo de técnicas jurídicas que han sido acuñadas por la experiencia histórica, y que han sido depuradas por el esfuerzo intelectual de los juristas.

Resulta extraordinariamente peligroso interpretar el texto constitucional a través de las lentes de lo que existe, entender que la Constitución garantiza el ordenamiento vigente, petrificándolo frente a las innovaciones que puedan introducir las Cortes Generales o los Parlamentos de las Comunidades Autónomas, que son las instituciones elegidas para mantener o modificar la principal fuente de normas de nuestro sistema jurídico: la ley”.

Esto no supone para este autor que la Constitución no vincule al legislador en este aspecto. Pero sirve, siempre según su opinión, para refutar la existencia de una reserva de Derecho administrativo. Pues “la lucha del Derecho contra la arbitrariedad del poder, contra sus inmunidades y asimismo contra sus inactividades y desfallecimientos en la procura de los intereses generales, ha de ser llevada a cabo en el contexto que ofrecen las leyes, y no contra ellas. (...) El dogma jurídico no debe contradecir a la ley, salvo que sea inevitable (...). Por añadidura, el dogma central de nuestro Derecho consiste en que la ley es aprobada por instituciones democráticamente elegidas y que –a pesar de lo que a veces puede parecer – no siempre yerran”.

Desde aquí postula que en una situación de huida del Derecho administrativo se puede seguir dando cumplimiento a los mandatos constitucionales. Opinión que apoya en tres postulados:

En primer lugar, “el sometimiento al Derecho privado no equivale necesariamente a la huida de todo Derecho y de todo control; las técnicas para sujetar el poder al Derecho que ofrecen los Códigos pueden ser distintas, o quizá simplemente desacostumbradas, pero en absoluto inexistentes; pues la normativa que resulta aplicable a los entes administrativo no es la que consagra la libertad de los propietarios, sino la que sujeta a los administradores de intereses ajenos”.

En segundo lugar, la “huida al Derecho privado es, en cierta medida, inútil: la Administración no puede dejar de ser quien es, por mucho que se disfrace de sociedad mercantil o con otros ropajes jurídicos; y, sobre todo, siempre subsistirá un dato capital, cuya relevancia es preciso rescatar de los archivos del antiguo Derecho: quien maneja caudales públicos no aparece ante la ley como quien gestiona propiedades privadas, sea cual sea su *status* subjetivo”.

tisfacción a los intereses públicos y, en ocasiones, no lo es el Derecho administrativo, sino otras ramas del Derecho.<sup>159</sup>

Hay, por último, en tercer lugar, una postura intermedia, que considera que no existe una reserva general de Derecho administrativo en la Constitución, pero sí reservas parciales. Según esta tesis, hay, por un lado, algunas materias en las que rigen determinados límites y principios a la actividad de la Administración, como por ejemplo el principio de mérito y capacidad en la selección de personal o el trámite de audiencia al interesado para dictar actos administrativos. Si en estos casos se sujeta a la Administración al Derecho privado, éste deberá incluir mecanismos que den satisfacción a esas exigencias, pues en caso

---

En tercer lugar, es “inaceptable identificar el control judicial de la Administración pública con el orden jurisdiccional contencioso-administrativo: dicho control puede ser ejercido con tanta eficacia, tanto para los derechos individuales como para los intereses generales, por los jueces de otros órdenes, quienes siempre han ejercido sustanciales porciones de ese control desde el prisma del Derecho”. “El intento de huir del Derecho administrativo”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 78, abril-junio de 1993. Págs. 234-236.

- 159 En tal sentido RODRÍGUEZ-ARANA, que considera que “la alusión al Derecho hemos de interpretarla en el sentido de que el ordenamiento a que puede someterse la Administración es el público o el privado. En realidad, y en principio, no pasa nada porque la Administración pueda actuar en cada caso de acuerdo con el ordenamiento que mejor le permita conseguir sus objetivos constitucionales. En unos casos será el Derecho administrativo, el Laboral o el Civil o Mercantil”. A lo que añade que “lo determinante no es la naturaleza del ordenamiento aplicable, sino la mejor forma de atender los intereses generales y, por ello, de garantizar los derechos de los ciudadanos. El art. 103 se refiere al sometimiento al Derecho. Lógicamente, no dice a cual, porque no se le puede pedir nada menos que a una Constitución que tome partido en una cuestión concreta en la que los vientos del hoy tan practicado pensamiento único no auguran nada bueno, sencillamente porque esta manera de enfrentarse a las Ciencias Sociales, con todos los respetos, ya pasó de moda. Por tanto, la Administración pública puede elegir el Derecho privado. Eso sí, cuando la Administración acuda al Derecho privado debe explicar por qué lo hace porque, evidentemente, el Derecho Común sigue siendo el Derecho administrativo”. *La vuelta al...* Págs. 93-94.



contrario será inconstitucional su utilización. Por otra parte, hay determinadas actividades que implican ejercicio de autoridad y deben, por tanto, tener carácter público y estar sujetas al Derecho administrativo (LEGUINA VILLA, DESDENTADO DAROCA).<sup>160</sup>

#### **4. La administración neutral: Las administraciones independientes**

En el Derecho clásico la Administración se concebía como una entidad subordinada y dirigida por el Gobierno. Éste, además, en cuanto dotado de una legitimidad representativa indirecta, era el que daba legitimidad a la acción de la Administración, que carecía por sí sola de dicha legitimidad. Configurándose, en definitiva, la Administración como una organización de carácter estrictamente instrumental, que actúa bajo la dependencia del Gobierno.

En los últimos años, sin embargo, hemos asistido a la proliferación de un conjunto de entidades administrativas que cuestionan seriamente estos postulados tradicionales y, con ello, el modelo de Administración pública que los acompaña. Nos estamos refiriendo, obviamente, a las Administraciones Independientes, que han supuesto un severo correctivo a las tesis antes expuestas,<sup>161</sup> como una consecuen-

---

160 LEGUINA VILLA, J.: “Algunas notas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo”, en *Revista Jurídica de Navarra* 19 (1995). Págs. 11 y sigs. DESDENTADO DAROCA: *La crisis de identidad...* Págs. 116 y sigs.

161 Señala DESDENTADO DAROCA que estamos “asistiendo (...) a una crisis del modelo clásico de Administración pública y a una transformación esencial de su naturaleza. De acuerdo con la concepción de la Administración pública surgida del constitucionalismo liberal, en la que se han inspirado los sistemas constitucionales occidentales de la actualidad, ésta es una organización profesionalizada y jerarquizada de carácter puramente instrumental o servicial de la comunidad, dirigida a la satisfacción de los intereses generales. La Administración no es representante del pueblo y su voluntad no posee, por tanto una legitimidad propia. Por su composición, su función y su naturaleza no democrática, la Adminis-

cia más del conjunto de transformaciones que en los últimos años está experimentando el Derecho público.<sup>162</sup>

Estas entidades no son, en puridad, una novedad para el Derecho administrativo, pues cuentan con una amplia tradición en el Derecho estadounidense, pero si son una rotunda novedad para la mayor parte de los países europeos y latinoamericanos, en los que estas figuras eran totalmente desconocidas.

La razón de ser de su importación parece situarse en un profundo desencanto por el funcionamiento del sector público y, particularmente, por la politización de la vida pública, que lleva a la búsqueda de una gestión pública neutralizada, en el sentido de no contaminarla por políticas partidistas,<sup>163</sup> que permita una desideologización del ejercicio del poder.<sup>164</sup>

---

tración ha de configurarse, necesariamente, como un ente dependiente. De ahí, precisamente, que esté sometida al control y a la dirección del Gobierno. El origen de éste y su subordinación al mismo es lo que confiere a la Administración una legitimidad democrática indirecta de la que de otro modo carecería. Y, por otro lado, la dirección de la Administración permite a las Cámaras exigir al Gobierno las responsabilidades políticas pertinentes por el funcionamiento de la misma". *La crisis de...* Págs. 136-137.

162 Señala E. GARCÍA LLOVET, que "nos encontramos en presencia no de un fenómeno casual, sino causal, que responde al proceso de transformación de todo el Derecho Público, de los poderes públicos del Estado y, en definitiva, de las formas y medios de ejecución del poder en las sociedades occidentales". "Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho", en *Revista de Administración pública* 131, mayo-agosto de 1993.

163 Como señala A. BETANCOR RODRÍGUEZ, el Estado es "percibido por los ciudadanos como un gigante torpe y lento, cumplidor ineficaz de sus obligaciones para con la sociedad, ofensivo para sus derechos y libertades y que interviene en la sociedad de acuerdo con criterios político-partidistas lo que le convierte en una suerte de *manipulador*". *Las Administraciones Independientes*. Tecnos. Madrid, 1994. Pág. 118. En el mismo sentido, señala DESDENTADO DAROCA que la "creación de las Administraciones Independientes parece responder a un nuevo sentimiento que recorre las sociedades occidentales: la desconfianza respecto al funcionamiento del sistema democrático y de los Gobiernos". *La crisis de...* Pág. 137.

164 GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 93.

Pero también vienen a dar respuesta a las demandas que vienen solicitando desde hace tiempo un cierto repliegue del sector público,<sup>165</sup> en cuanto a través de ellas se actúa un nuevo modo de acción pública, la regulación, que supone, sino necesariamente una intervención pública menos intensa, sí un retroceso de la actividad pública directa, para limitarse a reconducir la acción de sujetos normalmente privados, o al menos actuando como tales.

El concepto de Administración Independiente es susceptible tan sólo de una precisión limitada, pues bajo esta rúbrica se engloban, en realidad, entidades muy diversas. Hasta el punto de poderse afirmar que no existen dos Administraciones Independientes iguales.<sup>166</sup> Si bien esto no impide, en ningún modo, su delimitación conceptual, pues presentan suficientes rasgos comunes para cimentar una construcción teórica unitaria.<sup>167</sup>

El punto clave para su definición es su mal llamada independencia, pues en realidad se debería hablar tan sólo de autonomía.<sup>168</sup> La razón de esta confusión reside en que dicha autonomía tiene un carácter reforzado, con el objetivo de que la Administración independiente se convierta, como ya dijimos, en un ente neutralizado políticamente. De tal forma que, como señala JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, se constituyen en organismos “ajenos –o al menos razonablemente distanciados- a la lucha política”.<sup>169</sup>

---

165 GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 93.

166 ÁLVAREZ GARCÍA, V.; DUARTE MARTÍNEZ, R.: *Administración pública y electricidad*. Civitas. Madrid, 1997. Pág. 98.

167 En tal sentido, señala GARCÍA LLOVET que “en la tipología de entes que nos ocupa hay una serie de características comunes que si bien acaso no permiten configurar un modelo acabado, sí desde luego proporcionan unos parámetros de reconocimiento, unas pautas de identificación y, en otro nivel, un corpus de técnicas y principios de funcionamiento comunes”. *Autoridades administrativas...* Pág. 94.

168 BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: “L’expérience espagnole en matière d’administrations indépendantes”, en *Etudes et Documents* 52 (2001). Págs. 414-415. ÁLVAREZ GARCÍA; DUARTE MARTÍNEZ: *Administración pública y...* Págs. 100-101. PAREJO ALFONSO, L.: “Prólogo” al libro de A. Betancor Rodríguez: *Las Administraciones Independientes*.

Esa neutralidad debe ir, en realidad, más allá del ámbito puramente político, extendiéndose también a cualquier grupo de presión, lo que comprende tanto los poderes burocráticos como los económicos.<sup>170</sup>

La otra nota que caracteriza estas entidades es su carácter técnico o profesional, pues, al menos presuntamente, van a desarrollar su acción sobre la base de criterios técnicos.<sup>171</sup>

De esta forma se les dota de una nueva legitimidad, distinta a la tradicional legitimación representativa: la legitimidad técnica.<sup>172</sup>

Todo ello no debe entenderse que se enmarque en una operación de adelgazamiento de la intervención pública en un sector. En realidad, con este tipo de entidades lo único que se pretende es la transformación del modo en que esa intervención se va a llevar a cabo, logrando que ésta asuma un carácter imparcial, pero sin que esto implique necesariamente una limitación de su extensión.<sup>173</sup>

---

169 JIMÉNEZ DE CISNEROS: *Los organismos autónomos en...* Pág. 340. En el mismo sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ señalan que su creación responde al propósito consciente “de “neutralizar” políticamente su gestión, apartando ésta, en lo posible, de la lucha partidista”. *Curso de...* (octava edición). Pág. 418.

170 GNES, M.: “The italian Independent Administrative Authorities: the Transplantation of an American Experience”, en *European Public Law 1997-3*. Pág. 35.

171 GALLEGO ANABITARTE, A.; y RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M.: “La nueva regulación del mercado del gas natural”, en *Revista de Administración pública 148*, enero-abril de 1999. Págs. 58-59. Por lo que, señala LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, se constituyen en “una suerte de gobierno por expertos”. *Agencias...* Pág. 46.

172 Como señala BETANCOR RODRÍGUEZ, las “Administraciones independientes son la muestra elocuente de la búsqueda de una gestión pública neutralizada”. Pero también de “la búsqueda de otro tipo de legitimidad para la gestión pública: la legitimación técnica”. *Las Administraciones...* Pág. 29.

173 SALA ARQUER, J. M.: “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho administrativo 42*, abril-junio de 1984. Pág. 409.

Para conseguir esa autonomía y neutralidad técnica que les es característica se les va a dotar de un conjunto de garantías especiales, de las que normalmente no están dotadas las Administraciones Públicas. Estas medidas no son suficientes, sin embargo, como ya dijimos, para dotarlas de una auténtica independencia, como la que disfrutaban, por ejemplo, un tribunal de justicia. Son, por ello, una serie de categoría intermedia, que sin dejar de ser Administración Pública se aproxima, en algunos aspectos, a la independencia característica de los órganos judiciales.

Antes de examinar estas garantías debe hacerse una advertencia previa. Estamos hablando de unas notas que con carácter general se entiende deben existir en estas instituciones, pero que no se dan necesariamente en todas ellas. En realidad, al descender al supuesto concreto, se encuentran múltiples peculiaridades y diferencias entre las entidades que reciben esta calificación.<sup>174</sup>

En primer lugar, se va a otorgar a sus directivos un estatuto especial, que sin equipararse a la inamovilidad judicial se aproxima en algunos aspectos a ella. Así, sólo podrán ser removidos de sus cargos, durante el tiempo que dure su mandato, si concurre alguna de las causas tasadas establecidas expresamente por su normativa reguladora.<sup>175</sup>

---

174 Señala al respecto GARCÍA LLOVET, que siempre “encontraremos alguna o algunas Administraciones Independientes, o entes que creemos merecedores de tal clasificación, que escapan a alguno de los parámetros de reconocimiento; parece necesario asumir, una vez más, que los modelos no se plasman en la realidad más que por aproximación. Sólo algunas, muy contadas, de las actividades satisfacen plenamente los parámetros que fijaremos. La respuesta puede estar en plantearnos no un modelo cerrado, sino una escala de gradación de independencia de las Administraciones Independientes”. *Autoridades administrativas...* Pág. 94.

175 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 49. FERNÁNDEZ ORDÓNEZ, M. A.: “Reflexión preliminar”, en el libro de M. A. Lasheras: *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona, 1999. Pág. 213.

A fin de evitar que el Gobierno o el grupo parlamentario mayoritario que lo sustenta pueda controlar dichas instituciones, se establece un período de mandato para sus dirigentes que no coincida con la legislatura y, por tanto, el mandato del gobierno.<sup>176</sup>

También se establecen un conjunto de garantías en relación a su nombramiento. Así, en primer lugar, para garantizar su autonomía, se suele prever la intervención en su nombramiento de otros poderes del Estado, particularmente del legislativo.<sup>177</sup>

Están dotadas de personalidad jurídica propia, lo que les distingue de los órganos administrativos.<sup>178</sup>

Para impedir que el ejecutivo pueda controlarlos estrangulados económicamente, están dotados de determinadas garantías en el ámbito financiero. Concretamente, deben de gozar de una financiación adecuada, que les permita desarrollar sus funciones. Así como de autonomía suficiente para gestionar su presupuesto.<sup>179</sup> Además es preciso que cuenten con un cierto patrimonio e ingresos propios.<sup>180</sup>

Asimismo, para garantizar su competencia técnica y profesional, asegurando que se trata de auténticos expertos con prestigio contrastado, se suele exigir que concurren en sus directivos determinadas competencias y capa-

---

176 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 135. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 49.

177 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 135.

178 GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.: *En Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo*. Aranzadi. Navarra, 2000. Pág. 43. TORNO MAS, J.: *La autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999. Pág. 73. BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en *La Administración pública Española*. INAP. Madrid, 2002. Pág. 608.

179 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: *Reflexión...* Pág. 6.

180 BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 614.

ciudades profesionales,<sup>181</sup> que le permitan tener y actuar desde un criterio propio.<sup>182</sup>

Esto va a llevar a que sean casi siempre profesionales que han desarrollado una larga carrera en el sector del que se trate. Si bien se genera el riesgo de que pierda su neutralidad a favor de las empresas que operan en dicho ámbito, pues, más tarde o más temprano, deberá volver a trabajar en ellas. Lo que incrementa el riesgo de que su voluntad sea captada por éstas, durante el tiempo que desarrolla sus servicios en la Agencia.<sup>183</sup>

Para evitar que así ocurra, se suele establecer un período de cuarentena, esto es, un lapso de tiempo en el que los miembros de las Administraciones Independientes no podrán prestar servicios en el sector en el que desarrollan sus funciones.<sup>184</sup>

A efectos de garantizar su neutralidad se les sujeta, igualmente, a un exigente régimen de incompatibilidades,<sup>185</sup> con el que se pretende garantizar su imparcialidad tanto frente a los sujetos privados, como ante las estructuras del poder político.<sup>186</sup>

Aunque no es la única opción posible, pues en algunos casos se les ha dado un carácter unipersonal, se suele considerar más adecuado que tengan composición colegiada. Lo que facilita que el órgano posea la pluralidad de

---

181 ARIÑO ORTIZ, G.: “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid, 1993. Pág. 70. DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 135.

182 BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 607.

183 ARIÑO ORTIZ: *Regulación económica y modelo...* Págs. 65 y 70.

184 CANANEA, G.: “La réglementation des services publics en Italie”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002). Pág. 98. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 49.

185 BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 611.

186 GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 105.

perspectivas y habilidades que se entiende que requieren estos entes para desarrollar correctamente su función.<sup>187</sup>

No obstante, eso no debe permitir que su composición sea el resultado de una transacción, mediante la cual se convierta el nombramiento de sus miembros en un reparto entre los partidos políticos conforme a cuotas de poder. Lo que dejaría en entredicho tanto su verdadera neutralidad como su carácter técnico.<sup>188</sup>

Ni siquiera debería permitirse que los miembros de la Comisión fuesen representantes de los distintos sectores implicados en el ámbito donde la Agencia desarrolla sus funciones. Pues esto podría llevar a que se resolviesen los posibles conflictos dentro del órgano, en una negociación cerrada, sin la necesaria participación y transparencia.<sup>189</sup>

Si bien sí parece adecuado, en cuanto permite tener en cuenta los diversos intereses existentes en el sector, que la Agencia cuente en su organización con órganos en los que estén representados los diversos actores que operan en el mismo.<sup>190</sup>

---

187 PROSSER, T.: *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997. Pág. 299. LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 48. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 103. Señala al respecto BETANCOR RODRÍGUEZ, que “es más difícil sostener la independencia y aún más realizarla cuando el ente tiene una organización simple (un órgano unipersonal ejecutivo) que cuando es una organización compleja”. *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 608.

188 En tal sentido, LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO señala que esta práctica es censurable. A lo que añade, resignadamente, que si “se respeta el criterio de la debida preparación profesional de los consejeros, esta práctica resulta menos repudiable que si se emplea para convertir esas Comisiones en una suerte de cementerio de elefantes, o de prebenda con la que se pagan anteriores servicios prestados a una determinada formación política”. *Agencias...* Págs. 48-49.

189 PROSSER: *Law and the...* Pág. 299.

190 Señala BETANCOR RODRÍGUEZ que “la independencia está relacionada con la existencia de órganos de representación de todos los intereses presentes en el ámbito de actuación del ente, porque esta representación permite la escenificación de todos los intereses y su correlativo equilibrio, contexto adecuado para garantizar la independencia del ente”. *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 608.



No debería de poder renovarse el mandato de sus directivos, pues esto permite ejercer sobre sus miembros una presión considerable cuando llega la hora de decidir sobre su renovación.<sup>191</sup>

Desde el punto de vista funcional, es imprescindible que tengan atribuidas un ámbito competencial de forma propia y exclusiva.<sup>192</sup>

Su tarea característica es la supervisión de un ámbito sectorial concreto y determinado.<sup>193</sup> Concretamente sectores en los que operan sujetos esencialmente privados, estando presentes intereses públicos especialmente relevantes.<sup>194</sup>

Para cumplir esas funciones se les atribuye una amplia gama de poderes y facultades, de naturaleza muy heterogénea. De entre ellas debe destacarse, por su importancia, el otorgamiento de importantes atribuciones en materia de obtención de información, sin las cuales difícilmente van a poder cumplir su labor.<sup>195</sup>

No deberán, además, poder solicitar ni recibir ordenes, instrucciones o directivas por parte del Gobierno.<sup>196</sup> Ni éste ni otros órganos superiores de la Administración deben poder, tampoco, fiscalizar sus decisiones, esto es,

---

191 FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ: *Reflexión...* Pág. 6. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 106.

192 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 134.

193 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 47. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 100.

194 BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 606. Señala al respecto W. A. ROBSON que la "misión de la Comisión reguladora es normalmente el control o supervisión de las empresas relacionadas con un interés público y que funcionan en base a un beneficio privado". *Industria nacionalizada y propiedad pública*. Traducida por J. Petit Fontserre. Tecnos. Madrid, 1964. Pág. 116.

195 MUÑOZ MACHADO: *Tratado de...* Págs. 1197-1201.

196 DESDENTADO DAROCA: *La crisis de...* Pág. 134. BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Pág. 608.

éstas no deben poder ser impugnadas a través de recurso de alzada.<sup>197</sup>

Sin embargo, sentado su carácter administrativo, es evidente que sus decisiones, como las de cualquier Administración pública, están sujetas a control judicial.<sup>198</sup> No se puede negar, no obstante, que ese control judicial plantea especiales dificultades, que no están presentes en otras entidades administrativas. Ya hemos visto que operan en sectores especialmente tecnificados, que exigen conocimientos muy específicos y manejan un alto grado de información sobre el sector. Esto va a dificultar su control por parte de un juez que carezca de esa específica formación e información respecto al sector regulado, por lo que la mejor doctrina reclama que se garantice la preparación técnica de los órganos judiciales llamados a realizar dicho control.<sup>199</sup>

Pero aun contando con esa preparación especializada el juez podrá realizar un control judicial limitado de esas decisiones, pues tendrá que respetar la existencia de una considerable discrecionalidad técnica del regulador.<sup>200</sup>

La irrupción de estas entidades no ha sido ni mucho menos pacífica, más bien lo contrario, han generado un grado de discusión importante. Son muchos los que rechazan este fenómeno, por considerar que viene a romper reglas estructurales del Derecho administrativo.

También son muchos, no obstante, los que defienden su necesidad, en cuanto vienen a constituir un contrapunto a la vieja Administración burocrática y jerarquizada, que dinamizará la transparencia y neutralidad de toda la Administración.<sup>201</sup>

---

197 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias...* Pág. 49.

198 CANANEA: *La réglementation...* Pág. 99.

199 ARIÑO ORTIZ, G.: "Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico", en *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, 1997. Pág. 53.

200 CANANEA: *La réglementation...* Pág. 99.

201 En tal sentido, señala LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO que la función principal que vienen a desarrollar estas agencias es "servir de

En cualquier caso, todo parece indicar que estas nuevas entidades han llegado para quedarse, por lo que toda reflexión sobre la Administración pública y el Derecho administrativo debe construirse teniéndolas presentes.

## 5. Nueva posición del ciudadano, participación y retroceso de las técnicas unilaterales de la administración

Uno de las más radicales transformaciones que ha experimentado el Derecho administrativo de nuestros días se ha manifestado en la posición del ciudadano ante la Administración.<sup>202</sup> La toma de conciencia de que esta última no es tanto un poder, como un instrumento al servicio del administrado, que se justifica y cobra sentido en la medida en que da satisfacción eficaz a las necesidades de éste, lleva irremisiblemente a la conversión del ciudadano en el punto central desde el que se deben de construir y concebir todas las políticas públicas.<sup>203</sup>

---

contrapeso –de nuevo los *check and balances* como mecanismo de control y acierto en el ejercicio del poder a la Administración territorial jerárquica en la regulación de estos sectores, propiciando la transparencia de las decisiones que en ellos se adopten y de las prácticas de las empresas que en ellos actúan. La importancia de los informes, de los arbitrajes, de los procedimientos que estas Agencias tramitan está –más que en su relevancia práctica inmediata- en el efecto indirecto sobre la corrección del ejercicio de otras potestades públicas. Pues dotan de transparencia a todo el sistema, alertando a la opinión pública sobre la gestión que se hace de los poderes que ejercen el Estado y las Comunidades Autónomas, en los sectores regulados”. *Agencias...* Pág. 51.

202 Ya hace tiempo advirtió MUÑOZ MACHADO de la existencia de “mutaciones muy sustanciales en la construcción técnica de las principales instituciones de Derecho administrativo que se han ido formando como respuestas técnicas jurídicas a problemas concretos que, aunque sigan vigentes, están siendo desbordadas por las nuevas formas de entender las relaciones entre el Estado y los ciudadanos”. *Las concepciones del Derecho...* Págs. 533-534.

203 Como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “los modelos políticos y administrativos han de construirse a partir del ciudadano y en función de sus necesidades colectivas. Éste es, en mi opinión, el *puntuns dolens* de cualquier proceso de reforma o moderniza-

Esto ha dado pie para que se consolide una nueva cultura administrativa, que se cimienta sobre la idea de servicio, y deja en un segundo plano la idea de autoridad, de poder que manda. Como fruto de ello, la Administración abandona en parte la posición de superioridad y primacía que había mantenido en etapas históricas anteriores, y asume una posición de mayor proximidad respecto al administrado.<sup>204</sup>

Si bien hay quien enjuicia este proceso de forma negativa, en cuanto ve en él un debilitamiento de la Administración, que configura un sector público anémico, que carece de la autoridad y el impulso suficiente para hacer prevalecer el interés público, y se abandona a la satisfacción de los intereses privados.<sup>205</sup>

En cualquier caso, de este nuevo marco de relación Administración-administrado se derivan toda una serie de consecuencias, que han dado un nuevo rostro a nuestro Derecho público.

Por un lado, la persona que entra en relación con la Administración ya no puede ser concebido como un sujeto sometido a un poder que manda, ya no es súbdito, es ahora un sujeto activo de derechos.<sup>206</sup> Prueba de ello es el desplazamiento de la tradicional denominación de éste como

---

ción administrativa: que se tenga bien claro que el dueño, que el propietario de la Administración pública es el ciudadano". *Reforma y...* Pág. 16.

204 Como señala V. VÁZQUEZ DE PRADA, se trata de conseguir un "acercamiento de la Administración-administrados, descendiendo aquélla de su alto dosel y perdiendo, al menos, sus apariencias de heredera de los antiguos poderes absolutistas". "Nuevas perspectivas en la relación Administración pública-Administrados", en *Documentación Administrativa 186* (abril-junio de 1980). Pág. 174.

205 En tal sentido DEL SAZ CORDERO, que, tras subrayar la debilidad del Derecho administrativo en las relaciones de la Administración con los particulares, señala que el "Derecho administrativo de nuestro tiempo ofrece evidentes pruebas de que el interés privado se superpone al interés público en la regulación sustancial de sus más fundamentales instituciones". *Las transformaciones del Derecho...* Págs. 68-69.

206 MUÑOZ MACHADO: *Tratado de...* Pág. 86.

administrado, en los que se puede percibir una cierta idea de subordinación, por la expresión políticamente más correcta de ciudadano. Mero artificio verbal en opinión de algunos, carente de toda repercusión práctica,<sup>207</sup> pero dotado, en cualquier caso, de un claro valor expresivo de una notable transformación en la comprensión del papel y sentido de la Administración pública.

En otro orden de cosas, aunque en la misma dirección, se sitúa el hecho de que se vea cada vez más en ese ciudadano que entra en relación con la Administración un “cliente”, al que se debe dar una atención más personalizada y atenta a sus necesidades.<sup>208</sup> Haciendo, de este modo, de la

---

207 En tal sentido, señala PARADA VÁZQUEZ que el “término “administrado” era preferible al de ciudadano por ser más preciso y para evitar connotaciones políticas de este término y porque el término “administrado” comprende también a los extranjeros que no disfrutan de los mismos derechos políticos que los nacionales”. A lo que añade que, el cambio de la expresión administrado por el de ciudadano “es pura retórica, triste bizantinismo, *iparole, parole!*, y que sustituir la expresión de administrado por el de ciudadano para referirse a los que para bien o para mal entran en relación jurídico-administrativa con un ente público, ni nos lleva muy lejos, ni va a mejorar los servicios públicos o las garantías del ciudadano-administrado”. *Régimen Jurídico de...* Págs. 136-137. De forma más matizada A. EMBID IRUJO considera que no “habría (...) hoy inconveniente en seguir hablando en leyes puramente procedimentales de derechos del administrado, pues el concepto, como tal, no arrastra consigo ninguna desvalorización del sujeto y cubre, sin necesidades de interpretación forzada, a cualesquiera que se relacionen con la Administración pública”. *El ciudadano y la Administración*. MAP. Madrid, 1994. Pág. 41.

208 En tal sentido, señalan J. SUBIRATS y R. GOMA, que hoy “parece abrirse paso como nuevo concepto interpretativo de las relaciones individuo y Estado, o entre individuo y administraciones públicas, el término de *cliente* que pretende reforzar la binariedad de una relación que, desde las transformaciones de la segunda posguerra y la generalización del intervencionismo estatal y de los derechos sociales, configuraba al Estado como una fuente de protección y servicios, pero poco propicios a diferenciaciones o tratamientos individualizados de situaciones previamente estandarizadas”. “Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades”, en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?* Izquierda Unida. Madrid, 1993. Págs. 69-70.

Administración, que constituía una entidad, en cierto modo, cerrada a las demandas individuales de los ciudadanos y grupos en los que éstos se integran, una entidad receptiva, que trata de abrir cauces para conocer y dar satisfacción a esas necesidades.<sup>209</sup>

Con ello, se pasa a un nuevo marco de acción para la Administración Pública, en el que se convierte en un objetivo fundamental la búsqueda de la calidad en la gestión administrativa.<sup>210</sup> Elemento más que significativo de una Administración que quiere orientarse, más que nunca, al servicio al ciudadano.

Si bien, obviamente, ni esa idea de “calidad” que opera en el sector público puede equipararse sin más a la que rige en el sector privado,<sup>211</sup> ni el ciudadano puede ser nunca, en sentido estricto, un simple cliente como el de las empresas privadas.<sup>212</sup>

---

209 SEGARRA ORTIZ: *Los servicios públicos...* Pág. 13. Señalan SUBIRATS; GOMA que la consideración del usuario como cliente implica “una relación más activa, co-productiva, entre representantes de la administración y de sus políticas y ciudadano afectado o beneficiado por las mismas”. *Gestión pública y...* Págs. 69-70.

210 SEGARRA ORTIZ: *Los servicios públicos...* Pág. 14.

211 Véase al respecto las consideraciones de MARTÍN MATEO, R., en *Gestión y Evaluación de la Calidad en los servicios públicos*. MAP. Madrid, 1996. Págs. 38 y sigs.

212 Señala F. SAINZ MORENO, que los “ciudadanos no son clientes de una empresa, sino titulares de facultades, derechos y deberes públicos”. “Sólo en sentido figurado, puede decirse, como con frecuencia se hace, que los ciudadanos deben ser tratados como clientes de la Administración pública. Esa imagen tenía más sentido cuando un importante sector de la actividad económica era gestionado por la Administración. Ello se hacía con la intención de mejorar el trato recibido por los ciudadanos al equipararlos con la situación de los clientes de las empresas privadas que si no están satisfechos de las prestaciones que reciben pueden cambiar de empresa. Hoy, sin embargo, esa similitud entre una y otra situación no debe crear equívocos. El ciudadano tiene derechos, deberes y facultades determinados por las normas que regulan la actividad administrativa y no por las reglas de mercado, incluso en aquellos supuestos en los que puede optar por un servicio público o por una entidad privada”. “El valor de la Administración pública en la sociedad actual”, en *Estudios para la reforma de la Administración pública*. INAP. Madrid, 2004. Págs. 109-110.

De este nuevo marco de relaciones también se deriva un fenómeno muy relevante, tanto desde el punto de vista práctico, como teórico, en cuanto viene a modificar de forma relevante toda una serie de teorías y estructuras jurídicas básicas:<sup>213</sup> el notable y creciente peso que están adquiriendo las fórmulas de participación del administrado en las tareas públicas.

Aunque el término participación es muy ambiguo y de difícil precisión, designa un movimiento o tendencia que, por más que aglutine concepciones muy diferentes y técnicas muy diversas, está claramente identificado en sus líneas esenciales,<sup>214</sup> que son las que a nosotros nos interesan aquí.

Cuando hablamos de tal nos estamos refiriendo a los fenómenos de participación distintos de la participación política, que el ciudadano realiza no en cuanto titular de intereses particulares propios, sino como miembro de una comunidad, en defensa de intereses de carácter colectivo.<sup>215</sup>

Dicho movimiento tiene sus orígenes a finales de los años sesenta, fruto de las transformaciones que experimenta en dicho momento la cultura política occidental, si bien su plasmación normativa, tanto a nivel legal como constitucional, se consolida durante los años setenta.<sup>216</sup>

---

213 Señala T. FONT I LLOVET, que “el dato de la participación no es irrelevante, sino todo lo contrario, para la construcción, o reconstrucción, de los conceptos dogmáticos y de las instituciones que constituyen un determinado sistema jurídico, viéndose oportuno, y a veces necesario, revisar muchos de tales conceptos desde la nueva perspectiva de la participación”. “Algunas funciones de la idea de participación”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 45, enero-marzo de 1985. Pág. 52.

214 SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988. Pág. 248.

215 GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Editorial Moneda y Crédito. Madrid, 1977. Pág. 305.

216 PRATS I CATALA, S.: “La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local”, en *Documentación Administrativa* 199 (octubre-diciembre de 1983). Págs. 529-530.

En esencia es el resultado de una cierta crisis y pérdida de credibilidad de los mecanismos representativos y de las estructuras políticas tradicionales, que generan en el ciudadano una cierta desconfianza acerca de la bondad de su funcionamiento.<sup>217</sup>

De aquí se deriva un déficit de legitimidad para la acción pública, que ya no puede encontrar fundamento únicamente en un principio representativo que se percibe como algo excesivamente irreal, y que suscita fuertes suspicacias. Requiere, por ello, también de una legitimación adicional que proporcionan los mecanismos de participación directa de la ciudadanía.<sup>218</sup>

Bien entendido que se trata de una legitimación de carácter complementario, que no viene a sustituir a los mecanismos de representación política tradicionales, que se siguen, obviamente, considerando imprescindibles.<sup>219</sup> En otras palabras, se entiende que la tradicional democracia representativa es condición necesaria, pero no suficiente para la legitimación del poder.<sup>220</sup>

Los administrados, singularmente o a través de los grupos en los que se integran, aspiran ahora a una mayor implicación en la toma de decisiones y desarrollo de las funciones públicas. De tal forma que su papel no puede que-

---

217 SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de...* Pág. 247. Señala PAREJO ALFONSO que la participación ciudadana “se explica y encuentra su causa principal en el proceso de constante degradación de la credibilidad de las estructuras estatales a ojos del ciudadano y, consecuentemente de la confianza del mismo en la capacidad de dichas estructuras, en su conjunto, para afrontar, analizar y resolver con racionalidad y eficacia los cada vez más complicados e intrincados problemas sociales y comunitarios”. *El concepto de...* Pág. 178.

218 MUÑOZ MACHADO: *Tratado de...* Pág. 88. RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *Reforma y...* Pág. 16.

219 DÍAZ DE LIAÑO Y ARGÜELLES, F: “Poder municipal y democracia”, en *Documentación Administrativa* 183 (julio-septiembre de 1979). Pág. 47. MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 532.

220 PRATS I CATALA: *La participación y...* Pág. 530.



dar ya reducido a la simple emisión del voto en unas elecciones. Ahora se quiere tomar parte activa en dichos procesos.<sup>221</sup> Lo que conduce a que su contribución a la vida pública se prolongue más allá del sistema electoral, alcanzando también al ámbito de lo administrativo, en cuyas estructuras se inserta para hacer oír su voz.<sup>222</sup>

Con ello, el ciudadano, titular originario de la soberanía, ya no renuncia a ella totalmente, sino que retiene una parte de la misma.<sup>223</sup> Al elegir a sus representantes políticos ya no les está dotando de un mandato incondicionado, por el que se entregue ciegamente a su gestión, sino que mantiene parcialmente activos sus poderes políticos ciudadanos, para cooperar y controlar más estrechamente el desarrollo de las tareas públicas.

Esta acción participativa de la ciudadanía no viene a eliminar tampoco, ni mucho menos, al aparato burocrático tradicional, sino más bien a reforzar los mecanismos de control de su acción.<sup>224</sup>

Nótese que esta colaboración de los ciudadanos y los grupos en los que se incluyen no es una mera actuación en defensa de sus intereses particulares, sino que viene a defender los intereses colectivos de la comunidad en la que viven.<sup>225</sup> Este es el punto clave desde el que la idea de participación cobra cuerpo, en cuanto pone de manifiesto la constatación de la insuficiencia del concepto tradicional

---

221 PAREJO ALFONSO: *El concepto de...* Pág. 140. PRATS I CATALA: *La participación y...* Pág. 530. MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 531.

222 SANTAMARÍA PASTOR: *Fundamentos de...* Pág. 247.

223 MUÑOZ MACHADO: *Tratado de...* Pág. 88.

224 Como señala M. SÁNCHEZ MORÓN, “una verdadera estrategia participativa de signo democrático debe dirigirse no hacia una aniquilación del aparato administrativo, sino a profundizar en los medios y formas de control efectivo del mismo”. “El principio de participación en la Constitución Europea”, en *Revista de Administración pública* 89, mayo-agosto de 1979. Pág. 200.

225 MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 532.

de interés público como interés superior y distinto al de los administrados.

Se descubre ahora que la heterogeneidad del tejido social, en que conviven grupos muy diversos, con intereses también muy diversos, genera la existencia de una pluralidad de intereses públicos, en ocasiones contradictorios entre sí, que pone de manifiesto que la identificación de un pretendido interés público, único y general no es más que un concepto mistificante.<sup>226</sup>

Partiendo de estos presupuestos, pocas dudas caben de que, como ya puso de manifiesto NIETO hace tiempo, “los intereses sociales no están organizados bipolarmente entre los individuales (atribuidos de pleno al Derecho administrativo) y los públicos (atribuidos a la política, como consecuencia de la asunción que de ellos ha realizado la Administración del Estado), sino que también hay que tener en cuenta los intereses colectivos, entendidos como aquellos que afectan a una comunidad o grupo concretos (los vecinos, los usuarios de un servicio público, los consumidores). Intereses que, aunque tengan una vertiente individual, sólo tienen verdadero sentido desde una perspectiva colectiva (cada vecino tiene, naturalmente, interés individual en contar con una zona verde o escuela para disfrutar de ella personalmente, y lo mismo sucede con el consumidor a la hora de comprar una botella de leche, pero es claro que la defensa natural de ese interés colectivo no puede hacerse desde la vertiente individual: ¿es que va a pleitear un usuario cada vez que se le interrumpe el suministro de luz?”<sup>227</sup>

Esto supone una transformación notable de los postulados en los que se basaba el Derecho administrativo tradicional, pues supone negar a la Administración pública el monopolio para la definición del interés público.<sup>228</sup> Debien-

---

226 SÁNCHEZ MORÓN: *La participación del...* Págs. 130-132.

227 NIETO: *La vocación de...* Págs. 896-897.

228 PAREJO ALFONSO: *El concepto de...* Pág. 148. MUÑOZ MACHADO: *Las concepciones del Derecho...* Pág. 531.

do ahora entrar en un proceso de intercomunicación con los ciudadanos para su concreción.<sup>229</sup>

A fundamentar este planteamiento coadyuva también la desmitificación de la Administración pública como ciego servidor del interés público. Como vimos en su momento, ya no es admisible la consideración del funcionario público como un sujeto desinteresado que actúa siempre al servicio de la utilidad pública, sino que se toma constancia de que los empleados públicos también poseen sus propios intereses egoístas, que condicionan la acción pública, haciendo que en ocasiones se desvíe de sus verdaderos objetivos.

La participación en este contexto se convierte en una vía para corregir esas posibles desviaciones, en cuanto va a permitir a los ciudadanos y los grupos en que se integran hacer valer sus propias opiniones acerca de la dirección, objetivos y medios que debe revestir la acción pública. Decisión que ya no va a quedar exclusivamente en manos de los burócratas y los grandes grupos de presión. El desarrollo de las políticas públicas deja, con ello, de ser un oscuro proceso, fruto de la acción oculta de una burocracia inspirada por intereses soterrados y desconocidos para convertirse en el resultado de una acción transparente, que tenga en cuenta las diferentes concepciones e intereses existentes en la sociedad, contribuyendo, con ello, a dotar de una mayor objetividad a la actividad administrativa.<sup>230</sup>

Y lo que es incluso más importante, en cuanto facilita una gestión de los asuntos públicos receptiva a todos los

---

229 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *Reforma y...* Pág. 18.

230 Señala al respecto PRATS I CATALA, que la “participación (...) constituye un factor compensatorio de las desviaciones que los partidos, la burocracia y los grupos de presión pueden introducir en el interés general, representa un instrumento y garantía de la objetividad de la Administración”. A lo que añade que la participación “asegura que la definición concreta del interés público que ésta realiza se hace teniendo en cuenta todos los intereses afectados, y no sólo los de quienes por hallarse en una posición social hegemónica pueden actuar como verdaderos grupos de presión”. *La participación y...* Pág. 537.

intereses y necesidades de los individuos y grupos que integran el sustrato social, la participación se convierte en instrumento imprescindible para la democracia.<sup>231</sup> Lo que permite afirmar a DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y NEVADO-BATALLA MORENO, que “su implantación y desarrollo positivo en cauces específicos es una manifestación del nivel de democratización de la sociedad/Administración”.<sup>232</sup>

La participación es, además, un instrumento que viene a otorgar una mayor transparencia al actuar público, pues difícilmente puede darse una sin la otra, ya que estar informado es un presupuesto previo para poder participar.<sup>233</sup>

Por último, esta nueva manera de entender las relaciones entre Administración y administrado, lleva también al desmoronamiento de la vieja imagen autoritaria que antes era inherente a la primera. La Administración pública ya no es sólo, aunque siga siéndolo en parte, un poder que manda, que se impone unilateralmente a los ciudadanos. Ahora, cada vez más, tiende a sustituir estos métodos de actuación por fórmulas de colaboración y de actuación concertada.<sup>234</sup>

Se impone, de esta manera, una concepción diferente respecto al papel de la Administración, que ya no es un poder ciego e insensible que esté frente a los ciudadanos, sino un servidor público que trata de obtener en la medida de lo posible la colaboración de éstos.<sup>235</sup>

---

231 PALLARES MORENO, R.: “La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural”, en *Documentación Administrativa* 194 (abril-junio de 1982). Pág. 127.

232 DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.; NEVADO-BATALLA MORENO, P.: “Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo”. Pág. 368.

233 SÁNCHEZ MORÓN: *El principio de...* Pág. 201.

234 MUÑOZ MACHADO: *Tratado de...* Págs. 86-87.

235 En tal sentido, señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ que “la Administración, al gestionar los intereses colectivos, no tiene que imponerse frente a los ciudadanos. Más bien debe propiciar fórmulas o medidas que impliquen la colaboración de la sociedad”. *Reforma y...* Pág. 18.

Si bien esa mutación ha sido, también, enjuiciada de forma crítica por una parte de la doctrina, que ve en ella un símbolo de debilidad de una Administración que debe ahora, privada de su autoridad, negociar como cualquier sujeto privado.<sup>236</sup>

---

236 En tal sentido DEL SAZ CORDERO, que señala que, “en este contexto de debilidad general del Derecho administrativo no es de extrañar que se prefiera sustituir la técnica unilateral, la decisión ejecutoria por el acuerdo de voluntades”. “En definitiva, hoy, como a cualquier particular, también a la Administración se la obliga a sentarse a negociar”. *Las transformaciones del Derecho...* Págs. 69-71.

**SEGUNDA PARTE:  
ESPAÑA Y UNIÓN EUROPEA**



# Las distintas concepciones sobre la Administración pública y el derecho administrativo en el Derecho español

### 1. Introducción

Para examinar el modo en que se conceptúa el concepto de Administración Pública y Derecho Administrativo en el Derecho español, parece necesario partir de la denominada tesis estatutaria elaborada por GARCÍA DE ENTERRÍA. Dicha elaboración doctrinal no se puede decir, ciertamente, que sea uniformemente aceptada, pues como se vio en otro capítulo de este trabajo, ha sido cuestionada por una parte relevante de la doctrina. Sí parece, sin embargo, difícilmente discutible que ha sido el elemento central de la discusión sobre dicha materia, pues desde su defensa, en algunos casos apasionada; o la crítica, en ocasiones feroz, a la misma, se ha construido el engranaje conceptual en que se plantea tan trascendental materia.

No vamos a reproducir aquí, sin embargo, los argumentos teóricos en los que se basa dicha teoría, ni tampoco los argumentos contrarios a la misma vertidos por la doctrina contraria a dicha construcción, pues esta materia quedó claramente reseñada en el capítulo anterior. En este capítulo vamos a examinar el estado de la cuestión en nuestro Derecho positivo, preguntándonos en qué medida la normativa española responde o deja de responder a dicha te-



sis. Cuestión, ésta, polémica y difícil, a la que, podemos adelantar, no es posible dar una respuesta absoluta.

Como punto de partida se puede señalar que la tesis estatutaria que, como ya sabemos, define la Administración Pública como una persona jurídica, o más precisamente, como un conjunto de personas jurídicas, encuentra apoyo en un conjunto de preceptos de nuestro Derecho positivo, que toman partido por una noción de Administración pública de carácter subjetivo, pues definen ésta, en términos sustancialmente análogos, como un conjunto de sujetos: a) la Administración General del Estado; b) las administraciones de las comunidades autónomas; c) las entidades que integran la Administración local; d) las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las anteriores (art. 2. 1 y 2 de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común, en adelante LPC;<sup>237</sup> art. 1. 2 de la Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en adelante LJ;<sup>238</sup> art. 1. 2 y 3

---

237 *Ley 30/1992, de 26 de noviembre, Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común.* Según su art. 2. 1 se “entiende a los efectos de esta Ley por Administraciones Públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local”.

A ello añade el art. 2. 2 del mismo texto legal que las “Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas tendrán asimismo la consideración de Administración pública. Estas Entidades sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

238 *Ley 29/1998, de 13 de julio, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.* Según su art. 1. 2 se “entenderá a estos efectos por Administraciones públicas:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.

del Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas, en adelante TRLCAP<sup>239</sup>).

También parece sustentar esta construcción teórica el art. 3. 4 LPC, que establece que cada “una de las Administraciones públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única”.<sup>240</sup> Así como el art. 2. 2

- 
- d) Las Entidades de derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales”.

239 *Real Decreto Legislativo 2/2000, de 16 de junio, aprueba el Texto Refundido de la Ley de Contratos de las Administraciones Públicas.* Según el art. 1. 2 de dicho texto legal, se “entiende por Administraciones Públicas a los efectos de esta Ley:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las entidades que integran la Administración Local”.

A ello añade su art. 1. 3 que deberán “asimismo ajustar su actividad contractual a la presente Ley los organismos autónomos en todo caso y las restantes entidades de derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de cualquiera de las Administraciones Públicas, siempre que en aquéllas se den los siguientes requisitos:

- a) Que hayan sido creadas para satisfacer específicamente necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil.
- b) Que se trate de entidades cuya actividad esté mayoritariamente financiada por las Administraciones Públicas u otras entidades de derecho público, o bien, cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estas últimas, o cuyos órganos de administración, de dirección o de vigilancia estén compuestos por miembros más de la mitad de los cuales sean nombrados por las Administraciones Públicas y otras entidades de derecho público”.

240 Este precepto ha sido objeto de algunas críticas por parte de la doctrina. Así, L. COSCULLUELA MONTANER ha señalado que la “afirmación de que *cada una* de las Administraciones Públicas tiene personalidad jurídica es tautológica ya que de no tenerla no serían Administraciones Públicas, sino simples órganos de una Administración pública que sí la tenga. Habrá pues que atender a la legislación de cada tipo de entidades institucionales para determinar cuando son tales Administraciones Públicas en base a la precisa atribución de la personalidad jurídica”. “La posición ordinal de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma”, en *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Ad-*

de la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (en adelante LOFAGE),<sup>241</sup> que establece que la “Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa con personalidad jurídica única”.

Sin embargo, estos fundamentos no resuelven sin más nuestro problema, pues las posturas doctrinales contrarias a esta tesis, encuentran apoyo también en poderosos argumentos en el ordenamiento jurídico positivo.

## **2. El problema de la actividad materialmente administrativa de los entes públicos que no son administración pública**

Ya se vio, en su momento, que el principal punto de apoyo que encuentran estos autores para enfrentarse a la teoría estatutaria, procede de la existencia de una actividad materialmente administrativa desarrollada por sujetos que no forman parte de la Administración pública y que, como tal, se rige por el Derecho administrativo y se sujeta al control de la jurisdicción contencioso-administrativa.

Así lo muestra el art. 1. 3 LJ, según el cual los Juzgados y Tribunales del orden contencioso-administrativo conocerán “de las pretensiones que se deduzcan en relación con:

---

*ministraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Carperi. Madrid, 1993. Pág. 46. Por otra parte, PAREJO ALFONSO considera que “dudosa es la previsión (núm. 4 del art. 3) acerca de la actuación de cada una de estas Administraciones con personalidad jurídica única. Pues es cuestionable que este último dato-exigencia pueda llegar a conceptuarse verdaderamente como básico (a efectos de su inclusión en el régimen jurídico de todas las Administraciones públicas), teniendo en cuenta que la personalidad es –en la organización administrativa y como ha tenido ocasión de precisar la jurisprudencia contencioso-administrativa un velo tenue y fácilmente desgarrable para desvelar la verdadera realidad”. *Objeto, ámbito de...* Pág. 36.

241 *Ley 6/1997, de 14 de abril, Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado.*

- a) Los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público adoptados por los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo.
- b) Los actos y disposiciones del Consejo General del Poder Judicial y la actividad administrativa de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial.
- c) La actuación de la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General”.

En la Exposición de Motivos de la LJ, no obstante, se toma distancia respecto a las repercusiones teóricas de este precepto, señalándose que “era imprescindible confirmar en ésta (se refiere a la LJ) la sujeción al enjuiciamiento de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de actos y disposiciones emanados de otros órganos públicos que no forman parte de la Administración, cuando dichos actos y disposiciones tienen, por su contenido y efectos, una naturaleza materialmente administrativa. Sin intención de inmiscuirse en ningún debate dogmático, que no es tarea del legislador, la Ley atiende a un problema práctico, consistente en asegurar la tutela judicial de quienes resulten afectados en sus derechos o intereses por dichos actos y disposiciones, en casi todo semejantes a los que emanan de las Administraciones públicas”.

También el art. 58 de la Ley Orgánica del Poder Judicial,<sup>242</sup> que establece que la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo conocerá: en “única ins-

---

242 *Ley Orgánica 6/1985, de 1 de julio, Poder Judicial.*

tancia, de los recursos contencioso-administrativos contra actos y disposiciones del Consejo de Ministros, de las Comisiones Delegadas del Gobierno y del Consejo General del Poder Judicial y contra los actos y disposiciones de los órganos competentes del Congreso de los Diputados y del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo en los términos y materias que la ley establezca”.

Igualmente, el art. 74. 1. c) del mismo texto legal, que establece que las “Salas de lo Contencioso-Administrativo de los Tribunales Superiores de Justicia conocerán, en única instancia, de los recursos que se deduzcan en relación con: (...)

c) Los actos y disposiciones de los órganos de gobierno de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo, en materia de personal, administración y gestión patrimonial”.

También debe tenerse en cuenta al respecto, el art. 49. 1 de la Ley de Régimen Electoral General,<sup>243</sup> que establece que, a “partir de la proclamación, cualquier candidato excluido y los representantes de las candidaturas proclamadas o cuya proclamación hubiera sido denegada, disponen de un plazo de dos días para interponer recurso contra los acuerdos de proclamación de las Juntas electorales, ante el Juzgado de lo contencioso-administrativo”.

Así como el art. 109 del mismo texto legal, que señala que pueden “ser objeto de recurso contencioso-electoral los acuerdos de las Juntas Electorales sobre proclamación de electos, así como la elección y proclamación de los Presidentes de las Corporaciones Locales”.

Los partidarios de la tesis estatutaria restan importancia a este dato, en cuanto lo consideran la mera consecuencia marginal de la resolución de algunos problemas que plan-

---

243 *Ley Orgánica 5/1985, de 19 de junio, de Régimen Electoral General.*

tea la práctica jurídica, carente de sustantividad suficiente para extraer de ella consecuencias teóricas importantes.<sup>244</sup>

---

244 Así, para GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ esta actividad constituiría una función puramente ancilar de la función principal de dichos órganos. Que se rige por el Derecho administrativo como consecuencia de “una simple extensión programática de un régimen de protección a un sector mínimo de la actividad de esos órganos, a los efectos de habilitar para los funcionarios y los terceros una vía efectiva de tutela judicial, tutela no susceptible hoy de limitaciones”. *Curso de...* Págs. 35-36. En la misma línea, MORELL OCAÑA señala que esta actividad “tiene un carácter puramente instrumental y la aplicación del Derecho administrativo es consecuencia de la identidad de determinados supuestos de hecho y de la obligada técnica del *reenvío*. El legislador, en efecto, cubre el vacío que pudiera producirse en esas actividades instrumentales de los poderes legislativos y judiciales remitiéndose a aquella rama del ordenamiento que contiene la solución más acorde con los caracteres de esa actividad: que en la hipótesis general es el Derecho administrativo, como en otras lo será el Derecho laboral o el Derecho privado”. *Curso de Derecho...* I. Pág. 50. Para L. PAREJO ALFONSO, “la diversificación de los actos propios de los poderes clásicos (legislativo, poder judicial) o de otros órganos constitucionales (el Tribunal Constitucional) más allá de los típicos o formalizados como propios de la función (Ley, Sentencia), constituye otra cosa que la quiebra de la concepción clásica de la división de poderes. Preciso resulta acomodar las categorías jurídico-públicas a la auténtica realidad del Estado, que demanda un adecuado funcionamiento de los poderes, tal como aparecen constitucionalmente configurados, para lo que es necesario que éstos desarrollen cometidos complementarios. Pero éstos no pueden erigirse, por razones obvias emanadas de su accesoriidad o complementariedad, en criterios determinantes. Porque estos cometidos secundarios (autoorganización, medios materiales, medios personales) pueden ciertamente calificarse de materialmente administrativos, pero no integran el fin mismo de las organizaciones que los realizan ni siquiera el núcleo fundamental o, al menos, cuantitativamente significativo de su funcionamiento. Integran actividades de apoyo a la función principal y caracterizadora, desarrolladas por la propia organización para la mejor garantía de la correcta realización de ésta y en razón, en último término, a motivos prácticos. Prueba de ello es que (...) nada obsta a un esquema organizativo de encuadramiento de las mismas (según un sistema horizontal) en la Administración. Por tanto, este fenómeno no desvirtúa el hecho radical de que es la Administración la organización a la que se encomienda como fin de la acción estatal de gestión y cumplimiento del interés general. No hay confusión, porque no existe coincidencia ni entrecruzamiento del giro o tráfico propio de las diversas organizaciones administrativas y

Pero hay un sector importante de la doctrina que, sin embargo, extrae de este elemento consecuencias jurídicas de mayor calado, en cuanto reclama el reconocimiento de personalidad jurídica no a la Administración, sino al Estado en su conjunto, de tal forma que la Administración, las Cámaras, los órganos integrantes del poder judicial y de

---

constitucionales. En realidad, las actividades “administrativas” de estos últimos no plantean ese problema y sí sólo (al implicar verdaderas relaciones jurídicas) el de la garantía correspondiente. De ahí que la legislación del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial se ocupen tan sólo del aspecto de la Jurisdicción competente para conocer de los correspondientes conflictos. Y si se inclinan por la contencioso-administrativa ello no es que implique la voladura de los límites propios del Derecho administrativo, sino más sencillamente la elección en favor de aquella Jurisdicción que, por sus características, es más idónea para conocer de los expresados conflictos, dadas las características jurídico-públicas de las relaciones a enjuiciar. Pero de ello no se sigue que éstas sean sin más jurídico-administrativas: más bien se rigen por su régimen propio (el establecido por la normativa específica al efecto establecida), sin perjuicio de la aplicabilidad supletoria del Derecho administrativo (fenómeno éste tan antiguo como el Derecho y que no cuestiona la independencia de dicha disciplina) en tanto que el Derecho público interno común por *vía expansiva*. En resumen, pues, todas las circunstancias expuestas conducen desde luego a una extensión del ámbito de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, por razones evidentes de garantía jurídica (...), pero de ello no puede hacerse seguir sin más, cual se pretende, la quiebra de la concepción subjetiva del Derecho administrativo. No es argumento bastante el que todo el ámbito de aquella Jurisdicción no puede ya explicarse por relación a los “actos de la Administración pública”, pues ello no tiene por qué ser necesariamente así, ni influye para nada en el concepto de Administración y de Derecho administrativo”. *Estado Social y Administración pública*. Civitas. Madrid, 1983. Págs. 117-118. En contra de estos argumentos se pronuncia J. M. DÍAZ LEMA, que señala que, al “contrario, estimo que la atribución a una u otra jurisdicción es una decisión del legislador que ha de producirse dentro del marco de las atribuciones a los órganos judiciales contenida en la Ley Orgánica del Poder Judicial, de evidente relevancia constitucional; por ello, la legislación reseñada supone tanto una ampliación del ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa, como de las entidades estatales que pueden producir actos administrativos”. “La Constitución y el Derecho administrativo”, en *Administraciones Públicas y Constitución*. Coordinador: E. Álvarez Conde. INAP, 1978. Pág. 218.

más entes públicos serían considerados órganos de éste. Rechazando, igualmente, que el legislativo pueda ser considerado un órgano del pueblo, y los tribunales órganos del Derecho.<sup>245</sup>

Para defender a la tesis estatutaria de esta argumentación se ha señalado, por un lado, que la negación de la personalidad jurídica al Estado no invalida la concepción subjetiva de la Administración pública.<sup>246</sup>

---

245 LÓPEZ GUERRA, L.: “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, en *Revista del Departamento de Derecho Político* 6 (primavera de 1980). Págs. 28-35. LÓPEZ RODO, L.: “Personalidad jurídica del Estado en el Derecho interno”, en *Revista de Derecho Político* 11 (otoño de 1981). Págs. 58-65. GARRIDO FALLA, F.: *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*. INAP. Madrid, 1982. Págs. 23-62. GALLEGO ANABITARTE: *Constitución y...* Págs. 33-90. En esta misma línea parecen también pronunciarse MARTÍNEZ LÓPEZ-MUNIZ, J. L.: “El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso, tras la Constitución de 1978”, en *Revista de Administración pública* 96, septiembre-diciembre de 1981. Págs. 189-233. BAEÑA DEL ALCAZAR, M.: “Administración y Gobierno en la Ley Orgánica del Estado”, en *Documentación Administrativa* 164. Págs. 8-11 y 36-38. DÍAZ LEMA: *La Constitución y el...* Pág. 220. DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La Autonomía Administrativa de las Cámaras Parlamentarias*. Cuadernos de los Studia Albornotiana. Págs. 97-99. Esta argumentación no es en absoluto novedosa. Pues fue utilizada ya por POSADA a finales del siglo XIX para enfrentarse a la concepción que identifica administración y poder ejecutivo, afirmando que la función administrativa se extendía al Estado en su conjunto. Concretamente puso de manifiesto que tanto los órganos legislativos como judiciales tenían una necesidad de procurarse los medios personales y materiales para poder desarrollar sus funciones. Llegando a la conclusión de que la “Administración no tiene en el organismo del Estado una esfera concreta, limitada cuantitativamente: no es una función dependiente de un solo Poder, abarca por entero toda la vida del Estado en el respeto de la conservación de su organismo, o sea de todas sus instituciones: legislativa, ejecutiva, judicial, moderadora y de relaciones interiores e internacionales”. *Tratado de Derecho...* Págs. 58-59.

246 En tal sentido PAREJO ALFONSO, que señala que con independencia “de la posición que se adopte en torno a dicha cuestión (...), lo cierto es que ésta es, de principio, indiferente en el orden que ahora nos ocupa, puesto que la negación de personalidad jurídica al Estado no es indispensable técnicamente a la consideración de la Administración pública como conjunto articulado de



Por otra parte, la teoría que atribuye personalidad jurídica al Estado en su conjunto, ha sido objeto de severa crítica por varios autores relevantes. Así, en primer lugar, VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA, señalan que “dentro de las fronteras de su territorio, no es el Estado quien necesita utilizar el concepto de la personalidad, como tampoco lo necesitan los poderes que incorporan las funciones legislativas y judicial. Será tan sólo la Administración pública –como elemento o soporte material del poder ejecutivo– quien se vea precisada a establecer relaciones jurídicas con los particulares y, por ello, a constituirse en centro de imputación bajo la forma de una personalidad jurídica”.<sup>247</sup>

En la misma línea SANTAMARÍA PASTOR, que entiende que la teoría que considera que debe atribuirse personalidad jurídica al Estado en su conjunto no puede ser considerada más que como una pretensión de *lege ferenda*. Para ello se apoya en tres argumentos: a) la constitución no reconoce la personificación del Estado; b) dicha tesis carece de tradición en nuestra doctrina; c) la ley ordinaria atribuye personalidad jurídica a la Administración pública.<sup>248</sup>

Citaremos, por último, también a MORELL OCAÑA, que entiende que “el Derecho público actual es un sector del ordenamiento en el que se insertan una amplia gama de sujetos dotados de personalidad jurídica, y no sólo el Estado-aparato. Dentro del mismo, el Derecho administrativo contempla, en concreto, las personificaciones que se producen a partir de las colectividades territoriales, a los efectos de la gestión de los intereses que son propios de cada una”.<sup>249</sup>

---

organizaciones dotadas de personalidad y caracterizadas por estar sujetas a un estatuto específico, cabalmente el Derecho administrativo”. *El concepto de...* Págs. 156-157.

247 VILLAR PALASÍ y VILLAR EZCURRA: *Principios de...* Pág. 15.

248 SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, en *Revista de Derecho Político* 9 (primavera de 1981). Pág. 11.

249 MORELL OCAÑA: *Curso de Derecho...* I. Pág. 51.

Antes de continuar adelante parece que debe hacerse constar que, la explicación de la existencia de una actividad materialmente administrativa en otros órganos del Estado distintos de la Administración pública, se ha tratado también de llevar a cabo a través de otros argumentos. Si bien estas tesis tienen un carácter francamente minoritario, pues no han recibido grandes apoyos por parte del resto de la doctrina.

Así, algunos autores consideran que, la salida a los problemas dogmáticos que produce el desarrollo de actividad materialmente administrativa por estos órganos, debe resolverse atribuyendo a cada uno de ellos personalidad jurídica.<sup>250</sup> Esta solución ha sido, sin embargo, considerada irrazonable tanto para los partidarios de la tesis estatutaria,<sup>251</sup> como para sus detractores.<sup>252</sup>

---

250 SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la personalidad jurídica...* Págs. 17-20. Opinión que comparte J. J. LAVILLA RUBIRA, que considera que “esas organizaciones burocráticas de naturaleza administrativa gozan de personalidad jurídica propia y diferenciada de la que corresponde a las Administraciones Públicas dependientes del poder ejecutivo”. “Se trata, ciertamente, de una atribución de personalidad de carácter implícito (posible, por lo demás, en nuestro ordenamiento jurídico), pero acreditada por una práctica indiscutible: quienes contratan y, en general, operan en el tráfico jurídico son tales organizaciones burocráticas en cuanto tales, a las que se imputan los efectos propios de los actos que realizan”. “Por lo demás, la propia jurisprudencia constitucional ha afirmado en alguna ocasión que la personalidad jurídica diferenciada es consecuencia ineludible de la autonomía. Sí parece incontestable que las organizaciones burocráticas al servicio de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional han de disfrutar de autonomía para el adecuado y también autónomo ejercicio por los órganos a los que sirven de sus funciones constitucionales, la personalidad jurídica diferenciada de aquéllas parece consecuencia insoslayable de la señalada autonomía”. En *Derecho de los contratos públicos*. Coordinador: B. Pendás García. Praxis. Barcelona, 1995. Págs. 185-186.

251 Entre los partidarios de la tesis estatutaria se han pronunciado sobre la cuestión GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, que consideran que, por la ocasionalidad con que la actividad de estos órganos cae sobre la Jurisdicción Contencioso-administrativa, basta con una atribución específica de competencia a esos tribunales, en cuanto se refieren a sus funcionarios y relacio-

Para otros, la actividad materialmente administrativa de estos órganos no se rige por el Derecho administrativo, sino por su propio Derecho dictado en virtud de su régimen de autonomía.<sup>253</sup> Posición que ha recibido también la crítica de una parte importante de la doctrina.<sup>254</sup>

---

nes patrimoniales que afecten a terceros. *Curso de...* Págs. 35-36. En la misma línea, TOLIVAR ALAS: *Derecho administrativo y...* Pág. 17. También MORELL OCAÑA, que entiende que “para que comparezcan ante el juez contencioso-administrativo las instituciones legislativa y judicial no hace falta considerarlas con personalidad jurídica propia (...) simplemente y en la medida en que han de procurarse los medios necesarios, asumen la cualidad jurídica de entidades administrativas; es el Estado el que se expresa de ese modo y se les aplica el mismo Derecho que a éstas”. *Curso de Derecho... I.* Págs. 50-51.

252 Entre los partidarios de la tesis del Estado-persona se puede citar a GALLEGO ANABITARTE, que se pronuncia en contra de esta posibilidad en cuanto llevaría al absurdo de configurar un Estado sin órganos, convirtiendo a éste en una mera referencia ideal. *Constitución y personalidad jurídica...* Págs. 79-88. En la misma línea, DíEZ-PÍCAZO, que niega dicha posibilidad respecto a las Cámaras. *La Autonomía Administrativa...* Págs. 95-96. También JIMÉNEZ DE CISNEROS, que señala respecto a esta tesis que “se prefiere crear un sistema de relaciones mucho más complejo y teóricamente más complicado, todo antes que aceptar que las Cortes son un órgano estatal más, con las competencias atribuidas por la Constitución, que ejercen poder público. Además se omite explicar qué tipo de relaciones se darían entre estas personas jurídicas. Parlamento y Administración, así como se incurre en los mismo defectos criticados: hoy por hoy, las Cortes carecen de personalidad, nuestro ordenamiento no les ha atribuido tal cualidad. Y mucho más fácil resultaría que el Ordenamiento se la atribuyera al Estado, en su conjunto, que a todos y cada uno de los órganos a través de los cuales ejerce sus competencias y atribuciones, lo que comportaría un inextricable juego de relaciones entre ellos”. *Los organismos autónomos...* Pág. 56.

253 ESCRIBANO COLLADO: *¿Crisis de los conceptos...* Págs. 182-183. Opinión que parece compartir PAREJO ALFONSO, que considera que de la sujeción de estas relaciones jurídicas a la jurisdicción contenciosa, “no se sigue que éstas sean sin más jurídico-administrativas: más bien se rigen por su régimen propio (el establecido por la normativa específica al efecto establecida), sin perjuicio de la aplicabilidad supletoria del Derecho administrativo (fenómeno éste tan antiguo como el Derecho y que no cuestiona la independencia de dicha disciplina) en tanto que el Derecho público interno común por *vía expansiva*”. *Estado Social y...* Pág. 118.

Hay también, por último, quien considera que las organizaciones burocráticas auxiliares de estos sujetos son simplemente Administraciones públicas. Si bien dejando claro que esa calificación, siempre según esta parte de la doctrina, se extiende a dichas organizaciones instrumentales, pero nunca a la totalidad de esos órganos constitucionales.<sup>255</sup>

Una vez dejada constancia de la existencia de estas tesis minoritarias, debemos volver a la cuestión principal que nos ocupa, teniendo en cuenta que lo que nos interesa en este momento, más que la cuestión misma de si se debe considerar que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su conjunto o a la Administración pública, es que la admisión de la primera teoría parece conllevar el rechazo de la tesis estatutaria.

El pronunciamiento más claro al respecto se puede encontrar en GALLEGO ANABITARTE, uno de los principales representantes de esta corriente crítica, que se sitúa expresamente en desacuerdo con esta tesis, de la que afir-

---

254 GALLEGO ANABITARTE: *Constitución y personalidad jurídica...* Págs. 75-76. GUAITA, A.: “Los actos administrativos del Tribunal Constitucional”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 29, abril-junio de 1981. Pág. 245. SANTAMARÍA PASTOR: *Sobre la personalidad jurídica...* Págs. 14-15.

255 LAVILLA RUBIRA considera que, si “las organizaciones burocráticas auxiliares de los sujetos públicos no integrados en el poder ejecutivo se rigen por el Derecho administrativo y son fiscalizadas por el orden jurisdiccional contencioso-administrativo, es que son verdaderas Administraciones Públicas”. “Debe precisarse, por lo demás, que la condición de Administración pública no conviene, desde luego, a la totalidad de la estructura de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional considerados. Ciertamente el Congreso de los Diputados no es Administración pública cuando expresa su voluntad acerca de un proyecto o una proposición de Ley, del mismo modo que no lo es el Tribunal Constitucional cuando dicta una sentencia en su condición de intérprete supremo de la Constitución. Por el contrario, la condición de Administración debe reconocerse sólo a las organizaciones auxiliares de tales órganos constitucionales y de relevancia constitucional que cumplen la función de proveer a éstos de los medios materiales y personales necesarios para el adecuado y autónomo cumplimiento de sus funciones constitucionales”. *Derecho de los contratos...* Pág. 183-185.

ma que “es una paradigmática expresión de la indebida sustantivización de un saber jurídico y de su objeto: la Administración pública”. A lo que añade que la formación de dicha concepción encuentra su explicación “en la singular evolución del Derecho público español, que ha carecido de Derecho constitucional y de una teoría jurídica del Estado”. Pero sin que exista una verdadera necesidad práctica de atribuir personalidad jurídica propia a la Administración, en cuanto no es cierto que el ciudadano se enfrente sólo al Estado a través de ella. Dado que la posición jurídica del ciudadano está también directamente configurada por las leyes que emanan del poder legislativo, así como por las sentencias y autos dictados por los miembros del poder judicial.<sup>256</sup>

A esta posición crítica con la tesis estatutaria se puede llegar, también, partiendo de la existencia de este sector de actividad materialmente administrativa en órganos que no son Administraciones públicas, sin defender que la personalidad jurídica se atribuye al Estado y no a la Administración pública, desde la consideración que ello significa que el Derecho administrativo no puede ser considerado un Derecho estatutario, sino el Derecho de la función administrativa.<sup>257</sup>

Tesis que encuentra también apoyo en el art. 106 de la Constitución Española (en adelante CE),<sup>258</sup> que establece que los “Tribunales controlan (...) la actuación administrativa”, con lo que, siempre según los autores partidarios de esta tesis, se utiliza deliberadamente el término actuación administrativa, en vez del término actividad de la Admi-

---

256 GALLEGO ANABITARTE: *Constitución y personalidad jurídica...* Págs. 77 y 65.

257 SANZ LARRUGA, F. J.: “La Administración pública española: su naturaleza jurídica”, en *La Administración pública española*. Pág. 196. SANTAMARÍA PASTOR: *Principios de Derecho...* I. Pág. 78. SOUVIRON MORENILLA: *Sobre la Administración pública...* Págs. 131-134.

258 *Constitución Española, de 27 de diciembre de 1978.*

nistración, que comprende también una parte de la acción de otros órganos públicos que no tienen el carácter de Administración pública.<sup>259</sup>

Esta posición ha sido, obviamente, rebatida por los partidarios de la tesis estatutaria, que entienden que no puede considerarse que, como consecuencia de la existencia de esta actividad, se pueda hablar de una función administrativa del Estado. Pues “la actuación material de la Administración Pública propiamente tal es infinitamente más compleja y proteica que la que realizan esos aparatos de apoyo, limitada (...) a la gestión del personal y a los aspectos patrimoniales interesantes a terceros”. A lo que se añade que otras funciones administrativas desarrolladas por estos entes, aquéllas que se vinculan al cumplimiento de sus fines principales (policía de las cámaras, ejecución de sentencias por los tribunales, etc.) quedan al margen de esa extensión de las reglas propias del Derecho administrativo.<sup>260</sup>

Debe tenerse en cuenta que no todos los autores que hemos visto que defienden la personalidad jurídica del Estado, en vez de la Administración pública, extraen como consecuencia la necesidad de una definición objetiva de la Administración pública. Así, GARRIDO FALLA, que, como ya vimos, era partidario de una tesis subjetiva de carácter

---

259 SANZ LARRUGA: *La Administración pública...* Pág. 196.

260 GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Pág. 35. La misma postura TOLIVAR ALAS: *Derecho administrativo y...* Pág. 17. ESCRIBANO COLLADO: *¿Crisis de los conceptos...* Pág. 179. Igualmente, para LAVILLA RUBIRA, las consideraciones precedentes “no son incompatibles en absoluto con la concepción subjetiva y estatutaria del Derecho administrativo. Éste seguiría ciertamente siendo, en la posición expuesta, un Derecho propio de determinadas personas jurídicas que tienen la condición de Administraciones Públicas. El único efecto (...) sería el de que esas personas jurídicas cuyo estatuto disciplina el Derecho administrativo no serían sólo las organizaciones burocráticas personificadas dependientes del poder ejecutivo, sino en los limitados ámbitos materiales en los que operan, también las que, personificadas asimismo, están al servicio de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional”. En *Derecho de los contratos...* Pág. 186.

orgánico, niega expresamente el carácter funcional de la noción que nos ocupa. Apoyándose, para ello, en la consideración de que la actividad materialmente administrativa de los demás órganos del Estado es una simple actividad medial e instrumental de la función propia de esos poderes. Y que su existencia no debe plantear mayor problema dogmático, pues lo que ocurre simplemente es que el ámbito de la jurisdicción contencioso-administrativa y el del Derecho administrativo no coinciden.<sup>261</sup>

Hay también una parte de la doctrina que niega que esto suponga que la Administración constituye una función, en cuanto consideran que la aplicación del Derecho administrativo a estos órganos que no son Administración Pública encuentra su fundamento en la forma de actuación, en la utilización de unas reglas diferenciadas del Derecho común e idénticas en su estructura a las de la Administración Pública.<sup>262</sup>

---

261 GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho... I*. Págs. 46-47.

262 En tal sentido se pronuncia A. PALOMAR OLMEDA, que considera que, “tal atribución deriva de dos premisas: una, la de que el órgano en cuestión tiene una naturaleza pública indiscutible y dos, el que su forma de actuación implica la actuación de los métodos y formas del Derecho administrativo”. “Es evidente que sólo la concurrencia simultánea de los dos requisitos propuestos, justifica la atribución del conocimiento de sus asuntos a la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, atribución que se presenta así, no como un puro accidente, sino como la consecuencia ineludible de que un órgano de naturaleza pública actúe conforme a las mismas reglas jurídicas que la Administración pública”. “Es la sustantividad propia de las reglas jurídicas la que determina la atribución a los Tribunales Contencioso-Administrativos y no a los ordinarios, ya que en patrimonio, contratación o personal estos órganos públicos –no encuadrados en la Administración pública convencional- actúan con reglas y métodos propios del Derecho administrativo. Es esta utilización de los esquemas la que justifica la atribución, lo cual no significa retornar al criterio de la función, sino que representa un paso más: es irrelevante la función, lo determinante es la forma de actuación, que en el supuesto que se contempla, supone la utilización de unas reglas diferenciadas del derecho común e idénticas, en su estructura a las de la Administración pública”. *Derecho de la Función Pública*. Dykinson. Madrid, quinta edición, 2000. Págs. 75-76.

### 3. La actividad administrativa del gobierno

Otro argumento que se ha utilizado contra la tesis estatutaria viene dado por la actividad del Gobierno sujeta a Derecho administrativo. Crítica que tiene su origen en que las fronteras entre Gobierno y Administración son imprecisas y poco claras, no pudiendo fijarse de forma tajante el ámbito propio de uno y otra, en cuanto carecen de unos límites claramente definidos.<sup>263</sup>

Esta confusión se ve además incrementada por el hecho de que la actividad realizada por el Gobierno no tiene un carácter uniforme, sino que asume diferentes rasgos según actúe en cumplimiento de funciones políticas o administrativas. Lo que permite afirmar que en ocasiones el Gobierno opera como un órgano político, dictando actos políticos; y en otras actúa administrativamente, generando actos administrativos.

Aunque el concepto de acto político es polémico y discutido, su reconocimiento en nuestro ordenamiento jurídico es claro, pudiéndose encontrar en el Derecho positivo diversos preceptos en los que aparece implícitamente reconocido. Si bien, obviamente, no se trata del viejo concepto de acto político, que excluía totalmente el control judicial de algunas actuaciones de la Administración, contra el que tanto ha tenido que luchar la doctrina administrativa. Hoy supone tan sólo una limitación parcial de las facultades de fiscalización de los tribunales, pero persis-

---

263 Como señala A. NIETO, "las fronteras entre la política y la Administración son tan fluidas que no admiten mojones estables. El ministro es un político, ciertamente, pero al tiempo es la cabeza de la Administración y administra cada día, de la misma forma que el Gobierno es un órgano político-constitucional y, sin embargo, más del cincuenta por ciento de su actuación es administración pura. Y a la inversa: los administradores colorean inevitablemente su obrar cotidiano con un sesgo político inconfundible, a despecho de sus protestas de tecnicismo. Gobierno y Administración van de la mano". *La organización del desgobierno*. Ariel. Barcelona, 1984. Pág. 5.



tiendo siempre algunos elementos susceptibles de control (elementos reglados, derechos fundamentales, indemnizaciones que fueran procedentes).

Así, el art. 2. a LJ establece que el orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con la “protección jurisdiccional de los derechos fundamentales, los elementos reglados y la determinación de las indemnizaciones que fueran procedentes, todo ello en relación con los actos de Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualesquiera que fuera la naturaleza de dichos actos”.

También se puede citar el art. 37. 5. a LPC, que excluye el ejercicio del derecho de acceso a archivos y registros respecto a los expedientes que “contengan información sobre las actuaciones del Gobierno del Estado o de las Comunidades Autónomas, en el ejercicio de sus competencias constitucionales no sujetas al Derecho Administrativo”.

Posición que avala un sector importante de la doctrina, apoyándose para ello en la distinción entre un grupo de actividad que es susceptible de control jurídico, y otra que, en cuanto supone la adopción de decisiones política en base a criterios no jurídicos, sino de oportunidad, sólo puede generar responsabilidad política y no jurídica.<sup>264</sup>

Esto hacía que tradicionalmente se partiese de la consideración de que el Gobierno está dotado de una doble naturaleza, administrativa y política. Lo que permitía explicar en términos relativamente sencillos dicha dualidad. El Gobierno en ocasiones es Gobierno en sentido estricto y actúa dictando actos políticos, mientras que en otros es Administración y dicta actos administrativos.

La cuestión deja, sin embargo, de parecer tan clara con la promulgación de nuestra Norma Fundamental, que parece configurar al Gobierno y la Administración como en-

---

264 RUIZ RISUEÑO, F: *El proceso contencioso administrativo*. Tercera edición. Colex. Madrid, 1999. Págs. 127-137. SANTAOLALLA LÓPEZ, F, en *Comentarios a la Ley del Gobierno*. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002. Págs. 379-382.

tidades diferenciadas, pues regula a ambos en su Título IV, separando claramente uno y otra, al establecer de forma tajante que el “Gobierno dirige (...) la Administración civil y militar” (art. 97 CE).<sup>265</sup>

Aunque esto no impidió en un primer momento que la doctrina siguiese defendiendo la tesis de la doble naturaleza del Gobierno,<sup>266</sup> más recientemente la distinción entre éste y la Administración comienza a ser enfatizada.

Así lo hizo, efectivamente, en primer lugar, la Exposición de Motivos LPC, según la cual la Constitución “configura al Gobierno de la Nación como un órgano eminentemente político que dirige la Administración y ejerce la potestad reglamentaria.

En el ordenamiento que tuvo su origen en el régimen autocrático precedente se venía reduciendo el Gobierno al órgano superior en el que culmina la Administración del Estado y, en consecuencia, concibiéndolo como un mero apéndice o prolongación de la misma, con la que compar-

---

265 Lo que supone, en opinión de L. PAREJO ALFONSO, que “la función constitucional ejecutiva tiene una doble dimensión gubernativo-directiva y administrativo-dirigida, cada una de ellas dotada de una lógica propia, aunque compatible con la de la otra”. “Gobierno y Administración pública en la Constitución española”, en *La Administración pública española*. Págs. 92-93.

266 Así, ENTRENA CUESTA considera que “el Gobierno tiene una doble naturaleza: por una parte, cuando realiza una actividad política se nos aparece como algo distinto de la Administración pública, pero, por otra, en los restantes supuestos, forma parte de ésta y constituye, precisamente, su órgano superior”. *Curso de Derecho...* Pág. 30. J. DE ESTEBAN; y P. J. GONZÁLEZ-TREVIJANO consideran que el “artículo 97 de la Constitución parece reconocer (...) que existe una distinción funcional entre la actividad política y la administrativa. La consecuencia de ello sería, por tanto, una clara delimitación entre Gobierno y Administración”. “Sin embargo, hay que rechazar esta primera lectura, para, en una posterior más profunda, acabar afirmando que la interpretación más correcta de los Títulos IV y V de nuestra Norma Fundamental es que, en el nivel del Gobierno, no sólo es válida esa distinción, sino que el Gobierno debe ser definido como un *órgano político-administrativo*. En efecto, en él confluyen de forma interconexa estos dos aspectos”. *Curso de Derecho Constitucional Español III*. Madrid, 1994. Pág. 318.

tiría, en buena medida, su naturaleza administrativa. El artículo 97 de la Constitución arrumba definitivamente esta concepción y recupera para el Gobierno el ámbito político de la función de gobernar, inspirada en el principio de legitimidad democrática. Se perfilan así con nitidez los rasgos propios que definen el Gobierno y la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción política de dirección del Gobierno”.

Esta nueva manera de concebir la relación entre Gobierno y Administración fue duramente criticada por una parte de la doctrina, que veía en ella una resurrección de la vieja doctrina de los actos políticos, en la que latía el propósito de dejar a las autoridades políticas al margen de toda responsabilidad por el funcionamiento de la Administración.<sup>267</sup> Si bien fue, sin embargo, defendida por otros auto-

---

267 En tal sentido PARADA VÁZQUEZ, que considera que a esta posición hay que darle “una explicación simplemente política, porque político parece haber sido el intento de separar el nivel de la Administración y del Gobierno, configurando ésta como un núcleo dominador o director, pero en cierto modo irresponsable del funcionamiento de la máquina administrativa de la que jurídicamente responderían únicamente los funcionarios. Hay varios indicios en esta Ley (...) que permiten sospechar que lo que se pretendía, en definitiva, era (...) resucitar el viejo concepto de acto político a efectos de exención del control contencioso-administrativo, pero además en mi opinión, conseguir para la clase política una cierta exención de la responsabilidad personal que conlleva la dirección de la Administración, localizándolo, fundamentalmente, en la clase funcional, convertida así en chivo expiatorio del defectuoso funcionamiento jurídico del sector público”. A lo que añade más adelante que “pretender, como confiesa la Exposición de Motivos, configurar la acción del Gobierno, estatal, autonómico y local como una angélica función de dirección sin carácter administrativo, no ejecutiva, sin mando real y responsabilidad jurídica, sólo política, sobre el funcionamiento de las Administraciones públicas, en una sorprendente interpretación del art. 97 de la Constitución en que se enfatiza el término “dirección” de las Administraciones civil y militar, pero que silencia la referencia a la “función ejecutiva”. Una interpretación que da por supuesto que el término “dirección” excluye la naturaleza administrativa y, por ello, no implica responsabilidad jurídica sobre el funcionamiento de la Administración, interpretación que va contra toda nuestra tradición política

res, que consideraban que, con ella, no se trataba de negar la dimensión administrativa del Gobierno, sino, tan sólo, de dar reconocimiento adecuado a la labor de dirección que la Constitución le atribuye.<sup>268</sup>

---

desde los orígenes de nuestro constitucionalismo hasta hoy mismo y que la doctrina constitucional rechaza explícitamente, pues afirma con rotundidad que el Gobierno es también Administración pública. En todo caso esa tradición constitucional no viene del franquismo como con toda falsedad dice la Exposición de Motivos. Por el contrario, en nuestro Derecho público desde la Constitución de Cádiz hasta hoy, lo mismo que en el constitucionalismo francés o italiano, la autoridad electa es, a la vez, autoridad política y administrativa, es Gobierno y Administración, pues siempre ha tenido una indiscutible doble naturaleza, de dirección ciertamente, pero dirección entendida, no como la ocasional de una orquesta, sino en más amplio de mando efectivo sobre la organización, de toma de decisiones y de asunción de la consiguiente responsabilidad jurídica, unidad del nivel político y el administrativo sólo quebrado por la relativa independencia de los Ejércitos organizados como corporaciones con su propia justicia militar. Esa mixtura de lo político y lo administrativo en la Administración civil que es la esencia de la función ejecutiva ha llegado siempre y sigue operando desde el Gobierno de la Nación hasta el nivel de Dirección General y Gobernadores civiles, y en el ordenamiento local se concretaba y concreta en la atribución de todas las competencias municipales a los Plenos y Presidentes de las Corporaciones locales". "Ciertamente que este increíble intento de configurar a la clase política como a un nuevo Pilatos que se lava las manos de la función administrativa o ejecutiva, de lo que hagan la Administración estatal, autonómica y locales, que sólo la dirige a distancia, que no responde jurídicamente por ella, trasladando toda la responsabilidad a los funcionarios, no podrá nunca prosperar por las razones jurídicas que quedan dichas y otras de simple operatividad y eficacia, pues no pueden existir organizaciones sin mando efectivo y responsable, pero responsables jurídicamente y no solamente en las citas electorales". *Régimen Jurídico de...* Págs. 18-19 y 22-24. En la misma línea se ha pronunciado también, JORDANO FRAGA, J.: "¿Jaque mate al acto político?", en *Revista Española de Derecho administrativo* 95, julio-septiembre de 1997. Pág. 418.

268 En tal sentido PAREJO ALFONSO, que considera que no "se trata, en modo alguno, ni del desconocimiento de la dimensión administrativa del Gobierno, ni de la recuperación –en favor de éste– de los actos políticos. Mucho más simplemente: se trata sólo de reprimar la dimensión del Gobierno (del Gobierno de cualquier nivel territorial), su función constitucional no administrativa y su papel

Esta separación parece haber sido confirmada por la legislación posterior, que regula en dos textos legales diferentes al Gobierno (Ley del Gobierno<sup>269</sup>) y a la Administración (LOFAGE), e incluso en alguna jurisprudencia del Tribunal constitucional.<sup>270</sup>

Sentada la diferenciación entre Gobierno y Administración en dichos términos, queda abierta la puerta para que un sector de la doctrina ataque la tesis estatutaria desde dicha dualidad, aduciendo que, si el Gobierno está sometido al Derecho administrativo, no formando parte de la Administración sujeto, es porque dicha actividad es administrativa en sentido objetivo.<sup>271</sup> Lo que “demuestra la innecesariedad de que un órgano del Estado esté incluido en la Organización administrativa estatal para que sea sujeto de la actividad administrativa”.<sup>272</sup>

Esta crítica puede ser enervada desde la negación de la certeza de la distinción entre Gobierno y Administración que está en la base de la misma. Pues, aunque ha sido aco-

---

directivo de la correspondiente Administración. Ello no significa que cuando los órganos del Gobierno operen como tales (no ejerzan competencias administrativas) se sitúen más allá del Derecho; significa, sencillamente, que está sujeto sólo a aquel Derecho al que debe estarlo”. *Objeto, ámbito...* Pág. 36. Señala SÁNCHEZ BLANCO que la “exposición de motivos de la LAP, desde la directa referencia del art. 97 de la Constitución, es precisa en la delimitación entre el ámbito político de la función de gobernar, inspirado en el principio de legitimidad democrática, y el ámbito administrativo de la ejecución”. *Los derechos ciudadanos...* Pág. 82.

269 Ley 50/1997, de 27 de noviembre, de Organización, Competencia y Funcionamiento del Gobierno.

270 Señala el Tribunal Constitucional que no “cabe entender que, por “Gobierno”, el art. 107 comprenda, en general, el llamado Poder Ejecutivo, incluyendo cualquier Administración pública, como hace en cambio el art. 103 CE, pues Gobierno y Administración no son la misma cosa y están perfectamente diferenciados en el propio Título IV en el que el art. 107 se inserta”. STC 204/1992, de 26 de noviembre de 1992. FJ. 2.

271 SOUVIRON MORENILLA: *Sobre la Administración pública...* Pág. 128.

272 SANZ LARRUGA: *La Administración pública española...* Pág. 201.

gida favorablemente por algún sector de la doctrina,<sup>273</sup> dicha diferenciación no deja de ser discutida y discutible, y ha recibido, por ello, la crítica de un relevante grupo de autores, que rechazan esa separación entre Gobierno y

---

273 Así, PAREJO ALFONSO, considera que esta solución “no sólo es legítima, sino que presenta la ventaja, frente a la de regulación conjunta de ambas piezas, de resaltar la entidad propia de la primera en el orden constitucional y la solución de continuidad que éste supuso respecto al régimen político franquista, cuya óptica propia era cabalmente, para el entero complejo orgánico-funcional de que se trata, la de la *Administración* y cuya influencia inercial –con repercusiones distorsionadoras– ha venido prolongándose bajo aquel orden gracias a la pervivencia, en lo fundamental, de la legislación reguladora de la Administración del Estado de 1957. En favor de la alternativa legislativa se suma, además, la distribución territorial que de la potestad legislativa hace la Constitución, en la que la reserva a las Cortes Generales de las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios (para la garantía, en todo caso, de un tratamiento común ante ellas), así como –entre otros extremos– el procedimiento administrativo común y el sistema de responsabilidad patrimonial de todas dichas Administraciones, excede de la dimensión competencial que le es propia, para condicionar el *ordenamiento* del sistema administrativo; impone, en efecto y según se ha dicho, una legislación común, cuya lógica atraviesa (imponiendo la suya) la específica de cada una de las instancias territoriales y que, por esta razón, asume una posición funcional de *norma de cabecera* de las normas generales, autonómicas y, en su caso, locales reguladoras de cualquiera de los extremos mencionados (en calidad de *príus* lógico de éstas). Esta perspectiva coloca bajo luz específica las remisiones a la Ley ordinaria que, con motivo de la regulación diferenciada del Gobierno y la Administración, se hacen en el Título IV, pues es claro que mientras las relativas al Gobierno sólo tienen como criterio y referencia la propia Constitución, las atinentes a la Administración General del Estado deben inscribirse ya en el marco del *bloque de constitucionalidad* que con aquélla forman lógicamente las bases y determinaciones comunes de todas las Administraciones públicas”. *Gobierno y Administración...* Págs. 113-114. T. GONZÁLEZ CUESTO considera que, sin “perjuicio de que Gobierno y Administración, director y dirigida, se encuentran íntimamente relacionados, no son lo mismo, por lo que ha parecido conveniente separar la regulación más específica de uno y otra, incluso formalmente, dedicando leyes diferentes a cada uno”. *Comentarios a la Ley del Gobierno*. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002. Pág. 36. Por su parte SÁNCHEZ BLANCO, ha señalado que

Administración, y siguen afirmando la doble naturaleza, política y administrativa, del primero.<sup>274</sup>

---

el énfasis en la distinción entre Gobierno y Administración “tendrá efectos inducidos positivos para la reconducción al ámbito estrictamente político de los componentes discrecionales y en la consecuente profesionalización que tiene que producirse al segregarse el ámbito político del administrativo. Sus efectos finales pueden contribuir a soslayar los condicionantes políticos sobre el ámbito jurisdiccional”. *Los derechos ciudadanos...* Pág. 89. PALOMAR OLMEDA considera que la “aceptación de la necesidad de diferenciar ambas figuras no es sólo una exigencia teórica, sino también y, sobre todo, una necesidad de funcionamiento que deriva de factores diversos. Desde una consideración subjetiva, es lo cierto que ambas figuras representan actores diferentes, con un status diferenciado en sus reglas y en el alcance de las consecuencias que se derivan de las mismas. Objetivamente hablando, es necesario indicar que el papel atribuido al Gobierno es el de la formulación de política, no su ejecución, que se atribuye a la Administración”. “Y, por último, desde una consideración científica de la organización y del trabajo, es necesario establecer con claridad las reglas y pautas de la división del trabajo y la articulación del mismo”. “La utilidad de esta diferenciación ha estado muy matizada y oscurecida por el hecho de existir una franja común entre ambos órganos e, incluso, en algunos momentos por la confusión de las reglas de funcionamiento de uno y otro. Esta circunstancia no debe, sin embargo, impedir la formulación real de la misma que constituye un imperativo constitucional a la par que una exigencia real de funcionamiento”. *Derecho de la función...* Pág. 252.

- 274 Así SANTAMARÍA PASTOR señala que el “Gobierno es, evidentemente, *un órgano constitucional*, cabeza de uno de los poderes del Estado y al que la CE atribuye numerosas competencias y potestades concretas cuya regulación escapa al Derecho administrativo”. “Pero es también, al propio tiempo, *un órgano administrativo*, el primero y el más importante de los que integran la Administración central: cuantitativamente, el mayor número de decisiones que adopta versa sobre cuestiones típicamente administrativas; decisiones íntegramente sujetas al Derecho administrativo y que pueden ser impugnadas ante la jurisdicción contencioso-administrativa de forma enteramente ordinaria y natural”. *Principios de Derecho...* I. Pág. 496. También, F. GONZÁLEZ NAVARRO, que considera que “los dos términos de la alternativa –órgano constitucional, desde luego; pero también órgano administrativo – son válidos para calificar al Consejo de Ministros”. De tal forma que, “la expresión *Administración General del Estado* comprende también al Gobierno o Consejo de Ministros (...). Y es que el Gobierno constituye precisamente la

Si bien el obstáculo no quedaría con ello superado. Pues aun considerando al Gobierno como Administración se puede esgrimir la existencia de un sector de actividad administrativa deslindado en base a un criterio funcional y no subjetivo. En definitiva, la actividad realizada por el Gobierno será política o administrativa, según sirva al cumplimiento de una misión política o una función administrativa.<sup>275</sup>

En contra de esta crítica, sin embargo, los partidarios de la tesis estatutaria aducen que la “consideración de la Administración Pública como una persona jurídica exige y, al propio tiempo, justifica la exclusión de la misma de una parte de la actividad de los órganos superiores de tipo político. Estos órganos, especialmente el Gobierno, no son

---

cabeza de la organización administrativa del Estado”. *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común I*. Escrita en colaboración con González Pérez, J. Civitas. Madrid, segunda edición, 1999. Págs. 178-179. Por su parte, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO considera que el Gobierno, “sin perjuicio de que ostente también funciones políticas actúa, asimismo, como órgano administrativo, no siendo de recibo afirmar que Gobierno y Administración son instituciones diferentes, como hace la exposición de Motivos de la LPC (por más que su regulación separada en la LG parezca profundizar la diferencia)”. En *Régimen jurídico de...* Pág. 32. Por último citaremos a M. GARCÉS SANAGUSTÍN, que entiende que la “acción gubernamental se configura (...) como un espacio de autonomía inmune a las injerencias de otros órganos constitucionales, que se materializa en la adopción de líneas y estrategias de actuación ejecutiva, sin perjuicio del carácter sedicentemente administrativo que le atribuye la Constitución, como órgano terminal del conjunto de la Administración pública y, por lo tanto, *velis nolis*, el Gobierno es también Administración General del Estado”. “El Gobierno”, en *La Administración pública española*. Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2002. Pág. 164.

275 Como señala RUIZ RISUEÑO, “nuestra Constitución ha distinguido claramente entre la función política o de Gobierno y la función administrativa, y tales funciones, aunque encomendadas a los mismos órganos, son diferentes y, en consecuencia, requieren un tratamiento distinto, tanto por su propio contenido, como por su posterior control”. *El proceso contencioso...* Pág. 125.



sólo eventualmente órganos de la Administración Pública (aspecto bajo el cual su actividad está sometida al Derecho Administrativo), sino que cumplen, además, otras funciones que nada tienen que ver con la Administración pública en cuanto persona”.

A lo que añaden que lo “que sucede en estos casos es que en los titulares de estos órganos superiores de la Administración Pública concurre, al propio tiempo, la condición de comisionados del “propietario del poder”, la “confianza” parlamentaria en nuestro sistema (arts. 99, 101, 112, 113 y 114 de la Constitución) para ejercer dicho poder. La concurrencia de esta doble condición explica que tales individuos actúen unas veces en cuanto titulares del órgano administrativo (en cuyo supuesto su actividad se imputa a la Administración como persona y está sujeta al Derecho Administrativo: todos los reglamentos, actos y contratos administrativos procedentes del Consejo de Ministros) y otras como personas que integran un centro de competencias constitucionales como comisionados políticos del “propietario del poder” (en cuyo caso su actividad está sometida al Derecho Constitucional)”.<sup>276</sup>

#### **4. La actividad administrativa de los sujetos privados**

Otro punto desde el que se ha atacado la tesis estatutaria es la existencia de actividad administrativa desarrollada por sujetos privados.<sup>277</sup>

Aquí habría que distinguir, en realidad, dos supuestos diferentes. El primero de ellos es la posibilidad de que sujetos privados, como por ejemplo los concesionarios de

---

276 GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ: *Curso de...* (octava edición, 1997). Págs. 30-31.

277 MARTÍN MATEO, R.: “La sustantividad del Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* 53, mayo-agosto de 1967. Págs. 40-42.

servicio público, ejerciten potestades administrativas, estando, en tal medida, sujetos al Derecho administrativo.

A dicho supuesto se refiere en el Derecho positivo el art. 2. d LJ, que establece que el “orden jurisdiccional contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con”: d) “Los actos administrativos de control o fiscalización dictados por la Administración concedente, respecto a los dictados por los concesionarios de los servicios públicos que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a los mismos, así como los actos de los propios concesionarios cuando puedan ser recurridos directamente ante este orden jurisdiccional de conformidad con la legislación sectorial correspondiente”.

Solución jurídica que, pese a venir referida expresamente sólo a los concesionarios de servicio público, se debe considerar extendida a todos los supuestos análogos al mismo.<sup>278</sup>

Esto supondría que existen supuestos de administración en sentido objetivo, pues se trataría de actividad administrativa, que se rige por el Derecho administrativo y se enjuicia por la jurisdicción contencioso-administrativa, pero que es desarrollada por entidades que no son Administraciones públicas en sentido subjetivo.

En contra de esta crítica los defensores de la tesis estatutaria señalan que se trata de simples supuestos de delegación del ejercicio de funciones públicas por parte de la Administración. De tal forma que ese sujeto privado no estaría actuando como tal, ni ejercita poderes propios, sino

---

278 AYALA MUÑOZ, J. M.; FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J. M.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; GUTIÉRREZ DELGADO, J. M.; HUESCA BOADILLA, R.; IRURZU MONTORO, F.; RIVERO GONZÁLEZ, M.; SANZ GANDASEGUI, F.; TORRES FERNÁNDEZ, J. J.; VEGA LABELLA, J. I. (en adelante AYALA MUÑOZ y otros): *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Aranzadi, segunda edición. Pág. 129. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tecnos. Madrid, 1999. Pág. 81.

que lo hace como órgano, delegado o agente de la Administración en virtud de una transferencia por parte de ésta de poderes originariamente administrativos.<sup>279</sup>

Frente a ello, los autores críticos con dicha teoría, señalan que dicho fenómeno quedaría explicado de forma sencilla, sin necesidad de recurrir a la tesis de la delegación de funciones por parte del Estado, si se parte de una concepción objetiva de administración pública.<sup>280</sup>

El segundo supuesto es de más difícil clasificación, en cuanto ni puede incluirse en sentido estricto en la realización de funciones administrativas por sujetos privados, ni tampoco puede incluirse fácilmente en el de los órganos estatales que desarrollan actividad materialmente administrativa. Pues viene referido a sujetos en los que se fusionan lo público y lo privado, haciendo imposible su clasificación en ninguna de esas esferas. Nos estamos refiriendo, claro está, a las Corporaciones de Derecho público.

Estas entidades, de naturaleza siempre discutida, se caracterizan por ser representativas de los intereses de determinados colectivos, por lo que en principio están llamados a tutelar intereses esencialmente privados, aunque no de-

---

279 Señalan GARCÍA DE ENTERRÍA; FERNÁNDEZ-RODRÍGUEZ que se trata de simples supuestos de delegación. “El delegado (que puede ser otra Administración pública o, incluso, un simple sujeto privado) actúa en el ámbito de la delegación como si fuera la propia Administración pública delegante. Dentro de este concreto ámbito, las relaciones jurídicas que se traben entre los particulares y el delegado serán, también, administrativas, aunque en este último sea formalmente un sujeto privado”. *Curso de...* (octava edición, 1997). Págs. 41-42. En la misma línea, PAREJO ALFONSO: *El concepto de...* Pág. 147.

280 En tal sentido GONZÁLEZ NAVARRO, que señala que, en “cualquier caso, cuando el problema se analiza desde una concepción objetiva del Derecho administrativo empieza a perder virulencia en cuanto que el hecho de probar o no la posibilidad de delegar o descentralizar funciones administrativas en favor de particulares deja intacto siempre el problema conceptual, en cuanto que lo esencial no es ya la presencia de una Administración pública sino el ejercicio efectivo de funciones administrativas de trascendencia pública”. *Derecho administrativo... Tomo I*. Pág. 153.

jen de carecer de alguna relevancia pública. Pero, sin embargo, aparecen revestidos de una personalidad jurídica de derecho público; no dependen exclusivamente de la voluntad de las personas que la integran, sino que el ordenamiento jurídico configura en parte su organización y funciones; y, lo que es más importante para nosotros, ejercen algunas funciones públicas. Lo que dificulta la incardinación de los mismos tanto en el ámbito de lo público como de lo privado, pues en cierto modo pertenecen en parte a ambos.

El propio Tribunal Constitucional nos da cuenta de esta doble naturaleza, señalando que “son corporaciones sectoriales que se constituyen para defender primordialmente los intereses privados de sus miembros, pero que también atienden a finalidades de interés público, en razón de las cuales se configuran legalmente como personas jurídico-públicas o corporaciones de Derecho público cuyo origen, organización y funciones no dependen sólo de la voluntad de los asociados, sino también, y en primer término, de las determinaciones obligatorias del propio legislador, el cual, por lo general, les atribuye asimismo el ejercicio de funciones propias de las Administraciones territoriales o permite de estas últimas recabar la colaboración de aquéllas mediante delegaciones expresas de competencias administrativas, lo que sitúa a tales Corporaciones bajo la dependencia o tutela de las citadas Administraciones territoriales titulares de las funciones o competencias ejercidas por aquéllas”.

“Ciertamente es que el carácter de Corporaciones públicas (...) no logra oscurecer la naturaleza privada de sus fines y de sus cometidos principales (...). Pero no es menos verdad que la dimensión pública de los entes colegiales, en cuya virtud, (...) están configurados por la Ley bajo formas de personificación jurídico-pública (...), les equipara sin duda a las Administraciones públicas de carácter territorial, si bien tal equiparación quede limitada a los solos aspectos organizativos y competenciales en los que se singulariza y concreta la dimensión pública de aquéllos”.<sup>281</sup>

---

281 STC 20/1988, de 18 de febrero de 1988. FJ. 4.

En nuestro Derecho positivo, la determinación de la naturaleza jurídica de estos entes se resolvió, en un primer momento, a favor de su consideración como Administraciones públicas. Pues el art. 1. 2. C de la vieja ley jurisdiccional<sup>282</sup> establece que se “entenderá a estos efectos por Administraciones públicas: (...)

c) Las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local”.

En el ámbito doctrinal la cuestión ha sido, y sigue siendo, bastante controvertida. Pudiéndose distinguir hasta tres tesis diferentes sobre la cuestión. Una primera posibilidad sería considerar que se trata de auténticas Administraciones públicas. En este sentido se sitúan una serie de autores, cuyas posiciones no pueden reducirse, a nuestro juicio, a una única teoría, pues aunque tienen en común la conclusión de considerar estos entes como Administración pública, utilizan argumentos diferentes. Por ello, hay que hablar más bien de un grupo de tesis. No ocurre así, sin embargo, con las otras dos respuestas a esta cuestión que examinaremos luego. Pues, pese a que entre sus defensores se pueden encontrar algunas ligeras discrepancias, son mucho más uniformes, de tal modo que las diferencias entre los autores que las defienden no pasan de ser simples matizaciones, que no impiden que puedan ser englobadas en el marco de una teoría común.

Volviendo a la primera tesis, algunos autores deducen que estos entes son Administraciones públicas del encuadramiento de estos entes en la organización de la Administración pública. Esta posición fue defendida en un primer momento por BAENA DEL ALCAZAR, que posteriormente matizará esta opinión. Este autor basaba su posición en que estas entidades están encuadradas en la organización administrativa general, dado que gozan de potestad de *imperium* que ejercen en nombre propio, son creadas por el Es-

---

282 *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, de 27 de diciembre de 1956.*

tado, y tienen obligación de cumplir el fin que tienen encomendado bajo el control del Estado.<sup>283</sup>

Dentro de este mismo grupo de tesis encontramos otros autores que parecen calificar estos entes como Administración pública por ejercer un poder público similar al que ejercen las demás sujetos que son considerados como tales (MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, BOQUERA OLIVER).<sup>284</sup>

En segundo lugar, hay otro grupo de autores que consideran que estas entidades son entes públicos, que no forman parte de la Administración. Para estos autores, lo que caracteriza a las Corporaciones públicas es el ejercicio de funciones públicas como propias, que le son atribuidas por el ordenamiento jurídico en régimen de descentralización. Esto no impide que desarrollen otras funciones privadas y asistenciales que realizan con carácter asociativo, pero estas últimas son irrelevantes para definir estas instituciones.

A esto añaden que no cabe integrar estas entidades, pese a que tienen por lo dicho anteriormente una clara naturaleza jurídico-pública, en la Administración pública. Dado que no se encuadran en la organización estatal. Ese

---

283 BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Los colegios profesionales en el Derecho administrativo español*. Montecorvo. Madrid, 1968. Págs. 27-63.

284 MARTÍNEZ-LÓPEZ MUÑIZ, J. L., que considera que las corporaciones de Derecho público constituyen “organizaciones de base asociativa pero de adscripción obligatoria, que son, por ello, netamente diferentes de las que emergen del ejercicio del derecho fundamental de asociación o del de sindicación proclamados en los art. 22 y 28 de nuestra Constitución; unas organizaciones, en suma, auténticamente jurídico-públicas, que ejercen un poder público no diferente del que es propio y característico de las demás Administraciones públicas, sin perjuicio de que el Derecho administrativo que las rige contenga amplias remisiones o aperturas expresas o implícitas al Derecho privado, en razón de la ausencia de una presencia suficientemente importante de los intereses públicos que a las técnicas jurídico-públicas corresponde proteger y garantizar”. “Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 39, octubre-diciembre de 1983. Págs. 606-607. En la misma línea: BOQUERA OLIVER: *Derecho administrativo*. Págs. 89-90 y 385.

encuadramiento exigiría la inserción organizativa del ente en el cuadro del otro, lo que no ocurre en nuestro caso. Sin que pueda considerarse que una mera delegación o transferencia de tareas y potestades originariamente administrativa equivale a ese encuadramiento. Esta tesis ha sido formulada por ARIÑO ORTIZ y SOUVIRON MORENILLA,<sup>285</sup> y ha sido aceptada por un sector importante de la doctrina.<sup>286</sup>

Por último, existe una tercera tesis que procede de FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ<sup>287</sup> que resalta la base privada de estos entes. Esta teoría aparece formulada en el Curso de Derecho administrativo escrito por éste conjuntamente con GARCÍA DE ENTERRÍA en los términos que vamos a exponer a continuación.

Para estos autores las Corporaciones públicas son entidades de base privada, que sirven fines esencialmente privados (los intereses de sus miembros, si bien no como intereses individuales de cada uno de ellos, sino como intereses objetivos del conjunto del colectivo).

Estos entes se constituyen bajo una forma jurídica pública de personificación, lo que supone desde el punto de vista negativo “la exclusión de los cauces privados de formación de entes corporativos”; y desde el punto de vista positivo, que se “remite la configuración del ente, no a la eficacia dispositiva de la voluntad privada manifestándose en un acuerdo asociativo, sino a una norma jurídica espe-

---

285 ARIÑO ORTIZ, G.; y SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *Constitución y Colegios profesionales*. Unión editorial. Madrid, 1984. Págs. 127-144.

286 SALA ARQUER, J. M.: “Las corporaciones de Derecho público”, en *La Administración pública española*. Págs. 584-589. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Régimen jurídico de las Administraciones...* Pág. 1119. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: *Los organismos autónomos...* Págs. 95-96. AYALA MUÑOZ y otros: *Comentarios a la Ley...* Pág. 127.

287 Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: “Sobre la naturaleza de las Comunidades de regantes”, en *Revista Española de Administración pública* 2 (julio-septiembre de 1974). Pág. 292.

cífica, que puede ser *ad hoc* para cada ente o referirse a una familia de Corporaciones”.

De este modo, el ordenamiento jurídico “impone más o menos agotadoramente su constitución; integra en ellas coactivamente a quienes van a ser sus miembros, pero con ello no persigue de modo necesario una finalidad administrativa estrictamente tal. Simplemente se considera (...) que hay un interés público en la existencia de un sistema de Corporaciones configuradas legalmente y sustraídas, por ello mismo, al principio de libertad de formación y organización que resulta del principio asociativo puro”.

Esto no impide que los intereses de esa Corporación sigan siendo privados. Como tampoco afecta a ese carácter el hecho de que se les atribuya, bien por el ordenamiento jurídico o por delegación expresa de la Administración, el ejercicio de determinadas funciones públicas.

Lo que les permite concluir que estos entes son Administraciones públicas, pero sólo en la medida en que ejercitan potestades públicas. O más técnicamente, no son Administraciones públicas en sentido estricto, sino agentes descentralizados de la Administración de la que reciben por delegación el ejercicio de alguna función propia de aquélla.<sup>288</sup>

Esta tesis es compartida por un sector importante de la doctrina.<sup>289</sup> Pero también ha recibido algunas críticas.<sup>290</sup>

---

288 GARCÍA DE ENTERRÍA; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de...* Págs. 383-389.

289 DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1989. Págs. 49-50. ENTRENA CUESTA: *Curso de...* Vol. I/2 (1989). REQUERO IBÁÑEZ, J. L.: “Las corporaciones de Derecho público en el proceso contencioso-administrativo”, en *Los colegios profesionales. Administración corporativa*. Obra colectiva de la que este mismo autor es director. CGPJ. Madrid, 2001. Págs. 81-82.

290 Así, PARADA VÁZQUEZ considera que la calificación de las Corporaciones públicas de este modo “está originando una cierta confusión doctrinal e indefensión judicial, porque conduce a un concepto muy estrecho de lo que ha de entenderse como su actividad pública fiscalizable por la Jurisdicción Contencioso-administrati-



La Jurisprudencia no se ha pronunciado de forma muy clara, aunque en algunos casos parece mostrarse partidaria de la consideración de estas entidades como entes de base privada.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que las Corporaciones de Derecho público “son corporaciones sectoriales de base privada, esto es, corporaciones públicas por su composición y organización, que, sin embargo, realizan una actividad que en gran parte es privada, aunque tengan atribuidas por la ley o delegadas algunas funciones públicas”,<sup>291</sup>

En sentido similar, el Tribunal Supremo ha afirmado que estas entidades son “sólo Administraciones públicas *secundum quid*, es decir, únicamente en la medida en que son titulares de funciones públicas atribuidas por la ley o delegadas por actos concretos de la Administración, y no en cuanto a los aspectos relativos a su naturaleza básicamente privada en relación con la representación y defensa de intereses privados”.<sup>292</sup>

Habiendo negado, además, expresamente, en alguna sentencia que estas entidades sean Administraciones públicas o entes públicos descentralizados.

Así, el Tribunal Constitucional ha señalado que las Corporaciones públicas son “siempre de carácter público o personas jurídico públicas, porque, pese a la base común asociativa de todas las personas jurídicas, persiguen fines más amplios que las de simple interés particular o privado, concediéndoles por ello legalmente ciertas atribuciones o potestades – especie de delegación del poder público- para

---

va”. A lo que añade que, “igualmente sirve de excusa para que determinados Ministerios incumplan sus funciones de tutela y de responsabilidad que el ordenamiento les asigna en la organización de estas Corporaciones”. Por lo que concluye afirmando que esta tesis constituye “una peligrosa regresión”. *Derecho administrativo II*. Págs. 342-343.

291 STC 123/87, de 13 de junio de 1987. FJ. 3.

292 STS de 25 de junio de 2001. RCJ 2001-8747. FJ. 4.

que puedan realizar aquellos fines y funciones, que no sólo interesan a las personas asociadas o integradas, sino a las que no lo están, pero que pueden verse afectadas por la actuación del ente.

No por eso, sin embargo, se ha llegado a concluir que esas Corporaciones se integran en la Administración, ni tampoco que pueden ser considerados como entes públicos descentralizados”.<sup>293</sup>

Menos explícito aún es el Derecho positivo, que renuncia a terciar en esta polémica. Si bien, a nuestro entender, dificulta la admisión de la primera postura, esto es, la consideración de estas entidades como Administraciones públicas.

Así, la LJ, no las incluye entre éstas en su art. 1. 2, sino que se refiere a las mismas en el art. 2 C, que establece que el orden jurisdiccional Contencioso-administrativo conocerá de las cuestiones que se susciten en relación con los “actos y disposiciones de las Corporaciones de Derecho público, adoptados en el ejercicio de las funciones públicas”. Esto es, las sujeta a la jurisdicción contenciosa únicamente en la medida en que ejerzan potestades públicas.

Solución similar a la que adopta la LPC, que tampoco incluye estos entes en el listado de su art. 2. 1, que determina que se entiende por Administraciones Públicas. Sino que se refiere a ellos en su Disposición Transitoria Primera, según la cual las “Corporaciones de Derecho Público representativas de intereses económicos y profesionales ajustarán su actuación a su legislación específica. En tanto no se complete esta legislación les serán de aplicación las prescripciones de esta Ley en lo que proceda”.

---

293 STC 89/1989, de 11 de mayo de 1989. FJ. 4. Por su parte, el Tribunal Supremo ha negado el carácter de Administraciones públicas de estas entidades, declarando que estos entes “no se integran en la Administración del Estado ni en ninguna otra Administración territorial, al gozar de personalidad jurídica propia independiente de aquéllas, dada su naturaleza de Corporaciones sectoriales de base privada”. STS de 30 de abril de 2001. RCJ 2001-4300. FJ. 2.

Esta interpretación no es, sin embargo, tampoco pacífica, pues algunos autores consideran que las Corporaciones de Derecho público estarían incluidas en la referencia que realizan ambos textos legales a las entidades de Derecho público vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales.<sup>294</sup> Mientras que otros niegan tal inclusión.<sup>295</sup>

En el momento actual nos parece que resulta muy difícil mantener que puedan ser calificadas como Administraciones públicas, pues tanto la legislación como la jurisprudencia parecen haberse desmarcado de dicha tesis. Las otras dos posturas se apoyan en sólidos argumentos, por lo que sin entrar en esta disputa, podemos concluir que van a poder ser consideradas como entes públicos o como entidades de base privada. A lo que algunos autores añaden que no puede entenderse que estos entes actúan en todo caso como delegados de la Administración cuando realizan funciones públicas, pues en algunos casos ejercitan potestades

---

294 GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Coordinador B. Pendás García. Praxis. Barcelona, 1999. Págs. 90-92. En tal sentido, señala PAREJO ALFONSO que, “aun cuando el precepto legal pretenda referirse al fenómeno de la descentralización funcional- lo cierto es que el efectivamente acotado es mucho más extenso, comprendiendo incluso y en principio, las entidades corporativas o de base asociativa (como los colegios profesionales). Incurre aquí, pues, la ley en una importante imprecisión. Afortunadamente, su disposición transitoria primera se refiere concretamente a las Corporaciones de Derecho público representativas de intereses económicos y profesionales, para remitirlas a su legislación específica, solventando así el problema”. *Objeto, ámbito de...* Pág. 37.

295 GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa I*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 1998. Pág. 185. ESTEVE PARDO, J., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Dirigidos por J. M. Santos Vijañe. EDESA. Madrid, 1999. Págs. 57-58. SALA ARQUER: *Las corporaciones de...* Págs. 593-597. GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Régimen jurídico de...* Pág. 37. BAENA DE ALCAZAR, M., en *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Obra de la que el mismo es director. Primera edición. Trivium. Madrid, 1999. Págs. 27-28. COBO OLVERA, T.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1999. Pág. 49.

administrativas propias, que le son atribuidas directamente por el ordenamiento jurídico, por lo que no se puede hablar, en tales casos, de delegación.<sup>296</sup>

Negado su carácter de Administraciones públicas y que actúen siempre que realizan funciones públicas como delegados de la Administración, algunos autores afirman que, cuando éstas se sujetan al Derecho administrativo, lo hacen en virtud de un criterio funcional, esto es, porque desarrollan funciones administrativas. En tal sentido, alguna doctrina ha señalado que estos supuestos se pueden incluir en el ámbito propio de nuestra disciplina porque forman parte de la función administrativa (BREWER CARÍAS),<sup>297</sup> o, dicho en otras palabras, son un supuesto de administración objetiva (ARIÑO ORTIZ).<sup>298</sup>

## 5. Repercusiones de las nuevas tendencias del Derecho administrativo en el Derecho español

### 5. 1. *La huida del Derecho administrativo en el Derecho español*

Ya se examinó en otro lugar de esta obra como la ruptura de la equivalencia imperante en el Derecho clásico

---

296 BOQUERA OLIVER considera que no “puede afirmarse que todos los sujetos que disponen de poder administrativo, y no son el Estado, las Provincias, los Municipios u otras entidades que tradicionalmente han estado dotados de aquél, lo han recibido por delegación de los anteriores. Todo delegado debe poder mostrar la decisión o acto de delegación del delegante. Quien en lugar de un título de delegación de poder administrativo, puede mostrar un precepto legal que le confiera dicha clase de poder, no es una Administración pública. Algunos autores consideran delegados de la Administración pública a personas jurídicas que han recibido de las leyes poder administrativo. Esta explicación, disconforme con la realidad, suele hacerse con el propósito de mantener concepciones subjetivas (orgánicas y personalistas) del Derecho administrativo cuando las circunstancias ya no lo permiten”. *Derecho administrativo*. Págs. 89-90.

297 BREWER-CARÍAS: *La interaplicación del...* Págs. 46-47.

298 ARIÑO ORTIZ, G.: “Corporaciones profesionales y Administración pública”, en *Revista de Administración pública* 72, septiembre-diciembre de 1973. Págs. 70-71.

entre actividad administrativa, Derecho administrativo y forma privada de personificación, dio lugar a un creciente recurso de la Administración al Derecho privado, que generó un preocupante proceso de huída del Derecho administrativo. También fueron examinados en ese momento los argumentos doctrinales a favor y en contra de la existencia de una reserva de Derecho administrativo, que entendemos no es preciso reproducir de nuevo. Nos corresponde, por ello, examinar tan sólo el tratamiento que del tema realiza nuestro Derecho positivo.

Para ello, debemos preguntarnos, en primer lugar, si existe en nuestra Norma Fundamental una reserva de Derecho administrativo. Ciertamente se pueden encontrar un conjunto de preceptos constitucionales que apuntan hacia esa línea.

Así, en primer lugar, se puede citar el art. 103. 3 CE, que establece que la “ley regulará el estatuto de los funcionarios públicos, el acceso a la función pública de acuerdo con los principios de mérito y capacidad, las peculiaridades del ejercicio de su derecho a la sindicación, el sistema de incompatibilidades y las garantías de imparcialidad en el ejercicio de sus funciones”.

También, en segundo lugar, el art. 153 c CE, que establece que el “control de la actividad de los órganos de las Comunidades Autónomas se ejercerá:

(...) c) Por la jurisdicción contencioso-administrativa, el de la administración autónoma y sus normas reglamentarias”.

Citaremos también, por último, el art. 149. 1. 18 CE, que establece que el “Estado tiene competencia exclusiva sobre las siguientes materias:

(...) 18ª. Las bases del régimen jurídico de las Administraciones públicas y del régimen estatutario de sus funcionarios que, en todo caso, garantizarán a los administrados un tratamiento común, ante ellas; el procedimiento administrativo común, sin perjuicio de las especialidades derivadas de la organización propia de las Comunidades Autónomas; legislación sobre expropiación forzosa, legislación básica sobre contratos y concesiones administrati-

vas y el sistema de responsabilidad de todas las Administraciones públicas”.

No parece que existan muchas dudas de que en dichos preceptos están latentes un conjunto de instituciones propias y características del Derecho administrativo (funcionario público, procedimiento administrativo, contrato administrativo, etc.).

Si bien esto no proporciona un argumento decisivo, pues cabe cuestionarse si dicha inclusión responde a un propósito deliberado y consecuente del legislador constituyente, o si se trata de la simple adopción nominal de expresiones usuales y aceptadas en la época de la redacción de la Norma Máxima, que carecen, en realidad, de un propósito intencional de consagrar dichas instituciones.<sup>299</sup>

Por lo demás, la posibilidad de que la Administración recurra al Derecho privado y, con ello, de que se produzca esa temida huída del Derecho administrativo, se deduce fácilmente del art. 2. 1 LPC, que, como ya vimos al establecer que se debe entender por Administración Pública, se

---

299 En tal sentido MUÑOZ MACHADO, que considera que realmente “la Constitución ha dejado al legislador una amplísima libertad de configuración del régimen jurídico de la Administración. La Constitución emplea algunos conceptos que remiten a categorías dogmáticas, desde luego, como “régimen estatutario” de los funcionarios (art. 149. 1. 18º), “procedimiento administrativo” (art. 106), “jurisdicción contencioso-administrativa” (art. 153), etc. Pero, como ocurre con otros conceptos, es difícil reconocer en ellos una pretensión “originalista” del constituyente. Es decir, no hay ningún indicio de que el constituyente quisiera imponer al legislador ordinario que regulara dichas instituciones precisamente según estaban configuradas en el Derecho positivo coetáneo con la aprobación de la Constitución. Los jueces y autores americanos de los que procede la elaboración de ese método originalista, siempre han contado, al menos, con datos expresos de los debates del Congreso constituyente. En nuestro caso una investigación de tal clase está por hacer. Pero si se concluyera con resultados positivos, acertaríamos a contar con media docena de conceptos cuyo significado estaría predeterminado por las regulaciones preconstitucionales, y poco más. Ni se podría concluir también que tales regulaciones han quedado petrificadas y son inamovibles, ni que el régimen de las instituciones correspondientes es invariable”. *Tratado de...* Pág. 62.

refiere, por un lado, a la Administración General del Estado, a la Administración de las Comunidades Autónomas y a las Entidades que integran la Administración Local; y, por otro, a las Entidades de Derecho Público con personalidad jurídica propia vinculadas o dependientes de cualquiera de las anteriores. Estableciendo que estas últimas “sujeterán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”.

Esto supone distinguir dos tipos de Administraciones públicas: una que lo son de modo incondicionado (Administraciones territoriales) y otros que lo son sólo en la medida en que realizan potestades administrativas o sus normas reguladoras así lo establezcan.<sup>300</sup>

Esto no supone una entrega incondicionada a la decisión del legislador de la determinación del régimen público o privado de estas últimas, pues a éste le es oponible el límite del ejercicio de potestades administrativas, que se convierte, así, en la principal barrera a la libertad organizativa de la Administración y, en consecuencia, a la huida del Derecho administrativo.<sup>301</sup>

Ahora bien, el criterio del ejercicio de potestades administrativas no proporciona una base excesivamente sólido-

---

300 En tal sentido, PAREJO ALFONSO señala refiriéndose a las Entidades de Derecho vinculadas o dependientes de alguna de las Administraciones territoriales, que “las organizaciones así muy imperfectamente acotadas no son administraciones públicas de forma incondicionada (cual sucede en el caso de las Administraciones territoriales aludidas en el núm. 1 del art. 29 y sí sólo en determinada medida; concretamente, en la medida en que ejerzan potestades administrativas. Pues únicamente cuando ejerzan estas potestades su actividad queda sujeta a la Ley, sometiéndose en el resto de su actividad a lo que dispongan sus normas de creación”. *Objeto, ámbito de...* Pág. 37. En la misma línea, señala J. LEGUINA VILLA que Administraciones “en sentido propio” lo son para la LPC sólo las territoriales. “Prologo”, al libro *Legislación General de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Tercera edición, 1995. Pág. 15.

301 MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*. Décima edición, 2004. Aranzadi. Pág. 386.

da, que permita dar solución al citado problema.<sup>302</sup> Entre otras razones, porque no existe tampoco un criterio muy firme de que debe entenderse por tales.

Así, para algunos es la capacidad de crear, modificar o extinguir relaciones jurídicas de forma unilateral.<sup>303</sup> Otros, sin embargo, diferencian las potestades administrativas del ejercicio de autoridad. De tal forma que este último sería el poder de decidir de forma unilateral y obligatoria. Mientras que las “potestades administrativas son (...) facultades o poderes jurídicos genéricos que se atribuyen a las organizaciones públicas en cuanto actúan revestidas de las prerrogativas del poder y, por tanto, con sometimiento a un régimen jurídico especial que es el Derecho público o el Derecho administrativo”. Con lo que ejercicio de potestades administrativas acaba confundiendo con actividad regida por el Derecho administrativo.<sup>304</sup>

---

302 En tal sentido, señala F. GARRIDO FALLA que la “preocupación empieza cuando el administrado ha de litigar con estos entes. Si su actividad está sometida en parte al Derecho administrativo y al Derecho privado, ¿hay un criterio claro de distinción?”. “¿Soluciona estas dudas el art. 2. 2 de la Ley 30/92? La contestación es desafortunadamente negativa: la nueva Ley se aplica a las “entidades de Derecho público” en tanto en cuanto “ejercen potestades administrativas”, pues en otro caso se estará “a lo que disponga su norma de creación”. Se ha perdido, pues, la ocasión para resolver un tema de seguridad jurídica que afecta a la Administración, a los administrados y a los Tribunales”. En la obra escrita en colaboración con J. M. Fernández Pastrana: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1993. Pág. 61. En el mismo sentido, COSCULLUELA MONTANER, que señala que el “concepto de potestades administrativas constituye un criterio de no fácil precisión a estos efectos de establecer un diverso ordenamiento aplicable. En sentido riguroso toda la actividad de las Administraciones Públicas sometida al Derecho Público, está sujeta al principio de legalidad, que se articula a través de potestades, por lo que deducir del ejercicio de éstas el ordenamiento a aplicar es, en cierto modo, una previsión redundante”. *La posición ordinamental de...* Pág. 41.

303 LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO: *Agencias administrativas...* Pág. 48.

304 MENÉNDEZ REXACH, Á.: “La aplicación de la Ley 30/1992 a las Entidades Públicas empresariales”, en *Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*. Director: J. C. Fernández de Aguirre. CGPJ. Madrid, 1997. Págs. 21-31.



## 5. 2. *Las Administraciones independientes en el Derecho español*

Ya estudiamos en su momento el impacto que, con carácter general, la introducción de las Administraciones independientes ha tenido para el Derecho administrativo.

Se trata de analizar aquí, exclusivamente, de forma breve, la incidencia que han tenido en el Derecho español. En tal sentido, debe comenzar señalándose que su aparición e instauración en este ordenamiento jurídico es, hoy en día, un hecho incontrovertible. Hay ciertamente todo un conjunto de entidades que son, o al menos responden en líneas generales, a la configuración característica de las administraciones independientes.

Dichas entidades, de características y funciones muy diversas, se han concentrado en dos grandes campos: la protección de algunos derechos y libertades fundamentales (como por ejemplo la Agencia de Protección de Datos o el Consejo de Seguridad Nuclear) o la regulación de determinados sectores económicos (como por ejemplo la Comisión Nacional del Mercado de Valores o la Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones).<sup>305</sup>

Se trata, por tanto, como ocurre como regla general en Europa, de una introducción excepcional, para determinados sectores que, en cuanto se consideran especialmente sensibles, se entiende deben quedar sometidos a una gestión neutralizada.<sup>306</sup> Pero no supone ni mucho menos la conversión de estas entidades en el modo usual de administrar, sino un recurso que se añade a los mecanismos tra-

---

305 BETANCOR RODRÍGUEZ las ha clasificado por ello en dos grandes grupos: entidades de regulación de mercados y de protección de derechos y libertades fundamentales. *L'expérience espagnole en...* Págs. 416-417.

306 JIMÉNEZ DE CISNEROS CID: *Los organismos autónomos en...* Págs. 309-312. SALA ARQUER: *El Estado neutral...* Págs. 401-402. CARLÓN RUIZ, M.: "La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones", en *Revista Española de Derecho administrativo* 102, abril-junio de 1999. Págs. 401-402.

dicionales de administración, para resolver problemas singulares.<sup>307</sup>

Por lo demás, tienen en nuestro Derecho claramente el carácter de Administración pública, debiendo considerarse que se insertan en la mención del art. 2. 2 LPC, como entidades vinculadas (que no dependientes) de las Administraciones públicas territoriales.<sup>308</sup>

A pesar de ello, el impacto teórico que ha generado su introducción ha sido considerable, pues supone la inserción de un elemento extraño, que no siempre encaja con las estructuras jurídico-administrativas tradicionales. Como no podía ser de otra forma, esto ha dejado un campo abonado para la polémica, que ha sido en este punto particularmente intensa. El resultado ha sido una apasionante polémica doctrinal acerca de la constitucionalidad de estos entes.

En ella, la doctrina ha asumido posiciones y argumentos muy divergentes, en unos casos a favor y en otros en contra, acerca de la aptitud constitucional de las entidades que nos ocupan.

En contra de su constitucionalidad se ha aducido, fundamentalmente, que estas Administraciones son contrarias al art. 97 CE que, al establecer que el “Gobierno (...) dirige la Administración civil y militar”, impide la existencia de entidades que priven al Gobierno de su plena capacidad para dirigir la Administración y que le eximan de la responsabilidad inherente a dicha dirección.<sup>309</sup>

---

307 GNES: *The italian Independent...* Págs. 38-39.

308 BETANCOR RODRÍGUEZ: *Las Administraciones Independientes. Los entes...* Págs. 602-603. GARCÍA LLOVET: *Autoridades administrativas...* Pág. 95.

309 En tal sentido PARADA VÁZQUEZ, que considera que el poder de dirección de la Administración civil y militar que consagra el art. 97 CE incluye, en principio, la libre designación y remoción de los titulares de todas las organizaciones que integran la Administración pública, constituyendo además la única forma en la que es posible exigir al Gobierno la responsabilidad política por su funcionamiento defectuoso. A ello añade que “ningún precepto constitucional autoriza genéricamente al legislador a amputar por ley ordinaria esa plena capacidad de dirección y de responsabilidad,

También se ha argumentado que el art. 103 CE obliga a la Administración pública a servir con objetividad los intereses generales. Lo que supone que objetividad e imparcialidad son dos características generales que deben darse en toda Administración pública, siendo, por ello, incoherente hablar de Administraciones independientes, como si algunas Administraciones pudieran ser más objetivas e imparciales que las demás.<sup>310</sup>

Hay, igualmente, quien ha considerado inconstitucionales estas instituciones en cuanto a través de ellas se opera una deslegalización ilegítima, que vulnera la reserva de ley que se deriva del art. 53. 1 CE en relación con el art. 38 CE.<sup>311</sup>

---

y que pudiera constituir una suerte de coartada de irresponsabilidad para los supuestos de defectuoso funcionamiento de los servicios y funciones que dependen del poder ejecutivo". *Derecho administrativo II*. Págs. 320-323. También esta opinión, GARCÍA LLO-VET: *Autoridades administrativas...* Págs. 117-118.

310 En tal sentido, señala PARADA VÁZQUEZ que la CE "obliga a todas las administraciones a servir con *objetividad* los intereses generales y a organizar todo el sistema de función pública con arreglo a reglas que garanticen la *imparcialidad* de los funcionarios en el ejercicio de sus funciones (art. 103 CE). No cabe, por ello, que unas Administraciones sean más objetivas y neutrales que otras por razón de la función que desempeñan, pues todas deben serlo por igual, y es responsabilidad del Gobierno que se respete esa *independencia* administrativa constitucionalmente garantizada. Por el contrario, admitir que determinadas funciones o servicios públicos exigen garantías especiales contra el Gobierno, es tanto como aceptar que en el común de ellas la objetividad y la imparcialidad no se respeta, conclusión constitucionalmente inaceptable. Es, pues, en definitiva, en un sistema administrativo objetivo y en una función pública imparcial donde está la respuesta a las necesidades políticas y administrativas que se han buscado en la fórmula de las Administraciones independientes". *Derecho administrativo II*. Págs. 320-323.

311 En este sentido M. BACIGALUPO SAGGESE, que considera que la atribución de funciones reguladoras a las Administraciones independientes da lugar a auténticos legisladores independientes, con lo que se lleva a cabo una deslegalización de la regulación en "organismos cuya legitimación y posibilidades de control democrático son, en todo caso, escasos". Esto, según su opinión, incumple

Los autores que defienden su constitucionalidad, sin embargo, argumentan que es posible dotar a algunos entes de una cierta neutralidad sin incurrir en vulneración de la Norma Máxima, siempre que esto no suponga una auténtica ruptura de su relación con el gobierno, sino un simple reforzamiento de su autonomía.<sup>312</sup>

### 5. 3. *La nueva posición del administrado en el Derecho español*

Ya habíamos examinado la nueva posición que, con carácter general, viene asumiendo el administrado en el actual Derecho administrativo. Esa tendencia ha llegado también, obviamente, a España.

---

la reserva de ley que se deriva del art. 53. 1 CE en relación con el art. 38 CE, por lo que nos encontramos ante “una mera –y, por ello, ilícita- *colaboración reglamentaria* en ámbitos cuya regulación se reserva a la ley (muy a menudo necesaria, dadas las limitaciones funcionales intrínsecas del Parlamento), sino ante la sustitución lisa y llana de un legislador que abdica incluso del contenido nuclear de su función reguladora”. “El Derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés económico general: ¿repliegue o transformación?”, en *Boletín de la Facultad de Derecho 16* (2000). Págs. 163-164.

- 312 En tal sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA y FENÁNDEZ RODRÍGUEZ, que consideran que la “independencia” de la que un tanto abusivamente se habla nunca es total, ni es total tampoco la ruptura de los vínculos que la unen a estas autoridades con el Gobierno y con el Parlamento, que no queda a resultas de la “independencia” gubernamental de aquéllas desapoderado para llevar a cabo la función de control del Poder Ejecutivo que le asigna el artículo 66. 2 de la Constitución”. “No hay, pues, independencia en sentido propio, ni tampoco ruptura propiamente dicha de los lazos con el Gobierno y el Parlamento, contraria a los principios constitucionales, sino, más bien, un simple reforzamiento de la autonomía de gestión para el mejor servicio de los valores que la Constitución proclama (...), valores que se entienden serán mejor satisfechos si la gestión de ciertas funciones se pone a cubierto de la lucha política partidista”. *Curso de...* (octava edición). Págs. 420-421. De acuerdo con esta opinión, GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, en *Régimen Jurídico de...* Pág. 44. POMED SÁNCHEZ, L. A.: “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en *Revista de Administración pública 132*, septiembre-diciembre de 1993. Págs. 165-168. TORNO MAS: *Las autoridades...* Págs. 76-80.

Buena prueba de ello da la introducción en el art. 35 LPC de un catálogo de derechos del ciudadano (término que viene deliberadamente a sustituir al de administrado) en sus relaciones por la Administración. Esta declaración de derechos, por más que, como señala alguna doctrina, no implique una modificación sustancial de la situación anterior,<sup>313</sup> resulta extraordinariamente expresivo de una nueva dinámica en las relaciones entre administrado y Administración.<sup>314</sup>

En la misma dirección transita el art. 4 LOFAGE que consagra de forma expresa el principio de “servicio a los

---

313 En tal sentido PARADA VÁZQUEZ, que destaca que “el análisis del decálogo de derechos administrativos no es para caer en la desmesura de tanta presunción, puesto que la mayor parte de esos derechos se daban por supuesto por su obviedad o estaban reconocidos explícitamente por la Constitución o por la Ley de Procedimiento Administrativo o de Régimen Jurídico de la Administración del Estado expresamente o en ocasión de la admisión de otros derechos connaturales al funcionamiento propio de las instituciones reguladas en esas leyes”. *Régimen Jurídico de...* Pág. 149. De forma más matizada, J. M. BAÑO LEÓN señala que constituye “un intento de estructurar una suerte de regulación general de los derechos de los ciudadanos ante la Administración, que difícilmente trascenderá a los ciudadanos en forma de una mejora de la gestión de los servicios públicos, si las buenas intenciones del legislador no se acompañan de reformas organizativas y de un cambio de la mentalidad administrativa tradicional”. “Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración”, en *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993. Pág. 84.

314 Señala EMBID IRUJO que el “planteamiento codificador que, en su mayor parte, corresponde al art. 35 de la Ley 30/1992, debe contemplarse en conexión, también, con la imagen que de sí misma pretende dar la Administración pública y, sobre todo y puestas las cosas en sus exactos términos, la imagen que el Legislador pretende que tenga la Administración: tuteladora de los derechos, justificada por su protección, hasta el punto de incorporar a una norma de procedimiento administrativo un conjunto de disposiciones que antes se encontraban dispersas y no sistematizadas en el ordenamiento. Desde ese punto de vista y valoraciones jurídicas sobre su corrección jurídica y significado profundo último de la aportación (...) debe indicarse que estamos ante preceptos de contenido fundamentalmente simbólico”. *El ciudadano y...* Pág. 62.

ciudadanos”, estableciendo, entre otras cosas, que la actuación de la Administración General del Estado “debe asegurar a los ciudadanos” la “efectividad de sus derechos cuando se relacionen con la Administración”; y la “continua mejora de los procedimientos, servicios y prestaciones públicas, de acuerdo con las políticas fijadas por el Gobierno y teniendo en cuenta los recursos disponibles, determinando al respecto las prestaciones que proporcionan los servicios estatales, sus contenidos y los correspondientes estándares de calidad”.

En lo que se refiere a la participación ciudadana, cuenta con un cierto reconocimiento a nivel constitucional. Con carácter general, hace referencia a ella el art. 9. 2 CE, que establece que corresponde a los poderes públicos “facilitar la participación de todos los ciudadanos en la vida política, económica, cultural y social”.

A nivel sectorial, se consagra en diversos preceptos constitucionales. Así, entre otros, en el ámbito educativo, el art. 27. 5 CE, que establece que “los poderes públicos garantizan el derecho de todos a la educación, mediante una programación general de la enseñanza, con participación efectiva de todos los sectores afectados”, y el art. 27. 7 CE, que establece que los “profesores, los padres y, en su caso, los alumnos intervendrán en el control y gestión de todos los centros sostenidos por la Administración con fondos públicos, en los términos que la ley establezca”; respecto a la juventud, el art. 48 CE, según el cual los “poderes públicos promoverán las condiciones para la participación libre y eficaz de la juventud en el desarrollo político, social, económico y cultural”; respecto a los consumidores, el art. 51 CE, que declara que los “poderes públicos promoverán la información y la educación de los consumidores y usuarios, fomentarán sus organizaciones y oirán a éstas en las cuestiones que puedan afectar a aquéllos, en los términos que la ley establezca”.

Nuestra Norma Fundamental concibe, de este modo, la participación como un objetivo o resultado al que tiene que tender la acción pública y, al mismo tiempo, como un medio para conseguir dos finalidades constitucionales bá-

sicas: la libertad e igualdad reales y efectivas.<sup>315</sup> Con ello se convierte ésta en un valor o principio que cimienta el Estado social y democrático de Derecho,<sup>316</sup> y se instaura, además, una concepción de la sociedad y el Estado como entidades participadas y participativas.<sup>317</sup>

Uno de los campos donde con mayor fuerza se ha manifestado este fenómeno es el ámbito local. La Ley de Bases de Régimen Local<sup>318</sup> consagra el Capítulo IV de su Título V a la información y participación ciudadanas, estableciendo en su art. 69. 1 que las “Corporaciones locales facilitarán la más amplia información sobre su actividad y la participación de todos los ciudadanos en la vida local”.

En la práctica, no obstante, se deja percibir un cierto déficit de mecanismos de participación efectivos en nuestro país, donde siguen vigentes en gran medida los viejos mecanismos de la Administración burocrática tradicional.<sup>319</sup>

Por último, en cuanto al retroceso de la actividad unilateral de la Administración, aparece claramente en el art. 88 LPC, que permite la terminación convencional del procedimiento en algunos supuestos, estableciendo que las

---

315 SÁNCHEZ MORÓN: *El principio de...* Pág. 201.

316 PRATS I CATALÁ: *La participación y...* Pág. 532.

317 FONT I LLOVET: *Algunas funciones...* Pág. 46.

318 *Ley 7/1985, de 2 de abril, Bases de Régimen Local.*

319 Señalan DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN y NEVADO-BATALLA MORENO que “nuestro ordenamiento jurídico, y en especial las normas reguladoras de la organización y funcionamiento de las Administraciones Públicas, (...) con carácter general arrojan un saldo deficitario a la hora de canalizar o generar formas de dirección y decisión de vocación participativa”. *Participación ciudadana...* Pág. 370. En la misma línea, señala F. J. VELÁZQUEZ LÓPEZ que “las posibilidades de participación que nuestras estructuras administrativas permiten a los ciudadanos son escasas o inexistentes, y ello coloca a nuestra sociedad en una crisis de legitimidad democrática, porque se prestan estos servicios como mejor parece a los responsables, pero en contadas ocasiones se tiene en cuenta de forma sistemática la opinión de los usuarios del sistema”. “La cultura de gestión de los servicios públicos”, en *Estudios para la reforma de la Administración pública*. INAP. Madrid, 2004. Pág. 117.

“Administraciones Públicas podrán celebrar acuerdos, pactos, convenios o contratos con personas tanto de Derecho público como privado, siempre que no sean contrarios al ordenamiento jurídico ni versen sobre materias no susceptibles de transacción y tengan por objeto satisfacer el interés público que tienen encomendado, con el alcance, efectos y régimen jurídico específico que en cada caso prevea la disposición que lo regule, pudiendo tales actos tener la consideración de finalizadores de los procedimientos administrativos o insertarse en los mismos con carácter previo, vinculante o no a la resolución que les ponga fin”.

#### 5. 4. *Privatización, liberalización y desregulación en España*

España no ha escapado de la vorágine privatizadora que ha hecho furor durante los últimos tiempos en todo el mundo. Habiéndose producido, desde los años ochenta, una considerable actuación en dicho sentido, en la que se comprenden tanto medidas de privatización de propiedad como de liberalización y desmonopolización de antiguos sectores monopolizados.

Se suelen distinguir dos grandes etapas en el proceso de privatización español. La primera, que se desarrollaría entre 1982-1995, coincidiendo con el Gobierno del PSOE, se caracteriza por su carácter esencialmente coyuntural, pues no se lleva a cabo conforme a un programa y una política predeterminada, sino que es el resultado de un conjunto de decisiones particulares.<sup>320</sup> Su principal objeti-

---

320 SOUVIRÓN MORENILLA: *La privatización del...* Págs. 6 y sigs. Señalan al respecto F. F. MÉNDEZ DE ANDES y M. RISUEÑO GOMEZ que “el comienzo del proceso desinversor en España, a diferencia de la práctica habitual en la mayoría de los países de nuestro entorno, no vino acompañado de una Ley General de Privatizaciones, sino que era decidida *ad-hoc* por el gobierno en cada uno de los casos concretos”. “El proceso privatizador en España. Principales rasgos, resultados positivos y extensión”, en *Teoría y política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*. Fundación Sepi, 2004. Pág. 467.



vo era la obtención de ingresos,<sup>321</sup> y no venía acompañada de medidas dirigidas a introducir competencia en los mercados donde esa privatización tenía lugar.<sup>322</sup>

A partir de 1996, coincidiendo con el gobierno del PP, se desarrolla una política privatizadora más decidida y apoyada sobre bases sistemáticas, pues se basa en un programa preestablecido.<sup>323</sup> Tiene como principal objetivo estimular la oferta productiva, viniendo acompañada de medidas dirigidas a convertir los sectores liberalizados en mercados competitivos.<sup>324</sup>

La valoración de los procesos de liberalización y privatización ha sido muy variable. Así, algunos autores los han enjuiciado de forma muy crítica (LINDE PANIAGUA,<sup>325</sup> SEGARRA ORTIZ<sup>326</sup>). Mientras que otros consideran que, con carácter general, se debe dar al mismo un balance positivo (SOUVIRÓN MORENILLA<sup>327</sup>).

---

321 En tal sentido señala MÉNDEZ DE ANDES y RISUEÑO GÓMEZ que “las privatizaciones no fueron un proyecto político en sí mismas. El objetivo del gobierno parecía ser fiscal y la restricción mantener un cierto porcentaje de estas empresas bajo su control”. *El proceso...* Pág. 468. IRANZO MARTÍN, J. E.: “De la empresa estatal a la multinacional: el papel de la antiguas empresas de propiedad pública en la expansión de la economía española”, en *Teoría y política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*. Fundación Sepi, 2004. Pág. 820.

322 IRANZO MARTÍN: *De la empresa...* Pág. 820.

323 SOUVIRÓN MORENILLA: *La privatización del...* Págs. 6 y sigs.

324 IRANZO MARTÍN: *De la empresa...* Pág. 822.

325 LINDE PANIAGUA: *La retirada del Estado de...*

326 SEGARRA ORTIZ: *Los servicios públicos una...*

327 En tal sentido, señala SOUVIRÓN MORENILLA que “el proceso puede calificarse como un éxito, si atendemos mínimamente a los datos expuestos (ingresos obtenidos por el Tesoro, participación de los ciudadanos en las privatizaciones, aseguramiento de la continuidad y futuro de las empresas privatizadas conforme a un plan industrial, etc.). La prueba más clara es el buen fin –en general– de las operaciones de privatización llevadas a cabo, siendo una verdadera excepción las que han salido mal”. *La privatización del...* Pág. 32.

En cualquier caso, valoraciones aparte, parece poco cuestionable que como fruto de dichos procesos se ha producido una importante mutación de la estructura económica, como lo es la formación de empresas multinacionales españolas.<sup>328</sup>

---

328 Señala al respecto IRANZO MARTÍN que “la política de privatizaciones de los últimos años en España, junto con una política de desregulación y neoregulación, ha fomentado la actividad económica, promoviendo la competencia en los sectores afectados, con los consiguientes efectos positivos sobre la eficiencia empresarial. Esto ha originado uno de los principales cambios estructurales de los últimos años en nuestro país, el desarrollo de multinacionales de origen español, lo que ha permitido a nuestras empresas salir del retraso acumulado en sus procesos de internacionalización”. *De la empresa...* Págs. 813-814.



# La influencia del Derecho comunitario

### 1. Introducción

Uno de los hechos de más decisiva influencia en la evolución y conformación de los ordenamientos jurídicos europeos ha sido, sin duda, la creación de la Unión Europea.<sup>329</sup> La superposición a los Derechos nacionales de un nuevo ordenamiento jurídico, el Derecho comunitario, de creciente importancia, pues ha ido acrecentando lenta pero continua y poderosamente su influencia a medida que se iba progresando en el proceso de integración europea, ha tenido trascendentes consecuencias tanto en el Derecho positivo como en la delimitación de los conceptos jurídicos básicos.

Este fenómeno se ha hecho también claramente perceptible en el Derecho administrativo. Las transformaciones que en esta rama de la Ciencia Jurídica ha motivado el ordenamiento jurídico europeo son innumerables y muy relevantes.<sup>330</sup> Así, los servicios públicos, la acción de fo-

---

329 Como señala M. Y. FERNÁNDEZ GARCÍA, la “construcción comunitaria europea está constituyendo uno de los principales motores de las transformaciones que, desde hace ya decenios, están afectando a las estructuras jurídico-económicas de los Estados miembros”. “La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo”, en *Revista de Administración pública* 166, enero-abril de 2005. Pág. 282.

330 OBERDORFF, H.: “Des incidences de l’Union européenne et des Communautés européennes sur le système administratif français”, en *Revue du Droit Public* 1995-I. Págs. 25-28.

mento o los contratos administrativos, son sólo algunos de los ejemplos de materias clásicas de esta disciplina que hoy en día no pueden examinarse al margen de este Derecho.

La cuestión se torna, sin embargo, más compleja a la hora de examinar el tema que nos ocupa, esto es, si el ordenamiento europeo trae consigo condicionamientos relevantes a la hora de definir la Administración pública.

Uno tiene la tentación de resolver el enigma de un plumazo, dando por obvia la respuesta afirmativa, pues parece que un fenómeno de la amplitud y relevancia del Derecho comunitario no puede dejar de incidir de forma considerable sobre una cuestión de tal calibre. Sin embargo, una reflexión más meditada nos permitirá negar una afirmación tan categórica.

Debemos, no obstante, como paso previo a nuestro análisis, determinar de forma más precisa el objeto de nuestro estudio. Pues la pregunta de si el Derecho comunitario incide o no sobre la definición de la Administración pública puede ser enfocada desde perspectivas muy diferentes.

La primera respuesta posible a esta cuestión sería la de remarcar la profunda influencia, ya reseñada, que ha tenido sobre las distintas instituciones administrativas, algunas de ellas además claves para la búsqueda de un concepto de Derecho administrativo (piénsese por ejemplo en los servicios públicos), que convierte al Derecho europeo en uno de los factores que han asumido un mayor protagonismo al marcar la evolución de nuestra disciplina,<sup>331</sup> y con-

---

331 En tal sentido señala DEL SAZ CORDERO, al referirse a la evolución del Derecho administrativo, que en los “últimos años ha influido también decisivamente la integración europea y la incipiente creación de un Derecho administrativo europeo que ha funcionado como un camino de ida y vuelta. Surgido como una condensación de principios de cada uno de los ordenamientos administrativos de los países miembros, (...) repercute, a su vez, en los ordenamientos nacionales a través de las regulaciones sectoriales y efecto armonizador que en todo caso ejerce el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas. De ahí que el espacio para las divergencias entre los ordenamientos administrativos de los dife-

diciona, con ello, notablemente la definición de su elemento clave: la Administración pública.

Nadie puede razonablemente negar al ordenamiento comunitario una aportación clave en este papel inspirador. Sin embargo, nosotros no pretendemos enfrentarnos a esta tarea, sino a otra bien distinta, como lo es la de determinar si en el ordenamiento positivo europeo vigente se contiene una definición determinada de Administración pública, que vincule en mayor o menor medida a los Estados miembros.

La cuestión no es ni mucho menos secundaria, dado que, como es sabido, las relaciones entre el Derecho de la comunidad y los ordenamientos internos se rigen por el denominado principio de primacía del Derecho comunitario, que determina que en materia de su competencia el primero desplaza a las normas del segundo que contraríen a éste, incluso a las de relevancia constitucional. Lo que podría suponer que, de darse ese pretendido concepto de Administración pública en el Derecho europeo, debiéramos desechar algunas construcciones forjadas en los Estados miembros por contrariar dicha definición.

## **2. El concepto de Administración pública. Un concepto de difícil definición también en el ámbito comunitario**

Ya hemos visto en un capítulo anterior de esta obra, las dificultades que presenta la definición de la Administración Pública. Esta afirmación es plenamente aplicable también a la Unión Europea. Pues, a pesar de ser un concepto conocido en todos los países que la integran,<sup>332</sup> se presenta

---

rentes Estados miembros sea cada vez menor". *Las transformaciones del Derecho...* Pág. 61.

332 SCHWARZE, J.: *Droit administratif européen I*. Bruylant, 1994. Pág. 17. CHITI: *Derecho administrativo...* Pág. 157.

como una noción vaporosa, que tiene un sentido diferente según el Estado miembros en que nos encontremos.<sup>333</sup>

Se ha afirmado, no sin razón, que en los últimos tiempos se ha producido una cierta aproximación de dicho concepto en el marco europeo,<sup>334</sup> pero eso no impide que las

---

333 DUBOUIS: “Liberté de circulation et fonctions publiques nationales”, en *Liberté de circulation des personnes en Droit international*. Directores: M. Flory y R. Higgins. Economica. París, 1988. Págs. 106-107. En el mismo sentido, SCHWARZE: *Droit administratif...* Pág. 24. BIANCARELLI, J.: “Le statut et la construction européenne”, en *Revue Administrative n° especial 1996*. Pág. 52. Señala A. J. GIL IBÁÑEZ que, al “tratar de definir el concepto de Administración nos enfrentamos a una noción compleja y con límites difusos. En efecto, podemos afirmar que ni existe un modelo uniforme entre los distintos regímenes jurídicos ni un consenso entre la doctrina europea”. “La relación jurídica entre la Administración europea y las nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del Derecho comunitario”, en *Administraciones Públicas y Constitución*. Coordinador: E. Álvarez Conde. MAP, 1998, Pág. 1106.

334 Apunta CHITI al respecto que, “cuando en los años cincuenta se crea la Comunidad Europea, las Administraciones Públicas nacionales eran (...) muy diversas entre sí, como herencia de las experiencias políticas institucionales de cada ordenamiento y de las diferentes culturas jurídicas administrativas (...). Sin embargo, se han producido muchos cambios por el fenómeno de la convergencia administrativa, debido a diversos factores (...), como la comparación administrativa, el trasplante de instituciones, las recíprocas imitaciones, y sobre todo, en el contexto europeo, la implicación de las Administraciones nacionales en las políticas comunitarias. Se ha producido, así, un fenómeno de acercamiento progresivo de los modelos administrativos nacionales y de reforma de las Administraciones debido al impacto directo de las políticas comunitarias”. *Derecho administrativo europeo*. Pág. 167. Por su parte, S. GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ señala que, hace “ya tiempo que viene constatándose la profunda europeización de los Derechos nacionales, así como ciertas influencias recíprocas entre los Derechos de los Estados miembros y el comunitario. Estos hechos han llevado a hablar de un *Derecho administrativo europeo en formación* y, en efecto, no falta sentido a tal afirmación, si se valoran las hondas repercusiones que tiene el Derecho comunitario en el Derecho administrativo de los Estados miembros. También considerando la existencia de un conjunto de principios generales que rigen ya en los distintos Derechos administrativos de todos ellos”. “La problemática actual del Derecho administrativo europeo”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 1996-1*. Págs. 1-2.

diferencias entre los distintos Estados miembros que la componen sigan siendo muy profundas.

Esas complicaciones se acrecientan aún más cuando entramos en el ámbito propio del Derecho comunitario, esto es, en el ordenamiento jurídico específico de la Unión Europea, y no en el de los distintos Estados miembros que componen ésta, pues el mismo está dotado de un aparato administrativo no totalmente propio y de carácter ciertamente peculiar.<sup>335</sup>

Esa dificultad no se ve suavizada por el Derecho positivo, pues no se puede encontrar en el ordenamiento de la Unión Europea lo que en sentido estricto se pueda considerar una definición de administración pública.<sup>336</sup>

Esta falta de un pronunciamiento expreso al respecto en los Tratados se ha achacado por la doctrina a dos factores: a) la diversidad existente en las Administraciones nacionales en el momento de la creación de la comunidad; b) el principio comunitario según el cual la organización administrativa de los Estados está reservada a la competencia de los mismos.<sup>337</sup>

No supone esto, sin embargo, una total indiferencia de este ordenamiento jurídico al respecto, pues lo cierto es que es frecuente encontrar en el mismo referencias a la idea de Administración pública. Incluso, alguna de ellas,

---

335 Como señala CHITI, en “el sistema comunitario es más complejo que en el derecho nacional definir qué se entiende por Administración pública en los dos significados, subjetivo y objetivo, ya que las características de la comunidad no han hecho emerger nítidamente una específica actividad pública de carácter administrativo, ni tampoco organismos que la desarrollasen”. *Derecho administrativo Europeo*. Pág. 157.

336 DRUESNE, G.: “La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l’administration publique” en *Revue Trimestrielle de Droit Européen 1981*. Pág. 289. MONEREO PÉREZ, J. L.; y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*. Pág. 39. GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*. CES. Madrid, 1996. Págs. 187-188. GIL IBÁÑEZ: *El control y la...* Pág. 31.

337 CHITI: *Derecho administrativo Europeo*. Pág. 167.



particularmente la mención expresa que a dicho concepto hace el art. 39. 4 Tratado Constitutivo de la Comunidad Europea (en adelante TCE),<sup>338</sup> al excluir de la libre circulación de trabajadores los “empleos en la administración pública”, parece demandar un pronunciamiento expreso al respecto por parte de las autoridades comunitarias.

No han querido éstas, sin embargo, recoger ese guante, y han preferido dar de la noción que nos ocupa definiciones parciales, cuya validez queda limitada a la específica cuestión que se trata de resolver. Lo que ha llevado a que en el ámbito comunitario esta idea no sea un concepto unívoco, sino una noción que se utiliza con un carácter contingente, dependiendo de la materia de que se trate en cada caso.<sup>339</sup>

Eso ha hecho que la noción de administración pública que ofrece el Derecho comunitario tenga una extensión variable, fluctuando, dependiendo de si el interés de la Comunidad exige una interpretación amplia o estricta del termino Administración, entre una noción globalizadora o una restrictiva. Pero siempre en persecución de una mis-

---

338 *Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, de 25 de marzo de 1957.*

339 JIMÉNEZ ASENSIO, R.: “Incidencia del Derecho comunitario en el ámbito de la función pública”, en *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*. CGPJ. Madrid, 1996. Pág. 185. BENGOTXEA, J.: “Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros”, en *Revista Vasca de Administración pública* 50 (enero-abril de 1998). Pág. 20. MORENO MOLINA, J. A.: “Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione”, en *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario* 1998 3-4. Pág. 562. Señala CHITI al respecto que, “el Tribunal de Justicia ha evitado hasta ahora cualquier reconstrucción del problema en términos generales, prefiriendo dar respuestas específicas a cada caso examinado”. “En consecuencia predomina una noción extremadamente variable de Administración pública, que depende esencialmente de la necesidad de asegurar la más amplia aplicación del Derecho comunitario”. *Derecho administrativo europeo*. Pág. 158.

ma finalidad: garantizar la más amplia aplicación del Derecho comunitario.<sup>340</sup>

Actitud de indudable eficacia práctica a la hora de garantizar el cumplimiento del Derecho comunitario, pero de rigor técnico cuestionable.<sup>341</sup>

Así, la delimitación que las autoridades comunitarias han realizado de la idea de administración pública contenida en el art. 39. 4 TCE, nos ofrece una acepción limitada del término administración pública,<sup>342</sup> entendida en su aspecto más restrictivo posible, en cuanto comprende tan sólo las actividades que implican ejercicio de poder público, esto es, los antes llamados servicios de soberanía.<sup>343</sup>

En otros casos, sin embargo, el ordenamiento jurídico europeo utiliza como criterio la idea de control, influencia o posibilidad de impartir instrucciones obligatorias de cualquier forma.<sup>344</sup>

Sin necesidad de entrar en un estudio agotador de cada uno de los elementos del Derecho Comunitario que incide de alguna manera en la definición de Administración Pública, que sería excesivo e innecesario para un análisis como el que estamos realizando, podemos acreditar lo dicho hasta el momento mediante el examen de dos supuestos que dan prueba de esta tendencia, en cuanto son claro ejemplo de las dos orientaciones extremas que sigue el ordenamiento europeo al definir la Administración pública.

El primero de esos supuestos es la excepción de empleo público recogida en el art. 39. 4 TCE, supuesto para-

---

340 CHITI: *Derecho administrativo europeo*. Pág. 158.

341 Considera CHITI que, la “línea interpretativa seguida por el Tribunal de Justicia tiene el valor de resolver numerosos problemas, pero no es representativa del máximo rigor interpretativo ni de la seguridad jurídica”. *Derecho administrativo europeo*. Pág. 158.

342 CHITI: *Derecho administrativo europeo*. Pág. 171.

343 BAENA, M.; y PIQUEMAL, M.: “Las administraciones nacionales ante la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 90 (abril-junio de 1996). Pág. 211.

344 MORENO MOLINA: *Le distinte nozioni...* Págs. 586-587.

digmático de interpretación restrictiva del concepto de Administración pública. El segundo de ellos sería el concepto de entidad adjudicadora recogido en la legislación europea de contratos públicos, claro ejemplo de interpretación expansiva del concepto que nos ocupa.

### **3. La excepción de empleo en la Administración pública (art. 39. 4 TCE)**

De los muchos y variados problemas que plantea la excepción de empleo público en el Derecho Comunitario y en los ordenamientos jurídicos internos de los Estados miembros,<sup>345</sup> a nosotros nos interesa tan sólo examinar uno: la forma en que se ha entendido el concepto de administración pública a los efectos de la aplicación de dicha regla.

No obstante, para entender la forma en que se ha llevado a cabo dicha interpretación, debemos realizar algunas precisiones previas.

En primer lugar, debemos poner de manifiesto que el art. 39. 4 TCE contiene una excepción a una libertad fundamental, la libre circulación de trabajadores consagrada en el art. 39 TCE.<sup>346</sup> Así se puede deducir de su propio tenor lite-

---

345 A dicha cuestión se ha referido de forma detallada uno de nosotros. SENDÍN GARCÍA, M. A.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, 2005.

346 Dicho precepto establece lo siguiente: “1. Quedará asegurada la libre circulación de los trabajadores dentro de la comunidad.

2. La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo.
3. Sin perjuicio de las limitaciones justificadas por razones de orden público, seguridad y salud públicas, la libre circulación de los trabajadores implicará el derecho:
  - a) de responder a ofertas efectivas de trabajo;
  - b) de desplazarse libremente para este fin en el territorio de los Estados miembros;

ral, que establece que las “disposiciones del presente artículo (se refiere a la libre circulación de trabajadores) no serán aplicables a los empleos en la administración pública”.

Este factor resulta determinante a los efectos de analizar la cuestión que nos interesa, pues dicho carácter hace que el Derecho europeo sea partidario de dar una interpretación restrictiva a la misma, permitiendo de este modo el mayor juego posible a esa libertad fundamental.

Así lo ha señalado el propio Tribunal de Justicia, indicando que “habida cuenta del carácter fundamental, en el sistema del Tratado, de los principios de libre circulación y de igualdad de trato de los trabajadores dentro de la comunidad, las excepciones admitidas por el apartado 4 del art. 48 (actual 39. 4) no pueden tener un alcance que sobrepase la finalidad en aras de la cual se introdujo dicha norma de excepción”.<sup>347</sup>

Un segundo factor relevante que debe tenerse en cuenta, es la más que previsible resistencia que los Estados miembros iban a poner a la libre circulación de trabajadores en el ámbito del empleo público, lo que hacía evidente que iban a tratar de dar una interpretación amplia a la excepción de empleo público del art. 39. 4 TCE. Así ocurrió efectivamente en la práctica, pues los Estados miembros, en

- 
- c) de residir en uno de los Estados miembros con objeto de ejercer en él un empleo, de conformidad con las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas aplicables al empleo de los trabajadores nacionales;
  - d) de permanecer en el territorio de un Estado miembro después de haber ejercido en él un empleo, en las condiciones previstas en los reglamentos de aplicación establecidos por la Comisión.

4. Las disposiciones del presente artículo no serán aplicables a los empleos en la Administración pública”.

347 STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu* (As. 152/73). Ap. 4. STJCE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum* (As. 66/85). Ap. 26. STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (As. C-405/01). Ap. 41. STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Anker* (As. C-47/02). Ap. 60.

mayor o menor medida, mostraron, y siguen mostrando, grandes reticencias respecto a la entrada de no nacionales en su función pública.

No es extraño, pues la aplicación al empleo público de la libre circulación de trabajadores afectaba de manera considerable a los intereses económicos de los Estados miembros, en cuanto permitía la entrada de no nacionales a un importante sector del empleo; a lo que se añade, además, que venía a trastocar reglamentaciones muy arraigadas en algunos países.<sup>348</sup> En palabras del Abogado General MANCINI, estas reservas de los Estados miembros “no resultan sorprendentes si se considera hasta qué punto está arraigada la opinión de que la soberanía del Estado se manifiesta en su plenitud en el empleo público y cuán extendida está la tendencia, en épocas abundantes de paro, a ver en aquél una cómoda reserva de puestos de trabajo”.<sup>349</sup>

Desde aquí resulta fácilmente deducible que, si se quería dar una auténtica efectividad a la libre circulación de trabajadores públicos, se debería dar un concepto de Administración pública que se asentase en un criterio que no fuese manejable por los distintos Estados miembros, imponiéndose a éstos coactivamente, pues en caso contrario, no había muchas dudas de que el art. 39 TCE se convertiría en su mayor parte en letra muerta.

Aparte de que generaría importantes diferencias en el nivel de aplicación en los distintos Estados miembros, pues la diferente configuración que se da al sector público en cada uno de ellos, conduciría irremisiblemente a dicho resultado. Como señaló el Abogado General MANCINI, es “obvio que de permitir a los propios Estados interpretar el precepto de que se trata, las obligaciones que pesan sobre ellos en virtud del principio de libre circulación tendrían un alcance distinto en cada Estado, lo que privaría al Tratado de una buena parte de su efecto útil”.<sup>350</sup>

---

348 DUBOUIS: *Liberte de circulation et...* Pág. 105.

349 STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra Francia* (As. 307/84). Conclusiones, ap. 2.

Estos factores van a tener una influencia decisiva a la hora de determinar qué interpretación se iba a dar al concepto de administración pública que fija la excepción del art. 39. 4 TCE. Pues van a obligar, en primer lugar, a rechazar una interpretación que fijase el ámbito de la excepción atendiendo a las concepciones nacionales. De tal forma que el concepto de empleo en la administración pública debería ser una noción comunitaria.

Así lo aclaró el Tribunal de Justicia, señalando que hay que evitar “que la eficacia y el alcance de las disposiciones del Tratado relativas a la libre circulación de trabajadores y a la igualdad de trato de los nacionales de todos los Estados miembros se vean limitadas por interpretaciones del concepto de Administración Pública derivadas exclusivamente del Derecho nacional que impedirían la aplicación de las normas comunitarias”.<sup>351</sup> Lo que supone que “el concepto de administración pública a efectos del artículo 39 CE, apartado 4, debe interpretarse y aplicarse uniformemente en toda la comunidad y no es posible por tanto dejarlo a la absoluta discrecionalidad de los Estados miembros”.<sup>352</sup>

Esto no impide que sean los propios Estados miembros los competentes para organizar su sector público y su empleo público, pero supone que para beneficiarse de la excepción de empleo público deben cumplirse los parámetros fijados por el Derecho comunitario. Como señala el Abogado General MANCINI, “el Tribunal no ha puesto en duda que el empleo en la administración pública sea una materia que deba regularse por los ordenamientos de cada

---

350 STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra Francia* (As. 307/84). Conclusiones, ap. 4.

351 STJCE de 17 de diciembre de 1980, *Comisión contra Bélgica* (As. 149/79). Ap. 19. STJCE de 2 de julio de 1996, *Comisión contra Luxemburgo*. Ap. 27.

352 STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (As. C-405/01). Ap. 38. STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Anker* (As. C-47/02). Ap. 57.

uno de los Estados miembros; el Tribunal tan sólo señala que al definir las distintas nociones es preciso tener presentes las exigencias propias del Derecho comunitario”.<sup>353</sup>

Ahora bien, con esto no es suficiente, pues es además preciso que se dé al mismo un carácter funcional, ya que el recurso a un criterio formal sería fácilmente manejable por los Estados miembros, que podrían fácilmente manipularlos a fin de burlar la libre circulación de empleados públicos. Como señaló el Abogado General MAYRAS, “una interpretación comunitaria que permita una aplicación uniforme de la excepción prevista” en el hoy art. 39. 4 TCE “requiere que se recurra a criterios materiales basados en las atribuciones inherentes al empleo ocupado en la Administración y en las actividades verdaderamente desarrolladas por el titular de este empleo”.<sup>354</sup>

Lo que supone que el vínculo que une al trabajador con la Administración, funcional o laboral, es indiferente a efectos de fijar el ámbito de la excepción. Así lo ha señalado el Tribunal de Justicia, argumentando que “esto permitiría de hecho a los Estados miembros extender a su antojo el número de empleos sometidos a esta excepción”.<sup>355</sup> De tal forma que “carece de interés determinar si un trabajador presta sus servicios como obrero, empleado o funcionario, o incluso si su relación laboral está regulada por el Derecho público o privado”, dado que “tales calificaciones jurídicas varían según las legislaciones nacionales y, por consiguiente, no pueden aportar un criterio de interpretación adecuado a las exigencias del Derecho comunitario”.<sup>356</sup>

---

353 STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra Francia* (As. 307/84). Conclusiones, ap. 4.

354 STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu* (As. 152/73). Conclusiones, ap. I.

355 STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra Francia* (As. 307/84). Ap. 11. STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión contra Italia* (As. 225/85). Ap. 8. STJCE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum* (As. 66/85). Ap. 26.

356 STJCE de 3 de junio de 1986, *Comisión contra Francia* (As. 307/84). Ap. 11. STJCE de 12 de febrero de 1974, *Sotgiu* (As. 152/73). Ap. 5.

Debe tenerse en cuenta, no obstante, que el Tribunal de Justicia ha utilizado también un criterio institucional, que operaba de forma previa, para fijar el ámbito de la excepción. De tal forma que ésta no operaría en ningún caso para los puestos de trabajo que no se desarrollasen en la Administración pública, conforme a la calificación de la misma que dé el Derecho interno, incluso aunque cumplan los requisitos que permiten beneficiarse de la excepción, y que vamos a examinar a continuación.

Así lo estableció el Tribunal de Justicia, indicando que “a diferencia de las disposiciones del Tratado relativas a la libertad de establecimiento y a la libre prestación de servicios, los arts. 48 y sigs. (actuales 39 y sigs) del Tratado, que se refieren a la libre circulación de trabajadores, no prevén excepciones para las actividades que suponen el ejercicio de poder público. El art. 48, apartado 4 (actual 39. 4), del Tratado aclara únicamente que lo en él dispuesto no se aplica en los empleos en la administración pública. Pues bien, (...) el concepto de empleos en la administración pública no abarca los empleos al servicio de un particular o de una persona jurídica privada, cualesquiera que sean las funciones del empleado”.<sup>357</sup>

Una reciente sentencia del Tribunal de Justicia parece haber venido a cuestionar esta jurisprudencia, al señalar que los sujetos implicados en el supuesto, capitanes de buques mercantes, “sean empleados de una persona física o jurídica de Derecho privado no descarta, por sí mismo, la aplicabilidad del art. 39 CE, apartado 4, puesto que está demostrado que, para cumplir las funciones públicas que se les ha encomendado, los capitanes actúan como representantes del poder público, en aras de los intereses generales del Estado de pabellón”.<sup>358</sup>

---

357 STJCE de 31 de mayo de 2001, *Comisión contra Italia* (As. C-283/99). Ap. 25.

358 STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (As. C-405/01). Ap. 43.



Este pronunciamiento no es, sin embargo, muy claro, por lo que plantea serias dudas acerca de si se ha abandonado este distorsionador y, en nuestra opinión, equivocadamente criterio institucional,<sup>359</sup> o si se trataba tan sólo de una excepción para un supuesto concreto, por las especiales circunstancias concurrentes en el mismo.

En cualquier caso, el elemento central en que se basa la jurisprudencia del Tribunal de Justicia en esta materia es, como ya dijimos, de carácter material. A la hora de buscar este criterio era fundamental para las instituciones comunitarias que éste tuviese un alcance restringido. Pues, dada la extensión que ha alcanzado la actividad administrativa en los últimos tiempos, que llega a prácticamente todos los sectores de la vida social, es frecuente que los poderes públicos intervengan en actividades económicas y sociales de todo tipo, lo que permitiría dar a la excepción un ámbito de aplicación excesivamente amplio, que privaría a la libre circulación de trabajadores en el empleo público de su efecto útil.

Así lo señala el propio Tribunal de Justicia, indicando que la “determinación del ámbito de aplicación del apartado 4 del artículo 48 (actual 39. 4) presenta (...) dificultades particulares debido a que en los distintos Estados miembros el poder público ha asumido responsabilidades de carácter económico y social, o participa en actividades que no son asimilables a las funciones típicas de la Administración pública, pero que están comprendidas por el contrario a causa de su naturaleza, en el ámbito de aplicación del Tratado. En tales circunstancias el hecho de extender la excepción prevista en el apartado 4 del art. 48 (39. 4) a

---

359 También demanda la eliminación de este criterio institucional FUENTETAJA PASTOR, J. A.: “La libre circulación de empleados públicos”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 5 (2003). Pág. 46. ALBERTON, G.: “L’ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne”, en *Revue Française de Droit Administratif*, noviembre-diciembre de 2003. Pág. 1204.

empleos que, si bien dependen del Estado o de otros organismos públicos, no implican sin embargo ninguna participación en las actividades que competen a la Administración pública propiamente dicha, dejaría fuera de ámbito de aplicación de los principios del Tratado a una considerable cantidad de empleos y causaría desigualdad entre los Estados miembros, en función de las disparidades que caracterizan la organización del Estado y la de ciertos sectores de la vida económica”.<sup>360</sup>

El Tribunal de Justicia ha declarado, en tal sentido, que el art. 39. 4 TCE “se refiere a los empleos que implican una participación, directa o indirecta, en el ejercicio de poder público y en las funciones que tienen por objeto la salvaguardia de los intereses generales del Estado y de las demás entidades públicas y que suponen pues, por parte de sus titulares, la existencia de una relación particular de solidaridad con el Estado, así como la reciprocidad de derechos y deberes que son el fundamento del vínculo de la nacionalidad”.<sup>361</sup>

Se articula, por tanto, en torno a dos requisitos: participación directa o indirecta en el ejercicio de poder público y salvaguardia en los intereses esenciales del Estado. Son requisitos cumulativos, si bien en algún momento se plantearon dudas al respecto, a raíz de la Sentencia del Tribunal de Justicia en el asunto Comisión contra Italia de 1987 que, al unir ambos elementos con la conjunción “o”, parecía dar a entender que éstos tenían un carácter alternativo.<sup>362</sup> Esta interpretación, sin embargo, fue refutada por la jurisprudencia posterior, que ha vuelto a utilizar la con-

---

360 STJCE de 17 de diciembre de 1980, *Comisión contra Bélgica* (As. 149/79). Ap. 11.

361 STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (As. C-405/01). Ap. 39.

362 STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión contra Italia* (As. 225/85). Ap. 9.

junción “y”, ratificando con ello el carácter cumulativo de los requisitos.<sup>363</sup>

Las dos condiciones deben de concurrir en el concreto puesto para el que se solicita la excepción, no siendo suficiente con que concurren globalmente en la institución o Cuerpo donde la persona afectada presta sus servicios.<sup>364</sup> Pues, como señala el Abogado General OTTO LENZ, “una remisión a las atribuciones de una institución pública no prueba para nada que todos sus empleados estén encargados del ejercicio de prerrogativas de poder público y sean responsables de la salvaguardia de los intereses generales del Estado”.<sup>365</sup>

La atribución de prerrogativas de poder público debe tener una entidad real. De tal forma que no permite beneficiarse de la excepción la atribución de esas facultades con un carácter meramente marginal o insignificante dentro de las funciones propias de dicho puesto.

Así lo ha ratificado el Tribunal de Justicia, que ha afirmado que “la aplicación de la excepción a la libre circulación de trabajadores, prevista en el artículo 39 TCE, apartado 4, no puede justificarse por el mero hecho de que el Derecho nacional atribuya prerrogativas de poder público a los titulares de los empleos controvertidos. Es necesario además que dichos titulares ejerzan efectivamente de forma habitual tales prerrogativas y que éstas no representen una parte muy reducida de sus actividades. En efecto (...) el alcance de esta excepción debe limitarse a lo estrictamente necesario para salvaguardar los intereses generales del Estado miembro de que se trate, que no se ven amenazados si las prerrogativas de poder público se ejercen úni-

---

363 Así, por ejemplo, STJCE de 2 de julio de 1996, *Comisión contra Luxemburgo*. Ap. 27. STJCE de 27 de noviembre de 1991, *Annegret Bleis* (As. C-4/91). Ap. 6.

364 STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión contra Italia* (As. 225/85). Ap. 27.

365 STJCE de 16 de junio de 1987, *Comisión contra Italia* (As. 225/85). Conclusiones, ap. 27.

camente de forma esporádica o excepcional por nacionales de otros Estados miembros”.<sup>366</sup>

En cuanto al segundo requisito, que se tenga encomendada la salvaguarda de intereses generales del Estado, no es necesario que se trate de intereses estatales, pues están incluidos también dentro de la excepción los intereses esenciales de otras colectividades públicas.<sup>367</sup> Sin embargo, no están incluidas aquellas funciones públicas que no afectan al interés de una colectividad en su conjunto, sino al interés concreto de un grupo profesional, como las que desarrolla una Cámara Profesional para la defensa de los intereses de sus miembros.<sup>368</sup>

#### **4. La noción de entidad adjudicadora en la legislación comunitaria sobre contratación pública**

El principal propósito que pretende lograr la normativa comunitaria sobre contratación pública es, sin duda, evitar cualquier posible discriminación entre empresarios europeos por razón de la nacionalidad a la hora de adjudicar contratos administrativos, creando, así, un auténtico mercado interior europeo de la contratación pública.

Para ello, se considera preciso eliminar el riesgo de que las entidades adjudicadoras actúen no conforme a criterios económicos, sino en virtud de criterios espurios, que persigan una finalidad proteccionista de la empresa nacional o cualquier otro objetivo de política económica nacional. Situación nada extraña si se tiene en cuenta que estamos hablando de contratos realizados por los poderes públicos,

---

366 STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Colegio de Oficiales de la Marina Mercante Española* (As. C-405/01). Ap. 44. STJCE de 30 de septiembre de 2003, *Anker* (As. C-47/02). Ap. 63.

367 STJCE de 27 de noviembre de 1991, *Annegret Bleis* (As. C-4/91). Ap. 6. STJCE de 30 de mayo de 1989, *Pilar Allué* (As. 33/88). Ap. 7.

368 STJCE de 4 de julio de 1991, *Asti* (C-213/90). Conclusiones, ap. 23.

que pueden preferir, en ocasiones, la consecución de esos objetivos que consideran importantes para el interés del país, incluso al precio de adoptar una decisión ineficaz, rechazando una oferta más ventajosa de un empresario de otro Estado miembro.

Así lo indica el Tribunal de Justicia, que ha señalado que “la coordinación comunitaria de los procedimientos de adjudicación de contratos públicos tiene por objeto suprimir las trabas a la libre circulación de servicios y de mercancías y, por tanto, proteger los intereses de los operadores económicos establecidos en un Estado miembro que deseen ofrecer bienes o servicios a las entidades adjudicadoras establecidas en otro Estado miembro”.<sup>369</sup>

Por ello, “el objetivo de dichas directivas consiste, (...) en excluir, tanto el riesgo de que se dé preferencia a los licitadores o candidatos nacionales en cualquier adjudicación de contratos efectuada por las entidades adjudicadoras, como la posibilidad de que un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público se guíe por consideraciones que no tengan carácter económico”.<sup>370</sup>

Ello ha provocado que, a la hora de precisar su ámbito de aplicación subjetiva, la normativa comunitaria de contratación pública haya esquivado la categorización de la noción de Administración pública, siempre discutida y discutible,<sup>371</sup> que hubiera dificultado la consecución de ese

---

369 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 41.

370 STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Ap. 52. STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 52.

371 Como señala M. M. RAZQUIN LIZARRAGA, las “Directivas comunitarias escapan de un intento de categorización de la Administración pública ya de por sí difícil dados los diferentes regímenes jurídicos, incluso de Derecho público, de los Estados miembros de las Comunidades Europeas”. *Contratos públicos y Derecho Comunitario*. Aranzadi. Pamplona, 1996. Pág. 223.

objetivo. En su lugar, se ha preferido que dicho ámbito de aplicación venga marcado por la noción de “poderes adjudicadores”.

Se considera como tales “el Estado, los entes territoriales, los organismos de Derecho público y las asociaciones constituidas por uno o más de dichos entes o de dichos organismos de Derecho público” (art. 1. 9 Directiva 2004/18/CE<sup>372</sup>).

Los conceptos de Estado y entes territoriales no presentan grandes dificultades de precisión, pero sí las presenta, sin embargo, la noción de “organismo de Derecho público”<sup>373</sup>, lo que ha llevado al legislador comunitario a definirlo expresamente como “cualquier organismo:

- a) creado específicamente para satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil,
- b) dotado de personalidad jurídica y
- c) cuya actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público” (art. 1. 9 Directiva 2004/18/CE).

El Tribunal de Justicia ha aclarado que “el concepto de “organismo de Derecho público”, concepto de Derecho comunitario debe recibir una interpretación autónoma y uni-

---

372 *Directiva 2004/18/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 31 de marzo de 2004, sobre Coordinación de los Procedimientos de Adjudicación de los Contratos Públicos de Obras, de Suministros y de Servicios* (DO L 134 de 30 de abril de 2004, pags. 114 y sigs.)

373 HUERGO LORA, A.: “El Derecho español de contratos públicos y el Derecho Comunitario”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 126, abril-junio de 2005. Pág. 223.

forme en toda la comunidad”.<sup>374</sup> A lo que añade que “dicho concepto debe recibir una interpretación tanto funcional como amplia.”<sup>375</sup>

Para que una entidad sea considerada organismo de Derecho público debe reunir de forma cumulativa los tres requisitos antes citados.<sup>376</sup> Teniendo en cuenta que “para resolver la cuestión de la calificación eventual de una entidad de Derecho privado como organismo de Derecho público, procede comprobar únicamente si la entidad de que se trata cumple los tres requisitos acumulados” a los que antes nos referimos.<sup>377</sup> Sin “que el estatuto de Derecho privado de esa entidad constituya un criterio que pueda excluir su clasificación como entidad adjudicadora”.<sup>378</sup>

El “Tribunal de Justicia ha precisado que esta interpretación no implica desconocer el carácter industrial o mercantil de las necesidades de interés general que la entidad de que se trate persigue satisfacer, ya que este elemento se toma en cuenta necesariamente para determinar si tal enti-

---

374 STJCE de 13 de enero de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-84/03). Ap. 27. STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 36.

375 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 73. STJCE de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra Reino de España* (As. C-214/00). Ap. 53.

376 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 69. STJCE de 13 de enero de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-84/03). Ap. 27. STJCE de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra Reino de España* (As. C-214/00). Ap. 52.

377 STJCE de 13 de enero de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-84/03). Ap. 28. STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 74.

378 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 74. STJCE de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra Reino de España* (As. C-214/00). Ap. 55.

dad cumple o no el requisito contenido en el<sup>379</sup> art. 1. 9 letra b de la Directiva 2004/18/CE.

Esta interpretación, que rechaza tener en cuenta, para determinar si existe organismo público, si en el Derecho interno de cada Estado miembro el organismo está dotado de un Estatuto de Derecho público o de Derecho privado, está dotada de un lógica incuestionable, a pesar del empecinamiento que han mostrado al respecto las autoridades españolas, que les ha llevado, como no podía ser de otro modo, a ser condenadas en diversas ocasiones por incumplir la normativa comunitaria. Pues, en caso contrario, bastaría a los Estados miembros con sujetar a un ente al Derecho privado, para dejarlo al margen de la aplicación de las Directivas.

Así lo señala también el Abogado General ALBER, que ha puesto de manifiesto que, si “fuese decisivo a qué rama del Derecho está sujeto el organismo según las disposiciones nacionales, las autoridades de un Estado miembro podrían eludir fácilmente la aplicación de las directivas sobre contratos públicos. Bastaría con crear una sociedad, por ejemplo una “sociedad anónima de suministros”, sujeta únicamente al Derecho privado, y prever como objeto social el suministro de mobiliario de oficina, papel, etc. a las autoridades estatales. Aunque el Estado sería accionista único y podría influir en todas las decisiones de la sociedad anónima de suministros, no estaría obligado a publicar anuncios de licitación, porque la sociedad anónima de suministros no estaría sujeta al Derecho público, sino al privado. Es evidente que lo anterior no es conforme con el espíritu y la finalidad de las directivas sobre contratos públicos”.<sup>380</sup>

---

379 STJCE de 13 de enero de 2005, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-84/03). Ap. 29. STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 75. STJCE de 15 de mayo de 2003, *Comisión contra Reino de España* (As. C-214/00). Ap. 58.

380 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Conclusiones, ap. 50.



Muy problemático ha resultado también la definición de “necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”. Esta noción, que “es un requisito necesario, pero no suficiente para calificar un organismo determinado de “organismo de Derecho público”,<sup>381</sup> no encuentra definición en las Directivas de contratación pública, y tiene la naturaleza de un concepto jurídico indeterminado.<sup>382</sup>

El Tribunal de Justicia ha señalado que “dicho concepto pertenece al Derecho comunitario y, por consiguiente, ha de recibir en toda la comunidad una interpretación autónoma y uniforme, que debe buscarse teniendo en cuenta el contexto de la disposición en la que figura y el objetivo que persigue la normativa de que se trata”.<sup>383</sup>

La “existencia o la inexistencia de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil ha de apreciarse objetivamente, siendo indiferente para ello la forma jurídica de las disposiciones que especifiquen dichas necesidades”.<sup>384</sup>

Debiéndose entender que “constituyen necesidades de interés general que no tienen carácter industrial o mercantil (...) aquellas necesidades que, por una parte, no se satisfacen mediante ofertas de bienes o servicios en el mercado y que, por otra, por razones de interés general, el Estado decide satisfacer por sí mismo o respecto de las cuales quiere conservar una influencia determinante”.<sup>385</sup>

---

381 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 34.

382 STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Conclusiones, ap. 53.

383 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 79.

384 STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 60.

385 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 80. STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Ap. 47. STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 50.

La “existencia o ausencia de una necesidad de interés general que no tenga carácter industrial o mercantil ha de apreciarse teniendo en cuenta todos los elementos jurídicos y fácticos pertinentes, tales como las circunstancias que hayan rodeado la creación del organismo de que se trate y las condiciones en que ejerce su actividad, incluidas, en particular, la falta de competencia en el mercado, la falta de ánimo de lucro como objetivo principal, la no asunción de los riesgos derivados de dicha actividad, así como la eventual financiación pública de la autoridad de que se trate”.<sup>386</sup>

Hay que tener en cuenta que “la inexistencia de competencia no es requisito necesario para definir a un organismo de Derecho público. En efecto, exigir que no haya empresas privadas que puedan satisfacer las necesidades para las que se creó un organismo financiado o controlado por el Estado, los entes públicos territoriales u otros organismos de Derecho público podría desustanciar el concepto de organismo de Derecho público”.<sup>387</sup>

Ahora bien, eso no supone que la existencia o inexistencia de competencia sea irrelevante, pues, si “el organismo opera en condiciones normales de mercado, tiene ánimo de lucro y soporta las pérdidas derivadas del ejercicio de su actividad, es poco probable que las necesidades que pretende satisfacer no tengan carácter industrial o mercantil”.<sup>388</sup>

De tal forma que, “sin carecer totalmente de pertinencia, la existencia de una competencia desarrollada no permite, por sí sola, inferir la ausencia de una necesidad de

---

386 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 81. STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Ap. 48.

387 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 59.

388 STJCE de 16 de octubre de 2003, *Comisión de las Comunidades Europeas contra Reino de España* (As. C-283/00). Ap. 82. STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Ap. 51. STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 60.

interés general que no tenga carácter industrial o mercantil”.<sup>389</sup>

Debe tenerse también presente que “la condición de organismo de Derecho público no depende de la importancia relativa, en la actividad del organismo de que se trate, de la satisfacción de necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”.<sup>390</sup>

Para cumplir este requisito no es tampoco necesario que la entidad afectada deba estar “únicamente encargada de satisfacer necesidades de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil”.<sup>391</sup>

Es “irrelevante que, además de cumplir la misión específica de satisfacer dichas necesidades de interés general, la entidad afectada pueda desempeñar otras actividades, pero, en cambio, (...) el hecho de que la referida entidad siga encargándose de las necesidades que está específicamente obligada a satisfacer constituía un elemento determinante”.<sup>392</sup>

No tiene relevancia que en el momento de su creación no estuviera encargada de realizar tareas de interés general que no tengan carácter industrial o mercantil, y que éstas le hayan sido atribuidas con posterioridad. Pues, “el efecto útil” de las Directivas de contratación pública “no quedaría plenamente garantizado si el régimen que establece pudiera no aplicarse a una entidad que cumple los requisitos enunciados”, “por el mero hecho de que las tareas de interés general que no tengan carácter industrial o mer-

---

389 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 61.

390 STJCE de 22 de mayo de 2003, *Korhonen y otros* (As. C-18/01). Ap. 56. STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 56.

391 STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 54.

392 STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 55.

cantil que realiza en la práctica no le fueran confiadas desde su creación”.<sup>393</sup>

“Esta misma preocupación por garantizar la eficacia de” la normativa sobre contratos “se opone igualmente a que pueda hacerse una distinción en función de que los estatutos de dicha entidad hayan sido adaptados o no con objeto de reflejar las modificaciones efectivas de su ámbito de actividades”.<sup>394</sup>

Es preciso realizar algunas precisiones en cuanto al tercero de los requisitos cumulativos que delimitan la noción de organismo de Derecho público, esto es, que su “actividad esté mayoritariamente financiada por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público, o bien cuya gestión se halle sometida a un control por parte de estos últimos, o bien cuyo órgano de administración, de dirección o de vigilancia esté compuesto por miembros de los cuales más de la mitad sean nombrados por el Estado, los entes territoriales u otros organismos de Derecho público”.

Para que se cumpla con este tercer requisito basta con que se cumpla alguna de las diferentes condiciones antes enumeradas, es decir, los diferentes supuestos que en él se recogen son “requisitos alternativos”.<sup>395</sup> De tal modo que basta con que se dé cualquiera de ellos para que este tercer requisito cumulativo se considere satisfecho.

En realidad es lógico, pues las tres condiciones alternativas antes citadas “reflejan (...) la estrecha dependencia de un organismo respecto del Estado, las entidades territoriales u otros organismos de Derecho público”<sup>396</sup>. Dicho en

---

393 STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 57.

394 STJCE de 12 de diciembre de 2002, *Universale Bau* (As. C-470/99). Ap. 58.

395 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 68.

396 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 68.

otras palabras, al Derecho comunitario lo que le interesa es constatar que esa entidad que realiza una actividad de interés general y que está dotada de personalidad jurídica propia, depende además de los poderes públicos, siéndole indiferente la forma a través de la cual se articula esa dependencia.

En “cuanto al criterio relativo al control de la gestión, el Tribunal de Justicia ha declarado que dicho control debe originar una dependencia del organismo de que se trate frente a los poderes públicos, equivalente a la que existe cuando se cumple uno de los otros dos criterios alternativos, a saber, que la financiación proceda mayoritariamente de los poderes públicos o que éstos nombren a la mayoría de los miembros del órgano de administración, de dirección o de vigilancia de ese organismo, permitiendo así a los poderes públicos influir en las decisiones de dicho organismo en materia de contratos públicos”.<sup>397</sup>

Sin embargo, “queda descartada la posibilidad de considerar que se cumple el requisito de control de la gestión en el supuesto de un mero control *a posteriori* y que, por definición, tal control no permite que los poderes públicos influyan en las decisiones del organismo de que se trate en materia de contratos públicos”.<sup>398</sup>

“En cambio, se ajusta a tal requisito una situación en la que, por una parte, los poderes públicos controlan no sólo las cuentas anuales del organismo de que se trate, sino también su gestión corriente desde el punto de vista de los principios de imagen fiel, legalidad, eficiencia, rentabilidad y racionalidad y, por otra, estos mismos poderes públicos están autorizados a visitar los locales e instalaciones de dicho organismo y a informar de los resultados de tales controles a un ente público territorial que, a través de otra sociedad, posee el capital del organismo en cuestión”.<sup>399</sup>

---

397 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 69.

398 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 70.

Es extraordinariamente clarificador de la falta de una concepción unitaria de Administración Pública en la Unión Europea, el contraste entre el tratamiento que a dicho concepto se da en la jurisprudencia relativa a la excepción de empleo público, y la que nos ofrece la normativa sobre contratación pública.

En el primer caso se busca una acepción lo más restrictiva posible, en el segundo se busca, sin embargo, darle la máxima amplitud posible. Pero, y esto es lo más significativo, ello no entraña contradicción alguna. Pues, en realidad, se enmarcan en una misma tendencia, la de lograr la mayor aplicación posible del Derecho comunitario.<sup>400</sup>

Se puede concluir, por ello, que la falta de uniformidad en la definición de la Administración pública a nivel europeo es algo que está por así decirlo en la esencia de los objetivos comunitarios, una exigencia más del proceso de integración europea, que impide una construcción unitaria en este ámbito.

---

399 STJCE de 27 de febrero de 2003, *Adolf Truley* (As. C-373/00). Ap. 74.

400 Señala CHITTI al respecto, refiriéndose a la normativa y jurisprudencia sobre Administración adjudicadora, que el “interés comunitario es aquí, por un lado, idéntico a aquel previamente examinado respecto los empleos en la Administración pública, ya que requiere la aplicación uniforme de la normativa comunitaria en los diversos Estados miembros a través de una noción común de Administración adjudicadora; pero, por otro lado, es opuesto. Si para evitar que el derecho a la libre circulación de los trabajadores suponga serias limitaciones en el sector público, el Tribunal ha dado una acepción limitadora de la noción de empleos en la Administración pública, en el caso de los contratos públicos, para asegurar la más amplia participación de las empresas en los procedimientos del gran mercado europeo de los contratos públicos, el Tribunal ha extendido el concepto de Administración adjudicadora más allá del ámbito tradicional de las Administraciones Públicas. Las dos posturas jurisprudenciales parecen en apariencia contradictorias, pero en verdad expresan la misma posición de fondo del Tribunal de Justicia siempre dirigida a garantizar la más amplia aplicación del Derecho comunitario”. *Derecho administrativo...* Págs. 171-172.

## **5. La concepción comunitaria de la Administración pública tiene un carácter funcional**

Frente a esta variabilidad en la extensión, se suele destacar la existencia de uniformidad en la perspectiva metodológica empleada, pues en todo caso las autoridades comunitarias han utilizado para definir la Administración pública una concepción material, que se aplica atendiendo a la naturaleza de la actividad.<sup>401</sup> Prescindiendo totalmente de los criterios atinentes a la forma jurídica del sujeto.<sup>402</sup>

Hay que apuntar que, sin embargo, como vimos en su momento, al interpretar la excepción del art. 39. 4 TCE se utiliza una previa delimitación institucional. No deja de ser, no obstante, al menos en nuestra opinión, un supuesto muy marginal. Ya hemos manifestado nuestra opinión negativa al uso de ese criterio, que debería ser descartado, pero, en cualquier caso, no tiene, a nuestro juicio, entidad suficiente para cuestionar el carácter funcional de la noción de Administración pública en el Derecho comunitario.

Ahora bien, sí debe tenerse en cuenta otro factor, a nuestro juicio más relevante. El Derecho comunitario utiliza el concepto de administración pública únicamente a efectos de salvaguardar la aplicación efectiva del Derecho comunitario. Fuera de ello, deja que sean los propios Estados miembros quienes configuren libremente su sector público.

Ello hace que el concepto de administración pública no sea propiamente un concepto comunitario, en sentido estricto, sino más bien un concepto mixto, que se fija en dos fases: a) la configuración que le dan los Estados miembros; b) el control realizado por los Estados miembros de

---

401 TORCHIA, L.: "Developments in Italian Administrative Law through Cross-fertilisation", en *New directions in European Public Law*. Editado por Jack Beatson y Takis Tridimas. Hart Publishing, Oxford, 1996. Págs. 140-141. CHITI: *Derecho administrativo europeo*. Pág. 176. MORENO MOLINA: *Le distinte nozioni...* Pág. 588.

402 CHITI: *Derecho administrativo europeo*. Pág. 176.

que esa decisión se adapta a las exigencias del Derecho comunitario.<sup>403</sup>

## 6. Conclusiones

El examen de estos dos sectores es lo suficientemente significativo para permitirnos llegar a algunas conclusiones importantes en torno a la concepción que de la Administración pública ofrece el Derecho comunitario.

Algunos autores han destacado que el Derecho comunitario ha supuesto la aparición de un límite a la libertad de los Estados miembros para definir su propia Administración pública.<sup>404</sup> Esa afirmación, difícilmente rebatible debe ser, sin embargo, matizada.

Ciertamente que el ordenamiento europeo cuestiona en algunos casos la calificación que el Derecho nacional realice al respecto, pero sin que esto suponga que imponga una determinada concepción de este concepto. Más bien corrige la previa delimitación que realicen los países que integren la Unión, cuando esta calificación entra en conflicto con el Derecho europeo.

De aquí se deriva, en nuestra opinión, que no elimina la libertad de los Estados miembros para asumir la concepción de Administración pública que estimen oportuna, si bien ésta puede verse sujeta a restricciones en aspectos puntuales si choca con las estipulaciones del Derecho comunitario. Cuando así ocurra, como ya sabemos, este último prevalecerá en virtud del principio de primacía del Derecho comunitario.

---

403 LENZ: *The Public Service in...* Págs. 91-92.

404 Señalan en tal sentido BAENA y PIQUEMAL que los “Estados no son soberanos para decidir qué se entiende por su propia Administración pública. La comprensión de lo que sea la Administración de cada país, hasta el momento condicionada por las circunstancias de su historia y de su cultura política, ha de contar ahora con un dato extraño a los sistemas nacionales, que es la interpretación que efectúen los órganos comunitarios”. *Las Administraciones nacionales ante...* Pág. 211.



Aparte de ello, la adaptación a las repercusiones que el ordenamiento europeo traiga consigo respecto al concepto de Administración pública, no se puede llevar a cabo desde la adopción de un criterio de cualquier tipo (material, subjetivo, etc.) de la misma. Pues, en realidad, para el Derecho comunitario la Administración pública no es una realidad unitaria.

El examen que realizamos de la excepción de empleo público es muy clarificador al respecto. Respecto a ella el Tribunal de Justicia ha realizado una interpretación estricta de administración pública. Dicha concepción es claramente insuficiente en la actualidad para definir el concepto que nos ocupa. Si bien, entiéndasenos bien, esto no supone que estemos realizando un juicio desfavorable respecto a dicha interpretación, pues, en realidad, lo que ocurre es que con ella no se trata de establecer un concepto general de administración pública, sino simplemente de precisar el ámbito de aplicación de la excepción antes citada.<sup>405</sup> De tal forma que nos servirá para fijar el ámbito de esta excepción a la libre circulación de trabajadores, pero no para otros propósitos.<sup>406</sup>

Desde aquí se llega a una conclusión clara y difícilmente refutable: en último término, la adaptación de los Derechos nacionales a esa jurisprudencia no requiere en ninguna medida que se tome como criterio esa concepción de la Administración pública para definir este concepto en

---

405 RIGAUX, A.: "Le personnel du service public et le Droit Communautaire", en *Service public et Communauté Européenne: entre l'intérêt général et la marché II*. La documentation Française. París, 1998. Págs. 310-311.

406 SCIORTINO, A.: "Quelque osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell'ordinamento comunitario (art. 48, par. 4, TCCE)", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario 1994-2*. Pág. 393. GUILLÉN CARAMÉS, J.; y FUETETAJA PASTOR, J. A.: "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros", en *Revista de Administración pública 146*, mayo-agosto de 1998. Pág. 474. GIL IBÁÑEZ: *La relación jurídica entre...* Pág. 1106.

el Derecho interno. Lo que se exige, más bien, es una actuación leal al ordenamiento europeo, que no utilice la articulación que se dé a la Administración pública nacional para defraudar el ordenamiento jurídico europeo. Nada le importa a la Unión que un Estado miembro de una interpretación subjetiva, material o mixta, ya sea amplia o estricta, a dicho concepto, si abre a los empresarios de otros Estados miembros los procedimientos de adjudicación que exige el Derecho comunitario, a los nacionales de otros Estados miembros los puestos de empleo público no beneficiados por la excepción de empleo público...

Ciertamente, esto no supone indiferencia al respecto, pues en algunos casos, aunque no se cuestione propiamente el ámbito de lo administrativo, sí se impide que actúe como tal.

Es el caso de la empresa pública, que no viene marginada por el Derecho europeo, pues éste se rige por el principio de neutralidad, recogido en el art. 295 TCE (antiguo art. 222), según el cual el “presente Tratado no prejuzga en modo alguno el régimen de la propiedad de los Estados miembros”. De tal forma que, en principio, el Derecho comunitario no limita las posibilidades de los Estados miembros de organizar el sector público en la forma que estimen conveniente.

Sin embargo, esta libertad viene corregida por la acción del principio de igualdad, que se desdobra en dos reglas, no discriminación por razón de la nacionalidad y sujeción de la empresa pública a las normas reguladoras de la libre competencia.<sup>407</sup> Obligando, con ello, como regla general, a actuar a la empresa pública en las mismas condiciones en que debe actuar la empresa privada.<sup>408</sup> Lo que relativiza, en realidad, esa libertad de configuración.

---

407 MUÑOZ MACHADO, S.: *Servicio público y mercado I*. Civitas, 1997. Págs. 141-142. TAJADURA TEJADA, J.: “Empresas públicas y Unión Europea”, en *Sistema 166*, enero de 2002. Pág. 40.

408 CONDOVASAINITIS, T.: *Le secteur public industriel et commercial*. LGDJ. París, 1990. Pág. 11.

Sin embargo, no deja de ser una intervención instrumental, decisiva en cierta medida, pero que no constituye otra cosa que un conjunto de imposiciones aisladas y dispersas condicionadas a los intereses de la construcción europea, pero sin implicar esto, al menos en nuestra opinión, una incidencia de alcance conceptual, que vaya más allá de una importante influencia, que no es poco ciertamente, en la configuración de las concretas instituciones administrativas.

**TERCERA PARTE**  
**NICARAGUA**



# La formación y evolución del Derecho administrativo nicaragüense

## 1. Introducción

El examen del concepto de Administración pública y de Derecho administrativo en Nicaragua nos sitúa en un contexto muy diferente al que rige en el Derecho español. Esa distinción se concreta en varios puntos que, como vamos a ver, determinan que operemos de diferente manera al analizar esta cuestión.

Efectivamente, en España se puede encontrar una amplia e intensa tradición en el estudio de esta materia que permite seguir una línea de evolución coherente a lo largo de todo el período histórico en que se produce el surgimiento del Derecho administrativo y la Administración pública como tal. De tal forma que, con mayor o menor acierto, la doctrina ha realizado un tratamiento del tema de valor y calidad equiparable al de los países más avanzados del planeta.

La situación en Nicaragua es muy diferente, pues se puede percibir una notable carencia en el análisis de esta materia.<sup>409</sup> Esto no impide que existan también en este país

---

409 Señala MANUEL LÓPEZ que “el Derecho administrativo en nuestra patria presenta niveles muy modestos. Ha sido, más bien, una rama del Derecho Público un tanto descuidada y a veces desvalo-

algunos estudios, muy meritorios además, sobre el tema.<sup>410</sup> Pero son tan sólo excepciones particulares, simples islas en un inmenso océano de olvido.

Otro punto de divergencia importante es que, pese a que en España ha sido muy frecuente analizar esta cuestión a la luz de las grandes teorías vertidas por la doctrina internacional sobre la materia, las tesis alcanzan un notable grado de originalidad, por lo que se puede decir que, aunque con relevantes influencias foráneas, se han formulado teorías propias.

En Nicaragua la situación es también diferente. Se ha señalado una tendencia general en toda Latinoamérica por reproducir las instituciones jurídicas europeas y estadounidenses.<sup>411</sup> Dicha orientación es especialmente cierta en el Estado nicaragüense en la materia que nos ocupa, donde faltan construcciones originales en sentido estricto, y se percibe un tratamiento de la materia deudor en exceso de los estudios llevados a cabo en otras latitudes.<sup>412</sup>

---

rizada. Son pocos sus cultivadores. Sigue siendo un Derecho para unos cuantos iniciados. Casi diríamos que se trata de un Derecho esotérico. Nuestros autores, por otra parte, han sido muy escasos. Además no todo lo que se ha escrito tiene la misma calidad. La existencia de obras generales es limitadísima”. *Prólogo*. Págs. 7-8.

410 Así, puede citarse la obra de I. PALMA MARTÍNEZ: *Derecho administrativo, Teórico y Positivo*, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947; bastantes años más tarde vio la luz la obra de RIZO OYANGUREN, A.: *Manual Elemental de Derecho administrativo*. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992; recientemente, nuestra bibliografía sobre la materia se ha visto enriquecida por una notable obra de FLAVIO ESCORCIA, J.: *Derecho administrativo*. León, Nicaragua, 2002.

411 Señala E. RIVERO YSERN que “gran parte de las instituciones existentes en América Latina son reproducciones, a imagen y semejanza, de otras existentes en Europa o en los Estados Unidos. Desde las Cortes constitucionales o los consejos de Estado a los entes reguladores o agencias de supervisar y regular actividades estratégicas”. “Descentralización en Colombia”, en *El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003. Pág. 93.

412 En tal sentido, señala MANUEL LÓPEZ que en algunos casos las obras nicaragüenses sobre la materia son “simple extrapolación

Más grave aún que lo anterior, es la falta de sólidos fundamentos en el Derecho positivo de Nicaragua para sustentar una construcción teórica sobre el Derecho Administrativo y la Administración pública. Hay, obviamente, algunas referencias que pueden servir de base para una reflexión al respecto. Pero son referencias muy reducidas y fragmentarias, de las que difícilmente se pueden extraer conclusiones importantes.

No se puede negar que el Derecho administrativo de este país va ganando, lenta pero decididamente, posiciones en los últimos años y que, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, ha experimentado un desarrollo de importancia verdaderamente reseñable.<sup>413</sup> Pero la diferencia de desarrollo con respecto al español es todavía considerable.

En este último país es perceptible, como se vio en el capítulo correspondiente de esta obra, un auténtico sistema jurídico fuertemente cohesionado y coherente que, por más que pueda ser objeto, y de hecho lo haya sido, de interpretaciones diferentes y contradictorias por parte de la doctrina, se configura claramente como una unidad dotada de sentido.

En el Derecho administrativo de Nicaragua se observa aún un alto componente de irracionalidad, que ofrece, con

---

de lo que han escrito otros autores en otras latitudes, sin tener en cuenta si esas reflexiones son aplicables o no, a nuestra realidad, a nuestra historia, a nuestro grado de desarrollo económico, social y cultural, y más aún, a nuestro ordenamiento jurídico. Además uno de nuestros errores más frecuentes ha sido la tendencia a confundir lo que no es más que una reflexión particular sobre la normativa a una realidad concreta, a menudo ajena y distanciada, no sólo geográficamente, de la nuestra, con lo que es la doctrina general o principios generales del derecho aceptados por la civilización occidental, a la que de alguna manera hemos sido incorporados". *Prólogo*. Pág. 8.

413 Como señala FLAVIO ESCORCIA, en "Nicaragua, el Derecho administrativo de fines de siglo, sobre todo a partir de las reformas constitucionales de 1995, se encuentra experimentando una enorme ascendencia y constante evolución". *Derecho administrativo*. Pág. 31.



carácter general, la visión de un agregado de soluciones técnicas, correctas individualmente consideradas, pero carentes de una verdadera conexión lógica y, sobre todo, en gran medida extrañas, en el sentido de que parecen haberse anexionado desde fuera, como algo ajeno, y no, como sería deseable, como fruto de una adaptación y adecuación progresiva a la realidad jurídica, social, política y económica nicaragüenses.

Esto hace imposible, desgraciadamente, que este capítulo pueda seguir la estructura, metodología y propósitos de las demás partes de esta obra. Si los anteriores apartados de la misma son, en gran medida, un punto de llegada, un esfuerzo sistematizador que trata de extraer desde un material abundante hasta el punto de casi asfixiar, desde un criterio altamente selectivo, unas conclusiones; éste puede ser tan sólo un tímido esfuerzo creador que, sobre bases insuficientes, trate de construir una base teórica propia que, no nos engañemos, requerirá aún muchos años y muchos esfuerzos para estar plenamente consolidada.

Objetivo tanto más necesario en cuanto que, como señala RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, “las Administraciones Públicas representarán en el próximo siglo una de las fuentes del diferencial competitivo entre las naciones, es decir, el hecho de no disponer de una Administración moderna, eficaz y eficiente puede tener un coste elevado en términos de competitividad y de capacidad de gobierno y liderazgo de la sociedad”.<sup>414</sup>

Esperamos que, con ello, se ponga la primera piedra para la elaboración de un Derecho administrativo auténticamente nacional, que utilice la doctrina foránea como simple influencia, y no como fuente primaria de reflexión, que debe serlo única y exclusivamente el maltratado Derecho nicaragüense. A dicho objetivo van dirigidas estas líneas.

---

414 RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ: *Reforma...* Pág. 43.

## 2. La Administración pública nicaragüense

### 2. 1. *Antecedentes*

Para Centroamérica, el siglo XIX significa el nacimiento y constitución de su sociedad, la configuración social y cultural que les dará identidad e historicidad en el conjunto de las nuevas sociedades.

Sin embargo, la particularidad de las sociedades centroamericanas radica en que surgen con una institucionalidad económica, política y cultural marcadamente feudal,<sup>415</sup> como producto de la existencia de una estructura económica volcada a la exportación de materias primas hacia Europa, lo que desarrolló unidades económicas sin una red territorial e institucional que cohesionara y que otorgara identidades a los nuevos espacios sociales y políticos a nivel local y regional, llevando a la generación de territorios aislados entre sí, que no permitió la creación de un mercado interno y de la institucionalización de las prácticas sociales mercantiles.

La naturaleza y las características del Estado que surge y se consolida en esta época está definida esencialmente por el tipo de relaciones económicas, productivas y sociales que provenían del período colonial. Es decir, que en el nuevo período histórico que se inicia después de la independencia, se mantuvo y reprodujo la estructura económi-

---

415 J. BENEYTO, afirma que Colón introduce en América la Edad Media. La Edad Media era todavía, en efecto, la que mostraba su impronta en los conquistadores, que, además procedían de zonas singularmente influidas por las instituciones señoriales. Las posiciones feudalizantes, el peso de la herencia y, en fin y sobre todo, ese enfrentamiento entre el príncipe y el vasallo en terreno común, pactando y fijando sus mutuos acuerdos, resulta característico. En un primer momento tuvieron que crearse numerosas y variadas situaciones «de facto», que acaban por ser reconocidas «de iure». En el esquemas inicial de la organización indiana resulta fundamentalmente el vínculo de súbdito. Los indios son, desde el primer momentos, vasallos de la corona. *Historia de la Administración española e hispanoamericana*. Madrid. 1958. Pág. 425.

co-social heredada del período colonial, caracterizada por una bajísima regulación; y por una desarticulada estructura territorial.

En este contexto, la centralidad de la práctica política de las elites oligárquicas dominantes estaban orientada a la construcción del Estado, donde lo político estaba definido por la discusión y pugna de intereses entre los distintos sectores y clanes familiares que la componían. Estas disputas giraban principalmente en torno a los marcos jurídicos e institucionales necesarios para la institucionalización, funcionamiento y legitimación del nuevo Estado, que se intentará construir bajo los preceptos del Estado moderno y liberal que ya se configuraba en Europa.

No obstante, el que haya surgido un Estado sobre las bases económicas y socioculturales del período colonial, significó que en la práctica se haya montado un constitucionalismo -o mejor dicho, una institucionalidad jurídico-política- y una ideología de carácter liberal sobre un sistema económico y social de carácter feudal. Esta superposición produjo en la práctica que se levantara un Estado liberal dentro del esquema de relaciones sociales oligárquicas.<sup>416</sup>

---

416 BENEYTO, subraya que «la Constitución era un traje a la moda, pero no ciertamente...traje a la medida. Y más adelante afirma que fue «muy poco lo que los próceres de la Independencia tomaron de la organización precedente. Incluso...y ahí halla la primera y más importante diferencia entre el movimiento de emancipación realizado en el Norte y la revolución de los países hispanoamericanos, porque éstos últimos se distinguieron por un espíritu demoledor, en el cual acaso...no sería inconducente buscar el origen de la inestabilidad y la oscilación advertidos en la vida de las nuevas naciones”. *Historia de la ...* Pág. 593 y 594. Por su parte E. ALVAREZ LEJARZA, afirma que «desgraciadamente los fundadores de estas nacionalidades siguieron el espíritu de imitación, sin alcanzar a comprender que los pueblos deben tener sistemas de gobierno en armonía con sus peculiaridades y tradiciones; y *per saltum* nos dieron una Constitución similar a la norteamericana, la cual había logrado el milagro de unir por la federación a las colonias desunidas, y en Centroamérica llega al desastre de desunir por la federación lo que estaba unido en la colonia». *Las Constituciones de Nicaragua*. Madrid, España. 1958. Pág. 99.

Este nuevo orden de cosas queda garantizado de manera formal por la Constitución Federal de Centroamérica de 1824 –calco imperfecto de la norteamericana– fundada en los principios de legalidad y de división de poderes; en el respeto de la propiedad, en la libertad de comercio e industria; y, finalmente, el mantenimiento del orden público y los derechos privados a través del ejército y la policía.<sup>417</sup>

Las funciones que asume el Estado en este modelo, al ser una copia del norteamericano –con algunas mínimas variantes– se reducían a la defensa nacional, al mantenimiento del orden y la seguridad pública, la administración de la Justicia y, en general, la formulación de aquellas reglas jurídicas mínimas que hacen posible el libre juego de los actores económicos en el mercado.

La tarea de esta Administración está orientada hacia la fuerza pública (ejército, policía) lo que es plenamente coherente con la concepción del Estado como garante de los derechos privados, y encargado de la preservación de la libertad.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo -ejercido por un presidente (art.106)- estaba la de garantizar el orden público; nombrar a los funcionarios de la República;<sup>418</sup> asimismo «Podrá separar libremente y sin necesidad de instrucción de causa a los secretarios del despacho, trasladar con arreglo a las leyes a todos los funcionarios del Poder

---

417 En el artículo 182 de la Constitución se regula el Poder Ejecutivo, estando a su cargo: 1. «Ejecutar la ley y cuidar el orden público; 3. Disponer de la fuerza armada del Estado y usar de ella para la defensa». ALVAREZ LEJARZA: *Las constituciones de Nicaragua...*Pág. 358.

418 El artículo 117, establecía: «Nombrará los funcionarios de la República que designa el artículo 102 a propuesta del Senado. El artículo 102, por su parte, indica «Propondrá ternas al poder ejecutivo para el nombramiento de los ministros diplomáticos, del comandante de las armas de la Federación, de todos los oficiales del Ejército. De coronel inclusive arriba-, de los comandantes de puertos y fronteras, de los ministros de la Tesorería General y de los jefes de las rentas generales”.

Ejecutivo federal, suspenderlos por seis meses y deponerlos con pruebas justificativas de ineptitud o desobediencia, y con acuerdo en vista de ellas de las dos terceras partes del Senado” (art. 122); el artículo 123 establecía que «Presentará, por medio de los secretario del despacho, al abrir el congreso sus sesiones, un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la administración pública».

Una vez promulgada la Constitución Federal, Centroamérica cayó en un estado de anarquía política y social.<sup>419</sup> La anarquía fue tan grande en este período que resultaba imposible improvisar una nueva burocracia, especialmente atendiendo el gran número de analfabetos y al exiguo contingente de personas capacitadas para estos cargos, en un corto tiempo fueron depuestos de la administración pública la cantidad de 318 personas.<sup>420</sup>

Similares términos e idénticos conceptos a los de la Constitución Federal, los encontramos en la Constitución Política del Estado de Nicaragua de 1826, e igualmente en la Constitución del 12 de noviembre 1838 (Primera Constitución de Nicaragua como Estado Libre, Soberano e Independiente, una vez fracasada la Federación).

Desde mediados del siglo XIX hasta la revolución liberal encabezada por el General ZELAYA, el lento crecimiento demográfico, el mestizaje y la relación entre campo y ciudad no provocaron ningún cambio profundo en los mecanismos tradicionales de la sociedad nicaragüense y en las relaciones sociales que la sustentaban, permitiendo

---

419 Algunos autores le llaman estado de anarquía, otros de desorden público. En la búsqueda del orden y la república conservadora A. CRUZ dice: «En el siglo de la independencia Nicaragua cayó en un estado de desorden público, al igual que el resto de la América española». En *Nicaragua: Surgimiento del Estado-Nación, 1798-1858* de E. BRADFORD BURNS.

420 MARURRE, un historiador de la época, anotó en su “Bosquejo histórico de las revoluciones de Centroamérica”, publicado en 1877 en Guatemala, que entre los años de 1821 a 1842 se dieron 143 acciones bélicas, entre ellas golpes de Estado, motines, revueltas, guerras, lo que produjo 7.088 muertos y 1.735 heridos.

que las estructuras sociales precedentes a la independencia mantuvieran toda su vigencia y fueran determinantes en la formación del Estado.

La Constitución de 1858 reflejaba rotundamente esta realidad. Asimismo, fue la clara expresión del sistema conservador: el mantener un orden basado en la costumbre y en el *status quo*, en donde el concepto de ciudadano estuviera determinado por una alta concentración de capital y de propiedades.<sup>421</sup>

Según esta Constitución, al poder Ejecutivo -ejercido por el presidente- dentro de sus atribuciones le correspondía, «cuidar de la administración de los caudales públicos»(art. 55, inciso 5); «Nombrar y remover a los ministros del despacho y a los demás empleados del ramo ejecutivo» (art 55, inciso 9); «Nombrar a los jueces de primera instancia del fuero común, a propuesta en terna de la Corte de Justicia, y a los demás empleados cuya provisión no esté reservada a otra autoridad» (Art. 55, inciso 11); «Nombrar ministros diplomáticos, agentes y cónsules acerca de los demás gobiernos y admitir los nombrados por éstos» (art. 55, inciso 15); «Ejercer la suprema dirección sobre los establecimientos públicos y sobre los objetos de policía» (Art. 55, inc. 26). El capítulo XX, «De la responsabilidad de los empleados públicos, establecía en el art. 66, que «todo funcionario público, al tomar posesión, prestará juramento de cumplir y hacer cumplir la Constitución y las leyes; será responsable de su trasgresión y debe dar cuenta de sus ope-

---

421 El artículo 8 de la Constitución de 1858 establecía: «Son ciudadanos: Los nicaragüenses mayores de veintiún años o de dieciocho que tengan algún grado científico o sean padres de familia, siendo de buena conducta y teniendo una propiedad que no baje de cien pesos o una industria o profesión que al año produzca lo equivalente». LEVY, apunta que en 1871 sólo participaba en el proceso político 640 personas (electores) sobre una población de 230, 000 habitantes. «Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua», en *Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano*. Número. 59-63. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965. Pág. 148.

raciones». El capítulo XXI, «Del gobierno interior de los pueblos», en su art. 74, establecía que «Los departamentos serán regidos por prefectos, primeros agentes de la administración; su nombramiento corresponde al Gobierno y a la ley designar sus cualidades, atribuciones y duración».

A los gobiernos conservadores les siguió uno de tendencia liberal, encabezado por el General ZELAYA. Aunque las reformas liberales implementadas por ZELAYA tenían una substanciación congruente con el medio y las necesidades, fueron contradictorias y frustradas, debido a que, si por una parte significaron un intento serio de modernizar el Estado<sup>422</sup> y el país, por el otro, no lograron establecer un orden político estable ni un progreso económico duradero,<sup>423</sup> ni una administración pública independiente del poder Ejecutivo.

En el aspecto constitucional, con la promulgación de la “Libérrima” en 1893, se establecen los principios ideológicos del liberalismo y se inicia la transición hacia nuevas instituciones modernas.

---

422 VELÁZQUEZ PEREIRA indica que las nuevas tareas asignadas al Estado implicaron una alta dosis de intervención en la economía. De ese modo el Estado se convirtió en un importante protagonista del desarrollo, y en un centro de las decisiones económicas. El llamado Estado liberal en Nicaragua surge en respuesta a las necesidades de expansión y dinamización de la agricultura cafetalera. Por lo tanto, la acción reguladora del Estado en ese período va a corresponder al desarrollo y a las necesidades del nuevo sector de la economía. Se observa entonces que por medio de esta intervención en la esfera económica, el nuevo Estado organizó los intereses de la burguesía cafetalera dando a su acción los contenidos siguientes: a) La creación de la infraestructura económica necesaria a la salida de la producción hacia los centros de ultramar. b) La organización del Sistema Monetario Nacional. c) La creación del Sistema Financiero Nacional (Banco Nacional). d) El subsidio estatal a la producción cafetalera. e) La construcción de beneficios mecanizados.

423 E. TORRES RIVAS, señala que «podría decirse que la República Liberal corresponde a un modelo de desarrollo de una sociedad agroexportadora dirigida por una burguesía de claro perfil oligárquico”. *Interpretación del desarrollo social en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1972. Pág. 63.

Entre otros cambios sustanciales, la nueva constitución prohibió una religión estatal, garantizó la libertad de cultos, negó a los clérigos el derecho de servir en la Asamblea Legislativa o como oficiales ejecutivos o jueces, prohibió los conventos y los monasterios, estableció la asamblea unicameral y negó a extranjeros el derecho de permanecer en el país después de hacer “reclamaciones” injustas. Abolió la pena de muerte, estableció la libertad de trabajo y de imprenta, de profesiones y de impuestos. Suprimió los monopolios, estableció el control de las rentas públicas, introdujo el recurso de inconstitucionalidad de las leyes, jurado para juicios civiles, la separación del Estado de la Iglesia, el registro civil de las personas y el no ir a prisión por deudas.<sup>424</sup> En el año de 1904 y 1906, respectivamente, se promulgan los Códigos Civil y de Procedimiento Civil, aún vigentes. A pesar de estas reformas importantes, ZELAYA no separó el Gobierno de la Administración Pública.<sup>425</sup>

---

424 ALVAREZ LEJARZA apunta en su *Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua*, que en la práctica nueve meses después de la promulgación, se decretó la Ley Marcial, el Estado de Guerra y el estado de sitio.

En el año de 1896, Zelaya realizó Reformas a la Constitución: suprimió el artículo 152, que establecía: “...el Presidente y los Secretarios de Estado podrán ser acusados por delitos oficiales, hasta cinco años después de haber cesado en sus funciones”. También eliminó algunas leyes constitutivas: la de imprenta, la marcial, la de amparo y la electoral.

En el año de 1905 promulgó otra Constitución. Lo más interesante de esta nueva Constitución fue el hecho de que el período presidencial sería de seis años y el presidente sería elegido por voto popular. No se mencionaba nada sobre la reelección, lo que denota que la reelección era posible, ya que la ley no lo prohibía.

425 SANTA MARÍA DE PAREDES afirma que “...podemos emplear desde luego como sinónimos los nombres *Poder ejecutivo* y *Poder administrativo* sin más aclaraciones, con sólo advertir que la primera denominación se usa más en el lenguaje constitucional al marcar sus relaciones con los otros poderes, y la segunda en el lenguaje técnico de la vida administrativa”. *Curso de Derecho administrativo*. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898. Págs. 138-143. POSADA, en cambio, sí establece la



Estos logros quedaron relegados cuando comienza las presiones exteriores en torno al canal interoceánico y por las constantes ambiciones de extender su poder en Centroamérica. El general ZELAYA interfiere en los asuntos políticos de Guatemala, El Salvador y Honduras. Invade este último país y depone al presidente Bonilla, colocando en su lugar una Junta totalmente dominada por él.<sup>426</sup> Los países centroamericanos en busca de una solución, y ante el temor de ser invadidos por ZELAYA, acudieron a los Estados Unidos.<sup>427</sup>

El general ZELAYA, al ser causa de intranquilidad – tensiones en el interior del país y guerras en el exterior– en Centroamérica y al enfrentarse a los Estados Unidos por el canal cae del poder en 1909, y a partir de allí comienza a estructurarse un nuevo orden político, con base en instituciones muy débiles.

---

distinción entre gobierno y administración en 1897: “... no (hay que) confundir la *Administración* con el *Poder Ejecutivo* ni con su fin”. Por otra parte, adelanta una tercera función del Poder Ejecutivo, que sería la actividad preponderante del Estado desde mediados del siglo xx: “... la *acción protectora* –ingerencia social– del Estado”. No obstante, denota confusión—desde el punto de vista de las concepciones actuales— al aclarar que “...el Poder Ejecutivo tiene *su aspecto administrativo*” *Tratado de Derecho...* Pág. 57.

426 ARGUELLO, A.: «Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua», en *Revista Pensamiento Centroamericano*, Número. 159 (Abril-Junio, 1978). Pág. 33.

427 El Secretario de Estado ELIHU ROOT concibió la idea de un tratado General de Paz y Amistad, que fue ratificado en la conferencia de Washington el 17 de septiembre de 1907. En dicho tratado los países centroamericanos se comprometen a que no se use el territorio nacional como base para la organización de movimientos revolucionarios contra los otros estados, y a restringir las actividades políticas de los emigrados. También se comprometían a no reconocer ningún gobierno centroamericano que haya llegado al poder por medio de un golpe de estado o por una revolución contra un gobierno reconocido. Por supuesto, ZELAYA violó sistemáticamente todas estas estipulaciones. Para una exposición detallada sobre este proceso, véase, ARGUELLO: *Incidencias del...*

Por medio del protectorado, que se instaura a partir de 1912, los conservadores logran mantenerse en el poder entre 1912 y 1928, «no porque existía un gobierno fuerte o una coalición política, sino porque se le tenía miedo a los Estados Unidos».<sup>428</sup> Durante este período los norteamericanos crearon algunas instituciones como la Recaudación General de Aduanas (RGA), el Banco Nacional de Nicaragua y la Alta Comisión, cuya función era autorizar, fiscalizar y supervisar el presupuesto nacional.<sup>429</sup>

La intervención directa de los Estados Unidos tuvo como consecuencia la interrupción del desarrollo autónomo del Estado de Nicaragua, que había venido evolucionando de manera acelerada en los últimos treinta años del siglo XIX.

El Estado nicaragüense veinte años después de las reformas emprendidas por el gobierno liberal se caracterizaba por tener instituciones estatales intervenidas y desnacionalizadas, con una contracción del sector público y sin grandes inversiones en el servicio público.

Es evidente, que una de las conclusiones que podemos extraer de este desarrollo histórico abrupto de Centroamérica, y después del Estado de Nicaragua en el siglo XIX, es que, al no haber tenido lugar una revolución burguesa que dismantelara el autoritarismo absolutista, y que consolidara a la burguesía como la fuerza conductora de la sociedad –y de paso, que logaran unificar el poder político y

---

428 WALTER KNUT.: *El somocismo: Del protectorado a la revolución*, en *Encuentros con la historia*. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995. Pág. 331.

429 El Tratado Knox-Castrillo entre el departamento de Estado de los Estados Unidos y el gobierno de Nicaragua fue el instrumento que proporcionó el marco jurídico-político de la intervención norteamericana. En el artículo 4, el referido tratado establecía la creación de un organismo llamado Collector General of Customs, que se convertía en el recaudador de todos los ingresos fiscales del Estado, los cuales, una vez recolectados, eran transferidos a la segunda institución del sistema, que a su vez cumplía con otras tareas, es decir, el Banco Central.

jurídico, crear ejércitos y dar vida a una burocracia administrativa, surge una versión autóctona y atrofiada de Estado, independientemente de su orientación ideológica, y de su forma de gobierno.

Como se puede ver, en lo político y jurídico, el Estado liberal de Derecho es la forma constitucional que refleja los ideales de la burguesía emergente. La revolución en las colonias norteamericanas y en Francia, fue el instrumento por medio del cual la burguesía consiguió en los años finales del siglo XVIII remover los obstáculos que se oponían a su expansión política, económica y social; y abolir; en parte, el Antiguo Régimen.

Las Revoluciones liberales buscaban la ruptura del orden social orgánico y corporativo propio del Antiguo Régimen y su sustitución por una concepción de la sociedad y del Derecho esencialmente individualista.<sup>430</sup>

---

430 El utilitarismo de BENTHAN elevó el interés propio “ilustrado” al status moral y se convirtió en una doctrina ampliamente aceptada, pese a las protestas contra esta reivindicación. El hombre para los liberales trata de ser libre, racional e intenta perfeccionarse a sí mismo. TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Tecnos. Segunda reimpresión. Madrid, España, 1987. Pág. 320. Resumiendo de las lecturas de SABINE, LASKY y TOUCHARD, podemos considerar que el único bien común que reconocerán los liberales será la maximización del añadido de los beneficios individuales. Uno de los axiomas políticos centrales que se derivan de la idealización de la libertad y la racionalidad individual es que el gobierno debe basarse en el consentimiento del pueblo, quien, de esta manera lo legítima. Aquí está la base de la afinidad entre liberalismo y democracia. La libertad es el valor primario del credo liberal, puesto que es el medio que permite al individuo racional, satisfacer sus intereses propios. La libertad es un valor instrumental que ayuda a las personas a obtener aquello que desean. La libertad social económica y política es considerada como una necesidad humana y un bien en sí misma, más que como un medio para lograr un fin. La concepción liberal de la libertad ha sido identificada ampliamente, como la elección material y el derecho. LASKI: *El liberalismo europeo*. F.C.E. México, 1945. Págs. 11-27. THELMER, W.: *Historia de las ideas políticas*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1969. Págs. 249-280. SABINE, G.: *Historia de la teoría política*. Novena reimpresión. FCE. México, 1978. Págs. 489-531. TOUCHARD.: *Historia de...* Págs. 301-325.

El principio de igualdad<sup>431</sup> formal se convirtió en la base jurídica sobre la cual se construyó el nuevo orden: todo el poder público se concentró en las manos del Estado y el resto de los sujetos de derecho quedaron reducidos a la idéntica condición jurídica de simples particulares, culminándose el proceso continuado de acumulación de títulos de potestad y legitimación para la injerencia en la esfera vital de las personas que ha caracterizado el desarrollo del poder público en Occidente.

Desaparecieron los estamentos o corporaciones, que brindaban privilegios jurídicos; y, asimismo, quedaron eliminados los poderes territoriales del Antiguo Régimen, lo que dio paso a una organización territorial centralizada y uniforme; a la liberación de la Administración respecto al poder judicial, igualdad de derechos de los particulares, medidas que van a contribuir a la configuración del régimen administrativo.

El resultado final de este proceso, fue la separación entre el ámbito público representado de manera exclusiva por el Estado, y el ámbito privado, del mercado, en el que vive y actúa la sociedad civil, formada exclusivamente por individuos, liberados de los vínculos que nacían de los cuerpos intermedios del Antiguo Régimen, cuya inmediata eliminación fue en todas partes una de las primeras medidas de los revolucionarios.

La ley se convirtió en la fuente suprema del Derecho, como manifestación de la voluntad general, hallada en los Parlamentos mediante la discusión pública, libre y racional de los representantes de la Nación.

---

431 J. L. VILLAR PALASI, señala que «la implantación de la igualdad, ley, voluntad general fue la primera característica destacable. Como había dicho VOLTAIRE y repetido MONTESQUIEU, es preferible el gobierno de la Ley al del capricho». *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid. España, 1968. Pág. 131.

Es decir que mientras en Europa se echaban las bases del Estado moderno, y surgía el Derecho Administrativo<sup>432</sup> a través de la concurrencia de una administración suficientemente desarrollada, y de la aceptación del principio según el cual la administración, rama del ejecutivo, está sometida a la ley;<sup>433</sup> en Nicaragua, producto de las relaciones

---

432 E. FORSTHOFF, escribe que «allí donde hay Estado, hay administración, allí donde hay administración hay Derecho administrativo». Asimismo, afirma que el Derecho administrativo como ciencia, aparece «con el establecimiento del Estado de Derecho burgués, es decir con la división de poderes, la administración según ley, la delimitación del legislativo y judicial y los límites en relación con los derechos individuales, puntualizando dicho experto que las «funciones estatales quedaron así situadas en una conexión sistemático-jurídica, dentro de la cual la administración tenía un lugar preciso». *Tratado de Derecho administrativo*. (Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega). Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958. Págs. 69 y sigs. Por su parte, SANTAMARIA PASTOR, J. A, señala, que «la historia de la Administración es inseparable, en efecto, de la historia del propio Estado: no sólo porque durante buena parte de la evolución política europea, Administración y Estado han sido, prácticamente, una y la misma cosa, sino también porque la estructura administrativa constituye hoy, cuantitativa y cualitativamente, el bloque central y hegemónico del aparato estatal». *Principios de Derecho administrativo*. Editorial Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, España. 1990. Pág. 11. A. GORDILLO, considera que «el Derecho administrativo en cuanto conjunto de normas jurídicas positivas, que regulan las relaciones del Estado con los administrados, puede decirse que tal vez ha existido siempre, desde el nacimiento del Estado. Sin embargo, la existencia de ese conjunto de normas no ha sido suficiente para dar lugar inicialmente a la creación de una disciplina científica o técnica, simplemente porque es probable que nunca existiera conciencia de que se tratara de una relación entre sujetos diferenciados». *Teoría General del Derecho administrativo*. IEAL. Madrid, España. 1984. Pág. 9.

433 VILLAR PALASI considera que la afirmación de que el «Derecho administrativo como conjunto de técnicas propias nace de la Revolución Francesa», es parcial e inexacta. «Lo que sí aparece con la Revolución es la Administración personificada. Ella va a ser el nuevo titular de prerrogativas que anteriormente estaba indiferenciadamente en manos del príncipe, y es ella quien va a usar de técnicas jurídicas persistentes». *Derecho administrativo. Introducción y Teoría...* Págs. 97-116. GASCÓN Y MARÍN, por su parte, afirma «que el desenvolvimiento científico del Derecho administrativo comienza, en realidad, cuando se afirma el Estado moder-

sociales y políticas propias de este orden oligárquico, y del Estado liberal atrofiado, surge el clientelismo; que, como práctica política refleja y proyecta un imaginario sociocultural que proviene de la época colonial, y se consolida en la cultura política nicaragüense. A través de distintas expresiones ideológicas, perdurará hasta la aprobación y reglamentación de la ley de Carrera Civil y Administrativa.

## 2. 2. *El desarrollo de la administración pública en el siglo XIX*

A pesar de haber transcurrido varias décadas de expansión productiva y de estímulos modernizantes, en Nicaragua aún no se logra del todo descomponer las estructuras sociales preexistentes al momento de la independencia; que se caracterizan por un orden semifeudal.

Con este sistema de relaciones productivas se consolida el fenómeno del clientelismo, que a pesar de tener su origen en las haciendas y de ser un sello distintivo de las prácticas sociales y políticas de la oligarquía, se transformará en una característica esencial de la cultura política y que, como tal, atravesará toda la historia política de Nicaragua a partir de expresiones más elaboradas como el caudillismo, y de los liderazgos populistas dados durante todo el siglo XX.

Por ser parte de las prácticas políticas del régimen oligárquico, el clientelismo se expandió y desarrolló también en los sectores urbanos, donde incluyó a funcionarios, administrativos, empleados de banca y de comercio, quienes eran incorporados al sistema de relaciones clientelares a través de la adhesión del empleado a las directivas del partido del poder y en su adaptación, como valores propios, de los modelos de vida y de comportamiento que ofrecía el sistema político.

---

no, cuando de los principios filosóficos se derivan las normas que regulan la organización de las sociedades políticas y las relaciones de los Poderes Públicos con los ciudadanos, diferenciándose las varias funciones del Poder Público». *Tratado de Derecho administrativo*. Décima edición. Madrid, 1948. Pág. 14.

Más tarde ya institucionalizado como práctica social, el clientelismo político se constituye en el instrumento más eficiente para recibir cualquier tipo de apoyo, a través de la promesa de dar u otorgar un beneficio a quien se compromete a brindarlo.

Considerando que el origen del clientelismo está dado por la coexistencia de estructuras de poder desiguales y asimétricas junto con el desarrollo de lealtades interpersonales basadas en el favoritismo, y una vez institucionalizado como práctica cultural se convierte en un sistema de relaciones de reciprocidad utilizado como mecanismo de intercambio comunitario y de integración social. En este sistema de relaciones de reciprocidad se conjugan el prestigio y el poder.

La expresión máxima de este sistema lo encontramos en el período de la dictadura de la familia Somoza. En lo político-administrativo esta época está marcada por un impulso centralizador que lleva ya en 1936, primer año de gobierno de Somoza García, a la supresión de la autonomía municipal y a la institución de alcaldes electos por Juntas Locales nombradas por el ejecutivo.<sup>434</sup> En 1937, ya

---

434 Aunque en los años setenta se da un intento de descentralización, impulsado por la Organización de los Estados Americanos, que recomendaba en un informe: «La actual división del territorio nicaragüense en departamentos y municipios no es muy apropiada para un intento serio de desarrollo regional. La gran disparidad de tamaño, topografía, población y su distribución, dotación de recursos naturales, comunicación y distancia de los centros principales y mercados, producción actual y potencial, niveles de desarrollo, etc., entre los distintos departamentos, dificultan la adaptación de los esfuerzos de desarrollo al actual marco político-administrativo. Para lograr el desarrollo, las regiones deberían tener cierto grado de armonía interna y un conjunto de condiciones que faciliten su integración y cohesión. *Programa de Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacífico*. OEA. 1978. A finales de 1978, se desarrolló un «Programa de Descentralización y Desarrollo de la Región del Pacífico», elaborada por técnicos de la OEA y del Ministerio de Economía y Comercio (MEIC). Pero como se conoce estos planes no se llevaron a la práctica ni tuvieron incidencia alguna. A. RODRÍGUEZ GIL afirma que «el centralismo, que jugó un papel progresista en la consolidación de los Estados Nacionales y de las economías capitalistas, llega a Nicaragua muy tarde, a

por Ley, el ejecutivo asume el gobierno de las Juntas Locales y más adelante, en 1939, la Constitución Política ratifica la conversión, hecha diez años antes, de Managua en Ministerio de Estado, invalida la autonomía municipal y establece que la administración de las entidades locales estaría a cargo de municipalidades nombradas por el Poder Ejecutivo.<sup>435</sup>

En la Constitución de 1950, aunque se mantuvo el sistema de nombramiento de las autoridades municipales por el Ejecutivo, se integró entre ellas a un miembro del partido llamado de minoría; que era escogido por el Ejecutivo de una terna presentada por dicho partido.<sup>436</sup> Este sistema permaneció con algunas modificaciones en la Ley Orgánica de las Municipalidades de 1963, que restituyó el carácter electo de los Concejos Municipales, que contarían con cinco miembros hasta que la Ley Municipal de 1967 los redujo a tres (dos del partido mayoritario en las elecciones municipales, alcaldes y tesoreros, y uno del minoritario, el

---

finales del siglo pasado (XIX), y con unos rasgos marcadamente oligárquicos que no le permiten cumplir con sus fines. Posteriormente la intervención norteamericana rompe el esquema de desarrollo autónomo del Estado y no es hasta los años 50-60, que éste conoce un mayor desarrollo y tecnificación, pero dentro del marco de una dictadura con gran peso unipersonal, que utiliza el aparato de Estado como instrumento de enriquecimiento de su grupo oligárquico y otorga gran prioridad al fortalecimiento y desarrollo y actuación de su eje central, la Guardia Nacional. Estas situaciones, unidas al desarrollo económico dependiente y la tutela ejercida por los Estados Unidos, impide el desarrollo de un Estado fuerte, pero no el desarrollo de un aparato altamente centralizado, con una presencia en el territorio fundamentalmente de carácter militar y represiva, lo que incide en la debilidad congénita de los gobiernos locales y su sumisión al caciquismo». *Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua*. Friedrich Ebert Stiftung, Managua, Nicaragua. 1991. Pág. 29.

435 Sobre este aspecto, véase: BUITRAGO, E.: El municipio en Nicaragua. Managua, Nicaragua, 1987;

436 Sobre la forma de elección a los cargos públicos, a través del sistema electoral, véase. NAVARRO K.: *El sistema electoral nicaragüense. Diagnóstico y Propuesta de la Sociedad Civil*. Foro Democrático. Managua, Nicaragua, 2004.



Síndico). Asimismo, las municipalidades estaban sometidas al Ministerio de Gobernación, el cual por ley, ejercía una labor de vigilancia de las mismas, aprobaba sus presupuestos y Planes de Arbitrios, lo que es tanto como decir que tenía facultades de control sobre la totalidad de vida municipal.

En la Constitución de 1939, en el Capítulo II, «De los deberes y atribuciones del Poder Ejecutivo», en su artículo 214, se establece que a «El presidente de la República están confiados el gobierno y la administración del Estado y el mando supremo de todas las fuerzas armadas de la nación». Asimismo, de acuerdo al artículo 219, le corresponde al presidente de la República como suprema autoridad administrativa, «nombrar y separar libremente al secretario y subsecretario de Estado y a los demás empleados del Ejecutivo» (inc. 4); «Nombrar las personas que deban desempeñar cualesquiera empleos nacionales, cuya provisión no corresponda a otros funcionarios o corporaciones, según la Constitución y las leyes» (inc. 4); «dirigir relaciones exteriores, nombrar agentes diplomáticos y cónsules de la República» (inc. 6). En el artículo 312 de esta Constitución se declara la intención de «crear el servicio civil organizado con los funcionarios que no tengan carácter político». Sin embargo, esta intención nunca se cumplió. Idénticos términos encontramos en la Constitución de 1948,<sup>437</sup> en la de 1950,<sup>438</sup> y en la de 1974.

### 2. 3. *La concepción cepaliana del Estado y la Administración pública*

Sin embargo, es notable, y aún paradójico, el hecho que durante este período, poco a poco, el Estado fue ampliando sus funciones y, se transformó en un agente protagónico del desarrollo “hacia adentro”, que tenderá a generar mecanismos y estrategias de desarrollo económico a través de un capitalismo de Estado que será un instrumen-

---

437 Artículos 177, 182 incisos 4 y 5.

438 Artículos 190, 195 incisos 4 y 5.

to que cambiará las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, expande los servicios públicos y promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Dentro de las distintas concepciones y teorías para interpretar e intervenir en los problemas asociados al desarrollo,<sup>439</sup> se impusieron las ideas de la Comisión Eco-

---

439 Posteriormente a la Segunda Guerra Mundial surgen cinco corrientes teóricas y académicas que pretenden analizar las condiciones de pobreza y «atraso» de las sociedades latinoamericanas, que instalando en sus análisis la dualidad desarrollo-subdesarrollo, pretendían nutrir con sus análisis y propuestas a las políticas y estrategias de intervención del Estado. La primera de estas corrientes es de carácter neoclásico, de la que se desprende que el desarrollo es un continuum entre un estado de subdesarrollo hasta otro de desarrollo. El principal exponente de esta corriente, ROSTOW, en su libro *Las etapas del crecimiento económico*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993, plantea que en un proceso de tipo lineal el subdesarrollo vendría a ser la antesala necesaria que es preciso superar, debiendo para ello reunir las condiciones de la primera etapa (el subdesarrollo) para así contar con las condiciones que la lleven a un estado de pleno desarrollo capitalista. La segunda corriente es de carácter funcionalista, y a través de una lógica cuantitativa y determinista, plantea que dentro de un continuum global de desarrollo, se puede medir el grado de desarrollo de un país si se consideran determinados indicadores tales como la alfabetización, la educación, la natalidad, etc. Otra variante de carácter estructural-funcionalista, es la denominada corriente de la modernización o sociología del desarrollo, cuyo principal exponente, GERMANI concibió el desarrollo en términos de tránsito de la «sociedad tradicional» a una «sociedad industrial, desarrollada y moderna», donde las sociedades europeas y norteamericanas eran el modelo a alcanzar; en este sentido era necesario determinar la propensión de una sociedad para transitar hacia el desarrollo en términos de la asimilación de los valores y conductas propias de la sociedad industrial mediante el abandono del subdesarrollo y la superación valorativa de la sociedad tradicional. Existe otra variante dentro de las teorías del desarrollo denominada «dualismo estructural», esta variante agrupa dos subcorrientes de suma importancia en el pensamiento latinoamericano, la primera conocida como la teoría de la dependencia y la segunda, el pensamiento «cepaliano». El paradigma del dualismo estructural plantea que en las economías nacionales conviven dos polos, uno capitalista y otro no capitalista o premoderno; el primero po-

nómica para América Latina (CEPAL), organismo de Naciones Unidas, que planteaba que el subdesarrollo no es un «momento» en la evolución continua de una sociedad económica política y culturalmente aislada y autónoma, sino que por el contrario es parte de un proceso histórico y global que incluye a todas las sociedades, y que estaba definido por una división internacional del trabajo y por los términos de intercambio entre los distintos países.<sup>440</sup>

Para cumplir estos objetivos, la acción del Estado se hacía fundamental, en tanto era el único instrumento que podía generar una intervención capaz de crear las condiciones iniciales para el desarrollo, corrigiendo para ello la estructura social que impedía la expansión interna del mercado y, con ello, la emergencia de una sociedad moderna.

Es decir, ante la inexistencia de bases e instituciones sociales que pudiesen llevar por sí solas a cabo el proceso de modernización y desarrollo, se definió al Estado como el único instrumento capaz de generar las estrategias e implementar las medidas tendentes a crear y consolidar las prácticas sociales de una economía capitalista, así como de promocionar el desarrollo y regular la distribución de la riqueza.

---

see un alto nivel tecnológico y es generador y concentrador de riqueza; en cambio el otro polo sería atrasado, poseería un sistema productivo básico y tendería a la marginalidad social. Estos polos que convivirían en las economías y en las estructuras sociales latinoamericanas, formarían parte también de un continuum respecto al sistema económico internacional donde las economías latinoamericanas eran parte periférica y donde las economías de Europa y Norteamérica eran el centro.

Lo anterior fue el precepto de base de la teoría de la dependencia que plantea que la condición de dependencia de las economías latinoamericanas respecto a las economías desarrolladas, así como también la condición de desarrollo, eran condiciones estructurales de estas economías dentro del sistema capitalista internacional. Para profundizar, véase entre otros, SOTELO VALENCIA, A.»La crisis de paradigmas y la teoría de la dependencia en América Latina».

440 SUNKEL, O. y PAZ, P.: *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*. Editorial Siglo XXI. México. 1981.

El tipo de Estado que surge a partir de los postulados Cepalianos es el denominado «Estado desarrollista», y el modelo de desarrollo que se encuentra asociado a éste es el modelo de industrialización por sustitución de importaciones, que en términos generales buscaba la industrialización a través de la sustitución de bienes de consumo «simples», cuya elaboración no requería una alta tecnología, y cuya rentabilidad estaba asegurada por la manutención de un mercado cautivo a través de una alta tasa impositiva a los bienes importados.

A partir de su redefinición del Estado, éste se transformará en un instrumento que cambiará drásticamente las estructuras económicas y sociales del país, ya que fomenta la industrialización sustitutiva de importaciones; invierte en obras de infraestructura, promueve cambios estructurales con el fin de integrar a los sectores medios y populares.

Señala a este respecto BARAHONA, que “el Estado, por su parte, pasó a jugar el papel de agente propulsor permanentemente del desarrollo económico...congruente con este nuevo atributo del Estado, se fueron incrementando y complicando sus funciones. Junto a los viejos órganos del aparato estatal fueron apareciendo las instituciones encargadas de poner en práctica las directrices que trataban de encauzar la economía (Banco Central, Instituto de Fomento Nacional, Instituto de Comercio Exterior, Dirección de Planificación, etc.) o bien de amortiguar las contradicciones que el sistema social generaba (Instituto Agrario de Nicaragua, Instituto de Bienestar Campesino, etc.). Junto a las instituciones del poder central aparecieron los llamados entes descentralizados, que de un número de dos en 1950, pasan a quince en 1970”.<sup>441</sup>

Pero como señala BERNALDES, el “estado somocista no era un estado que sirviera para ninguna transformación, no tenía mecanismos, técnica ni experiencia en dirección, en organización, en formación, ni siquiera en presupues-

---

441 Cita tomada de RODRÍGUEZ GIL.: *Centralismo...* Pág. 24.

to... lo único que llevó a la práctica fue el Banco Central, que se erigió en super-ministerio porque era apropiado para el manejo económico y financiero de los intereses del somocismo y de las transnacionales. En parte sirvió para formar los técnicos de esa burguesía... y los formaron en buena medida a través del financiamiento de las agencias norteamericanas. Pero fuera del Banco Central, el estado somocista no era aparato moderno, no estaba actualizado en relación a otros estados de América Latina».

#### 2. 4. *La Administración pública durante la revolución sandinista*

El derrocamiento de ANASTASIO SOMOZA el 19 de julio de 1979 fue recibido con entusiasmo. En esa fecha se instala la Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, quien ejerció las funciones de Poder Ejecutivo y Legislativo, a la vez, entre los años de 1979 y 1984.

El 20 de julio la Junta promulga el Estatuto fundamental de la República de Nicaragua,<sup>442</sup> por el cual se deroga la Constitución Política de 1974 y las leyes constitutivas (Art. 3). Asimismo, el 21 de agosto de ese mismo año se promulga el Estatuto sobre derechos y garantías de los nicaragüenses, los cuales se clasificaban en: derechos del pueblo, derechos individuales, civiles y políticos, derechos individuales, económicos, sociales y culturales. Estos Estatutos constituían el fundamento teórico sobre el que se irá desarrollando el nuevo régimen político.<sup>443</sup>

---

442 La Gaceta. 22 de Agosto de 1979. Los artículos 9, 10, 18 y 28 del Estatuto fueron reformados el 21 de febrero de 1984. A través de esta reforma se designan los nuevos Poderes del Estado: Junta de Gobierno de Reconstrucción Nacional, Consejo de Estado, Corte Suprema de Justicia y Consejo Supremo Electoral. El Consejo de Estado tenía la función de un Poder Legislativo, pero era compartida esta función con la Junta de Gobierno (Poder Ejecutivo).

443 ESGUEVA, A.: *Conflicto y paz en Nicaragua*. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998. Pág. 95-96. Véase también, *En Busca de la democracia*. BCN. Managua. Nicaragua. 1994. Págs. 447-448. FLAVIO ESCORCIA señala que en ninguno de estos textos «se hizo alusión alguna a las entidades municipales, no sabemos a que pudo haberse debido tal omisión; si a la falta de interés por el tema local o a

Sin embargo, la nota más característica de este período es que, ante la carencia de la más elemental infraestructura administrativa, y ante la falta de un plan de reforma administrativa, se dio una identificación política y administrativa del partido y del Estado,<sup>444</sup> que se manifestó en todo el territorio nacional y de forma marcada en las zonas rurales.<sup>445</sup>

---

un olvido involuntario producido por las tensiones del momento. Sin embargo, la primera ley sobre el régimen municipal, se dictó unos días después de haberse cumplido seis meses de la caída de Somoza. Con esta ley se vinieron a formalizar las Juntas Municipales, las que de hecho se habían venido creando en cada una de las ciudades que iban siendo liberadas por el movimiento revolucionario durante la guerra». *Municipalidad y Autonomía en Nicaragua*. Editorial Universitaria. León, 1999. Págs. 83 y 84. Por medio del Decreto núm. 270, dictado el 31 de enero de 1980, se reguló lo referente al nuevo régimen local. El Art. 1 dispuso: «El gobierno de los Municipios estará a cargo de las Juntas Municipales de Reconstrucción, que serán electas mediante consulta popular con los fines y competencias que esta ley señala». La Gaceta. 5 de febrero de 1980.

- 444 RODRÍGUEZ GIL indica que el Vicepresidente de la República Sergio Ramírez Mercado, calificó este orden de cosas, como «feudalismo institucional», es decir un grado de descoordinación entre instituciones que en muchos casos actuaban de espaldas las unas de las otras, sino en abierta competencia por esferas de poder. Y más adelante escribe: Esta identificación fue especialmente grande en campo y en los sectores más alejados, donde los delegados del FSLN eran en muchas ocasiones la única presencia «institucional». Lo que unido a su prestigio y peso político, hacía que la población se dirigiera a ellos para asuntos tanto de naturaleza política como administrativa. Esta identificación continuó más allá de los primeros años y en general se vio reforzada por la guerra, que impuso una mayor unidad del Estado, el Ejército y el FSLN, a través de lo que se llamó «mando único», implantado a principios de 1985. *Centralismo...* Págs. 35 y 39.
- 445 M. BERNALDES señala que «solamente fueron destruidos los máximos directivos o colaboradores del antiguo régimen en distintos niveles de la organización estatal sobreviviente; la mayoría del personal, por ejemplo en la banca, el aparato fiscal, la seguridad social, la educación y la salud, eran empleados del régimen anterior». *La Revolución de Nicaragua*. 1985. También CORAGGIO, al respecto indica, «un aspecto de la herencia somocista es el haber dejado como un punto de partida para la construcción del Estado revolucionario los restos de un estado atrasado, corrupto, con un

De esta forma, el Estado y la Administración pública fue creciendo de una manera desordenada, no planificada, y a veces en direcciones contradictorias, lo que acentuó la competitividad, el feudalismo institucional, la duplicidades e incluso las contradicciones legales entre los organismos estatales.

El 9 de enero de 1987, la Asamblea Nacional de Nicaragua culminó su labor constituyente, con la aprobación de la nueva Constitución Política, que fue promulgada de forma inmediata por el Presidente de la República.

Los preceptos constitucionales que hacen referencia a la administración pública se encuentran ubicados, en primer lugar, en el Capítulo III, artículo 144, que establece que «El poder Ejecutivo lo ejerce el Presidente de la República, quien es el Jefe del Estado, Jefe de Gobierno, y Jefe Supremo de las Fuerzas de Defensa y Seguridad de la Nación». El artículo 150 indica que dentro de las atribuciones del Presidente de la República estaban las siguientes: «Nombrar y remover a los Ministros y Viceministros del Estado, Ministros Delegados de la Presidencia, Presidente o Directores de entes autónomos y gubernamentales y demás funcionarios cuyo nombramiento o remoción no esté determinado de otro modo en la Constitución y en las leyes».

En esta Constitución, en su artículo 131, se «establece la carrera administrativa que será regulada por la ley». Sin embargo, la ley de Carrera Civil fue introducida una vez que el partido Frente Sandinista perdió las elecciones en

---

escaso desarrollo de las instituciones y de los instrumentos que usualmente sustentan una política económica...las reformas que se hicieron al organigrama estatal no pudieron superar una característica crucial: su división en esferas de decisión no corresponde a los subsistemas de relaciones concretas que constituyen el funcionamiento orgánico de la economía. Las unidades ministeriales, base de ese organigrama, responden a prácticas estatales inspiradas en una tradición latinoamericana basada a su vez, en teorías política económica poco aptas para un proceso revolucionario. «Economía y política en la Transición», en *La transición difícil*. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua, 1987.

1990, en el período de transición entre el 25 de febrero y el 25 de abril. No obstante, el 10 de mayo de 1990 se suspendió la Ley de Servicio Civil, permitiendo el despido de trabajadores del sector público.

## 2. 5. *La reforma de la Administración pública en la década de los noventa*

El 25 de febrero de 1990, en cumplimiento de los Acuerdos de Esquipulas, se efectuaron elecciones para escoger al Presidente y Vicepresidente de la República, representantes ante la Asamblea Nacional y Concejales municipales.

El resultado de las elecciones fue el triunfo de la coalición de Partidos Políticos identificado como Unión Nacional Opositora (UNO). En los primeros años de gobierno, la Presidenta VIOLETA BARRIOS DE CHAMORRO implementó un programa de reforma al Estado<sup>446</sup> (Programa de Estabilización Económica y Ajuste Estructural de la economía, con la ayuda del Fondo Monetario Internacional (FMI) y la Asociación Internacional para el Desarrollo (IDA) del Banco Mundial, que centró sus esfuerzos en la estabilización y balance de los indicadores macroeconómicos, a partir del

---

446 En realidad, en los dos primeros años fueron dos planes de estabilización: el primero en mayo de 1990, que incluyó planes para recortar el gasto público a través de reducciones en las remuneraciones y una política de austeridad. El segundo de los programas fue lanzado en marzo de 1991. Este plan, entre otras medidas, redujo el gasto público corriente (salarios y la compra de bienes y servicios), tenía que ser financiado exclusivamente por los ingresos ordinarios del gobierno (mayores impuestos), y se prohibió incurrir en cualquier déficit en relación a este tipo de gasto. En relación al gasto público en inversiones (construcción de carreteras, hospitales, etc.) se permitió contraer créditos, pero solamente si esos eran financiados por fuentes externas, y no por la creación y emisión de moneda por el Banco Central. Véase, *Documento Presentado por el Gobierno de Nicaragua ante la Conferencia de Donantes en Roma*. Junio de 1990; Banco Central de Nicaragua.: *Informe anual 1990; Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua 1990-93*. Septiembre de 1990. Un análisis crítico de este tema, véase, NEIRA, O. y ACEVEDO, A.: *Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991*. Cuadernos de CRIES. Serie ensayos. No. 21. Managua. 1992.



elevado déficit fiscal, resultado de aproximadamente 10 años de política expansiva de Estado.<sup>447</sup>

Se estableció entonces un programa de reforma, con enfoque reduccionista, que perseguía: la racionalización del papel del gobierno y del tamaño del sector público, la

---

447 La reforma del Estado en Nicaragua fue tardía. Como producto de la revolución que derrocó a SOMOZA se continuó con la política del estado desarrollista, pero con otro signo ideológico. En otros países de América Latina, el proceso de reforma al Estado había comenzado a inicios de los ochenta. Sin embargo, en ambos casos, la reforma no fue producto de un discusión política interna, sino de las recomendaciones del Banco Mundial, las exigencias del Fondo Monetario Internacional y las propuestas de lo que se ha llamado el consenso de Washington.

El consenso de Washington hace alusión al acuerdo sobre política macroeconómica que habrían alcanzado distintos representantes de los organismos multilaterales y miembros de la academia latinoamericana en la conferencia patrocinada por el *Institute for International Economics* en Washington en 1989; que llegaron a la conclusión de que los gobiernos latinoamericanos debían: 1) privilegiar las políticas que permitieran lograr la disciplina fiscal; 2) priorizar el gasto público en educación y salud; 3) llevar a cabo la reforma tributaria; 4) dejar que el mercado determinara las tasas de interés positivas; 5) mantener un tipo de cambio competitivo; 6) realizar una política comercial liberal; 7) permitir la inversión directa extranjera; 8) privatizar las empresas del Estado; 9) desregular los distintos sectores de la economía; 10) comprometerse a proteger los derechos de propiedad de la piratería. La reforma apunta a construir un Estado mínimo, con lo cual se esperaba que dejara de cumplir todas las funciones y características del Estado desarrollista; es decir, se piensa en un Estado que abandone su rol como planificador, como también su rol como empresario, como distribuidor de la riqueza, como articulador de lo social y como mediador de los distintos intereses y conflictos sociales.

Esta nueva «estrategia de desarrollo» tiene sus raíces y expresiones concretas en América Latina a partir de la crisis fiscal de los ochenta provocada entre otros factores, por el excesivo crecimiento del Estado —que condujo a una hipertrofia política-administrativa—, por el populismo económico y por lo tanto por la incapacidad de controlar el déficit público, por sucesivos y fuertes arranques inflacionarios, por las dificultades financieras provocadas por el no pago de la deuda externa. Lo que conllevó a presiones de organismos internacionales a tomar un conjunto de medidas tendentes a promover la estabilidad a través de políticas orientadas por los mecanismos del mercado y a reducir el tamaño del Estado y su grado de

liberalización del comercio, del sistema financiero,<sup>448</sup> la reducción del gasto público, del déficit fiscal,<sup>449</sup> la moder-

---

intervención en la economía. En términos generales estas medidas implicaban a) saneamiento y estabilización de las finanzas públicas, mediante la reducción del déficit presupuestario y la disminución del gasto público; b) control de la inflación, con la tasa de cambio estable como ancla de las otras variables macroeconómicas; c) rígidas políticas monetarias, crediticias y fiscales; d) renegociación de la deuda externa; e) reforma fiscal, mediante la ampliación de la base gravable, la reducción del impuesto sobre la renta, la renuncia al impuesto sobre el capital y el refuerzo de la imposición indirecta (impuesto al valor agregado); f) la liberalización de la economía hacia afuera y hacia adentro, mediante la desregulación de la empresa privada, de la competencia y el mercado, y por la apertura externa en lo comercial y financiero; g) disminución del aparato Estatal. Se reducen los gastos públicos, el personal burocrático, las inversiones y actividades productivas, la seguridad social; h) la privatización de empresas estatales; i) Flexibilización del régimen salarial y del mercado de trabajo.

Los objetivos generales de estas medidas podríamos decir que eran reequilibrar las cuentas del sector externo (balanza comercial, balanza de servicios, balanzas de capitales), con el fin de liberar divisas que permitieran asumir los compromisos de los altos niveles de endeudamiento con los organismos internacionales de crédito y la banca privada internacional. Para liberar divisas se necesita: 1) Disponer de ahorro. Ello se logrará a partir de la disminución del déficit fiscal, lo que permitiría contar con nuevos saldos con los cuales se cancelaría la deuda externa. Esta operación contable se logrará: a) por el lado del gasto público, reduciendo el número de funcionarios y reorganizando algunos diseños organizativos de las instituciones públicas, reduciendo el nivel de inversión pública, transfiriendo actividades tradicionalmente a cargo del sector público al sector privado, privatizaciones de empresas, etc.; b) por el lado de los ingresos, modificando tanto la estructura como la presión tributaria, vendiendo activos públicos, etc.» 2) disponer de saldos en la balanza comercial, requiriéndose: a) aumentar las exportaciones para equiparar la balanza comercial en relación a las importaciones; y b) captar divisas externas a través de la inversión extranjera directa y abriendo el mercado de capitales. Estas medidas conllevan desregulaciones de actividades económicas, que deben asegurar el libre mercado de capitales. En una segunda fase, habrá que mantener el equilibrio de una cuidadosa ecuación entre tipo de cambio y tasas internas de interés, en relación a las tasas de interés y de rendimiento de las bolsas internacionales, con el fin de que el capital financiero permanezca en el país y no genere bruscos movimientos en la cuenta de capital.

nización del sector productivo, la descentralización y la privatización<sup>450</sup> de los servicios públicos.<sup>451</sup>

A través del proceso de reforma del Estado se privatizaron 351 empresas<sup>452</sup> que anteriormente eran de propie-

---

Este tipo de estrategia será la que se impondrá a nivel latinoamericano y es llamada comúnmente como «ajuste estructural». Sin embargo, estas políticas de reforma han servido para introducir, asentar y hasta construir un modelo económico y político caracterizado por sus excesos privatizadores y por su extrema polarización social. Es decir que si bien en su conjunto la reforma del Estado en América Latina ha servido para equilibrar las cuentas fiscales, también ha provocado la notoria disminución de la responsabilidad del Estado respecto a los problemas sociales (educación, salud y seguridad social) y a la dinámica del mercado interno.

Existe una abundante bibliografía sobre este tema en América Latina: BOENINGER, E. «Reforma y Modernización del Estado en América Latina» en *Reforma y modernización del Estado ILPES-CEPAL*. Santiago de Chile. 1995; GARRETON, M. A.: ¿Reforma del Estado o cambio en la matriz socio-política? Documento de Trabajo N° 30 FLACSO-Chile (mimeo) 1992; KAPLAN, M.: «Crisis y reformas del Estado en América Latina». En *Revista del CLAD Reforma y Democracia N° 9* Caracas, 1997; WILLIANSÓN, J.: «What Washington Means by Policy Reform» en *Latin America Adjustment. How much has happened?*, Washington, Institute of International Economics. 1990. Específicamente sobre Nicaragua: Evans: *Transformación...*

448 Sobre la creación de la banca privada y la reestructuración de la banca estatal. Véase. SALDOMANDO, A.: *El retorno de la AID*. Ediciones CRIES. Managua, 1992. Págs. 85-94.

449 OBED LÓPEZ, N (comp.): *Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos*. Fiedrich Ebert. 2001. Págs. 123-129.

450 En el documento «Estrategia de privatización», definen el término privatización en el sentido de reducir la participación del estado, vía desincorporación, en aquellos sectores en los que el sector privado pueda intervenir de manera económicamente más eficiente. El objetivo general de privatización para el Gobierno de Nicaragua consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. Los objetivos específicos de la privatización son 1) Reactivar la economía al atraer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y al mejorar la eficiencia de la gestión empresarial. 2) Obtener ingresos tanto del ahorro de subsidios, como de la venta de las empresas que aumentan el presupuesto nacional. 3. Diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. *Estrategia...* Págs. 8 y 9.

dad estatal.<sup>453</sup> La privatización, tenía por objetivo: a) la reconversión y modernización del aparato productivo; b) el saneamiento de las finanzas del estado; c) el incremento en la generación de empleos, inversión, producción y exportaciones.<sup>454</sup>

---

451 Al inicio la privatización fue dirigida a las empresas agrícolas, industriales y comerciales, pero en una fase subsiguiente se planteó la privatización de las empresas de utilidad pública, iniciando con TELCOR (Telecomunicaciones) y siguiendo con INE (energía eléctrica). EVANS.: *La transformación...* Pág. 191.

452 A junio de 1990 se contabilizaron 351 empresas, 340 bajo el control de las 22 corporaciones y 11 separadamente. Se estima que estas empresas conglomeraban al menos 800 Unidades Operativas. Estrategia de privatización. Pág. 5.

453 La estrategia de privatización de las empresas estatales, fue desarrollado con la colaboración de la Agencia para el Desarrollo Internacional de los Estados Unidos (USAID), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), y otros. *Estrategia de privatización. Documento*. Managua, Nicaragua. 1993.

Por medio del Decreto-Ley Núm. 7-90 de mayo de 1990 se forma la Corporaciones Nacionales del Sector Público (CORNAP), que tenía como objetivos: a) proponer al Presidente de la República las áreas y políticas de actividad económica en que deba existir y desarrollarse la actividad del Estado; b) de conformidad con tales políticas, autorizar los actos jurídicos, no judiciales o legislativos de privatización de las Corporaciones, sus empresas y activos. No se consideran actos de privatización los actos de disposición realizados en el giro normal de la actividad que constituye el objeto de la corporación o empresa; y c) dictar las políticas que debe regir las relaciones entre corporaciones estatales en lo concerniente a sus ámbitos de acción, y aprobar lineamientos de política general aplicables a las distintas corporaciones». Según el documento «Avance del proceso de privatización», las Corporaciones y empresas de CORNAP, tenían niveles de endeudamiento del orden de US\$310 millones con la banca comercial y de US\$77 millones con el Banco Central al 30 de abril de 1990.

454 Corporaciones Nacionales del Sector Público. Avance del proceso de privatización. Marzo de 1995. Documento. RENÉ VARGAS señala que, para agosto de 1991, 23 empresas habían sido devueltas a sus antiguos dueños, 3 privatizadas totalmente, 34 parcialmente privatizadas, y/o parcialmente retornadas a sus antiguos dueños, y 26 empresas liquidadas o fusionadas con otras empresas. *La economía de Nicaragua*. CEREN. Managua, Nicaragua. 1992.

De tal forma que el gobierno de Nicaragua concibe la privatización como uno de los instrumentos principales de la estrategia de desarrollo, de la racionalización del Estado, y de la modernización de los sectores productivos. La transferencia al sector privado de empresas y de activos se enmarca dentro del más amplio contexto de ajuste estructural y, de una política de apertura al comercio internacional que tenía como objetivos centrales fomentar la competitividad internacional de la economía y, lograr un aumento en los niveles de vida a través de la creación de empleos.<sup>455</sup>

---

455 En el mes de marzo de 1991 se produjo, con la asesoría de consultores de PNUD, ONUDI, USAID Y BID, entre otros, un documento para discusión en el que se formulaba la «Estrategia de Privatización del Gobierno de Nicaragua. La estrategia fue revisada en 1992, para incorporar las experiencias de 1991 y la cambiante realidad económica y social del país. Del documento de estrategia se han extraído los elementos que se han considerado relevantes: La privatización en sí se entiende como un proceso, no un objetivo. Los objetivos son y pueden ser muy variados: Procurar la reconversión y modernización del aparato productivo, el saneamiento de las finanzas del Estado a través de la eliminación de subsidios explícitos e implícitos, democratización de los bienes de capital, aumentar la eficiencia gerencial y otros. Todos estos objetivos pueden ser logrados durante el proceso de privatización, aunque no todos pueden ser logrados en el mismo momento, ni tampoco en cada acción de desincorporación. A diferencia de la estrategia de privatización desarrollada en otros países CORNAP ha decidido no ligar la implantación de la privatización con la ejecución de estrategias sectoriales. Lo que se pretende más bien es ajustar — en la medida de lo posible— la estrategia de privatización diseñada y ejecutada por la CORNAP a la estrategia general de pacificación social, por un lado, y de estabilización y ajuste, por otro, que conduce el Gobierno de la República. El objetivo general del proceso de privatización para el Gobierno de Nicaragua, expresado de manera resumida y consistente con los planteamientos del punto 2.2 consiste en facilitar la reestructuración de la economía hacia un sistema de mercado operando eficientemente. De manera más específica, se ha perseguido: 1) reactivar la economía al traer inversiones del sector privado (nacional y extranjero) y a mejorar la eficiencia de la gestión empresarial; 2) mejorar el balance del presupuesto nacional, tanto por el ahorro de subsidios, como por el producto de la venta de las empresas; 3) diversificar la propiedad de las empresas, brindando a todos los sectores la oportunidad de participar en el proceso. Para la selección de empresas a desincorporar, CORNAP, consideró tres situaciones claramente diferencia-

Por medio del Plan de Conversión Ocupacional se transfirió personal del sector público al sector privado.<sup>456</sup> El 10 de mayo de 1990 se suspende la Ley de Servicio Civil, que permitió el despido de los trabajadores del sector público,<sup>457</sup> el cual pasó del 7.7% de la población a un 2.6%.

En junio de 1994 da inicio la segunda generación de reformas,<sup>458</sup> con la negociación del primer ESAF (*Inhanced Structural Adjustment Facility*); el cual promulgaba la im-

---

bles, ante las que debió proceder de manera diferente: a) empresas que cumplieran con criterios «técnicos» enunciados más adelante; b) empresas y corporaciones cuya selección para privatización obedecía a un objetivo social, principalmente empresas del sector agropecuario y, c) empresas que por razones de diversa índole llegaron a presentar situaciones de crisis tales que provocaron su cierre, justificando su cierre o privatización acelerada.

- 456 En un documento de la CORNAP se lee, que estas empresas «dan empleo a por lo menos 77, 637 personas. En lo que respecta al transporte, las empresas estatales, transportaron en 1989 al 68 por ciento de pasajeros movilizados en el país y el 3 por ciento de la carga. *CORNAP. Información básica. Managua, Nicaragua. 1990.* Págs. 10 y 19.
- 457 El proceso de privatización y de transformación estructural buscaba «devolver a la empresa privada el papel protagónico que debe de desempeñar en la producción de bienes y servicios domésticos. *Documento de Roma. Junio de 1990. Véase también Programa de Estabilización y Ajuste Estructural para Nicaragua. 1990-93.* Págs. 14-33.
- 458 SONIA FLEURY, señala que «la propuesta de una segunda generación de reformas en América Latina, por parte de los organismos internacionales, proviene de la constatación del fracaso de las reformas de primera generación —relativas a la liberalización financiera y comercial de los mercados nacionales y su inserción en una economía globalizada— a fin de generar las condiciones necesarias para la superación de los problemas más apremiantes de la región. En otras palabras, la primera generación de reformas, también conocida como las políticas recomendadas en el marco del consenso de Washington, se mostró incapaz de crear tanto las condiciones de desarrollo sostenible como la reducción significativa de la pobreza y la desigualdad...las revisiones del Consenso de Washington ampliaron la agenda de las reformas institucionales y de intervenir en educación, dando origen a la actual discusión sobre el rol del capital social y humano en el proceso de desarrollo económico...la búsqueda de soluciones para la crónica crisis de gobernabilidad de América Latina encontró apoyo y fuente de ins-

plantación de una programa de mediano plazo que promoviera la consolidación de la estabilización macroeconómica, la profundización de las reformas estructurales y la promoción de condiciones para la viabilidad externa. Esto implicaba mejorar las finanzas públicas; ajustar el crédito; establecer políticas salariales y políticas de tipo cambiario estable; así como llevar a efecto reformas estructurales que incluyeran la reducción del tamaño del sector público, el fortalecimiento de los derechos de propiedad, y la promoción de las actividades del sector financiero a través de la eliminación de operaciones bancarias estatales.<sup>459</sup>

A inicios de 1990 se inicia un proceso de descentralización del Estado. Conforme el Decreto Número 1-90<sup>460</sup> y de acuerdo al artículo 151 de la Constitución,<sup>461</sup> la Presidencia de la República descentraliza a doce instituciones, entre ellas el Instituto Nicaragüense de Seguridad Social y Bienestar, el Instituto Nicaragüense de Energía, Instituto Nicaragüense de Acueductos y Alcantarillados y el Instituto Nicaragüense de Telecomunicaciones y Correos.

---

piración teórica en las corrientes del neoinstitucionalismo y en las teorías de la economía conocidas como *public choice* y Principal-Agente. A partir de ese cuerpo teórico se diseñaron las estrategias de reforma institucional para la región, en áreas tan distintas como las reformas judiciales, las de seguridad social, los servicios sociales, etc. «Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia dónde?», en *Revista Nueva Sociedad*. Núm. 160. Marzo-Abril 1999. Págs. 58-59.

459 Banco Mundial Memorándum y recomendaciones del Presidente de la IDA a los Directores Ejecutivos en el crédito propuesto para la República de Nicaragua para un Proyecto de Desarrollo Institucional. *Notas Técnicas*. Febrero. 24, 1995.

460 Decreto-Ley Núm. 4-90. Decreto de Ley Creadora de Ministerios de Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

461 Artículo 151 de la Constitución de 1987: «El Presidente de la República determina el número, organización y competencia de los ministerios de Estado, entes autónomos y gubernamentales. Los Ministros, Viceministros y Presidentes o Directores de entes autónomos y gubernamentales gozan de inmunidad».

El Decreto Núm. 4-90<sup>462</sup> fue el marco jurídico de la descentralización y reforma de la Administración Pública en Nicaragua. Este decreto, en su artículo 9, establece la creación de las siguientes Comisiones Sectoriales de Reforma: Comisión Sectorial para la Descentralización, Comisión Sectorial para la Reforma de las Empresas Públicas, Comisión Sectorial para la Reforma del Sector Financiero Estatal, Comisión para la Reforma del Servicio Civil y Carrera Administrativa, Comisión para la Reforma de la Administración Financiera y Control Gubernamental, Comisión para la Reforma Administrativa con el fin de proponer la reestructuración administrativa y orgánica de los Ministerios e Instituciones del Gobierno Central sobre la base de una política macroinstitucional y de acuerdo a las características propias de los mismos,<sup>463</sup> Comisión Sectorial para la Reforma de Seguridad Social y Bienestar, a fin de garanti-

---

462 Decreto-Ley Núm. 4-90. Entes Autónomos Descentralizados del Estado. La Gaceta Núm. 87 de 8 de mayo de 1990.

463 El Comité Ejecutivo para la Reforma de la Administración pública (CERAP), siete Comisiones Sectoriales de Reforma, la Secretaría Ejecutiva para la Reforma de la Administración pública y la Unidad de Coordinación del Programa de Reforma y Modernización del Sector Público (UCRESEP). CERAP fue creada, en el ámbito de la Presidencia de la República, a fin de integrar y dar continuidad a las políticas emprendidas por el Gobierno tendentes a consolidar la estabilización económica y crear una Administración pública moderna; y con la responsabilidad de dirigir el Programa de Reforma cuyo ámbito de competencia está comprendido por las instituciones y organismos del Gobierno Central, entes autónomos, empresas y otras unidades administrativas dependientes del Poder Ejecutivo. En junio de 1998 se aprueba la Ley No. 290 de «Organización, Competencia y Procedimientos del Poder Ejecutivo» que ha permitido al Gobierno de Nicaragua contar con una estructura más coherente, eficiente y ordenada. Ese mismo año se elabora el Reglamento de los Ministerios de Estado acorde con dicha Ley (Reglamento de la Ley No. 290), en el cual se definen las estructuras organizativas de estas instituciones y que, a partir del Presupuesto General de la República del 2000, son la base para la conformación de sus estructuras programáticas presupuestarias. Ley Núm. 290. Aprobada el 27 de marzo de 1998. La Gaceta No. 102 de 3 de junio de 1998.



zar la adecuada reestructuración, reorganización, racionalización y eficiencia de las instituciones y/o empresas que prestan los servicios de seguridad social.

### **3. La noción de Administración pública en el Derecho nicaragüense**

A pesar de las carencias normativas, antes reseñadas, que presenta el ordenamiento jurídico nicaragüense, lo cierto es que en el concreto aspecto que nos ocupa, la definición de la Administración pública, contamos con una ventaja que raramente se da en otros ordenamientos jurídicos: la existencia de una definición expresa de tal concepto en el Derecho positivo.

Efectivamente, dentro de las “Definiciones Básicas” que recoge el art. 2 de la Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo (en adelante LJN),<sup>464</sup> contiene una larga definición de Administración Pública en su apartado segundo, según la cual, Administración Pública es “la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas. También incluye la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial”.

---

<sup>464</sup> Ley n° 350, *Ley de Regulación de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo* (La Gaceta N° 140-141 del 25 y 26 de julio de 2000.

No hace falta realizar un examen muy profundo para darse cuenta de que esta definición asume primariamente un carácter objetivo, en cuanto el elemento central sobre el que gira es la realización de actividad materialmente administrativa.

El primer indicio que se puede aportar para sustentar dicha afirmación es que no se define como Administración Pública o como Administraciones Públicas al Estado o a las entidades a través de las que éste opera, sino a la actividad que éstos desarrollan. Literalmente dice la LJA es “la que ejerce”, esto es, la acción que desarrollan esos entes y no ellos mismos.

El segundo argumento que prueba nuestra tesis es que la enumeración de entidades que contiene este artículo culmina con una cláusula general de cierre, que incluye dentro del ámbito de lo administrativo todas aquellas actividades que están llamadas a regirse por el ordenamiento jurídico administrativo, con total independencia del sujeto que las desarrolle. La dicción de la LJA al respecto es de extrema claridad, pues declara expresamente incluidas dentro de los sujetos que desarrollan la Administración Pública “todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizan actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas”.

La conclusión irrefutable a la que conduce lo anterior es que Administración Pública es toda actividad regida por el ordenamiento jurídico administrativo o en la que se ejerzan potestades administrativas, con total independencia del sujeto que la desarrolle.

Por si quedará alguna duda al respecto, la propia LJA nos aclara que esta interpretación es correcta, al comprender de forma expresa los dos supuestos más relevantes en los que, con carácter general, se plantean dudas al respecto. En capítulos anteriores de esta obra, ya se vio que las teorías subjetivas encuentran problemas por el hecho de que hay dos tipos de sujetos que, sin ser Administración pública en sentido subjetivo, realizan actividades objetivamente administrativas: algunos órganos públicos que no

forman parte de la Administración, sino que se integran en otros poderes del Estado, por un lado; por otro, algunos sujetos privados que en ocasiones se les encomienda el ejercicio de potestades administrativas.

El primer supuesto, que tantos problemas y dudas, como vimos, ocasiona en el Derecho español, aparece expresamente resuelto en el Derecho de Nicaragua, en cuanto el art. 2. 2 LJN, antes citado, incluye dentro de la Administración Pública “la actividad de los poderes legislativo, judicial y electoral en cuanto realizaren funciones administrativas en materia de personal, contratación administrativa y gestión patrimonial”.

El segundo supuesto, encuentra también respuesta en la LJN, aunque de forma menos clara y directa, pero igualmente tajante. Pues recoge expresamente el carácter administrativo del caso más típico, el de los concesionarios de servicio público. Como vimos en capítulos anteriores, éstos son empresarios que, pese a su naturaleza privada, en ocasiones reciben el encargo de ejercitar potestades administrativas.

La LJN aclara el carácter administrativo de la actividad que los citados concesionarios desarrollen en ejercicio de potestades administrativas, al extender a ellos el alcance de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo, estableciendo en su art. 15 que la “Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo también conocerá los aspectos siguientes”: (...) 4. “Los reclamos que los administrados formulen en contra de las actuaciones de la Administración concedente, relativos a la fiscalización y control de actividades de los concesionarios de los servicios públicos, siempre que impliquen el ejercicio de potestades administrativas conferidas a ellos, así como en contra de actuaciones de los propios concesionarios en cuanto implicaren el ejercicio de potestades administrativas”.

La solución, idéntica a la que vimos que se ha establecido en el Derecho español, deja bajo el conocimiento de los tribunales administrativos tanto los actos que dicte la Administración concedente al controlar y fiscalizar los actos del concesionario, como los que dicte el propio concesiona-

rio, siempre, en ambos casos, que se trate de actividades que impliquen el ejercicio de potestades administrativas.

La doctrina española ha considerado que, en este tipo de supuestos, se produce una delegación por parte de los poderes públicos de funciones públicas a favor de sujetos privados. De tal forma que estos particulares no realizan potestades administrativas de las que sean titulares originarios, sino que simplemente actúan éstas como delegados de la Administración concedente. Se dice, por ello, que son vicarios de la Administración. Dichas conclusiones parecen plenamente aplicables al supuesto nicaragüense, que ofrece idéntica solución a este problema.

En el Derecho español se ha considerado, igualmente, que, pese a que se haga referencia tan sólo a un supuesto concreto de este fenómeno, el de los concesionarios de servicios públicos, esa solución se debe considerar extensible a todos los vicarios de la Administración, sean o no concesionarios de servicios públicos. También nosotros consideramos que esta solución es extensible con carácter general al supuesto nicaragüense. De tal forma que la solución consagrada por el art. 15. 4 LJN para los concesionarios de servicios públicos es extensible a todos los supuestos en que sujetos privados ejerciten funciones administrativas por delegación de la Administración.

Ambas estipulaciones, la que declara administrativas las actividades materialmente administrativas de otros Poderes del Estado y la que hace lo propio con las actividades de los concesionarios que impliquen ejercicio de potestades administrativas, deben considerarse, en nuestra opinión, meras aclaraciones de la regla general que establece el art. 2. 2 LJN, dirigidas a despejar dudas en estos dos supuestos específicos, especialmente relevantes.

Este último dato es relevante, pues supone que cualesquiera otro supuesto sustancialmente análogo a los anteriores, pero distinto de éstos, esto es, cualquier caso en que un sujeto que no sea Administración pública en sentido subjetivo, realice actividad que de acuerdo con sus normas reguladoras se rija por el Derecho administrativo o que ejerza potestades administrativas, será reputado como un supues-

to de Administración Pública y, en consecuencia, se le aplicará el Derecho Administrativo y quedará bajo el control de la Jurisdicción de lo Contencioso-Administrativo. Sin necesidad, obviamente, de que un precepto del Derecho positivo lo establezca así expresamente, pues la cláusula general del art. 2. 2 LJN debe ser suficiente al respecto.

Hasta ahora hemos visto que en el ordenamiento jurídico nicaragüense se utiliza, primariamente, un criterio objetivo para fijar el ámbito de lo administrativo. Ahora bien, la pregunta es, entonces, qué criterio objetivo se sigue.

Ya vimos en su momento que las concepciones objetivas pueden ser de tres tipos: pueden atender a la finalidad del acto, a la naturaleza del mismo, o a las consecuencias jurídicas a las que sujeta el ordenamiento jurídico ese acto.

En nuestra opinión, el modelo nicaragüense no responde estrictamente a ninguno de esos tres tipos, sino que asume un cierto carácter mixto en este sentido, pues se sirve conjuntamente de dos de estos criterios, pues atiende, por un lado, a la naturaleza del acto y, por otro a los efectos y consecuencias jurídicas que el ordenamiento jurídico atribuye al mismo (criterio jurídico-formal).

Si volvemos a la definición de Administración Pública contenida en la LJN, veremos que lo que define a lo administrativo es previamente un criterio jurídico-formal, pues atiende a lo que establezca el ordenamiento jurídico al respecto. Así se puede inferir de la dicción literal del art. 2. 2 LJN, que declara Administración Pública la actividad realizada por cualquier institución “que de acuerdo con sus normas reguladoras realizaren actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo”.

Ahora bien, a este criterio jurídico-formal el art. 2. 2 LJN le añade un elemento corrector, pues declara que serán, “en todo caso” Administración Pública las actividades realizadas por cualesquiera instituciones “cuando ejercieren potestades administrativas”. Se introduce, con ello, un criterio que atiende a la naturaleza de la actividad.

No parece que existan muchas dudas acerca del carácter preeminente de este último criterio respecto al jurídico-formal. Pues en este aspecto la redacción del art. 2. 2 LJN es

muy clara, al decir que se considerará Administración Pública la actividad en la que se ejerciten potestades administrativas “en todo caso”. De aquí se deduce, sin mayores problemas, que independientemente de lo que establezca el ordenamiento jurídico, si se ejercitan potestades administrativas se reputará actividad administrativa, y se someterá, en consecuencia, al Derecho Administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

Esta aparente simplicidad se da, sin embargo, exclusivamente desde una perspectiva teórica, pues en la práctica la cuestión creemos será bastante más complicada, pues no nos parece fácil identificar el ámbito de lo administrativo con arreglo a los criterios enunciados.

El criterio jurídico-formal parece a primera vista de una simplicidad extrema: se atenderá a lo que establezca el ordenamiento jurídico. El problema está en los supuestos en los que el ordenamiento jurídico no establezca nada al respecto. En dicho caso, se podrá tan sólo indagar si se ejercitan o no potestades administrativas. Pero esto deja aún un amplio margen de imprecisión, pues en todo lo que no constituyan ejercicio de este tipo de potestades, que es un terreno muy amplio, contamos con la única guía de lo que establezca el ordenamiento jurídico.

A ello se añade un elemento que aporta aún una mayor gravedad. Como en otras partes de esta obra se razona, uno de los mayores problemas con los que se enfrenta el Derecho administrativo actual es el de la huida del Derecho. Es sabido que con dicho término se designa al proceso, que ha alcanzado en el momento actual índices y proporciones realmente alarmantes, de escapar de la aplicación del régimen administrativo, mediante la sujeción de la actividad de la Administración al ordenamiento jurídico privado, o incluso dotando a los entes que la desarrollan de una forma de personificación jurídico privada.

Este fenómeno en teoría trata de buscar una mayor flexibilidad que teóricamente el Derecho privado aporta, y de la que carece el Derecho administrativo, al que se considera un ordenamiento jurídico excesivamente rígido y, por tanto, inadecuado, en ocasiones, para el desarrollo de de-

terminadas funciones. Ese planteamiento, de lógica incontestable en muchos casos, viene, sin embargo, acompañado en otros de tintes claramente fraudulentos, pues con él se pretende, algunas veces, una soterrada huida de los controles administrativos, que da lugar, en muchos casos, a la aparición de graves fenómenos de corrupción.

La configuración que ofrece el ordenamiento jurídico de Nicaragua, muy similar en última instancia, una vez más, a la española, deja abierta la puerta para que este fenómeno se produzca, pues deja la determinación de lo que es Administración pública y, por tanto, de lo que se sujeta al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, en las manos del legislador. Siendo de sobra conocido que una de las mayores dificultades para atajar el fenómeno conocido como huida del Derecho administrativo es, precisamente, que su origen se encuentra en decisiones del propio legislador.

Ciertamente el concepto de Administración Pública que consagra la LJN aporta un elemento de corrección que trata de poner freno a este problema, exactamente el mismo que utiliza el Derecho español: es Administración Pública en todo caso, y, por tanto, se somete siempre al Derecho administrativo y al control de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, aquella actividad que implique ejercicio de potestades administrativas.

Sin embargo, dicho criterio ha probado ampliamente, como por otra parte la doctrina española había previamente anunciado, su incapacidad para hacer frente a este complejo fenómeno en el ordenamiento jurídico español. Su falta de operatividad práctica, que ya quedó sobradamente acreditada en otra parte de esta obra, está, en nuestra opinión llamada a repetirse irremisiblemente en el Derecho de Nicaragua.

Además, esta configuración, de por sí criticable, nos parece especialmente inadecuada para el supuesto nicaragüense. Pues se trata de un país cuyo ordenamiento jurídico administrativo se encuentra en el momento presente en un proceso de cambio y, en cierto modo, de formación, adoleciendo aún de grandes carencias, por lo que será difi-

cil deducir de la normativa especial cuando una actividad se rige por el Derecho Administrativo y cuando no.

#### **4. Las limitaciones del elemento subjetivo en la determinación del concepto de Administración pública en el derecho de Nicaragua**

Si hasta el momento hemos visto cómo en el concepto de Administración pública de Nicaragua late un criterio indiscutiblemente objetivo, ahora vamos a ver que, aunque un tanto soterrado, dicho criterio viene atemperado por un elemento subjetivo de, en nuestra opinión, difícil interpretación, que constituye, siempre según nuestro juicio, el punto más criticable de la concepción de Administración Pública contenida en el art. 2 LJN.

Para comprender lo dicho anteriormente debe examinarse detalladamente la dicción del art. 2 LJN. Como ya sabemos, entre otras cosas, este precepto establece que Administración Pública es “la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo, de acuerdo con sus propias normativas; la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y de las municipalidades; las instituciones gubernamentales autónomas o descentralizadas y las desconcentradas; las instituciones de creación constitucional y, en general, todas aquéllas que de acuerdo con sus normas reguladoras realizen actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercieren potestades administrativas”.

Ya habíamos resaltado que de aquí se deduce que al fijar ese concepto de Administración Pública se valora un elemento funcional. Ahora bien, a partir de aquí dos interpretaciones son posibles. En primer lugar, se podría considerar que los entes en dicho precepto enumerados, son sólo Administración Pública en la medida en que desarrollen, como se establece al final del precepto, “actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercen potestades administrativas”.



De darse por buena esta lectura de la definición del art. 2 LJN, se estaría estableciendo una concepción muy distante de la que rige en el Derecho español. Pues en éste, como se analizó en otras partes de esta obra, se distingue entre dos grandes tipos de Administraciones Públicas. Por un lado, estarían las Administraciones Públicas territoriales que son Administraciones públicas de forma, podríamos decir, plena y; por otro, lo que se viene denominando por la doctrina como Administración Institucional, en los términos utilizados por el Derecho positivo, las entidades de Derecho público con personalidad jurídica propia, vinculadas o dependientes de las Administraciones territoriales, que son Administraciones públicas, pero de una forma más limitada, pues sólo se sujetan al Derecho administrativo en cuanto ejercitan potestades administrativas, y, en lo demás, tan sólo si así lo disponen sus normas de creación.

Si entendiéramos la definición en los términos antes reseñados, esta distinción no regiría en el Derecho administrativo nicaragüense. De tal forma que todos los sujetos en ella enumerados se regirían por el Derecho administrativo tan sólo en la medida en que el ordenamiento jurídico así lo establezca y, en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas. Conclusión que nos parece difícilmente admisible, pues no parece muy adecuado considerar que las Administraciones territoriales no sean Administraciones públicas en su plenitud, como se establece en el Derecho español.

En segundo lugar, se podría interpretar que los sujetos en ella enumerados son Administraciones públicas en su plenitud y que, la estipulación final que establece que lo serán tan sólo las “actividades regidas por el ordenamiento jurídico administrativo y la doctrina jurídica y, en todo caso, cuando ejercen potestades administrativas”, operaría como una cláusula de cierre, que sería aplicable únicamente respecto a los sujetos distintos a los mencionados expresamente en la LJN, que serían, a diferencia de los sujetos mencionados en la LJN, Administraciones públicas tan sólo en cuanto se dieran en ella las condiciones que establece la LJN.

Interpretación ésta que configuraría también un concepto de Administración pública muy distante al que rige en España, pues supondría sujetar lo que podíamos denominar como Administración Institucional en todo caso al Derecho administrativo. Solución que tampoco nos parece muy plausible.

En realidad, nos parece a nosotros, que la solución adoptada no difiere de la seguida en el Derecho español. De tal modo que las aparentes diferencias entre uno y otro modelo son el fruto de una redacción poco afortunada, que introduce una cierta confusión. Pues debe entenderse, también en Nicaragua, que hay un conjunto de Administraciones públicas, las territoriales (la estatal, la Administración de las Regiones Autónomas de la Costa Atlántica y las municipalidades), que son Administraciones públicas en su plenitud; y otras, las demás, que lo son tan sólo en cuanto ejerzan potestades administrativas o así lo dispongan las normas que las rigen.

Nótese que, con ello, el criterio objetivo quedaría atemperado por un criterio subjetivo previo, adoptando así un modelo mixto, en el que ambos elementos, objetivos y subjetivos, se combinan.

## **5. La confusión entre Administración pública y poder ejecutivo**

Antes de concluir queremos hacer brevemente referencia a un último factor: los difusos límites que existen en Nicaragua entre Administración y Poder ejecutivo.

Ya se vio con anterioridad, en otros capítulos de esta obra, que en España, durante los últimos años, se había acentuado la diferenciación entre Gobierno y Administración. También vimos entonces que esto había levantado una considerable polémica. Ahora bien, a pesar del elevado tono que adquirió esta discusión doctrinal, hay una base de acuerdo sólida que se asienta en una nítida distinción entre estos dos elementos. La propia Constitución da prueba de ello, al encabezar su Título IV con la rúbrica “Del Gobierno y de la Administración”. Otra muestra de ello es

la utilización del término “Administración General del Estado” o en ocasiones “Administración Central”, para referirse al apartado Administrativo estatal.

La situación en el Derecho administrativo nicaragüense es aquí muy diversa, pues Gobierno y Administración aparecen en él entrecruzadas y son difícilmente diferenciables. La propia Constitución de Nicaragua da evidencia ya de esta orientación, pues al regular esta materia en el Capítulo III del Título VIII se refiere de forma conjunta al “Poder Ejecutivo”, sin hacer diferencia alguna entre Gobierno y Administración. Sólo son objeto de una mención diferenciada las entidades a través de las que se hace efectiva la descentralización territorial del Estado, esto es, los municipios (regulados en el Capítulo I del Título IX) y las Comunidades de la Costa Atlántica (reguladas en el Capítulo II también del Título IX).

Esa orientación se prolonga también en la normativa ordinaria. Así, en la definición de Administración Pública contenida en la LJA que antes hemos estudiado, se hace referencia a “la que ejerce el Estado por medio de los órganos de la Administración del Poder Ejecutivo”.

También en ese mismo sentido, el art. 2 de la Ley de Contrataciones del Estado,<sup>465</sup> que al fijar “el Sector Público comprende:

1. El Poder Ejecutivo.
  - Presidencia de la República.
  - Vicepresidencia de la República, Ministerios de Estados
  - Entes descentralizado y desconcentrado.
  - Bancos e instituciones financieras del Estado.
  - Empresas estatales.
2. El Poder Legislativo.
3. El Poder Judicial.

---

465 *Ley n° 323, de Contrataciones del Estado* (tomada de la Gaceta n° 1-2 del 3 y 4 de enero de 2000).

4. El Poder Electoral.
5. La Contraloría General de la República.
6. La Superintendencia de Bancos y Otras Instituciones Financieras.
7. Los municipios.
8. Las universidades que reciben fondos del Estado.
9. Consejo y Gobiernos Regionales Autónomos.
10. Todas aquellas instituciones o empresas que reciben fondos provenientes del sector público o en la que el Estado tenga participación accionaria”.

De nuevo aquí es claro el tratamiento conjunto de Gobierno y Administración Central como un bloque, y la regulación separada de las entidades territoriales dotadas de autonomía.

En la misma línea, por último, se puede citar la Ley de Organización, Competencia y procedimientos del Poder Ejecutivo, en el que se regulan de nuevo como una unidad Gobierno y Administración Central. Concibiendo como algo distinto al Poder Ejecutivo los entes territoriales autónomos. Así lo muestra el art. 6 de la citada Ley, que establece que el “Poder Ejecutivo como parte integrante del Estado, actuará armónicamente coordinado con los demás Poderes del Estado, con los gobiernos Regionales de las Regiones Autónomas y los gobiernos municipales, todo de acuerdo a la Constitución Política y las leyes”.

Esta concepción del Gobierno y Administración debe ser objeto, en nuestra opinión, de algunos reparos. En primer lugar, genera una cierta confusión entre Gobierno y Administración que resulta, a nuestro juicio, poco adecuada. Sin necesidad de instaurar una separación drástica, como la que rige en el Derecho español, que es, como vimos, discutida y discutible, sería a nuestro juicio conveniente separar más claramente estas esferas.

Uno de los presupuestos sobre el que se basa la estabilidad de los países europeos, como España, es la relativa neutralización política de la Administración. Esta se configura como un ente que actúa siempre bajo la dirección del

Gobierno (se entiende del Gobierno que asuma en cada momento el poder). Pero fuera de ese sometimiento a la dirección del Gobierno, se configura como una instancia esencialmente técnica y especializada, un conjunto de profesionales que tienen encomendadas unas funciones concretas y determinadas, siempre bajo la guía y orientación política que confiera el Gobierno.

Esta separación no supone ningún obstáculo para que el Gobierno actuante desarrolle su programa político, conforme a sus propias concepciones ideológicas, pues los más altos cargos de ese aparato administrativo pueden ser nombrados por éste, que los utilizara para dar su propia orientación política a la acción pública y dirigir la Administración.

De este modo la Administración aparece configurada como una plantilla de profesionales, que el Gobierno, que es a la vez máxima autoridad de la Administración, a través de su labor directora, y de los altos cargos de la Administración, por él nombrados, orienta y dirige.

Esta configuración facilita la transición pacífica y sin discordancias en los momentos en que se produce el cambio político, pues permite que la casi totalidad del aparato administrativo permanezca, y no se vea afectado por el cambio. Pues sólo las instancias superiores de la misma van a ser copados por cargos nombrados por el Gobierno.

Con ello se logra una mayor estabilidad y continuidad en el desarrollo de las tareas públicas, permitiendo que los empleados públicos adquieran una mejor preparación y experiencia, que redundan en una mejor gestión pública. Y facilita además notablemente la labor del Gobierno entrante en cada momento, que sabe que va a poder contar con la asistencia de un conjunto de profesionales expertos y capacitados para el desarrollo de sus funciones.

Aparte de ello, facilita el correcto desenvolvimiento del proceso político, pues las distintas fuerzas políticas dejan de ver a la Administración en bloque como un elemento favorable a una u otra tendencia política. Ya que se sabe seguro de que, en el momento que cada una de ellas tome el poder político, va a poder contar también con el apoyo y la asistencia fiel de esa Administración.

Todo ello ha sido expresado de forma magistral por GARRIDO FALLA, en palabras que, por su especial valor, conviene reproducir aquí, aunque la cita sea quizás excesivamente larga. Señala nuestro autor al hablar de la subordinación de la Administración al Gobierno, que “esta subordinación tiene sus límites y que, en cierto sentido, la Administración se independiza del Gobierno y de la política. Lo que caracteriza a la Administración Pública de los países desarrollados está cabalmente en que asume como propios los fines que realiza y actúa para alcanzarlos movida por una fuerza propia, rutinaria si se quiere, pero independiente del Gobierno. Es esa fuerza propia la que hace posible el sorprendente fenómeno, tantas veces observado, de que en un país en un período de crisis gubernamental los servicios públicos sigan funcionando”.

Por ello, añade un poco más tarde, la separación entre Gobierno y Administración “debe resolverse asegurando, de una parte la supremacía del Gobierno sobre la Administración y, de otra, precisamente como paradójica contrapartida, la no ingerencia política en zonas administrativas. Cabría decir que lo que debe conseguirse simultáneamente es un sistema de *neutralidad política de la Administración* y asimismo, de *neutralidad administrativa del Gobierno*.<sup>466</sup>

Por otra parte, en segundo lugar, esta configuración es, en nuestra opinión, discutible desde un aspecto de técnica puramente jurídica, pues deja a las entidades territoriales autónomas como una instancia ajena al Poder Ejecutivo, lo que no nos parece correcto. El Poder Ejecutivo comprende en líneas generales al conjunto del Gobierno y de la Administración, central o descentralizada. Todo ello, sin perjuicio, de la existencia, como vimos en su momentos, de un bloque de actividad materialmente administrativa realizada por los demás Poderes del Estado, que como tal forma también parte de la Administración.

---

466 GARRIDO FALLA, F: “Constitución y Administración”, en *Revista Española de Derecho administrativo* 20, enero-marzo de 1979. Págs. 7-8.

Es por ello, en nuestra opinión, más correcta la articulación que del sector público realiza la Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa,<sup>467</sup> que establece que ella misma se aplicará al personal de:

- “1) De la Administración Central del Estado.
- 2) De la Administración Institucional.
- 3) De la Administración Local.
- 4) De los Poderes Judicial, Legislativo y Electoral.
- 5) De los Organismos Autónomos.
- 6) De los cuerpos civiles al servicio de las Fuerzas de Defensa y Seguridad.
- 7) Del Magisterio Nacional y de todos los niveles del Sistema Educativo Nacional.
- 8) Del Sistema Nacional de Salud.
- 9) Administrativo de las Empresas Estatales.
- 10) Cualquier otro que se determina por mandato legal y que presta servicio a instituciones estatales en las condiciones establecidas en el Artículo 4”.

Este precepto razona ya, en nuestra opinión, desde la diferenciación entre Poder Ejecutivo y la Administración, que es sólo una parte del primero. Posición que entendemos más correcta.

---

467 *Ley n° 70, Ley de Servicio Civil y de la Carrera Administrativa.*

## BIBLIOGRAFÍA

---

- ACOSTA ROMERO, M.: *Teoría General del Derecho administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1981.
- ALBERTON, G.: “L’ouverture de la fonction publique française aux ressortissants de la Communauté européenne”, en *Revue Française de Droit Administratif*, noviembre-diciembre de 2003.
- ALESSI, R.: *Instituciones de Derecho Administrativo I*. Traducida por B. Pellisé Prats. Barcelona. Bosch, 1970.
- ÁLVAREZ GARCÍA, V.; DUARTE MARTÍNEZ, R.: *Administración pública y electricidad*. Civitas. Madrid, 1997.
- ÁLVAREZ LEJARZA, E.: *Las Constituciones de Nicaragua*. Madrid, España. 1958.
- *Ensayo Histórico de las Constituciones en Nicaragua*.
- ARGUELLO, A.: «Incidencias del Imperialismo en el proceso político de Nicaragua», en *Revista Pensamiento Centroamericano*, Número. 159 (Abril-Junio, 1978).
- ARIÑO ORTIZ, G.: “Corporaciones profesionales y Administración pública”, en *Revista de Administración Pública* 72, septiembre-diciembre de 1973.
- “Regulación económica y modelo de Administración. La necesaria reforma institucional”, en *Administración instrumental. Libro Homenaje al Profesor Manuel Clavero Arévalo. Tomo I*. Madrid, 1993.
- “Servicio público y servicio universal en las telecomunicaciones”, en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997.
- “Sobre el significado actual de la noción de servicio público y su régimen jurídico”, en *El nuevo servicio público*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- “Tiempo de hacer balance”, en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)*. Editorial Comares. Granada, 2004.
- ARIÑO ORTIZ, G.; y SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *Constitución y Colegios profesionales*. Unión editorial. Madrid, 1984.



- AYALA MUÑOZ, J. M.; FERNÁNDEZ-DAZA ALVEAR, J. M.; GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F.; GUTIÉRREZ DELGADO, J. M.; HUESCA BOADILLA, R.; IRURZU MONTORO, F.; RIVERO GONZÁLEZ, M.; SANZ GANDASEGUI, F.; TORRES FERNÁNDEZ, J. J.; VEGA LABELLA, J. I.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1998*. Aranzadi, segunda edición.
- BACIGALUPO SAGGESE, M.: “El Derecho público ante la privatización y liberalización de los servicios de interés económico general: ¿repliegue o transformación?”, en *Boletín de la Facultad de Derecho 16* (2000).
- BAENA DEL ALCAZAR, M.: “Administración y Gobierno en la Ley Orgánica del Estado”, en *Documentación Administrativa 164*.
- *Los colegios profesionales en el Derecho administrativo español*. Montecorvo. Madrid, 1968.
- En *Ley Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Obra de la que él mismo es director. Primera edición. Trivium. Madrid, 1999.
- BAENA, M.; y PIQUEMAL, M.: “Las administraciones nacionales ante la Unión Europea”, en *Revista Española de Derecho Administrativo 90* (abril-junio de 1996).
- BALLBÉ, M.: “Derecho administrativo”, en *Nueva Enciclopedia Jurídica Básica*. Francisco Seix, editor, 1950.
- BALDWIN, R. y CAVE, M.: *Understanding Regulation*. Oxford, 2002.
- BAÑO LEÓN, J. M.: “Los interesados y los derechos y deberes de los ciudadanos ante la Administración”, en *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993.
- BAUBY, P.: “Dérégulation et re-régulation: les transformations du service public de l'électricité”, en *Le service public en devenir*. L'Harmattan, 2000.
- BENGOETXEA, J.: “Problemas jurídicos y prácticos de la inserción de los ciudadanos comunitarios en la función pública de otros Estados miembros”, en *Revista Vasca de Administración Pública 50* (enero-abril de 1998).
- BENEYTO, J.: *Historia de la Administración española e hispanoamericana*. Madrid. 1958.
- BÉNOIT, F. P.: *Le Droit administratif français*. Dalloz. París, 1968.
- BERNALDES, M.: *La revolución de Nicaragua*, 1985.

- BETANCOR RODRÍGUEZ, A.: *Las Administraciones Independientes*. Tecnos. Madrid, 1994.
- "Las Administraciones Independientes. Los entes independientes reguladores de los mercados y protección de los derechos", en *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002.
  - "L'expérience espagnole en matière d'administrations indépendantes", en *Etudes et Documents 52* (2001).
- BIANCARELLI, J.: "Le statut et la construction européenne", en *Revue Administrative n° especial 1996*.
- BICKERSTAFFE, R. K.: "Prólogo" al libro *Privatisation?* Editores: S. Hastings y H. Levie. Spokesman. Nottingham, 1983.
- BOENINGER, E.: "Reforma y Modernización del Estado en América Latina" en *Reforma y modernización del Estado ILPES-CEPAL*. Santiago de Chile. 1995.
- BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho administrativo*. IEAL. Quinta edición. Madrid, 1985.
- BORRAJO INIESTA, I.: "El intento de huir del Derecho administrativo", en *Revista Española de Derecho Administrativo 78*, abril-junio de 1993.
- BRADLEY, A. W.; y EWING, K. D.: *Constitutional and Administrative Law*. Duodécima edición. Longman, 1997.
- BREWER-CARIÁS, A. R.: "La interaplicación del Derecho público y el Derecho privado a la administración y el proceso de huida y recuperación del Derecho administrativo", en *II Jornadas Internacionales de Derecho administrativo Allan Rudolph Brewer Carías*. Funeda. Caracas, 1996.
- "Prólogo", al libro de L. Parejo Alfonso: *El concepto de Derecho Administrativo*.
- BUITRAGO, E.: *El municipio en Nicaragua*. Managua, Nicaragua, 1987;
- BURKARD "L'État régulateur en Europe", en *Revue Française de Science Politique 49-2* (1999).
- CAETANO, M.: *Tratado Elemental de Derecho Administrativo*. Traducción de L. López Rodó. Santiago de Compostela, 1956.
- CAILLOSSE, J.: "Quel Droit administratif enseigner aujourd'hui?", en *La Revue Administrative 329* (septiembre-octubre de 2002).

- CALVO CHARRO, M.: “La Administración institucional. Los organismos públicos”, en *La Administración Pública Española*.
- CANANEIA, G.: “La réglementation des services publics en Italie”, en *Revue Internationale des Sciences Administratives* 68 (marzo de 2002).
- CARLÓN RUIZ, M.: “La Comisión del Mercado de las Telecomunicaciones”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 102, abril-junio de 1999.
- CASAGNE, J. C.: “Evolución de los principios aplicables a los servicios públicos y problemas actuales tras los procesos de privatización en Argentina”, en *Revista de Administración Pública* 54, enero-abril de 2001.
- CAZORLA PRIETO, L. M.: *Temas de Derecho administrativo*. Tercera edición. Madrid, 1983.
- CHAPUS, R.: *Droit administratif général. Tome I*. Quinta edición. Montchrestien, 1990.
- CHENOT, B.: “La notion de service public dans la jurisprudence économique de Conseil d’État”, en *Etudes et Documents* 1950.
- CHEVALIER, J.: “Le place du service public dans l’univers juridique contemporain”, en *Le service public en devenir*. L’Harmattan, 2000.
- CHITI, M. P.: *Derecho administrativo europeo*. Traducción: L. Ortega. Civitas. Madrid, 2002.
- CLAVERO AREVALO, F.: “Consecuencias de la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento común y normal”, en *Revista de Legislación y Jurisprudencia* XXIV (1952).
- “Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas”, en *Documentación Administrativa* 58, octubre de 1962.
- COBO OLVERA, T.: *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas*. El Consultor de los Ayuntamientos y de los Juzgados. Madrid, 1999.
- CONDOVASAINITIS, T.: *Le secteur public industriel et comercial*. LGDJ. París, 1990.
- CORAGGIO: «Economía y política en la Transición», en *La transición difícil*. Editorial Vanguardia. Managua, Nicaragua 1987.
- COSCULLUELA MONTANER, L.: “La posición ordinamental de la Ley 30/1992 y los principios y efectos de la misma”, en *Comentario Sistemático a la Ley de Régimen Jurídico de las Administracio-*

- nes Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Carperi. Madrid, 1993.
- CRAIG, P. P.: *Public law and Democracy in the United Kingdom and the United States of America*. Clarendon Press. Oxford, 1990.
- DE LA CRUZ FERRER, J.: *Principios de regulación económica en la Unión Europea*. IEE. Madrid, 2002.
- DEBBASCH, CH.: *Ciencia administrativa*. Traducida por J. A. Colás Leblanc. INAP. Madrid. Segunda edición, 1981.
- DELGADILLO, L. H.: *Elementos de Derecho Administrativo*. Editorial Limusa. Segunda reimpresión de la segunda edición. México, 2003.
- DESDENTADO DAROCA, E.: *La crisis de identidad del Derecho Administrativo: privatización, huida de la regulación pública y administraciones independientes*. Tirant lo blanch. Valencia, 1999.
- DÍAZ DE LIAÑO Y ARGÜELLES, F.: "Poder municipal y democracia", en *Documentación Administrativa 183* (julio-septiembre de 1979).
- DÍAZ LEMA, J. M.: "La Constitución y el Derecho administrativo", en *Administraciones Públicas y Constitución*. Coordinador: E. Álvarez Conde. INAP, 1978.
- DÍEZ-PICAZO, L. M.: *La Autonomía Administrativa de las Cámaras Parlamentarias*. Cuadernos de los Studia Albornotiana.
- DICEY, A.: *Introduction to the study of the law of the Constitution*. Cito por la reedición de 1997 de la décima edición de 1987. McMillan.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA, F.: *Ideas y normas de Derecho administrativo*. 1941.
- DOMÍNGUEZ-BERRUETA DE JUAN, M.; NEVADO-BATALLA MORENO, P.: "Participación ciudadana: enfoque constitucional y rendimiento en el orden administrativo".
- "Prólogo" al libro de M. A. Sendín García: *Hacia un servicio público europeo. El nuevo Derecho de los servicios públicos*. Comares. Granada, 2003.
- DONAHUE, J. D.: *La decisión de privatizar*. Traducción: L. J. González Videla. Barcelona, 1991.
- DROMÍ, J. R.: *Introducción al Derecho administrativo*. Editorial Grouz. Madrid, 1986.

- DRUESNE, G.: "La liberté de circulation des personnes dans la CEE et les emplois dans l'administration publique" en *Revue Trimestrielle de Droit Européen* 1981.
- DUBOUIS, L.: "La notion d'emplois dans l'Administration publique (art. 4. 4 TCE) et l'accès des ressortissants communautaires aux emplois publics", en *Revue Française de Droit Administratif* 1987-6.
- "Liberté de circulation et fonctions publiques nationales", en *Liberté de circulation des personnes en Droit international*. Directores: M. Flory y R. Higgins. Economica. París, 1988.
- DUCROCQ, M.: *Cours de Droit administratif*. París. Ernest Thorin, éditeur. Sexta edición, 1881.
- DUGUIT, L.: *Traité de Droit Constitutionnel*. Tercera edición, 1927.
- *Las transformaciones del Derecho Público y Privado*. Traducciones de A. G. Posada y de Ramón Jaén y C. G. Posada. Editorial Heliasta. Buenos Aires, 1975.
- EISENMANN, CH.: *Cours de Droit Administratif. Tome I*. LGDJ, 1982.
- EMBID IRUJO, A.: *El ciudadano y la Administración*. MAP. Madrid, 1994.
- ENTRENA CUESTA, R.: "El concepto de Administración Pública en la doctrina y el Derecho positivo español", en *Revista de Administración Pública* 32, mayo-agosto de 1960.
- *Curso de Derecho administrativo I*. Primera reimpresión de la octava edición de 1983. Tecnos. Madrid, 1984.
- *Curso de Derecho administrativo*. Tecnos. Primera reimpresión de la novena edición. Madrid, 1989.
- ESCRIBANO COLLADO, P.: "¿Crisis de los conceptos de Administración pública y de Derecho administrativo?", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 37, abril-junio de 1983.
- ESGUEVA, A.: *Conflicto y paz en Nicaragua*. Taller No. 7. Editorial UCA. 1998.
- DE ESTEBAN, J.; y GONZÁLEZ-TREVIJANO, P. J.: *Curso de Derecho Constitucional Español III*. Madrid, 1994.
- ESTEVE PARDO, J., en *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Dirigidos por J. M. Santos Vijande. EDERSA. Madrid, 1999.

- EVANS, T.: "Ajuste estructural y sector público en Centroamérica y el Caribe", en *La transformación neoliberal del sector público*. Lation editores. Managua, 1995.
- FERNÁNDEZ GARCÍA, M. Y.: "La nueva regulación de la contratación pública en el Derecho Comunitario Europeo", en *Revista de Administración Pública* 166, enero-abril de 2005.
- FERNÁNDEZ ORDÓÑEZ, M. A.: "La desregulación de los monopolios y su relación con las políticas de liberalización y defensa de la competencia", en *Anuario de la Competencia* 1996 (1998).  
- "Reflexión preliminar", en el libro de M. A. Lasheras: *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona, 1999.
- FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: "Sobre la naturaleza de las Comunidades de regantes", en *Revista Española de Administración Pública* 2 (julio-septiembre de 1974).
- FLAVIO ESCORCIA, J.: *Derecho Administrativo*. León, Nicaragua, 2002.  
- *Municipalidad y Autonomía en Nicaragua*. Editorial Universitaria. León, 1999.
- FLOGAÏTIS, S.: *Administrative Law et Droit Administratif*. LGDJ. París, 1986.
- FONT I LLOVET, T.: "Algunas funciones de la idea de participación", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 45, enero-marzo de 1985.
- FORSTHOFF, E.: *El Estado de la Sociedad Industrial* (1971). Traducido por L. López Guerra y J. Nicolás Muñiz. IEP. Madrid, 1975.  
- *Tratado de derecho Administrativo*. (Traducción de Legaz Lacambra, Garrido Falla y Gómez de Ortega). Instituto de Estudios Políticos. Madrid. 1958.
- FUENTETAJA PASTOR, J. A.: "La libre circulación de empleados públicos", en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 5 (2003).
- GALLEGO ANABITARTE, A.: *Constitución y personalidad jurídica del Estado*. Tecnos. Madrid, 1992.
- GALLEGO ANABITARTE, A.; y RODRÍGUEZ SANTIAGO, J. M.: "La nueva regulación del mercado del gas natural", en *Revista de Administración Pública* 148, enero-abril de 1999.
- GARCÉS SANAGUSTÍN, M.: "El Gobierno", en *La Administración pública española*. Director: J. Rodríguez-Arana Muñoz. INAP. Madrid, 2002.

- GARCÍA COTARELO, R.: “Crisis y reformulación del Estado de Bienestar”, en *Derecho y economía en el Estado Social*. Editores: J. Corcuera Atienza y M. A. García Herrera. Tecnos. Madrid, 1988.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: “La participación del administrado en las funciones administrativas”, en *Homenaje a Segismundo Royo-Villanova*. Editorial Moneda y Crédito. Madrid, 1977.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, E.; y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo I*. Octava edición. Madrid. Civitas, 1997.
- *Curso de Derecho administrativo I*. Novena edición. Madrid. Civitas, 1999.
- GARCÍA GÓMEZ DE MERCADO, F., en *Régimen jurídico de las Administraciones públicas y Procedimiento administrativo*. Aranzadi. Navarra, 2000.
- GARCÍA LLOVET, E.: “Autoridades administrativas independientes y Estado de Derecho”, en *Revista de Administración Pública 131*, mayo-agosto de 1993.
- GARCÍA OVIEDO, C.: *Derecho administrativo*. Quinta edición, por E. Martínez Useros. Madrid, 1955.
- GARCÍA OVIEDO, C.; MARTÍNEZ USEROS, E.: *Derecho administrativo*. Sexta edición, 1957.
- GARCÍA TREVIJANO FOS: *Tratado de Derecho Administrativo I*. Madrid, 1964.
- *Tratado de Derecho Administrativo I. Tomo I*. Madrid, 1974.
- GARCÍA-TREVIJANO GARNICA, E., en *Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa*. Coordinador B. Pendás García. Praxis. Barcelona, 1999.
- GARNER, J.; y JONES, B. L.: *Administrative Law*. Sexta edición. Butterworths. Londres, 1985.
- GARRIDO FALLA, F.: “Constitución y Administración”, en *Revista Española de Derecho Administrativo 20*, enero-marzo de 1979.
- *Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español*. INAP. Madrid, 1982.
- En la obra escrita en colaboración con J. M. Fernández Pastrana: *Régimen Jurídico y Procedimiento de las Administraciones Públicas*. Civitas. Madrid, 1993.

- *Tratado de Derecho administrativo. Volumen I*. Tecnos. Madrid. Undécima edición, 1989.
- GARRETON, M. A.: ¿Reforma del Estado o cambio en la matriz socio-política? Documento de Trabajo Nº 30 FLACSO-Chile (mimeo) 1992.
- GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*. Décima edición. Madrid, 1948.
- GIANNINI, M. S.: *Derecho administrativo I*. Traducción L. Ortega. MAP. Madrid, 1991.
- *Premisas sociológicas e históricas del Derecho administrativo*. Traducida por M. Baena de Alcazar y J. M. García Madaria. INAP, 1980.
- GIL IBÁÑEZ, A. J.: *El control y la ejecución del Derecho comunitario*. INAP. Madrid, 1998.
- “La relación jurídica entre la Administración europea y las nacionales. Los problemas de aplicación administrativa del Derecho comunitario”, en *Administraciones Públicas y Constitución*. Coordinador: E. Álvarez Conde. MAP, 1998.
- GNES, M.: “The italian Independent Administrative Authorities: the Transplation of an American Experience”, en *European Public Law 1997-3*.
- GÓMEZ MUÑOZ, J. M.: *Libre circulación de trabajadores en el empleo público*. CES. Madrid, 1996.
- GONZÁLEZ CUETO, T.: *Comentarios a la Ley del Gobierno*. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002.
- GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Comentarios a la ley de régimen jurídico de las Administraciones públicas y procedimiento administrativo común I*. Escrita en colaboración con González Pérez, J. Civitas. Madrid, segunda edición, 1999.
- *Derecho Administrativo Español. Tomo I*. Ediciones Universidad de Navarra. Pamplona, 1987.
- GONZÁLEZ-PÁRAMO, J. M.: De recortes y reformas en el Estado de bienestar: el papel de la gestión pública”, en *Las estructuras del Estado del bienestar en Europa*. Dirigida por S. Muñoz Machado, J. L. García Delgado y L. González Seara. Civitas. Escuela Libre Editorial. Madrid, 2000.
- GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa I*. Tercera edición. Civitas. Madrid, 1998.



- GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, S.: *Comentarios a la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa*. Tecnos. Madrid, 1999.
- *El Derecho administrativo privado*. Montecorvo. Madrid, 1996.
- "La problemática actual del Derecho administrativo europeo", en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 1996-1.
- GORDILLO, A.: *Teoría General del derecho administrativo*. IEAL. Madrid, España. 1984.
- GUAITA, A.: "Los actos administrativos del Tribunal Constitucional", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 29, abril-junio de 1981.
- GUILLÉN CARAMÉS, J.; y FUETETAJA PASTOR, J. A.: "El acceso de los ciudadanos comunitarios a los puestos de trabajo en las Administraciones Públicas de los Estados miembros", en *Revista de Administración Pública* 146, mayo-agosto de 1998.
- HAURIOU, M.: *Précis de Droit administratif et de Droit public général*.
- *Obra Escogida*. Traducida por J. A. Santamaría Pastor y S. Muñoz Machado. Madrid, IEA, 1976.
- HUERGO LORA, A.: "El Derecho español de contratos públicos y el Derecho Comunitario", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 126, abril-junio de 2005.
- IRANZO MARTÍN, J. E.: "De la empresa estatal a la multinacional: el papel de las antiguas empresas de propiedad pública en la expansión de la economía española", en *Teoría y política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*. Fundación Sepi, 2004.
- JÈZE, G.: *Principios Generales del Derecho Administrativo*. Traducción de la tercera edición francesa (1930), realizada por J. N. San Millán Almagro. Editorial Depalma, 1949.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R.: "Incidencia del Derecho comunitario en el ámbito de la función pública", en *Implicaciones que en el orden jurisdiccional contencioso-administrativo produce la integración en la Unión Europea*. CGPJ. Madrid, 1996.
- JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, F. J.: *Los organismos autónomos en el Derecho Público español: Tipología y régimen jurídico*. INAP. Madrid, 1987.
- JORDANO FRAGA, J.: "¿Jaque mate al acto político?", en *Revista Española de Derecho Administrativo* 95, julio-septiembre de 1997.

- KAPLAN, M.: «Crisis y reformas del Estado en América Latina». En *Revista del CLAD Reforma y Democracia* N° 9 Caracas, 1997.
- KARPENSCHIF, M.: “La privatisation des entreprises publiques: une pratique encouragée sous surveillance communautaire”, en *Revue Française de Droit Administratif* 2002-1.
- LAGUNA DE PAZ, J. C.: “La renuncia de la Administración pública al Derecho administrativo”, en *Revista de Administración Pública* 136, enero-abril de 1995.
- LANE, J. E.: *The Public Sector*. Sage. Tercera edición, 2000.
- LASHERAS, M. A.: *La regulación económica de los servicios públicos*. Ariel. Barcelona, 1999.
- LASKI: *El liberalismo europeo*. F.C.E. México, 1945.
- DE LAUBADÈRE, A.; VENEZIA, J. C.; GAUDAMET, Y.: *Traité de Droit administratif. Tome I*. LGDJ. Decimotercera Edición. París, 1994.
- LAVILLA RUBIRA, J. J.: *Derecho de los contratos públicos*. Coordinador: B. Pendás García. Praxis. Barcelona, 1995.
- LEGUINA VILLA, J.: “Algunas ideas sobre la Constitución y la huida del Derecho administrativo”, en *Revista Jurídica de Navarra* 19 (1995).
- “Prólogo”, al libro *Legislación General de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Tercera edición, 1995.
- LEVY: “Notas Geográficas Económicas de la República de Nicaragua”, en *Revista Conservadora del Pensamiento Centroamericano. Número. 59-63*. Managua, Nicaragua. Editorial Artes Gráficas. 1965.
- LENZ, B.: “The Public Service in Article 48(4) EEC with Special Reference to the Law in England and in the Federal Republic of Germany”, en *Legal issues of European Integration 1989-2*.
- LINDE PANIAGUA, E.: “La retirada del Estado de la Sociedad: privatizaciones y liberalización de servicios públicos”, en *Revista de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004).
- LÓPEZ CANDELA, J. E.: *Sobre la necesidad de un concepto de servicio público*. Madrid, 2004.
- LÓPEZ GUERRA, L.: “Sobre la personalidad jurídica del Estado”, en *Revista del Departamento de Derecho Político* 6 (primavera de 1980).

- LÓPEZ-JURADO ESCRIBANO, F. B.: “Agencias administrativas reguladoras”, en *Administración Pública y Economía*. INAP. Madrid, 2001.
- LÓPEZ RODO, L.: “Personalidad jurídica del Estado en el Derecho interno”, en *Revista de Derecho Político 11* (otoño de 1981).
- LUCAS VERDU, P.: “El Derecho Constitucional como Derecho administrativo”, en *Revista de Derecho Político 13* (1982).
- MALARET I GARCÍA, E.: “El Derecho de la Administración Pública: Derecho público y Derecho privado; la relevancia de los principios constitucionales”, en *Derecho Público y Derecho Privado en la actuación de la Administración Pública*. Marcial Pons, 1999.
- MANUEL LÓPEZ, C.: “Prólogo”, al libro de FLAVIO ESCORCIA, J.: *Derecho Administrativo*. León. Nicaragua, 2002.
- MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, J. L.: “El concepto de Administración pública de la ley de lo contencioso, tras la Constitución de 1978”, en *Revista de Administración Pública 96*, septiembre-diciembre de 1981.
- *Introducción al Derecho administrativo*. Tecnos. Madrid, 1986.
  - “Naturaleza de las Corporaciones públicas profesionales”, en *Revista Española de Derecho Administrativo 39*, octubre-diciembre de 1983.
- MARTÍN MATEO, R.: en la obra colectiva *Gestión y Evaluación de la Calidad en los servicios públicos*. MAP. Madrid, 1996.
- *Manual de Derecho Administrativo*. Trivium. Madrid. 13ª edición, 1990.
  - “La sustantividad del Derecho Administrativo”, en *Revista de Administración Pública 53*, mayo-agosto de 1967.
- MARTÍN REBOLLO, L.: *Leyes Administrativas*. Décima edición, 2004. Aranzadi.
- “Sociedad, Economía y Estado (a propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público”, en *Estudios de Derecho Público Económico. Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo*. Civitas, 2003.
- MARTÍN RETORTILLO, S.: “Sentido y forma de la privatización de la Administración pública”, en *Revista Andaluza de Administración Pública 39* (julio-agosto-septiembre de 2000).
- MAYER, O.: *Derecho administrativo alemán. Tomo I*. Traducción de H. H. Heredia y E. Krotoschin. DEPALMA. Buenos Aires, 1949.

- MCELDOWNEY, J. F.: *Public Law*. Sweet & Maxwell. Londres, 1994.
- MEILAN GIL, J. L.: *El proceso de definición del Derecho administrativo*. ENAP, 1967.
- MÉNDEZ DE ANDES y RISUEÑO GÓMEZ: “El proceso privatizador en España. Principales rasgos, resultados positivos y extensión”, en *Teoría y política de privatizaciones: su contribución a la modernización económica. Análisis del caso español*. Fundación Sepi, 2004.
- MENÉNDEZ REXACH, Á.: “La aplicación de la Ley 30/1992 a las Entidades Públicas empresariales”, en *Valoración de la Ley 30/1992 tras cinco años de vigencia*. Director: J. C. Fernández de Aguirre. CGPJ. Madrid, 1997.
- MERKL, A.: *Teoría General del Derecho administrativo*. Editorial Revista de Derecho Privado. Madrid, 1935.
- MEUCCI, L.: *Instituzioni di Diritto amministrativo*. Sexta edición. Fratelli Bocca, editori. Turín, 1909.
- MONEREO PÉREZ, J. L.; y VIDA SORIA, J.: *La condición de nacionalidad en el acceso del personal a los empleos públicos*.
- MONTERO PASCUAL, J. J.: “Titularidad privada de los servicios de interés económico general”, en *Derecho de las Telecomunicaciones*. Coordinador: J. Cremades. La Ley, 1997.
- MORELL OCAÑA, L.: *Curso de Derecho administrativo*. Tomo I. Aranzadi. Pamplona, 1999.
- DE LA MORENA Y DE LA MORENA, L.: *Curso de Derecho administrativo*. Madrid, 1989.
- MORENO GIL: “En torno al nuevo intento de reconstrucción del Derecho administrativo”, en *Documentación Administrativa 198* (abril-junio de 1983).
- MORENO MOLINA, J. A.: “Le distinte nozioni comunitarie di pubblica amministrazione”, en *Rivista di Diritto Pubblico Comunitario 1998 3-4*.
- MUÑOZ MACHADO, S.: “Las concepciones del Derecho administrativo y la idea de participación en la Administración”, en *Revista de Administración Pública 84*, septiembre-diciembre de 1977.
- *Servicio público y mercado I*. Civitas, 1997.
  - *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General. Tomo I*. Civitas. Madrid, 2004.

- NAVARRO K.: *El sistema electoral nicaragüense. Diagnóstico y Propuesta de la Sociedad Civil*. Foro Democrático. Managua, Nicaragua, 2004.
- NEIRA, O. y ACEVEDO, A.: *Nicaragua: hiperinflación y (des) estabilización. Análisis de la política económica 1988 a 1991*. Cuadernos de CRIES. Serie ensayos. No. 21. Managua. 1992.
- NIETO, A.: *La organización del desgobierno*. Ariel. Barcelona, 1984.
- "La vocación del Derecho Administrativo de nuestro tiempo", en *Revista de Administración Pública* 76, enero-abril de 1975. Cito por su reproducción en *Treinta y cuatro artículos seleccionados en la Revista de Administración Pública con ocasión de su centenario*. INAP, 1983.
- OBED LÓPEZ, N (comp.): *Modernización y descentralización de los Estados Centroamericanos*. Fiedrich Ebert. 2001.
- OBERDORFF, H.: "Des incidences de l'Union européenne et des Communautés européennes sur le système administratif français", en *Revue du Droit Public* 1995-I.
- OLÍAS DE LIMA, B.: "La privatización de los servicios públicos y los criterios de eficiencia", en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?* Izquierda Unida. Madrid, 1993.
- OLIVER, D.: "Pourquoi n'y a-t-il pas vraiment de distinction entre Droit public et Droit privé en Angleterre?", en *Revue internationale de droit comparé* 2001-2.
- OLMEDA GÓMEZ, J. A.: *Ciencia de la Administración I*. UNED. Madrid. Reimpresión de la primera edición, 2000.
- ORLANDO, V. E.: *Principios de Derecho administrativo*. Traducción de A. Rodríguez Bereijo de la segunda edición italiana de 1892. INAP. Madrid, 1978.
- PALMA MARTÍNEZ, I.: *Derecho Administrativo, Teórico y Positivo*, Editorial Nuevos Horizontes, Managua, 1947.
- PALOMAR OLMEDA, A.: "Consideraciones generales sobre el sometimiento al Derecho privado de la actividad de la Administración", en *Revista Internacional de Ciencias Administrativas* 57-4 (1990).
- *Derecho de la Función Pública*. Dykinson. Madrid, quinta edición, 2000.

- PALLARES MORENO, R.: “La participación ciudadana en la conservación y protección del medio natural”, en *Documentación Administrativa* 194 (abril-junio de 1982).
- PARADA VÁZQUEZ, R.: *Derecho Administrativo I*. Undécima edición. Marcial Pons, 1999.
- *Derecho Administrativo II*. Marcial Pons. Decimocuarta edición, 2000.
  - *Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común*. Marcial Pons. Madrid, 1993.
- PAREJO ALFONSO, L.: *El concepto de Derecho Administrativo*. Editorial Jurídica Venezolana. Caracas, 1984.
- *Estado Social y Administración Pública*. Civitas. Madrid, 1983.
  - “Gobierno y Administración pública en la Constitución española”, en *La Administración pública española*.
  - *Manual de Derecho administrativo*. Escrito en colaboración con A. Jiménez Blanco y L. Ortega Álvarez. Ariel. Quinta edición, 1998.
  - “Objeto, ámbito de aplicación y principios generales de la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común”, en *La Nueva Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y del Procedimiento Administrativo Común*. Tecnos. Madrid, 1993.
  - “Prólogo” al libro de A. Betancor Rodríguez: *Las Administraciones Independientes*.
- PIRIE, M.: “Teoría y práctica de la privatización”, en *Revista del Instituto de Estudios Económicos 1985-1*.
- POMED SÁNCHEZ, L. A.: “Fundamento y naturaleza jurídica de las administraciones independientes”, en *Revista de Administración Pública* 132, septiembre-diciembre de 1993.
- POSADA, A.: *Tratado de Derecho administrativo I*. Librería de Victoriano Suárez. Madrid, 1897.
- PRATS I CATALA, S.: “La participación y descentralización en el marco de la Nueva Ley de Régimen Local”, en *Documentación Administrativa* 199 (octubre-diciembre de 1983).
- PROSSER, T.: *Law and the regulators*. Clarendon Press. Oxford, 1997.
- RAZQUIN LIZARRAGA, M. M.: *Contratos públicos y Derecho Comunitario*. Aranzadi. Pamplona, 1996.

- RENE VARGAS: *La economía de Nicaragua*. CEREN. Managua, Nicaragua. 1992.
- REQUERO IBAÑEZ, J. L.: “Las corporaciones de Derecho público en el proceso contencioso-administrativo”, en *Los colegios profesionales. Administración corporativa*. Obra colectiva de la que este mismo autor es director. CGPJ. Madrid, 2001.
- RIGAUX, A.: “Le personnel du service public et le Droit Communautaire”, en *Service public et Communauté Européenne: entre l'intérêt général et la marché II*. La documentation Française. París, 1998.
- RIVERO, J.: *Droit administratif*. Octava edición. Dalloz, 1977.
- RIVERO ORTEGA, R.: *Administraciones públicas y Derecho privado*. Marcial Pons, 1998.
- RIVERO YSERN, E.: “Descentralización en Colombia”, en *El Estado de Derecho Latinoamericano: integración económica y seguridad jurídica en Iberoamérica*. Ediciones Universidad de Salamanca, 2003.
- RIZO OYANGUREN, A.: *Manual Elemental de Derecho Administrativo*. Editorial Universitaria, León, Nicaragua, 1992.
- ROBSON, W. E.: *Industria nacionalizada y propiedad pública*. Traducida por J. Petit Fontseré. Tecnos. Madrid, 1964.
- RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, J.: “Reforma y modernización de la Administración Pública española”, en *La Administración Pública Española*. INAP. Madrid, 2002.
- *La privatización de la empresa pública*. Montecorvo. Madrid, 1991.
  - *El sector público económico gallego*. Universidad de la Coruña, 1996.
  - La vuelta al Derecho administrativo. (A vueltas con lo privado y lo público)”, en *Revista de Derecho* 7 (2005).
- RODRÍGUEZ GIL, A.: *Centralismo, municipio, regionalización y descentralización en Nicaragua*. Friedrich Ebert Stiftung. Managua, Nicaragua. 1991.
- ROLDÁN MARTÍN, A.: “Los nuevos contornos del servicio público”, en *Derecho administrativo económico*. Director: E. Ortega Martín. CGPJ. Madrid, 2000.
- ROSTOW: *Las etapas del crecimiento económico*, Ministerio de Trabajo y de la Seguridad Social, Madrid, 1993.

- ROTH, G.: *The private provision of public services*. Oxford University Press, 1987.
- RUIZ RISUEÑO, F.: *El proceso contencioso administrativo*. Tercera edición. Colex. Madrid, 1999.
- SABINE, G.: *Historia de la teoría política*. Novena reimposición. FCE. México, 1978.
- SAINZ MORENO, F.: “El valor de la Administración pública en la sociedad actual”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004.
- SALA ARQUER, J. M.: “Las corporaciones de Derecho público”, en *La Administración Pública española*.
- “El Estado neutral. Contribución al estudio de las administraciones independientes”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 42, abril-junio de 1984.
  - “Huida del Derecho privado y huida del Derecho”, en *Revista Española de Derecho Administrativo* 75, julio-septiembre de 1992.
- SALDOMANDO, A.: *El retorno de la AID*. Ediciones CRIES. Managua, 1992.
- SÁNCHEZ BLANCO, A.: “Los derechos ciudadanos en la Ley de Administraciones Públicas”, en *Revista de Administración Pública* 132, septiembre-diciembre de 1993.
- SÁNCHEZ GOYANES, E.: “La Administración Pública y el Derecho Administrativo”, en *Manual de Derecho Administrativo I*. Coordinador: En. Sánchez Goyanes. Editorial Colex. Madrid, 1997.
- SÁNCHEZ MORÓN, M.: *La participación del ciudadano en la Administración Pública*. CEC. Madrid, 1980.
- “El principio de participación en la Constitución Europea”, en *Revista de Administración Pública* 89, mayo-agosto de 1979.
- SANTAMARÍA DE PAREDES, V.: *Curso de Derecho administrativo*. Segunda edición. Madrid, 1888.
- *Curso de Derecho Administrativo*. Quinta edición. Establecimiento tipográfico de Ricardo Fé. Madrid, 1898.
- SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *Fundamentos de Derecho Administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Madrid, 1988.
- *Principios de Derecho Administrativo*. Editorial Centro de Estudios RAMÓN ARECES. Madrid, España. 1990.



- *Principios de Derecho Administrativo I*. Centro de Estudios Ramón Areces. Primera reimpresión de la tercera edición de 2000. Madrid, 2001.
- “Sobre la personalidad jurídica de las Cortes Generales. Una aproximación a los problemas de las organizaciones estatales no administrativas”, en *Revista de Derecho Político* 9 (primavera de 1981).
- SANTAOLALLA LÓPEZ, F., en *Comentarios a la Ley del Gobierno*. Coordinador: C. J. Fernández Carnicero. INAP. Madrid, 2002.
- SANZ LARRUGA, F. J.: “La Administración pública española: su naturaleza jurídica”, en *La Administración pública española*.
- SANZ RUBIALES, I.: *Poder de autoridad y concesión de servicios públicos locales*. Universidad de Valladolid, 2004.
- SARASOLA GORRITI, S.: *La concesión de servicios públicos municipales*. IVAP. Oñati, 2003.
- DEL SAZ CORDERO, S.: “Las transformaciones del Derecho administrativo al final del siglo XX”, en *La Administración Pública española*. Director. J. Rodríguez-Arana Muñoz. Madrid, 2002.
- SCHWARTZ, B.: *Administrative Law*. Aspen Publishers. Tercera edición, 1991.
- SCHWARZE, J.: *Droit administratif européen I*. Bruylant, 1994.
- SCIORTINO, A.: “Quelque osservazione sulla nozione di pubblica amministrazione nell’ordinamento comunitario (art. 48, par. 4, TCCE)”, en *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario* 1994-2.
- SEGARRA ORTIZ, M. V.: “Los servicios públicos una exigencia de nuestro tiempo”, en *Revista Española de Derecho de la Unión Europea* 7 (2004).
- SENDÍN GARCÍA, M. A.: *La libre circulación de empleados públicos en la Unión Europea*. Editorial Ratio Legis. Salamanca, 2005.
- SERRANO TRIANA, A.: *La utilidad de la noción de servicio público y la crisis del Estado del bienestar*. IELSS. Madrid, 1983.
- SERRA ROJAS, A.: *Derecho Administrativo*. Editorial Porrúa, S. A. México, 1988.
- SONIA FLEURY: «Reforma del Estado en América Latina: ¿Hacia dónde?», en *Revista «Nueva Sociedad»*. Núm. 160. Marzo-Abril 1999.
- SORIANO, J. E.: “El concepto de Derecho Administrativo y de la Administración Pública en el Estado Social y Democrático de Dere-

- cho”, en *Revista de Administración Pública* 121, enero-abril de 1990.
- *Desregulación, privatización y Derecho administrativo*. Studia Albornotiana. Bolonia, 1993.
- SOTELO VALENCIA, A. «La crisis de paradigmas y la teoría de la dependencia en América Latina».
- SOUVIRON MORENILLA, J. M.: *La Administración y el servicio público*. Comares. Granada, 1998.
- “La privatización del sector público empresarial del Estado en España (1996-2002). Aspectos jurídicos”, en *Privatizaciones y liberalizaciones en España: balance y resultados (1996-2003)*. Editorial Comares. Granada, 2004.
- “Sobre la administración pública y el derecho administrativo: en torno a la sustantividad del derecho administrativo y su vis expansiva”, en *Libro Homenaje al Profesor D. Ramón Martín Mateo*. Coordinador: F. Sosa Wagner. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2000.
- SUBIRATS, J.; GOMA, R.: “Gestión pública y reforma administrativa en los noventa: nuevos retos y oportunidades”, en *Administraciones y servicios públicos. ¿Reforma o privatización?* Izquierda Unida. Madrid, 1993.
- SUNKEL, O. y PAZ, P.: *El subdesarrollo latinoamericano y la teoría del desarrollo*. Editorial Siglo XXI. México. 1981.
- TAJADURA TEJADA, J.: “Empresas públicas y Unión Europea”, en *Sistema* 166, enero de 2002.
- THEIMER, W.: *Historia de las ideas políticas*. Editorial Ariel. Barcelona, España. 1969.
- TOLIVAR ALAS, L.: *Derecho administrativo y Poder Judicial*. Tecnos. Madrid, 1996.
- TORCHIA, L.: “Developments in Italian Administrative Law through Cross-fertilisation”, en *New directions in European Public Law*. Editado por Jack Beatson y Takis Tridimas. Hart Publishing. Oxford, 1996.
- TORNO MAS, J.: *La autoridades reguladoras de lo audiovisual*. Marcial Pons, 1999.
- TORRES RIVAS, E.: *Interpretación del desarrollo social en Centroamérica*. San José, Costa Rica. 1972.

- TOUCHARD, J.: *Historia de las ideas políticas*. Tecnos. Segunda reimpresión. Madrid. España, 1987.
- TRONCOSO REIGADA, A.: *Privatización, empresa pública y Constitución*. Marcial Pons. Madrid, 1997.
- VALDIVIESO DEL REAL, R.: “La reforma del sector público. Las privatizaciones: el estado de la cuestión y su aplicación al caso español”, en *La nueva gestión pública*. Coordinadora: B. Olías de Lima. Prentice Hall. Madrid, 2001.
- VÁZQUEZ DE PRADA, V.: “Nuevas perspectivas en la relación Administración Pública-Administrados”, en *Documentación Administrativa 186* (abril-junio de 1980).
- VEDEL, G.: *Derecho administrativo*. Traducción de la sexta edición francesa por J. Rincón Jurado. Aguilar. Madrid, 1980.
- VELÁZQUEZ LÓPEZ, F. J.: “La cultura de gestión de los servicios públicos”, en *Estudios para la reforma de la Administración Pública*. INAP. Madrid, 2004.
- VILLAR EZCURRA, J. L.. *Servicio público y técnicas de conexión*. CEC, 1980.
- VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*. Universidad de Madrid. Facultad de Derecho. Madrid. España, 1968.
- VILLAR PALASÍ, J. L.; y VILLAR EZCURRA, J. L.: *Principios de Derecho administrativo I*. Universidad de Madrid. Madrid, 1982.
- WADE, W. R.: *Administrative Law*. Cuarta edición. Oxford, 1977.
- WALTER KNUT.: *El somocismo: Del protectorado a la revolución*, en *Encuentros con la historia*. Primera edición, Universidad Centroamericana, 1995.
- WILLIANSON, J.: “What Washington Means by Policy Reform” en *Latin America Adjustment. How much has happened?*, Washington, Institute of International Economics. 1990.
- WOLF, CH.: *Mercados o gobiernos. Elegir entre alternativas imperfectas*. Traducción de J. F. Cainzos de la segunda edición inglesa de 1993. IEF. Madrid, 1995.



**KARLOS NAVARRO MEDAL** Doctor en Derecho por la Universidad de Salamanca, España. Master en Administración Pública, por la Universidad de Castilla la Mancha, Master en Contrataciones del Estado, por la Universidad de Castilla la Mancha, España. Master en Historia y Ciencias Políticas, y licenciado en Derecho por la Universidad Centroamericana. Managua, Nicaragua. Licenciado en Historia por la Universidad de San Petersburgo. Ha realizado una estancia post doctoral en la Universidad de Castilla-La Mancha, España; igualmente pasantías de investigación en la Universidad de Berkeley, San Francisco, California, y, en la Universidad de Heidelberg, Alemania.

Ha sido asesor externo de la Comisión de Justicia de la Asamblea Nacional, Corte Suprema de Justicia, PNUD y OIT.

Miembro de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo. Fundador y miembro Asociación Iberoamericana de Derecho Administrativo. Miembro del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo. Miembro de la Red Iberoamericana de Contratación Pública. Miembro de Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional. Miembro de Honor de las Asociaciones Mexicana, costarricense y ecuatoriana de Derecho Administrativo. Académico correspondiente Academias de Legislación y Jurisprudencia de Galicia, Córdoba (Argentina), Granada y de Academia de Legislación y Jurisprudencia de Madrid, España. Autor de libros de historia, ciencias políticas y derecho administrativo. Profesor invitado de diversas Universidades españolas e Iberoamericanas.

Ha sido decano de la facultad de derecho de la Universidad hispanoamericana, y director del Instituto Iberoamericano de Estudios Superiores.

ISBN 978-99924-57-66-5



9 789992 457665



"Universitas Granadensis"

