

# EL CONCEPTO DE ADMINISTRACION PUBLICA EN LA DOCTRINA Y EL DERECHO POSITIVO ESPAÑOLES\*

Por

RAFAEL ENTRENA CUESTA

Catedrático de Derecho Administrativo de la  
Universidad de La Laguna

*SUMARIO: I. Planteamiento.—II. Evolución histórica del concepto de Administración Pública en la doctrina española.—III. Postura que se adopta.*

## I

A) En los primeros años del presente siglo publicó HÖLLINGER una monografía en que cita hasta ciento cuatro teorías que intentan matizar la distinción entre Derecho público y Derecho privado (1). Con toda seguridad puede afirmarse que un estudio en que se pretendiese recoger la totalidad de las definiciones formuladas de la Administración pública no tendría nada que envidiar, en cuanto al número de las mismas, al concienzudo trabajo realizado por el mencionado autor alemán (2). Incluso ciñéndonos al examen de las posturas mantenidas por quienes la consideran exclusivamente desde el punto de vista jurídico, la enumeración resultaría poco menos que interminable (3).

---

(\*) Este trabajo aparecerá próximamente en los *Studi* homenaje al profesor G. Zanobini.

(1) *Das Kriterium des Gegensatzes zwischen dem öffentlichen und dem Privatrecht*. Cit. GARRIDO FALLA: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, pág. 111, Madrid, 1958.

(2) Para una exposición de las distintas teorías acerca del concepto de la Administración Pública puede consultarse GASCÓN Y MARÍN: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, págs. 28 y ss., Madrid, 1955.

(3) «La Administración como cualquier otro objeto que pueda serlo del conocimiento humano, es susceptible de ser considerada científicamente desde ángulos diversos» (GARRIDO FALLA: *La Administración Pública como objeto de ciencias jurídicas y no jurídicas*, en esta REVISTA, núm. 23, pág. 40). Para un concepto sociológico de la Administración, vid. CUVILLIER: *Manuel de Sociologie*, París, 1954, II, págs. 601 y ss. Un concepto técnico estructural en E. N. GLADDEN: *The essentials of Public Administration*, Londres, 1952, págs. 17 y ss., con amplia bibliografía en las págs. 29 y 30.

B) Las causas de las discrepancias doctrinales deben buscarse, principalmente, en la inadecuación entre los sentidos etimológico, vulgar y jurídico del vocablo administración (4); en el carácter histórico de la idea a que alude, que adolece de la imprecisión misma del concepto del Estado, del que constituye una de sus partes (5); en el espejismo que el principio de la división de poderes produjo entre los autores del 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 y, muy especialmente, de los que se comprenden en el marco del Derecho administrativo (6).

C) ¿Es posible descubrir un eje que permita sistematizar, agrupándolas en derredor suyo, las distintas posturas mantenidas y desvelar el sentido de las mismas? Creemos que la respuesta debe ser afirmativa. Para realizar nuestro intento, estudiaremos la evolución histórica del tratamiento doctrinal recibido en nuestra Patria por la cuestión que tenemos planteada. Varias razones concurren en favor del camino que nos proponemos seguir: en primer lugar, la fidelidad con que la doctrina española ha seguido en este punto las oscilaciones de los tratadistas extranjeros permite que el examen de su desarrollo nos ofrezca una visión condensada, al mismo tiempo que exacta, del problema general; en segundo lugar, la madurez de la escuela española de Derecho administrati-

---

(4) Es frecuente entre los autores iniciar el estudio del concepto de la Administración refiriéndose al significado etimológico de dicho término, con arreglo al principio tradicional de que *initium dictrinae sit consideratio nominis*, pero, como advierte GIANNINI, la ayuda que puede ofrecer tal estudio es muy escasa (*Lezioni di Diritto Administrativo*, I, Milán, 1950, pág. 4). Un estudio del sentido etimológico y vulgar del vocablo Administración, en GARRIDO FALLA: *Tratado*, I, cit., págs. 3 y ss.

(5) Sic. VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho Administrativo*, Madrid, 1957-58, pág. 1.

(6) Ante las dificultades con que se tropieza para elaborar un concepto de la Administración, algún sector doctrinal resuelve el problema ofreciendo una definición negativa. Así, W. JELLINEK y MERKL entienden por Administración la actividad del Estado que no es legislación ni jurisdicción (*Verwaltungsrecht*, 3.<sup>a</sup> ed., 1931, pág. 6, cit. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, trad. esp., 1958, pág. 12, nota). En ocasiones, incluso, se afirma que la Administración «se deja escribir, pero no definir» (Sic. FORSTHOFF: *Op. cit.*, pág. 11).

vo y la altura científica de quienes edificaron sus cimientos, ponen cada día más de actualidad aquella «vuelta a COLMEIRO» que JORDANA postulaba en los albores de su labor docente (7) y aconseja que, en la medida de lo posible, nuestras construcciones se basen en la obra realizada por aquéllos que nos precedieron; finalmente, hilvanadas en su despliegue a través del tiempo las tesis fundamentales que se sucedieron desde la aparición de nuestra ciencia, cobran una vida de que carecen al encasillarlas en la serie de divisiones y subdivisiones tan gratas al erudito, y sirven para explicar la aparición y, en consecuencia, el significado de las que vienen a sustituirlas; único medio, en definitiva, de llegar a una definición exacta de lo que sea la Administración Pública.

Antes de continuar avanzando conviene hacer alguna observación. «La historia, ha dicho Bertrand RUSSELL, no es todavía una ciencia, y sólo puede ser considerada como tal mediante falsificaciones y omisiones» (8). Dado que el trabajo que vamos a realizar tiene un perfil histórico, no quisiéramos que cayese sobre nosotros la acusación de que no es científico. Insistimos, por ello, en que las líneas maestras que rigen la evolución doctrinal del tema que nos ocupa son recogidas en forma fiel por la doctrina patria, aunque, naturalmente, no tienen representación entre nosotros todas y cada una de las derivaciones de aquéllas. Por otra parte, es necesario advertir que cada corriente doctrinal no sustituye, como en un relevo militar, a la anterior, sino que igual que ocurre con los movimientos históricos en general, coexiste con ella, lo que no impide que en cada momento pueda hablarse de una dirección preponderante. No implica, pues, falsificaciones ni omisiones el plan que nos hemos trazado. En este sentido, debe ser calificado de científico.

## II

A) La Administración Pública puede ser considerada, en cuanto a su concepto, fundamentalmente, desde dos puntos de vista: subjetivo y objetivo. En el primer sentido se entiende por Administración Pública un conjunto de órganos; en el segundo una actividad. Ambos puntos de

(7) *Los cultivadores españoles de la Ciencia de la Policía*, en *Centenario de los iniciadores de la Ciencia Jurídico-administrativa española*, Madrid, 1944, págs. 135 y ss

(8) *Freedom and Organisation*, 1814-1914, Londres, 1934, pág. 8.

vista se distinguen en todo momento por la doctrina, pero poniendo el énfasis sobre uno de ello. Cuando la balanza cae del lado del aspecto subjetivo, se considera en el sentido inverso por Administración la actividad realizada por los órganos a los que se asigna aquel carácter; en cambio, cuando el que predomina es el aspecto objetivo, la Administración Pública como sujeto estará integrada por el conjunto de órganos —y entes— que realizan la actividad que se estima como administrativa.

La trayectoria seguida por la doctrina española y por la de todos los países en general, en este punto es circular: arranca de otorgar un valor preponderante al primero de los aspectos citados, para inclinarse después en favor de una caracterización objetiva y volver, por último, al punto de partida, aunque enriqueciendo la tesis de quienes los sostuvieron con el fruto lógico de más de tres cuartos de siglo de investigaciones.

B) Cuando aparecen las primeras publicaciones de la ciencia jurídico-administrativa española es todavía firme la creencia en el valor absoluto y el rigor mecánico de la división de poderes. Se afirmaba la existencia de tres poderes, cuya misión era, con carácter exclusivo, legislar, juzgar y ejecutar las disposiciones del legislador. «Se depositó, afirmaba COLMEIRO, la legislación en asambleas deliberantes, la justicia en una magistratura inamovible y la administración en un gobierno responsable» (9). Esta situación parece lógica si se tiene en cuenta la realidad constitucional de que se parte: al publicarse las obras de SILVELA (10), JAVIER DE BURGOS (11), ORTIZ DE ZÚÑIGA (12), OLIVÁN (13), POSADA

---

(9) *Derecho administrativo español*, fué publicado, simultáneamente, en 1850, en Madrid, Santiago y Lima. La edición más usual es la 4.<sup>a</sup>, de 1876, a la que van referidas nuestras citas. Las afirmaciones recogidas en el texto se contienen en la página 6.

(10) *Colección de Proyectos, Dictámenes y Leyes Orgánicas o Estudios Prácticos de Administración*, Madrid, 1839.

(11) *Ideas de Administración*, lecciones pronunciadas en el Liceo de Granada, recogidas en el periódico «La Alhambra», publicado por dicho centro, en los números relativos a los días 31 de enero, 7 y 14 de febrero, 7 de marzo y 4 de abril de 1841. Vid. sobre este autor, A. MESA-MOLES SECURA: *Labor administrativa de Javier de Burgos*, Madrid, 1946, donde se incluyen, como Apéndice, las citadas lecciones.

(12) *Elementos de Derecho administrativo*, Granada, 1842.

(13) *De la Administración Pública con relación a España*, publicada en 1842 como un artículo de la Enciclopedia española del siglo XIX, y, un año más tarde, como libro separado, que edita la imprenta de Boix, Madrid. Existe una reedición del Instituto de Estudios Políticos, con prólogo de GARCÍA DE ENTERRÍA, Madrid, 1954, a la que van referidas nuestras citas.

HERRERA (14) y GÓMEZ DE LA SERNA (15), está vigente la Constitución de 1837, y COLMEIRO, escribió su *Derecho Administrativo Español* bajo la de 1845 (16). En ambos textos fundamentales se repiten, literalmente, las fórmulas de consagración de la división de poderes: «la potestad de hacer las leyes reside en las Cortes, con el rey» (17); «la potestad de hacer ejecutar las leyes reside en el rey» (18), y, por último, «a los jueces y Tribunales pertenecen exclusivamente la potestad de aplicar las leyes en los juicios civiles y criminales; sin que puedan ejercer otras funciones que las de juzgar y hacer que se ejecute lo juzgado» (19). Es cierto que el rey podía dictar reglamentos, pero solo cuando fueran «conducentes para la ejecución de las leyes» (20), (21).

(14) *Lecciones de Administración*, Madrid, 1843.

(15) *Instituciones de Derecho Administrativo español*, Madrid, 1843.

(16) Vid. nota 9.

(17) Art. 12 de las Constituciones de 1837 y 1845.

(18) Arts. 45 al 43 de las Constituciones de 1837 y 1845, respectivamente.

(19) Arts. 63 y 66 de las Constituciones de 1837 y 1845, respectivamente.

(20) Ap. 1.º, art. 47 Constitución 1837, y ap. 1.º, art. 45 Constitución 1845.

(21) Para un estudio de la articulación de la división de poderes y funciones a lo largo de las Constituciones españolas, vid. S. MARTÍN-RETORTILLO: *Presupuestos constitucionales de la función administrativa en el Derecho positivo español*, en esta REVISTA, núm. 26, págs. 11-49. Conviene advertir, en todo caso, que el citado autor parte de un error de planteamiento, que vicia en gran medida el desarrollo de su trabajo e invalida, desde luego, sus conclusiones: Se parte, como se deduce ya del epígrafe que lo preside, de equiparar la función ejecutiva a la administrativa, sin advertir la infinidad de posturas doctrinales mantenidas acerca de la posibilidad de esta equiparación, ni ofrecer argumento alguno en favor de la misma. Se trata, en suma, de una afirmación gratuita. El hecho resulta tanto más extraño si se tiene en cuenta que a lo largo de todo el estudio no se cita un solo precepto constitucional que emplee la expresión *función administrativa*. No puede por ello mantenerse que «la Administración es ejecución» (pág. 35) y concluir que «la valoración positiva que con carácter más condicionante se hace de la Administración, sobre todo su apreciación como actividad material, como tarea sustantiva que se realiza; como función objetiva que desarrolla una serie de actos, o que lleva a cabo una determinada actividad: ejecución de las leyes, realización de actos de autoridad y de gestión pública o privada y realización de servicios públicos» (pág. 48). Del examen de las Constituciones españolas, lo único que puede deducirse es que con arreglo a ellas el *Poder ejecutivo se limita a ejecutar la ley*, pero no que la Administración sea tal ejecución. Precisamente, la adscripción con carácter exclusivo de la función ejecutiva a un Poder induce a mantener la postura contraria: puesto que existe una equiparación entre los poderes y las funciones, no hay por qué perderse en la búsqueda de las notas que caracterizan a éstas; basta con referirse a los órganos que las realizan. En resumen, la Administración no es ejecución, sino que *ejecuta*. Pero esto, conforme al Derecho constitucional. Más adelante veremos que la Administración, además, desarrolla otras funciones y que no sólo ella ejecuta la ley.

Así las cosas, no ofrecía grandes dificultades la tarea de definir la Administración. Aunque en alguna ocasión se alude a la posibilidad de emplear el término en diversos sentidos (22) y a su significado vulgar (23), en todos los autores de la época es común el planteamiento rigurosamente metódico del problema: lo que interesa es «su significación estricta y rigurosa» (24), su «carácter técnico» (25), y éste no podía ser otro que el de «el conjunto de medios por los cuales las leyes se ejecutan, o la acción y juego de las diversas partes del poder ejecutivo» (26); «el número y distribución de los agentes que tiene el Gobierno a su disposición para poder ejecutar las leyes» (27). La Administración, en suma, «se limita al poder ejecutivo, y es la acción de sus diversas partes, o, lo que es lo mismo, el conjunto de medios con los cuales las leyes se ejecutan» (28).

¿Pero todos los órganos del Poder ejecutivo forman parte de la Administración? Dicho de otras palabras: ¿en el poder ejecutivo se aloja sólo la Administración? No, dentro de aquél «se comprenden la *política* y la *Administración* propiamente dicha» (29). La primera de dichas actividades es desarrollada por el Gobierno, que constituye «el Poder supremo considerado en un impulso y acción para ordenar y proteger la sociedad»; mientras que la Administración «constituye el servicio general o el agregado de medios y el sistema organizado para transmitir y hacer eficaz el impulso del Gobierno y para regularizar la acción legal de las entidades locales» (30). «El Gobierno es... el alma de la Administración,

---

(22) «Tomada latamente—escribe GÓMEZ DE LA SERNA—, (la Administración) comprende la formación y ejecución de las leyes, y está encomendada a los poderes legislativo y ejecutivo; pero en su significación estricta y rigurosa, que es la de nuestro propósito, se limita al poder ejecutivo» (*Instituciones...*, cit., págs. 12 y 13).

(23) Advierte POSADA HERRERA que la «significación de la palabra administrar en la lengua española es, según el diccionario de la misma, gobernar, cuidar, beneficiar, disponer de alguna cosa... Pero nosotros—añade—no tomamos estas voces en la significación que tienen en nuestra lengua, sino que, dándoles un carácter técnico, le aplicaremos una significación especial, para que puedan servir de base en las explicaciones sucesivas (*Lecciones...*, cit., pág. 43).

(24) Sic. GÓMEZ DE LA SERNA: *Instituciones*, cit., pág. 12.

(25) En este sentido, POSADA HERRERA: *Lecciones*, cit., pág. 43.

(26) Sic., F. A. SILVELA: *Estudios prácticos...*, cit., pág. VI.

(27) Sic. POSADA HERRERA: *Lecciones...*, cit., págs. 43 y 66.

(28) GÓMEZ DE LA SERNA: *Instituciones...*, cit., págs. 12 y 13.

(29) Sic. COLMEIRO: *Derecho Administrativo*, cit., pág. 6. Las palabras subrayadas están en letras bastardilla en el original.

(30) Sic. OLIVÁN: *De la Administración pública*, cit., págs. 33 y ss.

por cuyo resorte ella se mueve», «el pensamiento que dirige» (31). La Administración, «el brazo que ejecuta» (32), (33).

La tesis expuesta es seguida por los autores españoles de fines del siglo. SANTAMARÍA, por ejemplo, escribe que «el concepto de lo administrativo se resuelve en el Poder ejecutivo; así aparece por deducción sintética de nuestra doctrina del Derecho político, así se revela por inducción analítica de la tendencia común de los autores y del significado del lenguaje usual y corriente». «Los órganos del Poder ejecutivo forman la llamada Administración del Estado porque le administra, en cuanto aplican sus medios a sus fines, ejecutan lo que la ley manda respecto a estos fines» (34). En términos parecidos se expresan CUESTA y MELLADO (35) en España y de GIOANNIS (36), MEUCCI (37) y DUCROQ (38), entre otros, en el extranjero.

La doctrina que acabamos de exponer podría resumirse en la forma siguiente:

- 1.º La Administración es un complejo orgánico que se comprende dentro del marco del Poder ejecutivo;
- 2.º Misión suya es la de ejecutar y nada más que ejecutar, la ley;
- 3.º No existe una identidad entre Administración y Poder ejecutivo, pues aquélla es igual a éste menos el Gobierno: aunque, como advierte OLIVÁN, «el Gobierno y la alta Administración se tocan y se confunden a la vista» (39).

El segundo de los extremos consignados nos sirve para corregir la afirmación de GARCÍA DE ENTERRÍA cuando sostiene que la moderna caracterización formalista de la Administración pública consiste en un retorno

(31) Sic. ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Elementos*, cit., pág. 10.

(32) Sic. OLIVÁN y ORTIZ DE ZÚÑIGA: *Op. y loc. cit.*

(33) La distinción citada entre Gobierno y Administración constituye un argumento decisivo en contra de quienes estiman que los primeros cultivadores españoles de la ciencia jurídica-administrativa mantienen la postura objetiva en cuanto al concepto de Administración. De ser así, no se explica que, después de mantener apoyados en las constituciones de la época, que lo único que hace el Poder ejecutivo es ejecutar la ley, nieguen la equiparación entre aquél y la Administración.

(34) *Curso de Derecho Administrativo*, 3.ª ed., Madrid, 1891, pág. 41.

(35) Ref. GASCÓN y MARÍN: *Tratado*, cit., pág. 47 (nota).

(36) *Corso di Diritto pubblico amministrativo*, I, Florencia, 1881, pág. 1.

(37) *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, Turín, 1909, pág. 3.

(38) *Cours de Droit administratif*, I, París, 1897, pág. 3.

(39) *De la Administración*, cit., pág. 34.

a la postura de la doctrina primitiva (40). En la época en que nos referimos se creía aún en la adecuación entre poderes y funciones. Pero pronto iba a cambiar esta situación.

C) Los autores, en efecto, comienzan a darse cuenta que la doctrina de MONTESQUIEU se había llevado a la práctica sólo en forma muy relativa: de que el Poder ejecutivo realiza una serie de funciones que no tienen aquél carácter, y de que los poderes legislativo y judicial no se limitan a dictar normas y a resolver los casos controvertidos. Se advierte, por otra parte que en la sustitución del término administración por el de ejecución existe algo más que un simple juego de palabras y se inicia entonces un penoso caminar a la búsqueda de unas notas que, referidas a la actividad estatal, sirvan para descubrir la presencia de la función administrativa.

Ya GINER, en una rápida indicación contenida en su *Plan de Elementos de Política General*, consideraba la Administración como «actividad del Estado en relación a sí propio como fin de su actividad». La idea es desarrollada en sucesivas ocasiones por A. POSADA, que definirá a la Administración como «la actividad encaminada a formar, conservar y perfeccionar el organismo político» (42), (43). A partir de la primera edición del *Tratado de Derecho Administrativo*, de este autor, la tendencia a caracterizar objetivamente la administración pública es seguida casi uniformemente por la doctrina. En la segunda, aparecida en 1927 se contienen las palabras que siguen: «puede, sin duda, afirmarse que el criterio más general dominante en los cultivadores del Derecho administrativo moderno, responde a la tendencia que... refiere esta rama jurídica

(40) *Memoria sobre el Concepto, Método y Fuentes del Derecho administrativo*, inédita, págs. 302 y ss.

(41) Ref. A. POSADA: *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Madrid, 1923, pág. XIV.

(42) La primera vez que el autor apuntó esta concepción de la Administración pública fué en su *Programa de Derecho Político y Administrativo*, Madrid, 1883; la desarrolló en el *Ensayo de ordenación sistemática del Derecho administrativo*, y la formuló, definitivamente, en su artículo sobre *La fonction administrative de l'Etat*, en «*Revue de Droit Public et de la Science Politic*», 1896 (Cfr. *Tratado...*, cit., pág. XV).

(43) Esta postura tiene sus raíces en la doctrina alemana, que, desde STEIN, ha buscado la identificación de la Administración del Estado oponiéndola al concepto de Constitución. Mientras ésta nos muestra lo que el Estado es, la Administración debe considerarse como la obra del Estado (Cfr. STEIN: *La Scienza della pubblica amministrazione*, en la versión italiana de la bib. Brunialti, Turin, 1897, págs. 13 y ss.)

a la actividad del Estado, la cual constituye el objeto del *Derecho administrativo* en cuanto tal actividad se somete a *normas* y contiene exigencias jurídicas. En efecto, la noción o el supuesto de la Administración del Estado como una misma para realizar fines, prestar servicios, o gestionar intereses, todo mediante actos, operaciones o procedimientos de una determinada naturaleza, se recoge explícitamente en las operaciones más diversas del *Derecho administrativo*» (44).

En esta línea deben incluirse los nombres de los autores cuyos tratados y manuales han tenido más difusión entre nosotros: ROYO-VILLANOVA (45), GASCÓN Y MARÍN (46), GARCÍA-OVIEDO (47) y ALVAREZ GENDIN (48), y los de la doctrina extranjera de fines del siglo XIX y la primera parte del siglo presente (49). Como punto de partida para sus investigaciones comienzan por apuntar que ni todo lo que hace el poder ejecutivo es administrar ni sólo el poder ejecutivo administra. La afirmación se repite, casi textualmente, en los dos primeros autores cita-

(44) *Tratado...*, cit., pág. 64.

(45) Considera la Administración pública como la actividad del Estado y la de todas aquellas entidades que y en cuanto se proponen la realización de fines de interés público» (*Elementos de Derecho administrativo*, I, Valladolid, 1956, págs. 7 y ss.

(46) La Administración pública es «la actividad encaminada a la realización de fines públicos, de servicios públicos» (*Tratado...*, cit., pág. 37).

(47) «Administrar es... ejecutar» (*Tratado general de Derecho administrativo*, I, Barcelona, 1958, pág. 54).

(48) «La Administración en sentido objetivo es realización de actividades hacia un fin...; si el fin gestionado es de índole privada, nos hallaremos ante una actividad administrativa de tal carácter, mientras que la Administración pública supondrá la promoción de un fin público» (7.ª ed., por MARTÍNEZ USEROS, Madrid, 1959, I, pág. 5).

(49) Pueden encontrarse referencias sobre el particular en cualquiera de los tratados y manuales citados. GARCÍA DE ENTERRÍA ha sistematizado las teorías que intentan una caracterización objetiva de la Administración pública en los siguientes apartados: 1.º La función Administrativa como realización de ciertos actos jurídicos. Debe incluirse aquí DUGUIT, que tras dividir los actos jurídicos en actos regla, actos condición, actos subjetivos y actos jurisdiccionales, concreta la función administrativa a la realización de actos condición y actos subjetivos. 2.º La función administrativa como gestión de servicios públicos. Es la tesis seguida por JEZE, BONNARD, ROLLAND, DE LAUBADERE y la mayoría de los autores franceses durante el período 1900-1940. 3.º La función administrativa, como actividad del Estado, práctica—ZANOBINI y VITTA—o concreta—D'ALESSIO, DE VALLES—, o para la realización de sus fines —SANTI ROMANO, SAYAGYES, SANDULLI—, o de conformación social—FORSTHOFF— (*Memoria...*, cit., págs. 290 y ss.). Deben incluirse en este grupo aquellos autores que definen negativamente la actividad administrativa, como lo que no es legislación ni jurisdicción.

dos (50). Seguidamente, intentan, como apuntábamos con anterioridad, elaborar una teoría de la función administrativa.

Naturalmente, las soluciones a que se llega son muy variadas. No podía ser de otra forma dada la imposibilidad de conseguir la meta propuesta. Las dificultades con que se tropieza mueven a algunos autores a intentar la vía negativa: se considera como administrativa la actividad que no es legislativa ni judicial (51). No parece necesario realizar un examen particularizado de cada una de las posturas mantenidas, puesto que existen objeciones que les afectan en su totalidad. Estas objeciones son las que impulsan a la doctrina más reciente a efectuar un replanteamiento del problema, que resuelve volviendo a otorgar la preponderancia al aspecto subjetivo de la Administración.

D) GARRIDO FALLA puede considerarse como el representante en España de este movimiento. En su trabajo sobre *La Administración como objeto de las ciencias jurídicas y no jurídicas* (52) desarrolla las ideas que ya apuntara en otro que le procedió sobre el *Derecho Administrativo y sus ideas cardinales* (53).

Para refutar las teorías a que acabamos de referirnos afirma la existencia de tres funciones estatales: la legislativa, la judicial y la ejecutiva. Toda la actividad estatal puede incluirse dentro de uno de estos tres apartados. Por otra parte el Derecho administrativo de todos los países, y el de España en particular, regula una serie de actos del poder ejecutivo que, evidentemente, no tienen carácter ejecutivo, como los reglamentos y las resoluciones ministeriales de los recursos en vía gubernativa. Es imposible, por ello, hablar de una función administrativa (54).

Lo que ocurre es que la tarea de administrar se realiza a través de actos de naturaleza no homogénea, ya que unos son legislativos, otros judiciales y otros ejecutivos. Actos que emanan, precisamente, del poder ejecutivo, y sólo de este poder. Ello se explica por el carácter *residuario* del mismo. Primero, como consecuencia del principio de la división del trabajo, y, después, en virtud del de la división de poderes, las distintas

---

(50) ROYO-VILLANOVA: *Elementos...* cit., pág. 11, y GASCÓN Y MARÍN: *Tratado...* cit., pág. 48.

(51) Vid. nota 28 *in fine*.

(52) En esta REVISTA, núm. 23. Este trabajo ha sido luego recogido en su *Tratado*.

(53) En esta REVISTA, núm. 7, págs. 11 y ss.

(54) *La Administración pública...*, cit., págs. 11 y ss.

funciones estatales se han ido encomendando a complejos orgánicos diferentes. Pero el propósito de privar al príncipe de toda actuación que no tuviese carácter ejecutivo se realizó nada más que parcialmente. En manos del poder ejecutivo quedó así el *residuo* del conjunto de funciones que antes de la implantación de la división de poderes realizaba el príncipe. Y en este residuo figuraban, por lo pronto funciones ejecutivas, pero también funciones judiciales y legislativas (55).

Como ya ocurría en tiempos de OLIVÁN, tampoco ahora se establece una igualdad entre poder ejecutivo y Administración. Dentro de aquél se comprende también el Gobierno. Se considera como tal al «escalón superior de la organización jerárquica del poder ejecutivo» (56).

En resumen, según GARRIDO FALLA, la Administración pública en sentido subjetivo es un complejo orgánico integrado en el poder ejecutivo; en sentido objetivo es la actividad desarrollada por aquélla, que puede tener naturaleza legislativa, jurisdiccional o ejecutiva. Ello se explica por el carácter residuario de dicho poder (57).

Difiere, por tanto, esta postura de la que mantenían nuestros más antiguos tratadistas. Según éstos, la adecuación entre el poder ejecutivo y la naturaleza de la función que dicho poder realizaba era completa: tenía carácter exclusivamente ejecutivo. Ahora la Administración continúa estando englobada dentro del citado poder, pero junto a funciones ejecutivas va a realizar también otras jurisdiccionales y legislativas. Por ello, más que de «subjetiva» esta postura puede calificarse como «formal». Atiende a la forma en que son regulados por el Derecho una serie de actos. Sólo que todos estos actos son realizados por el poder ejecutivo; más concretamente, por ese sujeto que es la Administración.

### III

A) Una vez estudiada la evolución doctrinal que el concepto de Administración pública ha experimentado en los autores españoles, parece llegado el momento de definir nuestra actitud en cuanto a problema tan

(55) *Op. cit.*, págs. 18 y ss.

(56) Mantiene también la postura formal GARCÍA DE ENTERRÍA, *Memoria, cit.*, páginas 299 y ss.

(57) *Op. cit.*, págs. 31 y ss.

central para el estudio del Derecho administrativo. Pues bien, de acuerdo con la doctrina preponderante en la actualidad, nos inclinamos por una concepción formal del objeto de esta rama del ordenamiento jurídico. Tenemos, en consecuencia, que realizar las siguientes afirmaciones:

1.<sup>a</sup> La Administración pública consiste en un complejo orgánico y una serie de entes—los entes públicos menores—encuadrado en el poder ejecutivo.

2.<sup>a</sup> Dichos órganos y entes realizan funciones legislativas, jurisdiccionales y ejecutivas. Estas funciones constituyen la Administración pública en sentido objetivo.

3.<sup>a</sup> *A sensu contrario*, no puede hablarse de una función administrativa desarrollada por los órganos legislativos o jurisdiccionales.

4.<sup>a</sup> Dentro del poder ejecutivo se comprende también el Gobierno, por lo que no puede establecerse una igualdad entre aquél y la Administración pública.

Estas afirmaciones requieren algún desarrollo. Pasemos a examinarlas separadamente.

B) El encuadramiento de la Administración pública dentro del poder ejecutivo se demuestra con argumentos deducidos de la historia y del Derecho positivo.

a) Desde sus orígenes, en efecto, como hemos tenido ocasión de comprobar, el Derecho administrativo se edificó en base a una realidad formal; el Poder ejecutivo y no la división de funciones, constituye el presupuesto político para la existencia de esta rama del Derecho. La segunda sólo sirvió para modelar la naturaleza de los órganos que realizaban tales funciones con carácter prevalente. Ello resulta evidente en los países en que el citado principio se instaura como consecuencia del movimiento que se inicia con la Revolución francesa. Pero no es menos exacto con relación a aquéllos en que tiene un origen distinto. Por esta razón, cuando GRIFFITH y STREET intentan definir la Administración se limitan a consignar la serie de órganos y entes que componen el Poder ejecutivo (58).

b) Con ser importantes los argumentos de tipo histórico, tienen más fuerza los que se deducen del Derecho positivo. En definitiva, estamos considerando la Administración desde un punto de vista jurídico, lo que quiere

---

(58) *Principles of Administrative Law*, Londres, 1952, págs. 7 y ss.

decir que a nosotros nos interesa aquello que el Derecho estime como administrativo.

Situados en este terreno, nos encontramos, por lo pronto, con que el Derecho constitucional de los diversos Estados, base del ordenamiento jurídico en general y fuente del poder de los gobernadores, recurre casi exclusivamente a nociones y a criterios formales u orgánicos (59). Pudiera aducirse contra éstos la inexistencia en nuestras leyes fundamentales de una disposición en que se anuncie el principio de la división de los poderes. A esta posible objeción oponemos que todo el Derecho positivo español consagra indubitadamente el principio de la independencia de la Administración (60), según se verá más adelante.

Pero es que, además, cuando las leyes se refieren a los actos administrativos requieren o sobreentienden que tales actos procedan de alguno de los órganos o entes que abarca el Poder ejecutivo (61). Así, la ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956, tras establecer en el artículo 1.º que dicha jurisdicción conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho administrativo y con las disposiciones de categoría inferior a la Ley, añade que se entenderá a estos efectos por Administración pública: a), la Administración del Estado, en sus diversos grados; b), las Entidades que integran la Administración local, y c), las Corporaciones e Instituciones públicas sometidas a la tutela del Estado o de alguna Entidad local. La Ley de Procedimiento administrativo, de 17 de julio de 1958, por su parte, emplea indistintamente las expresiones «acto administrativo» y «acto de la Administración sujeto al Derecho público» (62).

Pudiera pensarse, no obstante, que estamos intentando escamotear la cuestión, puesto que, en definitiva, queda por ver qué sea la Administración del Estado. Es decir, cabría volver a las caracterizaciones objetivas e incluir dentro de aquélla a los órganos legislativos y jurisdiccionales cuando ejerciten esa supuesta función administrativa. Esta posibilidad des-

(59) Sic. VEDEL: *Les bases constitutionnelles du Droit administratif*, «Etudes et documents du Conseil d'Etat», París, 1954, pág. 26.

(60) En este sentido, GARCÍA DE ENTERRÍA: *Memoria...*, cit., págs. 302 y ss.

(61) Sic. G. MIELE: *Principii di Diritto amministrativo*, Milán, 1945, pág. 17.

(62) Vide, entre otros, arts. 44, 45 y 46.

aparece si se recuerda que, conforme a la ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en su texto refundido de 26 de julio de 1957, la administración del Estado está constituida por órganos jerárquicamente subordinados y actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única. Comentando este artículo en otra ocasión, hemos señalado que su redacción obliga a afirmar que la citada Ley se aplica únicamente a la Administración central y no a la local e institucional (63). No es ésto, sin embargo, lo que en estos momentos nos interesa resultar. Desde el ángulo en que ahora lo enfocamos, se deduce, en forma palmaria, del precepto citado, la necesidad de rechazar todo intento de definir objetivamente la Administración: los órganos jurisdiccionales y los legislativos no están sometidos al Poder jerárquico de la Administración. La afirmación es tan obvia que sobra todo comentario. De ninguna forma podrán, por tanto, considerarse como administrativos los actos que procedan de alguno de los órganos citados. GARRIDO FALLA lo ha dicho en forma terminante: «es imposible aducir un solo ejemplo—afirma dicho autor—de actos regulados por el Derecho Administrativo que no emanen del complejo orgánico que es la Administración pública en sentido subjetivo» (64). Estos argumentos, se ven corroborados por nuestra Jurisprudencia, que en reiteradas ocasiones ha declarado que no procede el recurso contra actos acordados por medio de ley formal (65)

La inclusión de los entes públicos menores dentro del poder ejecutivo se deduce de esa gama de medios de que la Administración Central dispone para controlar la actuación de aquéllos, y que se designa con el nombre de tutela (66). Dado que una de las características del régimen local inglés, y concretamente del principio del *self-government*, que constituye su nota peculiar, ha sido tradicionalmente la ausencia de tales controles, cabría la objeción de que ésta sería una quiebra de la susodicha integra-

(63) *El texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957*, en esta REVISTA, núm. 24, pág. 259.

(64) *La Administración*, cit., págs. 26 y 27, nota.

(65) Autos de 7 diciembre de 1909 y 30 de mayo de 1944; Sentencias de 28 de diciembre 1915, 14 julio y 28 febrero 1933, 23 diciembre 1935, 27 noviembre 1940, 30 mayo 1914, 16 abril 1948.

(66) Naturalmente no es éste el momento para plantearnos el problema, necesitando de estudio entre nosotros, del concepto de la tutela administrativa. Vide sobre esta materia, J. DEMBOUR: *Les actes de la tutelle administrative en Droit Belge*, Bruselas, 1955.

ción de los entes que componen la Administración indirecta dentro del Poder ejecutivo. Pero, como hemos intentado demostrar en otro lugar, en la actualidad, no puede hablarse de dicha ausencia de controles administrativos, que se dan, y con gran profusión, aunque resulte tarea casi irrealizable la de reducirlo a sistema (67).

Visto cuanto precede, será necesario, en resumen, declarar con WALINE que «es fuerza renunciar a definir la Administración como una actividad de una cierta especie y apelar a una concepción no material, sino orgánica. La palabra «Administración» designa ante todo ciertos órganos y no una cierta actividad. No se puede decir: la administración son las operaciones, cualquiera que sea su naturaleza intrínseca, que realizan los administradores» (68).

C) Hemos insistido, hasta la saciedad, en el carácter tendencial de la división de poderes. La separación entre los mismos no es absoluta. Además las funciones que realizan no siempre se corresponden con calificativo que las especifica. Así ocurre con el Poder ejecutivo y, más específicamente, con aquella parte del mismo que constituye la Administración pública. La doctrina, desde MAYER, explica este fenómeno por el carácter residuario de este Poder: primero en virtud del principio de la división del trabajo, y después, por circunstancias de carácter político, el príncipe fue siendo despojado de sus atribuciones. Las funciones jurisdiccionales se encomendaron a órganos establecidos para este fin e igual se hizo con las legislativas; pero el despojo no fue completo, por lo que restaron en manos del príncipe, de lo que hoy constituye el Poder ejecutivo, junto a las funciones ejecutivas, otras jurisdiccionales y legislativas.

Junto a ésta, sin embargo, existen otras razones que determinan el carácter no homogéneo de la actividad administrativa. Así interpretado el fenómeno, parece que obedeciera exclusivamente a una falta de visión política de los encargados de plasmar en normas concretas la teoría de MONTESQUIEU, que no habrían sabido montar las estructuras adecuadas para el cumplimiento de las recetas de su maestro. Concurrían, además, otros factores: Es que la tarea de administrar, y muy especialmente en virtud de los caracteres específicos de la Administración de nuestros días, exige

(67) Cfr. sobre este punto nuestra monografía *Los movimientos centralizadores en Inglaterra*, Madrid, 1960, en particular capítulo IV.

(68) *Manual...*, cit., pág. 6.

que ésta pueda, además de ejecutar la ley, resolver conflictos intersubjetivos de intereses y dictar normas generales y obligatorias. La experiencia inglesa es en este sentido extraordinariamente aleccionadora. En dicho país, la división de poderes es el fruto, más que de una fórmula, de un lento proceso histórico. Dificilmente puede hablarse de aquella posible falta de visión aludida. Pese a lo cual, la heterogeneidad de las funciones encomendadas al Poder ejecutivo es manifiesta. Aún más, en los momentos presentes asistimos a una devolución al Poder ejecutivo de funciones legislativas y jurisdiccionales, de proporciones tales que, ha dado lugar a un replanteamiento de cuanto se refiere al Derecho Administrativo en aquel país.

La Administración realiza, pues, una diversidad de funciones. Ello obedece a su carácter residuario y a las exigencias de la misión que en la actualidad se le encomienda. Y, lo que es más importante, los actos que dicta en el ejercicio de estas funciones están regulados, cualquiera que sea la naturaleza de aquéllas, por el Derecho Administrativo.

La doctrina británica que contempló perpleja la devolución de funciones antes referida, habló de una época de funciones «cuasi legislativas», y «cuasi judiciales». Hoy, examinada con detenimiento la cuestión, tiende a admitir lisa y llanamente el carácter legislativo y judicial de las actuaciones del Poder ejecutivo. Así, GRIFFITH y STREET podrán escribir que «el verbo» *administrar* significa ejecutar la ley. Esta es desde luego una de las funciones que la Administración realiza. Pero hace mucho más, pues dicta normas generales y decide controversias (69). En consecuencia, el esquema de su obra se basa en la distinción entre las funciones legislativas, ejecutivas (ellos hablan de *administrative powers*) y jurisdiccionales de la Administración. ROBSON, por su parte, ironizará sobre «el culto de los quasi» (70), y hablará de las funciones judiciales de los administradores (71).

D) La imposibilidad de hablar de una función administrativa desarrollada por los órganos legislativos y jurisdiccionales se deduce de los razonamientos expuestos hasta este momento. Al elaborar el concepto

(69) *Principles...*, pág. 13.

(70) *Justice and Public Administration*, Londres, 1947, existe una edición posterior, págs. 401 y ss.

(71) *Op. cit.*, págs. 23 y ss.

de Administración, interesa el tratamiento legislativo de aquélla. Y, como hemos visto, de nuestro Derecho se deduce y la Jurisprudencia confirma que sólo pueden ser considerados como administrativos los actos que proceden de la Administración, entendida subjetivamente, en la forma de que ha quedado constancia (72).

E) Finalmente, señalábamos que la Administración no se corresponde exactamente con el Poder ejecutivo. En el seno de ésta se alberga también el Gobierno. Nos incluimos así en la línea iniciada por OLIVÁN en nuestra patria y que siguen numerosos tratadistas de dentro y fuera de nuestras fronteras.

El ordenamiento jurídico español autoriza a mantener esta opinión, aunque, a primera vista, la reciente Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado pudiera conducir a pensar en una desviación de la postura tradicional. Según su artículo 2.º, en efecto, «los órganos superiores de la Administración del Estado son el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros, las Comisiones Delegadas, el presidente del Gobierno y los ministros». Si entre los órganos superiores de la Administración del Estado se incluyen el Jefe del Estado y el Consejo de Ministros, parece, por lo pronto, que la Administración está desbordando los límites del Poder ejecutivo y, además, que no puede continuar empleándose con propiedad la clásica imagen que veía en el Gobierno la cabeza y en la Administración los brazos del cuerpo estatal. Pero, como hemos afirmado en otro trabajo, en primer lugar, debe entenderse que el Jefe del Estado es el órgano supremo de la Administración de la misma forma y por idénticas razones que lo es de los poderes legislativos y judicial. En segundo lugar, si se pone este artículo en relación con otros de la misma Ley, se comprende la necesidad de continuar estableciendo la distinción apuntada. Así se deduce de los artículos 5.º, 8.º (en relación con el número 8 del 10), y, sobre todo, del 13 que, al enumerar las funciones de la competencia del presidente del Gobierno, incluye en primer lugar la de «representar al Gobierno de la Nación y especialmente en sus relaciones con el Jefe del Estado y las Cortes» (73). Como advierte GARRIDO FALLA, «aquí Go-

---

(72) Para una explicación de la naturaleza materialmente no legislativa ni jurisdiccional de los órganos legislativos y los tribunales, respectivamente, vid. GARRIDO FALLA: *La Administración...*, cit., págs. 21 y ss.

(73) Vide ENTRENA CUESTA: *El texto refundido...*, cit., págs. 262 y 263.

bierno es cosa distinta del Jefe del Estado y de las Cortes y se refiere al más alto organismo del Poder ejecutivo» (74). El Gobierno, tal como se decía en el artículo 16 de la Ley de 30 de enero de 1938, estará constituido por el Consejo de Ministros y su presidente (75). Lo que no implica que quienes lo constituyen no formen, al mismo tiempo parte de la Administración, pues hoy, como cuando escribía OLIVÁN, el Gobierno y la Alta Administración se tocan y se confunden a la vista» (76), (77).

(74) *La Administración*, cit., págs. 36 y 37, nota.

(75) Cfr. nuestro trabajo *El texto...*, cit., pág. 262.

(76) *De la Administración...*, cit., pág. 34.

(77) La distinción establecida tiene excepcional importancia a la hora de determinar la materia contencioso-administrativa. Si para que esta jurisdicción sea competente se exige que las pretensiones deducidas ante ella se dirijan contra un acto—disposición o resolución—de la Administración pública, está claro que no existirá materia administrativa cuando el acto de que se trate derive del Gobierno en su calidad de tal; es decir, como órgano político y no como órgano supremo de la Administración del Estado. Así se explica que la Ley de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 2.º, b), declare que no corresponderán a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones que se susciten en relación con los actos políticos del Gobierno, como son los que afectan a la defensa del territorio nacional, relaciones internacionales, de seguridad interior del Estado y mando y organización militar.

Los razonamientos que preceden permiten dudar de la corrección del planteamiento que efectúa GARRIDO FALLA al estudiar los actos excluidos del control de la jurisdicción contencioso-administrativa: tras distinguir este autor entre las exclusiones impropias —«que vienen impuestas por la naturaleza misma de la jurisdicción contencioso-administrativa, de tal forma que, aunque no se expresen en la ley, limitarían de suyo la actividad de tal jurisdicción»— y las propias —que «son verdaderas limitaciones del principio de cláusula general»—, incluye dentro de las segundas la mencionada en el párrafo anterior, de los actos políticos del Gobierno (*La ley sobre la jurisdicción contencioso-administrativa*, «Boletín del Colegio Nacional de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local», marzo 1958, págs. 132-135). Parece que sería más exacto considerar que en este caso nos encontraríamos con un ejemplo de lo que GARRIDO califica como exclusiones impropias; bastaba con el simple enunciado de la cláusula general formulado en el párrafo 1.º del artículo 1.º de la Ley para que los Tribunales de la Jurisdicción contencioso-administrativa careciesen de competencia en esta materia; y ello, insistimos, porque los actos políticos del Gobierno no son actos de la Administración pública.

La doble naturaleza del Gobierno salta, igualmente, a un primer plano al regular la delegación de atribuciones. Naturalmente, tanto el Consejo de Ministros como su Presidente podrán delegar en los órganos inferiores tan sólo aquellas facultades que les corresponden como órganos superiores de la Administración; no las que se les otorgan como órgano político. Por ello, sin duda, al regular la Ley de régimen jurídico, en su artículo 22, esta materia, establece que «las atribuciones reconocidas en las diversas

Autoridades de la Administración del Estado..., serán delegables en los órganos inferiores siguientes: 1. *Las funciones administrativas* del Consejo de Ministros, por acuerdo unánime de éste, en las Comisiones Delegadas. 2. *Las funciones administrativas* del Presidente del Gobierno, en el Ministro Subsecretario de la Presidencia. 3. Las de los Ministros (es decir, *las atribuciones, todas las atribuciones*), en los Subsecretarios y Directores generales...»

(Vide un estudio de naturaleza del Consejo de Ministros en GUAITA: *El Consejo de Ministros*, Madrid, 1959, págs. 39-50.)

-----

-----

•