



CUERPO DE TÉCNICOS DE
TÉCNICOS SUPERIORES DE LA ADMINISTRACIÓN
GENERAL DE LA COMUNIDAD DE MADRID
Jurídicas

Bloque I. Derecho Administrativo

Colección Temarios, 2020

ISBN: 978-84-124297-7-0

© Reservados todos los derechos de esta edición para SKR Preparadores S.L., 2020 Calle
Covarrubias, 9, bajo izquierdo, 28010, Madrid

<https://skr.es/>

Queda rigurosamente prohibida cualquier forma de reproducción, distribución,
comunicación pública o transformación total o parcial de esta obra sin el permiso escrito
de los titulares de los derechos de explotación.

TEMA 1

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS FUNCIONES Y PODERES DEL ESTADO.

1.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO.....	3
1.1.	EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA	3
1.2.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL.....	4
1.2.1.	La pluralidad de Administraciones Públicas	6
1.2.2.	Principios constitucionales de la Administración Pública española	6
1.3.	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INSTITUCIÓN AL SERVICIO OBJETIVO DE LOS INTERESES GENERALES	7
2.	LA ADMINISTRACIÓN Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO.....	8
2.1	LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN.....	9
2.2	LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN	10
2.3	LA FUNCIÓN EJECUTIVA Y LA ADMINISTRACIÓN	10
3.	LA ADMINISTRACIÓN Y LOS PODERES DEL ESTADO.....	11
3.1	LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESQUEMA DE LA DIVISIÓN DE PODERES	12
3.2	LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL	14
3.3	LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER LEGISLATIVO	15
3.4	LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER JUDICIAL	16
3.5	LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL GOBIERNO.....	18
3.6	LA REALIZACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES POR PARTE DE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES	20

1. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: CONCEPTO

La Administración empieza a desarrollarse en la Europa continental con la consolidación del Estado moderno. A medida que el rey afirma su autoridad sobre los señores feudales, crea una organización a su servicio para desempeñar las funciones inherentes a su potestad, al tiempo que refuerza su control del territorio mediante el envío de delegados personales.

Sin embargo, la Administración Pública como la conocemos hoy tiene su origen en el Estado liberal, surgido de las revoluciones burguesas del siglo XVIII, que se asienta sobre tres principios básicos: división de poderes, imperio de la ley y representación. En este sentido, los sistemas administrativos se desarrollan como mecanismo de autocontrol institucional para garantizar la libertad del individuo y protegerle frente al poder.

En la actualidad, la Administración Pública ha evolucionado desde sus orígenes como entidad meramente instrumental, cuya única misión era auxiliar al Gobierno en el cumplimiento de sus funciones, hacia un ámbito de actuación mucho más amplio, fruto de la consolidación del Estado del Bienestar, marcadamente intervencionista.

En este tema indagaremos acerca del concepto de Administración Pública y su relación con las funciones y los poderes del Estado. Comenzamos analizando qué entiende la doctrina por Administración Pública.

1.1. EL CONCEPTO DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN LA DOCTRINA

Señala el profesor GARRIDO FALLA, que, a la hora de abordar la tarea de definir la idea de administrar, la doctrina ha recurrido con frecuencia a investigar la etimología del vocablo. Así, según unos, el vocablo proviene del latín *ad* y *ministrare*, que significa servir (Diccionario RAE), y, según otros, por contracción de *ad manus trahere*, que alude a la idea de manejo o gestión. Se desprende de lo anterior que la Administración alude a la gestión de asuntos o intereses.

Por otra parte, el sentido vulgar del término administrar equivale, según el DRAE, a gobernar, regir o cuidar, y el administrador es definido, en una de sus acepciones, como “la persona que administra bienes ajenos”. Aunque también existe la administración de los bienes propios, la acepción transcrita encierra una idea perfectamente aplicable a la Administración Pública, donde el administrador gestiona siempre bienes e intereses ajenos: los de la comunidad política a la que se limita a servir. En castellano, el vocablo administración tiene un doble significado: en sentido objetivo, se refiere a la acción de administrar (administración con minúscula); en sentido subjetivo, hace referencia al sujeto de esa acción (Administración con mayúscula).

Como observaremos más adelante, gran parte de la discusión teórica en torno al concepto de Administración consiste precisamente en determinar si el concepto

subjetivo y el objetivo coinciden exactamente entre sí. Es decir, si toda la administración emana de la Administración y, viceversa, si todo lo que hace la Administración es sólo administrar.

Básicamente, existen en la doctrina dos grandes concepciones o formas de caracterizar la Administración Pública: un criterio objetivo o funcional y un criterio subjetivo u orgánico.

1. Criterio objetivo o funcional: sus seguidores identifican a la Administración con una actividad dentro de las funciones del Estado. Dentro de este criterio, existen dos posturas doctrinales:

a. La de los que identifican a la Administración con una de las 3 clásicas funciones estatales (ejecutiva, legislativa y judicial): la función ejecutiva, criterio seguido con distintos matices por autores como HAURIOU, ZANOBINI o GARCÍA TREVIJANO.

b. La de quienes consideran que existe una cuarta función, la función administrativa, que presenta características propias y que coexiste junto a las tres funciones clásicas estatales, criterio seguido por ALESSI o SAYAGUÉS.

2. Criterio subjetivo u orgánico: sus seguidores, mayoría en la actualidad, delimitan la Administración Pública dentro de los poderes u órganos del Estado. Sostienen que la Administración es una organización formal, un complejo orgánico encuadrado dentro del Poder Ejecutivo, donde coexiste con el Gobierno, y cuyos actos reciben un tratamiento unitario regulado por el Derecho Administrativo, distinto del que reciben los actos de los poderes legislativo y judicial. Defensores de este criterio subjetivo son GARRIDO FALLA o ENTRENA CUESTA. También podemos ubicar en él al profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, quien sin embargo no pone el acento a la hora de conceptuar la Administración en su posición dentro del esquema de la división de poderes, sino en su condición de persona jurídica que representa y actúa por el Estado en sus relaciones con los ciudadanos, estando dichas relaciones sometidas al Derecho Administrativo. En su opinión, la Administración pública no es una determinada función objetiva o material, ya que las funciones y actividades que ésta realiza son contingentes e históricamente variables, y dependen sobre todo de la demanda social en cada momento y lugar.

1.2. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

Pero, ¿qué entiende nuestro ordenamiento jurídico actual por Administración Pública? La Constitución Española de 1978 (CE) no ofrece un concepto de Administración; sin embargo, su artículo 103.2 establece que “los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley”. Así, en opinión de GARCÍA DE ENTERRÍA, el constituyente acoge el criterio orgánico o subjetivo al concebir la Administración como una organización que, bajo la dirección del Gobierno, “sirve con objetividad los intereses generales” (art.103.1).

Así, en nuestro derecho, en el artículo 3.4 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) que proclama que cada una de las

Administraciones Públicas actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única. Por tanto, para nuestro ordenamiento y en especial para el Derecho Administrativo, la Administración Pública es una persona jurídica. Y, como tal, es un sujeto de Derecho: emana declaraciones de voluntad, celebra contratos, es titular de un patrimonio, es responsable, es justiciable, etc.

Sin embargo, la Administración no es sólo un sujeto de Derecho, un destinatario de normas, sino que es también un órgano creador de Derecho y un aplicador ejecutivo, que ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces. En efecto, la Administración no realiza únicamente actos de naturaleza ejecutiva, sino también legislativa y judicial, recibiendo todos ellos un tratamiento unitario, regulado por el Derecho Administrativo.

Como pone de manifiesto el profesor GARRIDO FALLA, el objetivo teórico y práctico de delimitar el concepto de Administración es precisamente delimitar el objeto formal del Derecho Administrativo. Es decir, que de lo que se trata es de saber si el Derecho Administrativo es:

- 1) el ordenamiento jurídico de la acción administrativa del Estado (cualquiera que sea el órgano de que emane); o
- 2) el ordenamiento jurídico que regula la actuación de la Administración en sentido subjetivo, y que es distinto del que regula los actos de los poderes legislativo y judicial.

De tal modo, la Administración Pública es ante todo, una persona jurídica –y no un simple conjunto de órganos o, menos aún, una función abstracta- para el Derecho Administrativo, siendo su presencia requisito necesario para que exista una relación jurídico-administrativa. Además el Derecho Administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuantos sujetos. Tiene carácter estatutario y constituye para sus singulares sujetos un verdadero Derecho común, capaz de auto integrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes. Sin embargo, el Derecho Administrativo no es un Derecho privilegiado. Junto a los privilegios, en más y en menos, que componen el estatuto singular de las Administraciones Públicas, existe todo un cuadro de garantías para los ciudadanos, radicadas en el último extremo en su titularidad de derechos fundamentales que configuran una situación de equilibrio. Por otro lado, debemos tener presente, que sin perjuicio de la existencia de este derecho propio y específico, es posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, en principio con carácter instrumental. Las posibilidades de fricción sobre la aplicación de uno y otro Derecho, no se extienden, sin embargo, a todas las materias o sectores de actividad, sino solamente a una zona polémica intermedia; una parte del Derecho de la Organización y el Derecho patrimonial. En todo caso, aun en las materias que aparentemente son sólo objeto del Derecho privado, hay siempre un núcleo insoslayable perteneciente al Derecho Público, perfectamente separable, en cuanto a su tratamiento, del bloque negocial. Lo contrario, es decir, la existencia de elementos privados en una relación jurídico-administrativa, es también posible pero no necesario. El conocimiento y resolución de estas cuestiones incidentales o prejudiciales, salvo que tengan carácter penal, corresponde, incidenter tantum, a la Administración y a la jurisdicción contencioso-administrativa.

1.2.1. La pluralidad de Administraciones Públicas

Otro elemento que es necesario tener en cuenta a la hora de perfilar el concepto de Administración Pública es que en España no existe una única Administración, sino varias. En efecto, una de las características del modelo de Estado Autonómico que se desarrolla a partir de la Constitución de 1978 es la existencia de una pluralidad de entes territoriales, que, como señala el propio artículo 137 CE “gozan de autonomía para la gestión de sus respectivos intereses”. Por tanto, a efectos de nuestro Derecho Administrativo, el concepto de Administración Pública incluye los siguientes entes, de acuerdo con el artículo 2, de la LRJSP:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas, como es el caso de la Administración de la Comunidad de Madrid.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local.
- d) El sector público institucional:
 - Cualesquiera organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas.
 - Las entidades de derecho privado vinculadas o dependientes de las Administraciones Públicas que quedarán sujetas a lo dispuesto en las normas de la LRJSP que específicamente se refieran a las mismas, en particular a los principios previstos en el artículo 3, y en todo caso, cuando ejerzan potestades administrativas.
 - Las Universidades públicas que se regirán por su normativa específica y supletoriamente por las previsiones de la LRJSP.

Tienen la consideración de Administraciones Públicas la Administración General del Estado, las Administraciones de las Comunidades Autónomas, las Entidades que integran la Administración Local, así como los organismos públicos y entidades de derecho público vinculados o dependientes de las Administraciones Públicas (artículo 3 de la LRJSP).

Esta pluralidad de Administraciones Públicas, son todas ellas, singularmente, titulares de relaciones jurídico-administrativas, contando cada una de ellas con personalidad jurídica, existentes y actuantes en el campo del Derecho Administrativo. Así, el artículo 3.3 de la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público de 1 de octubre de 2015, lo expresa de manera precisa: “Bajo la dirección del Gobierno de la Nación, de los órganos de Gobierno de las Comunidades Autónomas y de los correspondientes de las Entidades que integran la Administración Local, la actuación de la Administración Pública respectiva se desarrolla para alcanzar los objetivos que establecen las Leyes y el resto del ordenamiento jurídico.”

1.2.2. Principios constitucionales de la Administración Pública española

Materialmente, la Administración Pública se concibe como una organización servicial de la comunidad. Aunque la CE no define expresamente qué se entiende por

Administración, sí detalla su finalidad, sus criterios de actuación, los principios de su organización y su sometimiento pleno a la ley y al Derecho.

Así, el artículo 103.1 CE, establece que “la Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho”, y además, con prohibición de arbitrariedad (art.9.3).

La doctrina suele sistematizar los principios rectores de la Administración el principios de actuación (legalidad, objetividad, eficacia y participación de los ciudadanos) y principios de organización (jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación).

La Constitución plasma así un concepto de Administración como una organización eficaz y controlada, ordenada al servicio de los intereses generales. Como afirma la Exposición de Motivos de la Ley 30/1992, “la Constitución de 1978 alumbró un nuevo concepto de Administración, sometida a la Ley y al Derecho”, y subraya su “carácter instrumental, al servicio de los ciudadanos”. Afirma que “la Administración debe integrarse en la sociedad a la que sirve como el instrumento que promueve las condiciones para que los derechos constitucionales del individuo y los grupos que integran la sociedad sean reales y efectivos”.

1.3. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO INSTITUCIÓN AL SERVICIO OBJETIVO DE LOS INTERESES GENERALES

Como hemos visto, la Constitución define con precisión que es la Administración Pública de un Estado social y democrático de Derecho como el que establece. Según el artículo 103.1, la Administración Pública “sirve con objetividad los intereses generales”, queriendo ello decir que se trata de una institución abocada a este fin, siendo ello la idea que la fundamenta. Así, la Administración Pública se configura como una institución servicial o vicarial, no teniendo, jurídicamente hablando, intereses propios. En palabras de SÁNCHEZ MORÓN, el servicio a los intereses generales define la esencia de la Administración pública y determina totalmente su estructura y actividad.

Dicho lo cual, la cuestión que se plantea es determinar qué son los intereses generales y por quién y cómo se declaran. No es la Administración, en tanto que complejo institucional, la que deduce esos intereses generales por sí misma. A lo sumo podrá contribuir a definir sus manifestaciones o exigencias en el caso concreto, pero de cualquier modo, los fines que ha de perseguir la Administración Pública la trascienden y deben ser determinados por los poderes constitucionales con legitimidad democrática directa, pues según SÁNCHEZ MORÓN, no podría ser de otra manera en un régimen democrático fundado en la soberanía popular (art. 1.2 CE).

De tal modo, la determinación de los intereses generales –intereses sociales o colectivos que el Estado asume como propios convirtiéndolos en objetivos y prioridades políticas-, no se realiza de cualquier manera y no está exenta de límites jurídicos. Ante todo son las normas jurídicas las que establecen los intereses generales a perseguir,

los definen y, en su caso, otorgan preferencia a unos sobre otros, atribuyendo a la administración las potestades que precisa para servirlos.

Bien entendido que la determinación de los intereses generales no puede ser nunca contraria a Derecho y que no cabe jurídicamente disfrazar como tales meras preferencias personales o tratos de favor o disfavor que carezcan de toda justificación objetiva. Más allá de este límite negativo, que puede ser controlado por los Jueces y Tribunales como expresión de arbitrariedad, la definición concreta de los intereses públicos corresponde a los órganos dotados de representatividad política, directa o indirecta. Incluso si lo que se considera interés general beneficia más a una parte de la sociedad que a otra. Lo normal será que así ocurra, pes es difícil encontrar una la unanimidad social en torno a un objetivo político determinado y a la prioridad que debe dársele. Pero a estos efectos el único control posible del acierto o del desacierto de los gobernantes es el poder político, el que se ejerce por la oposición y por la opinión pública y se traduce en su responsabilidad ante los electores.

Para continuar perfilando el concepto de Administración Pública, vamos a analizar a continuación su relación con las funciones del Estado.

2. LA ADMINISTRACIÓN Y LAS FUNCIONES DEL ESTADO

Para el logro de sus fines, las comunidades humanas se organizan políticamente. Hoy día, el tipo de organización política imperante es el Estado. La acción del Estado se manifiesta de formas diversas, que básicamente pueden reconducirse a las siguientes:

- el establecimiento general de las normas a que deben ajustar su conducta los miembros de la comunidad política;
- la resolución concreta de los conflictos intersubjetivos de intereses que se planteen entre los individuos o entre estos y la comunidad;
- la ejecución concreta de las medidas pertinentes para satisfacer las necesidades que plantea la vida en común.

Éstas son, tradicionalmente, las llamadas funciones del Estado y, según la doctrina mayoritaria, a ellas puede reconducirse, desde el punto de vista de su sustancia o contenido, cualquier forma de acción estatal. Tales funciones se conocen, respectivamente, como legislación, jurisdicción y ejecución. Como ya hemos apuntado, existe también un sector de la doctrina que considera que, junto a las tres funciones tradicionales, hay una cuarta que denomina “función administrativa”, que sin embargo la mayoría de los autores entienden comprendida en la función ejecutiva.

En cualquier caso, dado el carácter material de esta distinción, resulta necesario hallar el criterio que permita deslindar los actos que pertenezcan a una u otra función. Tampoco en ello la doctrina es unánime.

2.1 LA FUNCIÓN LEGISLATIVA Y LA ADMINISTRACIÓN

Hay una función del Estado que consiste en establecer por vía general y obligatoria las normas a que ha de ajustarse la conducta de los miembros de la comunidad, así como la organización misma de esa comunidad. Ésta es la función legislativa, y a tales normas se las denomina leyes, cuyos caracteres fundamentales son la generalidad y la obligatoriedad. Se trata, pues, de una función a través de la cual el Estado establece normas jurídicas que contemplan las situaciones a resolver de manera abstracta, impersonal y no relacionada con un caso concreto.

Si originariamente esta función estaba reservada en exclusiva a los Parlamentos, en cuanto representantes de la soberanía popular, es patente que poco a poco la Administración ha ido adquiriendo un importante papel en el proceso de elaboración de normas. Como ya hemos avanzado, la Administración no es sólo un sujeto de Derecho, un destinatario de normas, sino que es también un órgano creador de Derecho, que ostenta poderes materialmente análogos a los del legislador.

Hoy día, la Administración participa en la función legislativa a través de diversas técnicas: decreto-ley, decreto legislativo, reglamentos, iniciativa legislativa. Estos mecanismos han eliminado el monopolio legislativo que, según el esquema clásico de la división de poderes, correspondía al Parlamento.

Así, lo indica el artículo 127 de la ley 39/2015 sobre la iniciativa legislativa y potestad para dictar normas con rango de ley tanto por las Administraciones de las Comunidades Autónomas como la estatal, indicando:

“El Gobierno de la Nación ejercerá la iniciativa legislativa prevista en la Constitución mediante la elaboración y aprobación de los anteproyectos de Ley y la ulterior remisión de los proyectos de ley a las Cortes Generales.

La iniciativa legislativa se ejercerá por los órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas en los términos establecidos por la Constitución y sus respectivos Estatutos de Autonomía.

Asimismo, el Gobierno de la Nación podrá aprobar reales decretos-leyes y reales decretos legislativos en los términos previstos en la Constitución. Los respectivos órganos de gobierno de las Comunidades Autónomas podrán aprobar normas equivalentes a aquéllas en su ámbito territorial, de conformidad con lo establecido en la Constitución y en sus respectivos Estatutos de Autonomía.”

La proliferación de las denominadas por la doctrina alemana leyes-medida, (ejemplo de lo que Carl SCHMITT caracteriza como “legislación motorizada”) y la inflación de normas en los ordenamientos es por una parte causa y por otra consecuencia de la participación cada vez más importante del Gobierno en la función legislativa. Ello suele justificarse aludiendo a la incapacidad de los Parlamentos de elaborar todas aquellas normas necesarias para regular una sociedad tan compleja y dinámica como la actual, ya que por una parte, no dispone de los medios técnicos con los que puede contar el Gobierno (que tiene el apoyo de la Administración); y por otra parte, su carácter de órgano deliberativo dificulta la toma rápida de decisiones.

Sin embargo, el principio fundamental sobre el que se articula la acción de la Administración es el principio de legalidad, afirmado en diversos preceptos de la Constitución (9.3, 103.1), que supone su “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”. En el caso concreto de su actividad normativa, la Administración necesita siempre una habilitación legal previa o la concurrencia de un presupuesto de hecho habilitante, que en cualquier caso podrá ser objeto de control judicial.

2.2 LA FUNCIÓN JURISDICCIONAL Y LA ADMINISTRACIÓN

La función jurisdiccional consiste en la aplicación de la ley al caso concreto. Si la ley contempla, como hemos visto, un supuesto abstracto, la jurisdicción se encarga de resolver los casos concretos, aplicando la ley. La tarea del juez consiste, por tanto, en comparar la hipótesis general de la ley con el caso concreto que examina y emitir un juicio en consecuencia. Si la ley es un acto de voluntad, la decisión jurisdiccional es un juicio sobre la conformidad de una determinada conducta o hecho con dicho acto de voluntad.

Para algunos autores, sin embargo, la función jurisdiccional no es materialmente distinta de la función ejecutiva, ya que ambas consisten en particularizar el mandato de la ley a un caso concreto. Así, Hans KELSEN afirma que realmente las funciones del Estado no son más que dos: una función legislativa, de creación de la ley general y abstracta (*legis latio*), y una función de individualización de esas normas generales, de aplicación de las leyes, que tiene una doble vertiente: la *legis executio* y la *iuris dictio*, cuya separación se fundamenta únicamente en motivos históricos.

Si bien en el esquema clásico de la división de poderes la función jurisdiccional se atribuye en exclusiva a los jueces y tribunales, en los países de régimen administrativo, como España, la Administración ostenta importantes funciones de naturaleza jurisdiccional, como el privilegio de autotutela (que supone que sus decisiones son ejecutorias y que puede ejecutar sus actos por su propia autoridad, sin necesidad de recabar el auxilio de los tribunales), los recursos administrativo, la potestad sancionadora de la Administración, la función de revisión de actos de oficio y disposiciones nulos, y de revocación de actos de gravamen y rectificación de errores.

2.3 LA FUNCIÓN EJECUTIVA Y LA ADMINISTRACIÓN

La legislación, decía FERRARIS, no ejercita, en sentido estricto, la autoridad del Estado; manifiesta su voluntad, pero no su acción. Por eso se hace necesaria la ejecución de las leyes o, lo que es lo mismo, su puesta en acción.

Aunque algunos autores consideran, como hemos visto, que la función jurisdiccional no es materialmente distinta de la función ejecutiva, lo cierto es que las sentencias judiciales, una vez dictadas, también requieren que el Estado actúe materialmente para que la acción prevista en las mismas se realice.

La función ejecutiva ha sido, tradicionalmente, la función característica de la Administración. Una función que contempla actividades tan diversas como construir una carretera, hacer que un reo cumpla su condena en una prisión, nombrar un funcionario público, etc. Por tanto, se trata de una función difícil de caracterizar desde el punto de vista material, dada la diversidad de acciones que incluye. Como destaca el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, el elemento común a todas ellas es que están destinadas a satisfacer los intereses generales.

Como podemos observar, en la actualidad, la Administración no realiza únicamente actos de naturaleza ejecutiva, sino que también ostenta poderes materialmente análogos a los de los legisladores y los jueces. Para GARCÍA DE ENTERRÍA, la diferencia es que estos actos de la Administración tienen un tratamiento unitario, regulado por el Derecho Administrativo, y que es distinto del que reciben los actos de los poderes legislativo y judicial. Sin embargo, otros autores como GARRIDO FALLA, entienden que el Derecho Administrativo regula también la actividad materialmente administrativa de los poderes legislativo y judicial.

La conclusión que se desprende de este breve análisis de las funciones del Estado es que el concepto de Administración Pública no puede definirse en base a las mismas, ya que la Administración realiza funciones que materialmente pertenecen a las tres categorías. Por ello, es necesario intentar otra vía: la caracterización de la Administración Pública dentro de los poderes del Estado.

3. LA ADMINISTRACIÓN Y LOS PODERES DEL ESTADO

Si bien es cierto que el poder del Estado es único, la referencia a los poderes del Estado es tradicional en la literatura iuspublicista, en la que se denominan como tales a los órganos constituidos para ejercer las funciones estatales.

La Administración es una organización pública, forma parte de los poderes públicos, y constituye, con diferencia, el más voluminoso de ellos, el que consume e invierte más recursos públicos, el que tiene a su servicio a la mayor parte de los empleados públicos y el que se relaciona más frecuentemente con los ciudadanos. En el marco de la clásica división de poderes, la administración forma parte del poder ejecutivo y como establece nuestra constitución en su artículo 97 y 103.1, es una organización dirigida por el gobierno que tiene por misión institucional servir a los intereses generales.

Lo que nos interesa destacar aquí es que la administración, a diferencia del poder legislativo y del judicial, es un poder activo por excelencia de administración no se límite a dictar normas jurídicas característica del equitativo, aunque aquella también la prueba generales, los reglamentos, que son mucho más numerosas que las leyes. Tampoco se limita a resolver los conflictos y controversias aplicando el derecho, que es la función judicial típica; Aunque también la administración resuelve a veces conflictos entre particulares por medio de arbitraje o mediación O diciendo sobre ciertas reclamaciones, cuenta en su seno con organismos especializados que ejercen funciones similares a las

judiciales y que, por casualidad, se denominan tribunales los tribunales económico administrativos por ciento. Además está dotada de una potestad sancionadora muy extensa, sin perjuicio de las que ejercen los Jueces y Tribunales penales y con subordinación a la justicia en todo caso.

Pero, sobre todo, la Administración provee cotidianamente a las necesidades generales, en parte supervisando, controlando, autorizando ordenando actividades privadas (piénsese, por ejemplo, en la tutela del medio ambiente, en la disciplina urbanística por la seguridad ciudadana), en parte prestando servicios a los ciudadanos (la sanidad, la enseñanza, los servicios sociales...) o contratando y gestionando infraestructuras públicas (carreteras, vías férreas, puertos, aeropuertos, obras hidráulicas), en parte apoyando o colaborando con particulares y empresas al desarrollo económico y social otros fines de interés general y mediante otras actividades. Todo ello en ejecución de planes y programas que, con frecuencia, la propia administración elabora y que sean aprobados con sus órganos superiores o bien por los parlamentos y lo que nos respectivos, y cuidando de la obtención de los recursos necesarios, en los términos que establece las leyes (mediante la extracción de tributos y cuotas de la Seguridad Social, entre otras cosas), de la gestión interna del número su personal a su servicio y de los bienes de los que dispone. Desde este punto de vista funcional la administración se distingue normalmente bien de otros poderes públicos.

3.1 LA ADMINISTRACIÓN EN EL ESQUEMA DE LA DIVISIÓN DE PODERES

Aunque la doctrina de la división de poderes en su formulación actual tiene un autor conocido y una fecha precisa de nacimiento, afirma GARRIDO FALLA que el fenómeno histórico de la división de poderes es la consecuencia de un largo proceso cuyas raíces se hunden en la Edad Moderna. El Estado que nace en Europa en el Renacimiento se caracteriza durante sus tres primeros siglos de existencia por una tendencia a aumentar el poder de la monarquía. Bajo este signo político, se dice que la Administración era despótica y arbitraria, que no tenía límites.

Si bien ya en los tiempos del Estado absoluto va a aparecer una primera separación entre gobierno y justicia, será la Revolución francesa la que consagre como principio constitucional la doctrina de la división de poderes. Desde entonces, y hasta la primera mitad del siglo XIX, la Administración Pública se identifica con el Poder Ejecutivo, dentro del marco constitucional del principio de división de poderes. La formulación clásica de este principio fue elaborada por el Barón de Montesquieu, quien, durante su estancia en Inglaterra, se había inspirado en las ideas de John LOCKE (1632-1704). Para Locke, la división de poderes es un sistema que evita la opresión del poder tiránico. En su Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil (Two Treatises of Government), publicado en 1690, explica el sistema de gobierno británico (commonwealth) como una “monarquía mixta y equilibrada”, en la que convivían las tres formas puras de gobierno (monarquía, aristocracia y democracia), encarnadas respectivamente por el Rey, los lores y los comunes; tres instituciones sometidas entre sí a un conjunto de controles y equilibrios

recíprocos. Distingue 3 poderes: legislativo, ejecutivo y federativo, y confiere la supremacía al poder legislativo.

MONTESQUIEU varía ligeramente esta fórmula, plasmando el resultado en su obra *De l'esprit des lois* (1748), que preconiza la correspondencia entre funciones y poderes del Estado. Al Estado corresponde el ejercicio de tres funciones diferenciadas, que se encomiendan a tres poderes concretos encarnados en tres órganos distintos. Así, el poder legislativo corresponde al Parlamento, que ostenta la función de elaborar y aprobar las leyes; el poder judicial corresponde a los "parlamentos judiciales", cuya función es impartir justicia; y el poder ejecutivo corresponde al Gobierno, que tiene asignadas las demás funciones que antes ostentaba el monarca absoluto, y cuya actuación no está sometida al poder judicial.

Es precisamente esa coincidencia entre la división funcional y la división orgánica del poder la que Georg JELLINEK (1851-1911) considera la gran aportación de Montesquieu a la teoría del Estado. Sin embargo, tanto él como los demás integrantes de la Escuela Alemana de Derecho Público a mediados del siglo XIX, parten de una idea central: el reconocimiento del Estado como persona jurídica. El hecho de que se considere que la personalidad jurídica corresponde al Estado en su integridad y no a cada uno de sus poderes, hace que estos pierdan su sustantividad propia y se conviertan en simples órganos, a cada uno de los cuales se le encomienda una función distinta. Por tanto, no se habla ya de división de poderes, sino tan solo de división de funciones. Así, la Administración Pública, que hasta ahora se identificaba con uno de los poderes orgánicos del Estado, el Poder Ejecutivo, pasa a considerarse como una simple función del Estado-persona. Surge de este modo el concepto objetivo o funcional de Administración Pública.

La Escuela Alemana de Derecho Público otorgaba la personalidad jurídica al Estado entendido como una unidad, y no a cada uno de sus poderes, limitando el concepto de Administración a una simple función del Estado-persona. Sin embargo, como ya notó HELLER, el dogma de la personalidad jurídica del Estado se formó en Alemania en el XIX para encubrir el problema político básico de la titularidad de la soberanía: cuestiones políticas y sociales de base llevaron a afirmar que ésta no pertenecía ni al pueblo, ni al monarca, sino al Estado, entendido como un ente abstracto. [Hoy este debate está superado y, en España, nuestra Constitución, en su artículo 1.2, establece sin ambigüedades que la soberanía reside en el pueblo, "del que emanan los poderes del Estado"].

Respecto a las funciones del Estado, Jellinek coincide con Hans KELSEN (1881-1973) en que realmente no son más que dos: una función legislativa, de creación de la ley general y abstracta (*legis latio*), y una función de individualización de esas normas generales, de aplicación de las leyes, que tiene una doble vertiente: la *legis executio* y la *iurisdictio*, cuya separación se fundamenta únicamente en motivos históricos. Pero KELSEN, a diferencia de Jellinek, considera que no es posible definir las líneas precisas que separan las funciones entre sí, ya que estima que "toda función del Estado es una función de creación jurídica" y confiere también, por tanto, carácter normativo a las funciones de ejecución y particularización de las leyes que realizan tanto la Administración como el Poder Judicial. Así, para KELSEN la división de poderes es un mero formalismo producto de la lucha entre el poder monárquico y el poder democrático,

pero que en su formulación clásica no logra su objetivo de evitar la concentración de poder en unas mismas manos.

Por su parte, Karl LÖWESTEIN (1891-1973) sostiene que, si bien la teoría de la división de poderes en su formulación original está ya superada, lo que perdura de ella son tres ideas:

- que el Estado tiene que cumplir determinadas funciones;
- que estas funciones se realizan mejor si se atribuyen a órganos distintos, debido a la propia “división del trabajo”; y
- que los destinatarios del poder también se ven beneficiados si estas funciones están repartidas entre distintos órganos.

Para Löwenstein, el criterio de distribución y concentración en el ejercicio del poder debe ser examinado en todas las fases del proceso gubernamental, es decir:

1. en la designación de los detentadores del poder;
2. en el ejercicio del poder; y
3. en el control del poder político.

La distribución de funciones estatales entre los diferentes detentadores del poder y sus órganos es el mecanismo más eficaz para el control de la decisión política, pues significa para cada uno de ellos una limitación y un control a través de un sistema de frenos y contrapesos. Para Löwenstein esta función de control constituye la nota esencial de la división de poderes.

3.2 LA DIVISIÓN DE PODERES EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ESPAÑOL

¿Cómo recoge nuestro ordenamiento jurídico actual el principio de división de poderes? Como afirma el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, nuestro sistema jurídico quedó configurado sobre la recepción del principio de división de poderes, que consagró el constitucionalismo y sus leyes de desarrollo desde la Constitución de Cádiz de 1812. Hoy este principio, aunque no proclamado de manera formal, está claramente recogido en la Constitución de 1978. Así:

- El Título III trata “De las Cortes Generales”, las dos cámaras que conforman el Parlamento, Congreso y Senado, que, como representantes del pueblo español, “ejercen la potestad legislativa” (artículo 66).
- El Título IV “Del Gobierno y de la Administración”, donde el primero “ejerce la función ejecutiva” (artículo 97).
- El Título VI, “Del poder judicial”, el único que mantiene la denominación tradicional de “poder”, que administra la justicia que emana del pueblo y está sometido “únicamente al imperio de la Ley” (artículo 117).

Como puede observarse, la regulación general de todos ellos es inequívocamente tributaria de la teoría tradicional de la división de poderes, en su versión de régimen

parlamentario (artículo 1.3 y Título V de la Constitución). Sin embargo, nuestra Constitución se refiere indistintamente a funciones, poderes y potestades, sin acreditar ninguna diferencia conceptual entre ellos.

Para GARCÍA PELAYO, la novedad de nuestra Constitución estriba en que plantea una división del poder a partir de cuatro criterios:

1. división entre poder constituyente y poder constituido
2. división entre poderes del Estado y derechos individuales
3. división horizontal del poder entre el legislativo, el ejecutivo y el judicial
4. división vertical del poder entre el Estado y las Comunidades Autónomas

Todo ello controlado por el Tribunal Constitucional, que desempeña un papel fundamental como garante del sistema.

Se trata de un modelo de división de poderes en el que unos poderes participan en otros, como vamos a ver a continuación, y que es más complejo que la formulación clásica de Montesquieu, pero cuya finalidad, como afirma FERNÁNDEZ SEGADO, sigue siendo evitar que la concentración de poderes genere abusos.

3.3 LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER LEGISLATIVO

El esquema clásico de la división de poderes otorga un papel preponderante al Poder Legislativo sobre los demás, en tanto que representante de la voluntad popular. Con la preocupación de asegurar la libertad de los ciudadanos, se acepta la idea de que cada función estatal debe constituirse como competencia única y exclusiva de unos órganos expresamente ideados para ejercerla. Aparecen así los tres poderes del Estado. Sin embargo, mientras que los poderes legislativo y judicial se forman con las competencias que se han ido arrancando de las manos del antiguo monarca absoluto, el poder ejecutivo es justamente lo que queda en manos de éste una vez separadas dichas competencias. Esto explica, en opinión de GARRIDO FALLA, la preeminencia que se va a conceder al Poder Ejecutivo y, por ende, a la Administración.

No obstante, el principio fundamental sobre el que se articula la acción de la Administración en un Estado de Derecho es el principio de legalidad, afirmado en diversos preceptos de nuestra Constitución (9.3, 103.1), que supone su “sometimiento pleno a la ley y al Derecho”.

Además, en un sistema parlamentario como el nuestro, las Cortes Generales tienen en el control del Gobierno una de sus funciones más importantes. Un control que se materializa ya desde el momento de la investidura (con el otorgamiento de la confianza al Presidente del Gobierno), y que se desarrolla a lo largo de toda la legislatura mediante solicitudes de información, interpelaciones, preguntas, mociones, comisiones de investigación, etc. Sin olvidar la figura del Defensor del Pueblo (artículo 54 CE), que depende de las Cortes Generales, y cuya misión es precisamente controlar la actividad de la Administración.

3.4 LA ADMINISTRACIÓN Y EL PODER JUDICIAL

Si las relaciones de la Administración y el Poder Legislativo han evolucionado hacia un papel preponderante de aquélla frente a éste, las relaciones de la Administración con el poder judicial han evolucionado en sentido inverso: la posición de la Administración frente a los jueces era mucho más fuerte originariamente de lo que es ahora.

Ya en los tiempos del Estado absoluto aparece una primera separación entre los asuntos de gobierno y los asuntos de justicia. El monarca comenzó desde el siglo XVI a administrar por sí mismo, surgiendo la idea de una Administración unitaria para todo el Estado, dependiente de la voluntad real, que adoptó el nombre de función de policía y cuyo fin era el bienestar del pueblo. Sin embargo, las competencias de la Policía coexistían en pie de igualdad con las de los Tribunales de Justicia, como emanaciones ambos de la soberanía del monarca. Así, los Tribunales no podían invadir el terreno de la Policía, ni siquiera verificar la legalidad de su actuación (*in Polizeisachen gilt keine Appelation*); no obstante, la aplicación de la justicia entre los particulares era de su exclusiva atribución.

A finales del siglo XVIII, la Revolución francesa consagra como principio constitucional la doctrina de la división de poderes. No obstante, afirma el profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, si bien la Revolución Francesa encumbró el principio de división de poderes como técnica contra el poder absoluto y de defensa de la libertad individual, también supuso el crecimiento de un enorme aparato administrativo que, en esencia, distorsionaba la separación de los poderes fundamentales, y otorgaba una posición preeminente al Poder Ejecutivo y, por ende, a la Administración.

Siguiendo el modelo francés, en nuestro país el estatus judicial privilegiado de la Administración se configura como un sistema de protección frente a los jueces y magistrados a los que se les prohíbe “mezclarse directa o indirectamente en asuntos peculiares a la administración del Estado, ni dictar reglas o disposiciones de carácter general acerca de la aplicación o interpretación de las leyes” (artículo 4 Ley del Poder Judicial de 1870). Se parte de la premisa de que juzgar a la administración es también administrar. En este aspecto radica una de las principales diferencias entre el régimen administrativo y el modelo anglosajón del *rule of law*, donde las inmisiones judiciales en el funcionamiento de la Administración son, no sólo posibles, sino habituales.

No obstante la situación comenzó a variar, en primer lugar con la Ley Maura de 5 de abril de 1904 (que privó al Consejo de Estado de funciones jurisdiccionales en materia administrativa, trasladándolas al Tribunal Supremo), y, sobretodo, con la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1956, por la que ésta deja de ser una jurisdicción especial para pasar a integrarse en el Poder Judicial.

La Constitución Española de 1978 establece taxativamente el principio de unidad jurisdiccional (117.5) y el control de la Administración por parte de los Tribunales (106): “los Tribunales controlarán la potestad reglamentaria y la legalidad de la actuación administrativa, así como el sometimiento de ésta a los fines que la justifican”. Y se declara la responsabilidad de la Administración por toda lesión que los ciudadanos

sufran en cualquiera de sus bienes y derechos. Dedicado al cumplimiento del art. 106 de la Constitución Española existe un orden jurisdiccional específico para su cumplimiento, regulado por la Ley 29/1998 de la Jurisdicción Contencioso Administrativa que no sólo se extiende a los actos expresos, sino también a los actos presuntos, inactividad y vía de hecho.

Sin embargo, cabe destacar la peculiar posición jurídica de la Administración con los Tribunales. No es la Administración respecto de esta pieza capital del sistema jurídico que es la Justicia –en sentido procesal de la expresión- un sujeto cualquiera; su posición difiere esencialmente de la propia de los demás sujetos. Así, la Administración no necesita someter sus pretensiones a un juicio declarativo para hacerlas ejecutorias; sus decisiones son ejecutorias por su propia autoridad, de modo que las mismas imponen por sí solas el cumplimiento, sin que resulte oponible al mismo una excepción de ilegalidad, sino sólo la anulación efectiva lograda en un proceso impugnatorio, cuya apertura, a su vez, tampoco interrumpe por sí sola esa ejecutoriedad. Pero tampoco, si ese cumplimiento es desatendido por quienes resulten obligados al mismo necesita la Administración recabar respaldo judicial para imponer coactivamente dicho cumplimiento (juicio ejecutivo), sino que ella misma puede imponer con sus propios medios coactivos la ejecución forzosa; no podría por ello pretender equipararse la ejecutoriedad de que se benefician los actos administrativos con la atribución de “fuerza ejecutiva” a ciertos títulos o documentos de tráfico privado, pues en este caso dicha fuerza ejecutiva sólo a través de un juicio ejecutivo puede hacerse valer. En otros términos: la Administración está exenta de la carga de someter sus pretensiones tanto a juicio declarativo como a juicio ejecutivo, que alcanza a los demás sujetos del ordenamiento sin excepción.

Por último, la Administración no está sometida a los Tribunales en cualquier momento u oportunidad. Por de pronto, existe una regla general que prohíbe la interferencia judicial en el desarrollo de las funciones administrativas recogida en el artículo 117.4 de la Constitución Española “los Juzgados y Tribunales no ejercerán más funciones que las señaladas en el apartado anterior y las que expresamente le sean atribuidas por ley en garantía de cualquier derecho. Además el artículo 507 CP sanciona al juez que se arrogare atribuciones propias de las autoridades administrativas “o impidiere a éstas el ejercicio legítimo de la suya”. En servicio de esa prohibición está montado un sistema que llamamos de “conflictos jurisdiccionales” (Ley Orgánica de 18 de mayo de 1987), por virtud de la cual la Administración puede requerir a un Tribunal que se abstenga de conocer de un asunto que la afecta, sistema al cual debe someterse, a su vez, un Tribunal que dirija a la Administración un requerimiento análogo, por entender que interfiere un proceso en curso; sistema absolutamente inimaginable en las relaciones entre un sujeto ordinario y la Justicia. Pero más aún: el proceso típico de Derecho Administrativo, el contencioso-administrativo, es normalmente una impugnación a un reglamento o a un acto ya dictados y no en cualquier momento de su preparación o ejecución, sino en un momento dado y, por lo general, extraordinariamente fugaz (según GARCÍA DE ENTERRÍA), Reglamento o acto cuya ejecución, por otra parte, no queda paralizada o suspendida por la simple apertura del proceso.

Todo este régimen, rara vez se explica por la doctrina como un sistema unitario, como una verdadera posición jurídica, pero resulta notorio para nosotros que sólo como tal

puede explicarse de manera coherente y profunda. Revela un formidable privilegio posicional de la administración respecto a la Justicia que marca el conjunto entero del Derecho Administrativo, por encima de su múltiple contenido material.

3.5 LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL GOBIERNO

Hemos afirmado que el concepto de Administración Pública se encuentra, tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, en el ámbito del Poder Ejecutivo. Ello suscita la duda acerca de si ambos términos (Poder Ejecutivo y Administración) son equivalentes en su extensión.

La Constitución dedica su Título IV al Gobierno y la Administración. El art. 97 CE establece que “el Gobierno dirige la política interior y exterior, la Administración civil y militar y la defensa del Estado. Ejerce la función ejecutiva y la potestad reglamentaria de acuerdo con la Constitución y con las leyes”. Así, aunque ambos forman parte del Poder Ejecutivo, está claro que, para la Constitución, Gobierno y Administración son dos conceptos distintos.

En opinión de GARRIDO FALLA, de este precepto pueden sacarse varias conclusiones:

- en primer lugar, que la Administración se concibe como una organización distinta del Gobierno, y subordinada al mismo, dependiente de él, puesto que la dirige y establece unos objetivos.
- en segundo lugar, que las referencias al Gobierno y a la Administración suponen la concepción subjetiva de uno y otra; es decir, como órganos de imputación de cierto tipo de actividad.

Desde un punto de vista subjetivo u orgánico, esta impresión se confirma teniendo en cuenta que, mientras la propia Constitución en su artículo 98 establece la composición del Gobierno, el artículo 103.2 remite a la ley la composición de los órganos de la Administración.

A tenor de estos preceptos podemos concluir que Gobierno y Administración son dos conceptos diferentes, que el Gobierno dirige y que la Administración desarrolla lo estipulado por el Gobierno. La tendencia constitucional, al menos en el ámbito europeo, es la de definir un ámbito de actuación gubernamental que excede de la función ejecutiva, y que consiste esencialmente en la dirección u orientación de la política general de todo el sistema. La posición y funciones que al Gobierno atribuye la Constitución de 1978 responden a esta tendencia.

Sin embargo, existen órganos que son al mismo tiempo del Gobierno y de la Administración (como, por ejemplo, los Ministros), lo que hace necesario distinguir cuándo el poder ejecutivo realiza una actividad de gobierno y cuándo realiza una actividad administrativa. Fue HAURIUO quien, en un intento de clarificar ambos conceptos, afirmó que la función administrativa consiste en “realizar los asuntos corrientes del público”; mientras que la función gubernativa consiste en solucionar los “asuntos excepcionales que son de interés de la comunidad política, velando por los grandes intereses nacionales”.

Para algunos autores, no existe posibilidad seria de distinguir netamente lo político de lo administrativo, ni desde el punto de vista objetivo (ya que toda decisión administrativa puede tener incidencia política y toda decisión política requiere una acción administrativa), ni desde el punto de vista subjetivo (el Gobierno como tal, su Presidente y los Ministros son órganos superiores de la Administración), porque entre ambos planos existe una imbricación constante.

Teniendo en cuenta que los órganos superiores de la Administración son también órganos del Gobierno, se llega a la conclusión de que la alta Administración está en las mismas manos que la dirección política (ENTRENA CUESTA), por lo que hay un punto en que orgánica y subjetivamente el Gobierno y la Administración confluyen. Sin embargo, la distinción entre ambos es totalmente necesaria, para asegurar una cierta neutralidad del aparato estatal, sin lo cual sería imposible el juego político democrático.

Para GARCÍA DE ENTERRÍA, el Gobierno es simultáneamente un órgano constitucional (en cuya actuación ejerce funciones que no están reguladas por el Derecho Administrativo, sino por el Derecho Constitucional) y un órgano administrativo, el que encabeza la Administración General del Estado. Por tanto, junto a funciones administrativas, el Gobierno cumple también funciones que nada tienen que ver con la Administración Pública. Estas funciones comprenden la iniciativa legislativa (artículo 87), la dirección de la política interior y exterior del Estado (artículo 97), las relaciones con las Cortes Generales (artículos 108 a 116), la disolución discrecional de las Cortes por parte del Presidente del Gobierno (115), la elaboración de los Presupuestos Generales del Estado (134), la proposición de dos de los miembros del Tribunal Constitucional (159), los poderes extraordinarios sobre las Comunidades Autónomas que incumplan sus obligaciones constitucionales (155) así como su control (153), la iniciativa para la reforma constitucional (166). Son todas ellas cuestiones políticas y no administrativas, que definen la función de gobierno. GARCÍA DE ENTERRÍA los sintetiza en actos de carácter internacional, actos constitucionales (en que se plasman las relaciones entre los Poderes del Estado) y los «actos de gobierno» en sentido estricto.

No obstante, hoy todos los actos del Gobierno, incluidos los actos políticos, están sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, tal y como prevé el artículo 2.a) de la Ley 29/1998 de Jurisdicción Contencioso Administrativa, que establece la competencia del orden jurisdiccional contencioso-administrativo para conocer 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 del Gobierno o de los Consejos de Gobierno de las Comunidades Autónomas, cualquiera que fuese la naturaleza de dichos actos”.

Este es el concepto de Gobierno y de Administración que recoge la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. 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 al Gobierno y a la Administración como instituciones públicas constitucionalmente diferenciadas y los que establecen la subordinación de la Administración a la acción de la política de dirección del Gobierno».

En conclusión, la Administración Pública es, en nuestro ordenamiento constitucional, una organización enmarcada dentro del Poder Ejecutivo, pero distinta del Gobierno y subordinada al mismo. Tiene personalidad jurídica propia y participa en las tradicionales funciones estatales, con arreglo a un modelo de división de poderes en el que unos poderes participan en otros, y que es más complejo que la formulación clásica de Montesquieu, pero cuya finalidad, como afirma FERNÁNDEZ SEGADO, sigue siendo evitar que la concentración de poderes genere abusos.

3.6 LA REALIZACIÓN DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS MATERIALES POR PARTE DE ÓRGANOS CONSTITUCIONALES

A tenor de lo desarrollado en el punto anterior teniendo presente esta naturaleza mixta del gobierno, ahora debemos analizar el caso de las actividades materialmente “administrativas” cumplidas por órganos públicos no integrados en la organización personificada que es la Administración Pública.

Hay aquí, en primer lugar, una importante distinción que hacer según sean esas funciones administrativas, desde el punto de vista material, se actúen como complementarias de la función jurídica específica que dichos órganos desempeñan como propia, o bien que sean fruto de las organizaciones instrumentales de sostenimiento y apoyo de que tales órganos, en cuanto órganos constitucionales propiamente dichos, se dotan en servicio de su independencia.

Así, en el primer caso (policía de las Cámaras, funciones de sus Mesas o Presidencias respectivas, actividad de control o “proposiciones no de Ley”, autorizaciones para que sus miembros sean procesados, control y disciplina del status de éstos, etc., en el caso de los órganos legislativos; policía de la Sala, jurisdicción voluntaria, en el caso de los órganos del Poder Judicial; o supuestos análogos en cuanto al Tribunal Constitucional, o al Tribunal de Cuentas), la función respectiva podrá ser calificada materialmente como administrativa, será o no equivalente o paralela a la que normalmente cumple la Administración, pero es evidente que no se trata de actos sometidos al Derecho Administrativo, como no lo son, et pour case, los actos principales que dichos órganos constitucionales producen (Leyes, sentencias) y respecto de los cuales esos otros son auxiliares y complementarios. Distinto puede ser el caso de las organizaciones específicas de apoyo de que estos órganos constitucionales se dotan para sostener su autonomía y excluir cualquier dependencia de la Administración general, a la que normalmente sobreponen o controlan. Es expresivo el caso del Poder Judicial, en el cual, para sostener la radical independencia de la función de juzgar, la Constitución, en su artículo 122, ha desplazado la administración del aparato de la Justicia desde el Ministerio de Justicia, donde tradicionalmente se encontraba, al Consejo General del Poder Judicial al cual se le encomienda toda la política de personal (selección, formación, perfeccionamiento, destinos, ascensos, potestad disciplinaria, jubilaciones), personal organizado sobre el esquema funcional, así como los aspectos patrimoniales o económicos de soporte del ejercicio de la función judicial (no solo las

retribuciones de personal, también obras de edificios, suministros de material, contratos respectivos, arrendamientos, expropiaciones, etc.) Aun sin la especificidad de este órgano auxiliar que es el Consejo General del Poder Judicial, el mismo fenómeno de organizaciones o aparatos instrumentales de apoyo se conoce en los demás órganos constitucionales (Tribunal Constitucional y de Cuentas, Cámaras o Asambleas legislativas, Defensor del Pueblo), aparatos más o menos sumarios, pero efectivos en los dos órdenes referidos de la administración del personal propio y de la gestión patrimonial de sostenimiento. Los actos que en ejercicio de estas funciones de apoyo se realizan no son propiamente actos administrativos, por cuanto no imputables a la organización personificada que es la Administración General del Estado, sino en órganos que se han configurado con una más o menos perfecta (nunca total en el aspecto financiero, por la unidad de caja y presupuestaria) separación de la misma. Ello no obstante, en cuanto tales actos afectan a terceros (considerando tales, por de pronto, el personal propio ligado por unas u otras relaciones de servicio y, por supuesto, contratistas, expropiados, eventuales perjudicados por el funcionamiento de sus respectivos servicios), dichos terceros no pueden quedar al margen de la protección jurisdiccional que el artículo 24 de la Constitución garantiza hoy a todo ciudadano, y esta protección se residencia normalmente (podría haberse elevado a la jurisdicción civil como residual, según se conoce en otros sistemas) en la jurisdicción contencioso-administrativa, por similitud de posición (99.2 LOTC y 58.1 LOPJ). Es una atribución de jurisdicción por determinación legal (artículo 1.3 de la Ley Orgánica de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa), que implica el reconocimiento a dichos órganos de la capacidad para ser parte.

Pretender ver en lo anterior una ruptura del criterio que identifica a la Administración Pública con las organizaciones públicas personalizadas, y más aún, una justificación actual del viejo dogma de la personalidad global del Estado, es algo que carece de sentido. Estas organizaciones de apoyo son puramente ancilares de las funciones principales cumplidas por los órganos constitucionales para cuyo sostenimiento se establecen (legislar, juzgar) funciones principales que continúan siendo totalmente extrañas al derecho administrativo; por otra parte, la actuación material de la Administración Pública, propiamente tal, es infinitamente más compleja y proteica que la que realizan esos aparatos de apoyo, limitada, como ya hemos notado, a la gestión de personal de los aspectos patrimoniales interesantes a terceros, de modo que resulta completamente vano intentar tipificar por este último rasero una supuesta “función administrativa” del Estado en sentido material, y ello tanto menos cuanto que otra supuestas funciones administrativas materiales cumplidas por esos mismos órganos, aquellas que están vinculadas al mismo cumplimiento de sus respectivas funciones principales, como hemos visto, que eran del todo al margen de esa extensión parcial de reglas propias del derecho administrativo.

Tampoco parece razonable, como se ha intentado (SANTAMARÍA y algunos reglamentos de asambleas autonómicas), postular una personificación jurídica independiente de cada uno de estos órganos o, al menos, de alguno de ellos. Dada la ocasionalidad con que su actividad puede caer bajo la jurisdicción de los tribunales contencioso-administrativos, parece suficiente una normal atribución específica de competencia a los citados tribunales sobre los actos de dichos órganos constitucionales en cuanto se refieran a sus funcionarios o a relaciones patrimoniales que interesen a

terceros (actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al derecho público). Será, pues, una simple extensión pragmática 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 villa efectiva de tutela judicial, tutela no susceptible hoy delimitaciones, siempre según GARCÍA DE ENTERRÍA.