

PERSONALIDAD JURÍDICA Y HUIDA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

(REFLEXIONES SOBRE EL CASO ESPAÑOL) (*)

LUIS MARTÍN REBOLLO (1)

1. Como es sabido, la personalidad jurídica es una ficción. Desde su propia etimología, persona significa *máscara*, ficción. Como tantos otros conceptos del Derecho la personalidad es una ficción por razones instrumentales. Esto es, para conseguir objetivos, los propios del Derecho, que son siempre objetivos y finalidades pragmáticos, instrumentales.

En el caso de la personalidad ese pragmatismo lo es *para conseguir un centro de imputación* distinto de las personas físicas. Un centro de imputación en las relaciones jurídicas activas (comprar, prestar, hipotecar, contratar, impugnar, recurrir, acudir a los tribunales...) o pasivas (ser demandado, ser declarado responsable, ser condenado a indemnizar o a realizar una actividad).

Y es que el Derecho regula relaciones sociales (públicas o privadas, pero relaciones). Y las relaciones se entablan siempre entre personas. Bien entre personas físicas; bien entre personas jurídicas, esto es, entre esas organizaciones que, ficticiamente pero a semejanza de las personas físicas, llamamos *personas* jurídicas.

(*) Texto de la intervención oral en las Jornadas Científicas de “Inauguração do Mestrado em Direito de Faculdade de Direito do Unidat de Porto” (*A Pessoa jurídica entre presente e futuro*), Oporto, 19 de noviembre de 2008.

(1) Catedrático de Derecho Administrativo Universidad de Cantabria (Santander, Espanha).

Las relaciones jurídicas como las relaciones sociales se entablan entre *personas*. Y así como los órganos de una persona física *no se relacionan entre ellos, así también las unidades internas en que se dividen y estructuras las personas jurídicas* tampoco se relacionan jurídicamente entre sí. No pueden litigar dos órganos de una misma persona, como no pueden relacionarse entre sí, con efectos concretos, los ojos o las piernas de una persona física.

La idea de personalidad jurídica es, pues, una necesidad (aunque sea una ficción: la personalidad jurídica *no se ve, no se palpa, nadie la ha tocado*); una necesidad para ordenar las relaciones socioeconómicas de toda índole.

2. A partir de esa idea, y concentrándome ahora en el ámbito público, en el Derecho español se afirma que la Administración Pública; mejor, que las Administraciones Públicas (porque hay varias), *tienen personalidad jurídica*.

Esta afirmación fue inicialmente una elaboración doctrinal atribuible al prof. Eduardo García de Enterría, pero en seguida pasó al Ordenamiento jurídico y así se plasma en la Ley que regula hoy la Administración del Estado (Art. 2.2 de la Ley 6/1997, de 14 abril, de Organización y funcionamiento de la Administración General del Estado: *La Administración General del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única*), la legislación de cada una de las 17 Comunidades Autónomas o la legislación del régimen local (La Ley 7/1985, de 3 abril, reguladora de las Bases del Régimen Local se refiere a las distintas *entidades locales* [municipio, provincias, islas, comarcas. Áreas metropolitanas...] y les confiere *personalidad jurídica*. Así, art. 11 (el municipio *tiene personalidad jurídica* y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines), art. 3 (La provincia es una entidad local determinada por la agrupación de municipios, *con personalidad jurídica propia* y plena capacidad para el cumplimiento de sus fines)...

Es más, la Administración es el único poder público que *a efectos internos está personificado*. A efectos externos, esto es, como sujeto internacional, quien está personificado es el “Reino de España”. Pero a efectos internos sólo está personificada la Administración. No lo está el Poder Judicial; el Parlamento; y otros órganos constitucionales como la Jefatura del Estado (la Casa del Rey), etc. Y, ¿por qué? Pues por lo que he dicho de la personalidad. Porque la personalidad es necesaria para ordenar rela-

ciones sociales con trascendencia económica o jurídica. Y la Administración es la única parte del Estado que entabla relaciones (con los particulares, con personas jurídicas privadas, con otras personas jurídico-públicas). No lo hace el Parlamento como regla (su función es legislar). No lo hace el Poder Judicial (que dice el Derecho). Sólo la Administración actúa, aplica el Derecho, entabla relaciones. Su función es la acción, la actividad. La Administración, en aplicación de la Ley, actúa, interviene: vigila, inspecciona, autoriza, concede, prohíbe, sanciona, expropia, contrata, ordena, fomenta, presta servicios (hospitales, escuelas, aeropuertos...)... Siempre verbos de acción. Es la Administración la que hace, la que interviene, la que actúa. Son las Administraciones las que otorgan subvenciones, construyen carreteras, exaccionan tributos, imponen sanciones, intervienen y actúan en los más variados ámbitos. En el urbanismo y la protección del medio ambiente, en la economía y en la banca, en la agricultura y la pesca, en la industria, el comercio, los consumidores, la educación, los transportes, el turismo, las comunicaciones postales y telefónicas, las telecomunicaciones, la energía, la sanidad, la cultura, el deporte, los espectáculos...

Y porque hace, se relaciona. Y porque se relaciona, es necesario que tenga personalidad jurídica.

La Administración es, pues, una persona jurídica. Sí, pero, ¿qué tipo de personalidad jurídica?. La Administración tiene personalidad jurídica pública. Sí, pero eso ¿qué significa?

3. Es difícil precisar el concepto de *personalidad jurídico pública*. La única o, al menos, la mejor forma de hacerlo es por referencia a la personalidad jurídico privada, diciendo que la personalidad jurídico-pública no es una personalidad privada.

Las personas jurídicas de naturaleza privada se regulan en las normas civiles y mercantiles y se puede hacer, en ellas, una simple clasificación inicial según que se trate de entes, de personas, con ánimo de lucro o sin ánimo de lucro.

A) Entre las primeras hallamos, en seguida, las *sociedades*. Y específicamente, las *sociedades mercantiles* en todas sus variantes (sociedades anónimas, sociedades de responsabilidad limitada, etc.). Y las *cooperativas*. Nacen todas ellas del pacto asociativo de los socios constituyentes y se regulan por el Código Civil, por el Código de Comercio o la legislación de cooperativas.

B) Las personas jurídicas sin ánimo de lucro serán las *asociaciones* (que nacen por el pacto asociativo entre varias personas físicas, los asociados, para conseguir fines de variada índole: culturales, deportivos, sociales,...) y las *fundaciones* (nacen de la voluntad del fundador que crea un patrimonio al servicio de un fin; patrimonio y fines que gestiona y dirige un patronato, pero en la que no hay socios ni asociados. Son al modo de las *universitas rerum* romanas, a diferencia de las *universitas personarum* propias de las asociaciones y sociedades). Ambas (asociaciones y fundaciones) se contemplan en la Constitución como derechos (arts. 22 y 34) y se regulan luego por Leyes específicas: la ley de Asociaciones, de 22 de marzo de 2002, y la Ley de fundaciones, de 26 de diciembre de 2002.

Pues bien, si en el ámbito privado hay unos cánones, unos moldes, unas formas de personificación, no puede decirse lo mismo de las personas jurídico públicas. Estas nacen por ministerio de la Ley. Es la ley la que las crea, la que les dota de personalidad. Y de esa personalidad, que crea la Ley en cada caso, sólo se puede decir que *no es privada*, esto es, que no es ni una sociedad, ni una asociación, ni una fundación. Se dice que tienen personalidad pública porque así lo dispone la Ley que se la otorga. Y esa personalidad es distinta de la personalidad privada porque no adopta ninguna de las formas estándares de ese tipo de personalidad.

Podríamos, pues, hacer el siguiente sencillo cuadro:

Personas jurídico-públicas	Personas jurídico-privadas	
Administraciones Públicas	Con ánimo de lucro	Sin ánimo de lucro
	Sociedades	Asociaciones
	Cooperativas	Fundaciones

4. Así, pues, en Derecho español la Administración Pública *tiene* personalidad jurídica. Pero no se puede hablar en singular porque no hay una sino varias Administraciones.

Esa pluralidad deriva de la propia Constitución que concibe un Estado territorialmente descentralizado en el que conviven la Administración General del Estado, las Comunidades Autónomas, las Provincias, Municipios y otros entes públicos con personalidad jurídica reconocida para el ejercicio de sus respectivas competencias.

La pluralidad de Administraciones se observa bien, por ejemplo, en los primeros artículos de dos Leyes esenciales. La que, con carácter general, regula el régimen jurídico, el procedimiento y la actividad de todas las Administraciones Públicas, la Ley 30/1992, de 26 de noviembre, y la que regula el control jurisdiccional de su actividad, la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa, la Ley 29/1998, de 13 de julio. Pues bien en el art. 2.1 de la Ley 30/1992 y en el art. 1.2 de la Ley 29/1998, se alude a:

- a) La Administración General del Estado.
- b) Las Administraciones de las Comunidades Autónomas.
- c) Las Entidades que integran la Administración Local (Municipios y Provincias, sobre todo, pero también Mancomunidades de municipios, Areas metropolitanas, comarcas, entidades de ámbito inferior al municipio).
- d) Las Entidades de Derecho Público dependientes o vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades Locales. Es decir, todo el complejo mundo de personificaciones instrumentales, creadas por los entes territoriales y que dependen o se adscriben a ellos y que a veces se engloban genéricamente bajo el nombre de *Administración Institucional*.

Así, pues, están, de un lado, las Administraciones clásicas, las de carácter territorial: la Administración del Estado (1), las Administraciones de las Comunidades Autónomas (17), las Administraciones de las 50 Provincias, y las Administraciones de las más de 8.000 entidades municipales o inframunicipales.

Y de otra parte, las llamadas Administraciones Instrumentales creadas por las anteriores para el cumplimiento de fines específicos y concretos.

Al margen de ello, hay que mencionar la existencia de otras personificaciones que no son Administración pero que dependen de ellas. Se trata de las llamadas sociedades de ente público, esto es, entes de naturaleza privada que constituyen sector público *pero no son Administración*. Las empresas públicas, *que circulan al margen del Derecho Público* y su existencia depende del concepto que se tenga del papel del Estado. Hay que decir que en España y desde 1993 se ha producido un proceso de privatizaciones que ha concluido con la venta de una enorme cantidad de este tipo de empresas antiguamente públicas (por ejemplo, Iberia o Repsol, entre las más conocidas).

Podríamos, pues, reproducir ahora el cuadro anterior, aunque ampliado, precisando, de un lado, quiénes son las personas jurídico-públicas (las Administraciones Públicas) y, de otro, incluyendo entre las personas jurídico-privadas las empresas o sociedades de capital público que pertenecen a las Administraciones Públicas pero no son Administración.

Personas jurídico-públicas	Personas jurídico-privadas	
Administraciones Públicas: — Administración del Estado — Comunidades Autónomas — Entidades Locales — Otros entes <i>públicos</i> instrumentales	Con ánimo de lucro	Sin ánimo de lucro
	Sociedades (incluidas las sociedades de ente público: las <i>empresas públicas</i>)	Asociaciones
	Cooperativas	Fundaciones

5. Parémonos un momento, antes de seguir adelante, para aludir al Derecho aplicable.

Tradicionalmente el tipo de personalidad determinaba el régimen jurídico aplicable. La personalidad se hacía equivaler al régimen. De modo que personalidad pública suponía régimen público. Y personalidad privada (empresas del sector público) conllevaba régimen jurídico-privado.

Pero, ¿qué significa realmente decir régimen público?.

Si se puede definir el Derecho Administrativo como el Derecho de la Administración, cabía concluir que este Derecho era el aplicable como regla (salvo algunas limitadas excepciones) a las personas jurídico-públicas. Personas jurídico-públicas que ya he dicho eran, y son, *a*) la Administración General del Estado; *b*) las Administraciones de las Comunidades Autónomas; y *c*) Las Entidades que integran las Administraciones Locales (básicamente, Municipios y Provincias). También se consideraban y se consideran Administración — esto es, personas públicas — las Entidades instrumentales que con tal carácter podían crear tanto el Estado como las demás Administraciones territoriales (Comunidades Autónomas y Entidades Locales) y que dependen instrumentalmente de ellas.

Debe aclararse, como ya se ha dicho antes, que el Estado y las demás Administraciones territoriales pueden crear, también, *empresas con forma jurídico privada (sociedades mercantiles)*, a las que no se les aplica en ningún caso el Derecho Administrativo sino que se rigen íntegramente por el Derecho privado.

6. Así, pues, el Derecho Administrativo como Derecho de las Administraciones. En España, ¿cuáles son sus características principales?. No es cuestión de analizar aquí las razones del nacimiento del Derecho Administrativo en la mayor parte de los países europeos que lo tienen. Digamos simplemente, en forma un tanto esquemática, que la Administración no tiene fines propios. Se los asigna la Constitución y, en cada caso, las Leyes. Fines y funciones de interés general. Fines y funciones que se justifican en la idea de *servicio* que consta en muchas Constituciones, como la española (así, art. 103, la Administración *sirve* con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia [...] y sometimiento pleno a la Ley y al Derecho).

Pues bien, para el cumplimiento de esos fines, para poder llevar a cabo las previsiones normativas, para ser eficaz también, la ley atribuye a esa Administración un conjunto de potestades y privilegios. Un conjunto de privilegios y potestades que no poseen los particulares y que se justifican, precisamente, en el carácter servicial de la Administración.

¿Cuáles son esos privilegios?. Los más importantes son la potestad reglamentaria, la potestad expropiatoria, la potestad sancionatoria, la potestad recaudatoria, la presunción de legitimidad de sus actos hasta que un juez no los anule, la potestad de ejecución forzosa de esos mismos actos, las facultades de investigación, deslinde y recuperación de bienes, la posibilidad de utilizar el procedimiento de apremio, el privilegio de la inembargabilidad de sus bienes, la posibilidad del uso final de la coacción directa y de la propia fuerza... Este amplio y hoy algo más limitado (en virtud del art. 24 CE) conjunto de privilegios se fundamenta en la finalidad de interés público que se justifica, como he dicho, en la idea servicial que late en el arts. 103.1 CE. Y quizá el más importante de todos ellos sea lo que se denomina la *autotutela*, en virtud de la cual las decisiones administrativas, *los actos administrativos*, gozan del privilegio de la *presunción de legalidad* (hasta que un juez no los anule), son *eficaces y pueden ejecutarse por la Administración de manera forzosa y coactiva* (salvo que un juez suspenda la eficacia y adopte alguna medida cautelar hasta que resuelva el recurso).

Ese formidable poder de la Administración puede ser utilizado de manera excesiva o ilegal. Puede entrar en colisión con derechos o intereses individuales reconocidos, con las competencias de otras Administraciones. Puede incumplir las prescripciones legales. Por eso, es necesario un sistema de garantías y unos mecanismos de control judicial (básicamente, el recurso contencioso-administrativo y la responsabilidad patrimonial). El control es, así, el otro polo de las relaciones Administración-administrado.

La regulación concreta de los citados privilegios y de los sistemas de control y garantía constituyen la esencia misma del Derecho Administrativo: el Derecho de la persona jurídica que es la Administración para articular, ordenar y regular sus relaciones internas (la organización), sus relaciones interadministrativas y las que diariamente entabla con los ciudadanos. Un Derecho que se configura, así, como un elemento de equilibrio entre los privilegios administrativos (justificados en la función de interés general de la Administración) y las garantías individuales, entre el Poder y la libertad, entre su papel de facilitar técnicas para que la Administración lleve a cabo su tarea de conformación social y su significado de límite, de control y garantía de los ciudadanos.

Así, pues, a mi juicio el Derecho Administrativo puede concretarse en dos palabras: *eficacia y control*. A ambas se refiere la Constitución. Eficacia; y a su servicio se ponen los privilegios, las potestades, la autotutela, en particular. Pero, después, control. Un control que es principio de orden (y en ese sentido coadyuva a la eficacia), instrumento de la transparencia y objetividad, pero también garantía. La responsabilidad patrimonial y la justicia administrativa (art. 106 CE) se erigen así, según ya he dicho, como el contrapunto de la eficacia. Y aquí es donde las respuestas del Derecho pueden resultar más convincentes y donde hallamos el núcleo básico de su arsenal técnico acuñado a lo largo de una dilatada evolución histórica.

7. Pero volvamos de nuevo a la cuestión de la personalidad pública. Tradicionalmente el tipo de personalidad determinaba el régimen jurídico aplicable. La personalidad se hacía equivaler al régimen. De modo que personalidad pública suponía régimen público. Y personalidad privada (empresas del sector público) conllevaba régimen jurídico-privado. Este paralelismo se rompió hace tiempo y surge un *tertium genus*: los entes *públicos* con régimen jurídico *privado*. Personalidad y régimen se disocian.

El resultado es el que consta en el siguiente cuadro, que complica un poco más el que antes se dibujó:

Tipo de personificación	Régimen jurídico	Denominación
Pública	Público (Derecho Administrativo, con aisladas excepciones)	Administraciones Territoriales clásicas (Administración del Estado; Administraciones autonómicas; Administraciones Locales)
Pública (Son Administración)	Público (Derecho Administrativo)	Organismos Autónomos
Pública (Son también Administración)	Derecho Privado / Pero Público si se les atribuyen funciones públicas	Entidades Públicas Empresariales
Pública	Privado y público	Agencias Estatales
Privada (No son Administración)	Privado siempre. No se le pueden atribuir el ejercicio de funciones públicas.	Empresas públicas (sociedades mercantiles de capital público)

¿Qué ha sucedido? Pues que, junto a la Administración en sentido estricto que se rige siempre por el Derecho Administrativo salvo en supuestos aislados han surgido entes instrumentales de diversa naturaleza por razones de especialización, de búsqueda de mayor agilidad o, simplemente, para huir de algunos de los controles que propicia el Derecho Administrativo.

Algunos de esos entes *públicos* tienen un régimen igualmente público (son los llamados *Organismos Autónomos*). Otros, tienen naturaleza pública (*Entidades Públicas Empresariales; Agencias*), pero se pretende que su actividad sea primariamente privada, aunque si la Ley les atribuye el ejercicio de funciones públicas (eufemismo de no siempre fácil concreción), entonces, en esa concreta parcela de su actividad se tienen que regir necesariamente por el Derecho Público. Eso es lo que viene a decir el art. 2.2 de la Ley 30/1992.

Hay también, como ya dije, empresas públicas, que tienen personalidad privada y, por ello, nunca pueden ejercer funciones públicas. Su régimen es *siempre* privado y nada tienen que ver, por eso, con el Derecho

Administrativo. Son sociedades de capital público con personalidad jurídica privada, es decir, adoptan forma societaria y se someten al Derecho privado (civil o mercantil), actuando en el tráfico sin privilegios y sin que pueden asumir, como he dicho, funciones públicas. Quedan, pues, al margen de nuestra consideración.

La consecuencia de todo ello es que Administración y sector público no coinciden exactamente porque hay ámbitos del sector público (las empresas públicas, por ejemplo) que no son Administración. Aunque desde la óptica económica sí hay coincidencias, la diferencia de régimen jurídico es clara. Las Administraciones tienen (o pueden tener si la Ley se las atribuye) un conjunto de facultades y privilegios; responden conforme a un régimen público diferente del Código civil ordinario; no son libres a la hora de contratar ni de seleccionar sus funcionarios; se someten al control de la jurisdicción contenciosa...

Los entes creados por las Administraciones públicas con forma societaria no poseen autotutela; responden conforme al Código civil; tienen autonomía de voluntad a la hora de contratar (salvo algunas excepciones impuestas por el Derecho comunitario) y no están sometidos a la jurisdicción contenciosa sino a la civil...

8. ¿Por qué se ha producido esta eclosión verdaderamente notable de personificaciones *públicas* instrumentales (Organismos autónomos, Entidades Públicas Empresariales, Agencias y otros nombres atribuidos por las Comunidades Autónomas?. El fenómeno es general. En la Administración del Estado hay más de 150 entidades *públicas* de ese tipo. En el conjunto de las Comunidades Autónomas muchas más.

La razón ya la he adelantado. Pero antes de volver sobre ella quizá interese recordar algo, también dicho ya, sobre el papel y la función de las Administraciones Públicas, que explica muchas cosas.

He dicho antes que la Administración no tiene fines propios. Que se los atribuye la Ley en cada caso. Y que ello depende de las concepciones políticas imperantes acerca del papel del Estado. Unas concepciones que van desde los planteamientos abiertamente intervencionistas y de decidido protagonismo público hasta aquellos otros que defienden el Estado mínimo y, en consecuencia, una limitada presencia de la Administración, árbitro a lo sumo de las fuerzas del mercado. Entre estos dos polos, aunque nunca en sus acepciones más radicales, ha oscilado la normativa administrativa de los últimos treinta años. Una normativa cuyo margen de acción se ha reducido por la presencia y las exi-

gencias del Derecho Comunitario Europeo. Pero una normativa que sigue reclamando muchas veces la intervención pública, la actividad administrativa, el buen funcionamiento, es decir, la eficacia a la que apela el precepto antes citado del texto constitucional y la propia consideración social del Estado que luce en el art. 1.1 CE. Y es que muchos preceptos constitucionales precisan, en mayor o menor medida y dependiendo de las distintas orientaciones políticas, de la acción de la Administración: el derecho a la salud, la educación, la seguridad personal, el medio ambiente, la defensa de los consumidores, el correo, los transportes, las comunicaciones... apuntan a la necesidad de centros de salud y de hospitales públicos, escuelas, Universidades, policías, inspectores, carreteros, carreteras y obras públicas, etc.

En esos y otros casos es en las Administraciones Públicas donde se juega, en lo concreto, la efectividad de algunos postulados constitucionales en los más variados sectores de la vida cotidiana. Es entonces con la Administración, y no con el Legislador, con quien se relaciona el ciudadano y es esa actividad, por encima y más allá de las medidas de carácter legislativo, la que sirve de pauta para juzgar las políticas. Cómo funciona el correo, la sanidad, la educación, las oficinas públicas; cómo están de limpios los parques y las calles; cómo son las carreteras y los aeropuertos, cómo es, cómo actúa, cómo se comporta la Administración, en suma, constituye un elemento referencial del ciudadano a la hora de juzgar a los Gobiernos. Más que por la bondad abstracta de las Leyes cuyo contenido con frecuencia desconoce. Y es que el ciudadano con quien se relaciona es con la Administración, pero no con la Administración en abstracto sino a través del maestro, del médico, del cartero, del policía, del inspector, del funcionario administrativo que le atiende... En sus relaciones con la Administración al ciudadano le interesa, pues, lo concreto, esto es, que la Administración funcione, preste eficazmente los servicios que gestiona. Le interesa que sea eficaz, lo que supone también un mayor acercamiento en términos de credibilidad. Y sólo en última instancia le interesa lo patológico, que, de todos modos, tiene que estar previsto. Es decir, que si esa Administración no actúa, o actúa inadecuadamente, responda por ello en el triple sentido de que sean anulados sus actos, sea conminada a actuar o, en última instancia, sea obligada a indemnizar.

Eficacia y control son, así, — ya lo he dicho — los dos pilares derivados del art. 103 sobre los que se monta la concepción constitucional de la Administración. Y sucede que el Derecho no tiene suficientes herramientas para facilitar ambos objetivos. El Derecho se mueve mejor en el

control. La justicia administrativa y el régimen de la responsabilidad patrimonial, con todos sus defectos de funcionamiento y sus disfunciones coyunturales, son técnicas adecuadas que se han ido perfilando y afinando a lo largo de una muy dilatada evolución histórica. No se puede decir lo mismo, sin embargo, de los instrumentos para propiciar la eficacia, que depende de factores que con frecuencia escapan al Derecho aunque se relacionen con él.

Y es entonces cuando surge la tentación de la huida. La huida del jurisdiccionario, se ha venido diciendo. Es decir, la ruptura del inestable equilibrio aludido entre eficacia y control a costa de este último. La búsqueda de la eficacia desde parámetros estrictamente empresariales, con modos de actuación típicos de la empresa privada, con formas organizativas propias de las organizaciones de ese carácter, lo que en sí mismo no es reprochable, pero que plantea la difícil cuestión de si es posible ser eficaz a cualquier precio. Sucede que cuando de entes públicos se trata en ese precio no se puede incluir la huida del control, la huida de la garantía, la huida del sometimiento "pleno a la Ley y al Derecho".

El fenómeno de la huida del Derecho Administrativo no es nuevo. Está en la propia esencia de la historia de la disciplina, siempre rehaciéndose, siempre a medio camino entre la idea de embridar los privilegios administrativos y la búsqueda de subterfugios para evitar ese control y zafarse de él, una actitud muy frecuente en los gobernantes cuando no están sólidamente afirmadas no ya las técnicas sino, antes de ellas, las creencias.

Pero no cabe contraponer, como a veces se hace, una hipotéticamente vieja Administración de garantías a una Administración de la eficacia. Es un planteamiento reduccionista y, por lo mismo, falso. Al contrario. Ambos planteamientos deben marchar unidos y eso es también lo que se deriva de la Constitución. El Derecho que regula a la Administración no puede, por consiguiente, observarse como algo retardatario a superar, sino como el marco inexcusable de actuación de los Poderes públicos que trata de lograr un equilibrio, siempre inestable, entre la defensa de lo individual y la de los intereses colectivos; defensas que con frecuencia son ambivalentes y a veces se entrecruzan. Conviene, pues, recordar ahora lo que dijo von Ihering en "*La lucha por el Derecho*": que el hombre sabe que defendiendo el Derecho en general lucha también por su derecho personal y al batallar por éste contribuye asimismo a mejorar aquél y a la organización que disciplina.

El Derecho no hace ciertamente carreteras, ni mejora el correo, ni facilita por sí solo la calidad de la sanidad pública. Pero puede evitar

que se dilapide el dinero público, articular responsabilidades, controlar los excesos y la interdicción de la arbitrariedad, encauzar los contratos, posibilitar el mérito y la capacidad a la hora de seleccionar el personal, atribuir facultades de gestión que posibiliten la eficacia. Porque el Derecho es sólo un marco, un instrumento cuya virtualidad depende no sólo de las previsiones normativas, sino también de los instrumentos y técnicas con que se le dote, de los medios de todo orden puestos a su servicio, del sistema organizativo y, al final, de la voluntad política...

La garantía, el control, es, pues, imprescindible, pero no para contraponerlo a la eficacia sino para completarla. La garantía no excluye la eficacia. Al contrario. Y es un planteamiento que no se enuncia como una cuestión de principio sino como una derivación constitucional. Porque eficacia y control son, justamente, los dos principios centrales que se derivan de la Constitución sobre la posición de las Administraciones Públicas.

Por eso el jurista no puede prescindir de la idea de control, pero tampoco debe perder de vista la finalidad de la eficacia administrativa que es también un medio de prestigiar socialmente a la Administración. Habrá que adaptar el Derecho, las fórmulas, las técnicas, para que aquél y éstas no queden desplazados. Para evitar, como nos ha recordado oportunamente Sebastián Martín-Retortillo, que el Derecho sea tentadoramente visto "como algo entorpecedor a la acción de los Poderes públicos, de lo que, por ello mismo, resulta obligado prescindir".

Es decir, antes de huir del Derecho Público, de la personalidad pública, puede ser oportuno repensar algunas de las pautas procedimentales para adaptar el Derecho Público a las nuevas necesidades en vez de, derechamente, prescindir de él.

9. La primera manifestación de eso que genérica y vagamente se ha llamado la huida del Derecho Administrativo (identificada incluso por alguno, sin más, como la huida del Derecho) tiene carácter ideológico. Se plasma en elaboraciones teóricas sobre las que pivota también la imagen de la llamada "modernización" administrativa, una idea que comienza a circular en manifestaciones concretas al inicio de la década de los años noventa.

La primera consecuencia de estos planteamientos fue la crítica a la misma idea del procedimiento; palabra maldita en la que algunos creían ver la causa de las tradicionales lacras de la Administración. Ahora bien, no es preciso insistir demasiado en aclarar que bajo esa palabra y esa normativa, la del procedimiento, circulan realidades bien distintas. Y que si el pro-

cedimiento para autorizar un medicamento, una obra, una actividad peligrosa puede ser ciertamente lento porque hay que incluir en él informes, dictámenes y recabar opiniones diversas, todas ellas ubicables en alguna de las fases a que hace referencia la norma en aras de la garantía, acierto, oportunidad y futuro de la decisión, la misma Ley y la misma palabra, procedimiento, amparan la adopción de resoluciones como la autorización de una obra menor o la expedición de un certificado; actos administrativos todos ellos en los que *todo* el denostado procedimiento consiste en verificar unos datos en un ordenador.

No hay, pues, no debe haber un enfrentamiento entre eficacia y control. En algunas ocasiones habrá que agilizar los procedimientos, simplificar los trámites, suprimir aquellos que sean innecesarios, cambiar el protocolo, pero nada más. La reciente Directiva, del Parlamento y del Consejo, 2006/123, de 12 de diciembre, de libre prestación de servicios en el mercado interior, más conocida como *Directiva de Servicios* (aún no traspuesta) puede ser una oportunidad para ello.

Pero la agilidad depende también de otras cosas que poco tienen que ver con el Derecho como técnica formal. Depende de la estructura organizativa, de la capacidad de los empleados, del ambiente de trabajo, pero no del tabú procedimental o, al menos, no del tabú genérico. Un tabú que no es tal porque, como afirmara hace ya muchos años Benjamin Constant, lo que preserva de la arbitrariedad es, justamente, la observancia de las formas. Y no es preciso añadir que la arbitrariedad está constitucionalmente proscrita.

10. El segundo y más importante embate a los fórmulas tradicionales de la actividad administrativa ha sido la huida de la organización y con ella del Derecho propio de aquélla. Me refiero a la creación, cada vez más abundante, de entes con personalidad jurídica pública, pero sometidos en su actuación al Derecho Privado o a las normas que en cada caso se establezcan. Un fenómeno también muy generalizado en los últimos años.

La creación de entes instrumentales era conocida desde antiguo. Conviene no obstante aclarar que cuando se insiste en el adjetivo instrumental se quiere decir que se trata de entes que se crean para el cumplimiento de ciertos fines sectoriales, concretos y como un *instrumento* para lograr los objetivos de que se trate. Pero su existencia no es imprescindible. De hecho, esos mismos fines se pueden lograr atribuyendo su responsabilidad y gestión a órganos de la Administración general. Si se singulariza

el fin y se crea la persona es por razones coyunturales de diversa índole, como ya se ha dicho: de carácter presupuestario, de autonomía de gestión, de flexibilización de régimen jurídico, etc.

Los entes instrumentales, antes conocidos bajo el nombre de Administración Institucional, se contemplan hoy genéricamente, en el ámbito estatal, en la Ley de Organización y Funcionamiento de la Administración General del Estado (Ley 6/1997, de 14 de abril), bajo el nombre común de Organismos Públicos, que adoptan dos variantes básicas: Organismos autónomos y Entidades públicas empresariales. Y, más recientemente también, en la Ley 28/2006, 18 de julio, de Agencias estatales para la mejora de los servicios públicos, que crea y posibilita las llamadas Agencias, una variante de las Entidades Públicas Empresariales. En el ámbito de las Comunidades Autónomas serán sus propias Leyes las que haya que considerar. Y todas ellas prevén posibilidades de personificaciones instrumentales similares a las del Estado.

Los Organismos Autónomos no plantean especiales problemas. Son entes con personalidad jurídica pública y régimen jurídico igualmente público a los que les es de aplicación la legislación de procedimiento, la normativa de contratos públicos y la legislación presupuestaria. Sometidos al control de la jurisdicción contencioso-administrativa, poco más hay que añadir ahora, salvo decir que ya estaban previstos desde 1958 (en la llamada Ley de Entidades Estatales Autónomas) y en la Ley General Presupuestaria de 1977.

Las ahora denominadas Entidades públicas empresariales son también entes públicos. Pero entes públicos que, como regla, se rigen por el Derecho privado. Su antecedente inmediato está en la Ley General Presupuestaria que, con notable impropiedad, denominaba Sociedades estatales no sólo a las sociedades mercantiles de capital público [art. 6.1.a] sino a entes públicos que no tenían forma societaria; entes públicos "que por Ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado" [art. 6.1.b] y al resto de entes no contemplando expresamente que "se regirá por su normativa específica" (art. 6.5). Son este tipo de entes *públicos*, insisto, los que han proliferado profusamente en los últimos años. El ente que gestiona las infraestructuras ferroviarias (Adif), el que gestiona los aeropuertos (Aena), los entes reguladores del mercado y sectores industriales privados (Comisión del Mercado de Telecomunicaciones; Comisión Nacional de la Energía; Comisión Nacional del Mercado de Valores, Fábrica de la Moneda; Puertos del Estado, etc.). A ellos se han unido, como una variante, las llamadas *Agencias* que suponen también gestión privada por una per-

sona pública (Agencia de Protección de Datos; Agencia Estatal de Administración Tributaria; Agencia de Meteorología; Agencia Boletín Oficial del Estado...).

La creación de estos entes, en principio, no está sometida a límite alguno. Pero encontramos dos preceptos que constituyen, de hecho, el límite a esa huida del Derecho Administrativo. Me refiero a los arts. 2.2 de la Ley 30/1992 (Ley de procedimiento) y 53.2 de la Ley 6/1997 (Ley de organización del Estado). El primero es esencial. Dice que este tipo de entidades "tendrán asimismo la consideración de Administración Pública" y que, aunque actúen sometidas al Derecho privado, "sujetarán su actividad a la presente Ley cuando ejerzan potestades administrativas". Por su parte, el art. 53.2 de la Lofage señala que "las entidades públicas empresariales se rigen por el Derecho privado, excepto en la formación de la voluntad de sus órganos, en el ejercicio de las potestades administrativas que tengan atribuidas y en los aspectos específicamente regulados para las mismas en esta Ley, en sus estatutos y en la legislación presupuestaria".

La clave de las posibilidades de control está, pues, en saber cuándo estos entes públicos sometidos al Derecho Privado ejercen "potestades públicas" y qué hay que entender a estos efectos por potestad pública. Una cuestión nada clara en cuanto se sale de los supuestos nítidos (por ej. la potestad sancionatoria) que en cierto modo nos retrotrae al pasado, a cuando en el siglo XIX el debate del contencioso en Francia se montaba sobre la distinción entre actos de autoridad y actos de gestión.

11. En todo caso, las Entidades públicas empresariales a que nos hemos referido no han de confundirse con la existencia de entes con forma de personificación privada (sociedades mercantiles) creados o participados por cualquier Administración. Son personas *privadas* y, en consecuencia, su régimen es igualmente privado. Pero lo importante es que "en ningún caso podrán disponer de facultades que impliquen el ejercicio de autoridad pública". Además, al ser sector público, les afectan los límites del Derecho comunitario, esto es, dichas entidades de capital público no podrán disponer de financiación pública para colocarse privilegiadamente en el mercado, no podrán tener subvenciones, salvo en los casos expresamente admitidos por los Tratados comunitarios.

Este tipo de sociedades *no son Administración porque no tienen personalidad pública*, por más que, desde la perspectiva económica, para un economista o para un sociólogo, son sector público. Pero desde el punto de vista jurídico poco tienen que ver con el Derecho Público, con el Dere-

cho Administrativo, salvo en algunos aspectos contables, financieros y de contratos, como luego diré.

Ahora bien, los problemas de control se mantienen en la medida en que este tipo de sociedades cuyo titular a veces es un sólo ente público (el Estado o la Sociedad Estatal de Participaciones Industriales, creada a este efecto) no son formalmente comparables a las sociedades, también privadas, de una multiplicidad de socios que, en teoría, poseen medios de control en las Asambleas de la sociedad y, en su caso, mediante la impugnación de sus actos. Aquí, sin embargo, a mi juicio sólo se plantearía la cuestión frontalmente si este tipo de entidades gestionaran actividades convencionalmente llamadas servicios públicos, aunque no estuvieran formalmente declarados como tales. Y el tema volvería a ser entonces, uno, si esas actividades se consideran ejercicio de potestades públicas que les estén vetadas. Y, dos, si en el hipotético caso de dar una respuesta negativa, subsiste o no el mínimo garantizador público, que no halla siempre un correlato equivalente en el Derecho privado.

Una de las últimas fórmulas descubiertas de utilización instrumental de la personalidad tiene que ver con el intento de huida de las prescripciones presupuestarias y los límites al endeudamiento público que impone el pacto de estabilidad presupuestaria. Es un supuesto neto de uso instrumental de la personalidad privada. El ente público crea una empresa privada que es la que gestiona actividades que no son funciones públicas o de autoridad. Por ejemplo, construye infraestructuras públicas con financiación buscada en el mercado privado. Esa empresa pública no estaría sometida a los rigores de la Ley presupuestaria, se endeudaría con el aval del ente público, del que es solamente un instrumento formal, y, una vez construido el edificio, por ejemplo, se lo alquila al ente matriz imputando en el precio del alquiler el coste financiero que la “propietaria” ha sufrido pero que no computa en el balance del ente público al que se le alquila. Una fórmula imaginativa de “ingeniería financiera” para huir de ciertos controles públicos y de ciertos límites presupuestarios y de endeudamiento. Porque, a la postre, es endeudamiento que puede condicionar las políticas de quienes eventualmente sucedan a los actuales gestores...

12. Llegados a este punto es cuando hay que hacer una penúltima referencia a las llamadas privatizaciones. Se trata ésta de una palabra anfibológica con la que se quieren expresar a veces ideas no muy precisas, una *idea fuerza* en todo caso que conviene diseccionar mínimamente.

Una acepción de la palabra privatización, acaso la más precisa, es la que hace referencia a la reducción del sector público empresarial, al pro-

ceso de venta a particulares, directamente o a través de la bolsa, de sociedades que hasta el momento eran de capital y titularidad pública. La participación del Estado en la economía a través de empresas de capital público se remonta a los años de la Segunda Guerra Mundial cuando se crean entes públicos (en España, el INI: Instituto Nacional de Industria) para hacerse cargo del sector empresarial público; un sector que, inspirado en el principio de subsidiariedad, se dedicó a crear empresas necesarias para la economía nacional pero en las que el sector privado no estaba interesado por diversos motivos, en particular por ser escasamente rentables o necesitar cuantiosas inversiones. Tras la Constitución, el explícito reconocimiento de la iniciativa pública en la economía en el art. 128.2 rompe con los planteamientos anteriores. Los entes públicos pueden crear empresas sin traba o problema alguno. La mayor o menor amplitud del sector público empresarial queda desplazado a una cuestión política y de oportunidad, aunque, eso sí, con la contrapartida de un límite importante: el de someterse a idénticas exigencias que los particulares para no desnaturalizar el principio de libre competencia; principio y criterio que se refuerza aún más a partir de 1986 con el ingreso de España en la Comunidad, cuyo Tratado fundacional basa en dicho principio uno de sus pilares fundamentales (cfr. art. 86 de la versión consolidada, prohibiéndose además las ayudas de Estado: art. 87).

En 1978 el sector público empresarial constituía un abigarrado conjunto de empresas buena parte de las cuales eran deficitarias. Ocho años después se inicia un proceso de clarificación que culmina en un proceso de privatizaciones en sentido estricto, es decir, un proceso de venta a particulares de parte de las empresas que constituían el sector público empresarial del Estado; proceso que se acelera 1996, cuando se afirmó que, en pocos años, no habría ya sector público, con la excepción de ciertas empresas relacionadas con la industria militar y el carbón. Hoy el sector público es pequeño y la mayor parte de las antiguas empresas públicas más conocidas (Telefónica, Repsol, Iberia, Seat, Gas Natural, Enagas, Tabacalera...) son privadas.

Pero, en todo caso, más allá del significado económico e ideológico de este proceso, lo que importa destacar es que, desde el punto de vista del Derecho, nada de esto afecta frontalmente al Derecho Administrativo porque se trata de entes que ya eran de naturaleza jurídico-privada aunque su capital, del que ahora el Estado se ha desprendido, fuera de propiedad pública.

Pero el que se ha expuesto en el apartado precedente no es el único concepto de privatización que a veces se maneja. Ya he dicho que se

trata de una palabra anfibológica que se utiliza a veces para expresar cosas distintas. Al emplear esa palabra, en efecto, se puede estar aludiendo a fenómenos muy dispares y con consecuencias igualmente diferentes. Así,

- Cabe hablar de privatización para hacer referencia, según hemos dicho, a la venta de empresas de capital público o de las participaciones accionariales del Estado en empresas mixtas. Ya hemos hecho una referencia a ello. El fenómeno no afecta al Derecho Administrativo y es más una cuestión de concepción del papel del Estado.
- Cabe hablar de privatización también para aludir a la creación por la Administración de entes públicos que someten, sin embargo, su actividad al Derecho privado. También nos hemos referido a ellos. Son los ahora llamados Entes públicos empresariales y cuya problemática jurídica, según vimos, conecta con la idea de control y garantía.
- Puede a veces hablarse impropriamente de privatización para apuntar a la gestión de servicios públicos a través de empresas privadas mediante la técnica, bien conocida, de la concesión.
- Pero puede emplearse también la expresión en términos políticos para significar que el Estado se desprende, sin más, no ya de empresas públicas sino de la responsabilidad de una actividad o servicio, o de la titularidad del mismo. Se desregula la actividad de modo que el Estado no sólo no presta, sino que no vigila. Y esta sí es una línea que apunta a un criterio de más calado cual es el de los límites y el papel del Estado en la sociedad actual. Un papel que la actual crisis económica replantea en toda su crudeza.

Es curioso constatar cómo hace veinte años, en 1978, muchos autores se preguntaban si había algún límite a la potencial expansión del Estado más allá de la frontera que suponían los derechos fundamentales o la cláusula de la economía de mercado. Treinta años después la misma pregunta se sobreentiende no como una pregunta de máximos sino como una pregunta de mínimos: ¿impone la Constitución un mínimo de Estado?. Hace veinte años la respuesta a la pregunta mencionada apuntaba al art. 34 CE que garantiza en todo caso la libertad de empresa. Treinta años después es preciso encontrar en la Constitución también un mínimo de Estado. Porque parece que, en efecto, también existe un mínimo de Estado: la Constitución garantiza, por ejemplo, un régimen "*público*" de

Seguridad social (art. 41), la existencia de "prestaciones y servicios" sanitarios (art. 43.2), la presencia de los Poderes *públicos* en relación con una gran parte de los principios rectores de la política social y económica (Capítulo III del Título I)...

Ese debate es en cierto modo nuevo y se abre, o reabre, a partir de 1989, tras la caída del muro de Berlín, cuando surge otra Europa cuyo futuro incierto hace replantear muchas cosas. Veinte años después de ese hecho histórico la crisis financiera que vivimos reabre de nuevo las incógnitas y replantea las mismas preguntas de antaño. Entre ellas, la cuestión del papel del Estado, el mantenimiento de servicios hasta ahora denominados servicios públicos, algunos de los cuales dejan de serlo en el sentido subjetivo tradicional, esto es, en el sentido de la titularidad, el monopolio y la gestión pública, que sólo admitía como espita la concesión. Surgen nuevas cuestiones, digo. Nuevos interrogantes. El núcleo duro de la idea de servicio público se reconduce en muchos sectores a los ahora denominados servicios universales, pero, más allá de ese mínimo general, recobra fuerza la idea de los servicios públicos impropios, virtuales, objetivos, que ni están en contradicción con el mercado, ni suponen monopolio. Las actividades privadas de interés público donde lo que realmente importa es la regulación, el control, la vigilancia, las exigencias, los límites. Un tema que no puede ser tópicamente despachado con una peyorativa acusación: privatización. En todo caso, la cuestión, a la que ya hice algunas referencias hace ahora quince años ⁽²⁾ y a la que, con muchos otros autores, he vuelto mucho tiempo después ⁽³⁾, no puede resolverse frontalmente en este momento.

13. La idea de personalidad, pues, como decía al principio, es una idea instrumental y se ha utilizado instrumentalmente. Con frecuencia, con la

(2) Cfr. "De nuevo sobre el servicio público: planteamientos ideológicos y funcionalidad técnica", en *Revista de Administración Pública* núm. 100-102, III, 1983.

(3) Cfr. "Sobre el nuevo concepto de servicio público en Europa y sus posibles implicaciones futuras", en *RAP, Revista Argentina del Régimen de la Administración Pública*, núm. 287 (agosto, 2002) y también, ampliado, con el título "Sociedad, Economía y Estado (A propósito del viejo regeneracionismo y el nuevo servicio público)", en el volumen colectivo *Estudios de Derecho Público Económico (Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Sebastián Martín-Retortillo)*, Ed. Civitas, Madrid, 2003. Este mismo trabajo, con alguna variación, con el título "Servicios públicos y servicios de interés general: la nueva concepción y operatividad del servicio público en el Derecho Administrativo Español", en el volumen colectivo *Uma Avaliação das Tendências Contemporâneas do Direito Administrativo*, Ed Renovar, Rio de Janeiro-Sao Paulo, 2003.

no confesada intención de huir del Derecho Administrativo, esto es, huir de los controles públicos sobre el perjuicio de una supuesta inoperancia del Derecho Público para propiciar y conseguir los fines sociales que interesan a los ciudadanos.

Esa huida tiene en la actualidad dos tipos de límites. De un lado, el ya señalado del art. 2.2 de la Ley procedimental según el cual a las Entidades Públicas Empresariales se les pueden, sí, encomendar funciones públicas (no así a las empresas públicas), pero en tal caso dichos entes públicos han de someterse a las reglas del Derecho Público en el ejercicio de dichas actividades: procedimientos, notificaciones, garantías, controles de la jurisdicción contencioso-administrativa, responsabilidad...

Pero, de otro lado, lo que quizá es más importante: los límites que vienen del Derecho Comunitario donde está surgiendo lentamente un todavía poco sólido *Derecho Público Europeo*. Una de las manifestaciones más destacadas de dicho Derecho, desde la óptica de las garantías, está en las Directivas relativas a los contratos del sector público, que han llevado en España a la aprobación de la reciente y nueva Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del *Sector Público*; no ya de Contratos de las Administraciones Públicas, sino *del Sector Público*, que, como nos consta, es un concepto mucho más amplio que abarca por de pronto no sólo a los entes públicos de régimen jurídico privado sino también a los entes privados de capital público y, en ciertos casos, también a los entes absolutamente privados pero beneficiarios de subvenciones públicas. En ese concreto ámbito de los contratos y sea cual sea la personalidad, el tipo de personalidad — pública o privada —, la Ley prevé ciertos requisitos que apuntan a las garantías de los potenciales competidores en la preparación de los contratos y, sobre todo, en su adjudicación y seguimiento.

He ahí, pues, una línea de futuro. La del futuro Derecho Administrativo Comunitario que apueste por volver a reequilibrar potestades y privilegios con controles y garantías, lo que siempre ha sido y debe seguir siendo, a mi juicio, el Derecho Administrativo más allá de la instrumentalidad ficticia de la personalidad jurídica.

14. Y ello — y con esto termino — porque el Derecho es un instrumento, no un fin en sí mismo. Le corresponde un papel modesto en el entramado social, pero un papel imprescindible. Cuando de la Administración y del Derecho Administrativo hablamos ese papel se observa muy bien porque las técnicas jurídicas sirven, de un lado, para facilitar el con-

trol pero, como ya dije, difícilmente por sí solas coadyuvan a la eficacia, que es lo que el ciudadano ve y quiere.

El jurista y el Derecho que cultiva no hace, desde luego, las infraestructuras públicas imprescindibles, ni mejora la calidad de la enseñanza o de la sanidad pública. El Derecho no hace competentes a los incompetentes, ni siquiera convierte en más amables a los funcionarios desagradables. Pero, como ya dije, puede evitar que se malgaste el dinero público, impone transparencia, obliga a motivar, a seguir procedimientos y pautas en pro de la oportunidad y conveniencia de una decisión. El Derecho impone técnicas de participación social, prevé la articulación de responsabilidades e indemnizaciones, controla los excesos, trata de atajar la corrupción, encauzar los contratos, impedir la arbitrariedad, exigir garantías mediambientales de futuro cuando se hace una obra... Y todo eso sólo se ve cuando no funciona y nos afecta personalmente. Cuando la actuación o la inactividad pública afecta a un interés o a un derecho personal.

No debe haber, pues, desencuentros entre la búsqueda de la eficacia y el establecimiento de controles y garantías. Toda empresa privada tiene departamentos de control de calidad y nadie la acusa de que eso sea ineficaz; al contrario, el control es un elemento de ayuda a la eficacia productiva. En el ámbito público sucede lo mismo. La eficacia es, desde luego, un valor constitucional, pero también la garantía. Y no se puede prescindir ni de la una, ni del otro. La eficacia sin control, sin garantías, supone eliminar los modos y formas que son consustanciales al Estado democrático. Como dijera el gran jurista francés, Jean Rivero, hace ya cuarenta años, la democracia no consiste sólo en un modo de designación de los gobernantes, sino también en "*un modo de ejercicio del Poder*" (4) Por su parte, centrar todo en los planteamientos garantizadores desentendiéndose de la eficacia en la acción administrativa es una visión igualmente reduccionista y, por lo tanto, rechazable.

El Derecho Público es sólo un marco. La personalidad, un instrumento. Pero no se puede prescindir de lo que significa ese marco como cauce y control. El precio a veces es una cierta lentitud. Pero no debe olvidarse que, en ocasiones, la llamada *eficacia* inmediata que se predica de la

(4) Cfr. A propos des métamorphoses de l'Administration d'aujourd'hui: démocratie et administration, en *Mélanges offerts à René Savatier*, Paris, 1965, y luego en el libro *Pages de doctrine*, I, Paris, 1980, pág. 260.

empresa privada está reñida con otros valores igualmente constitucionales: la eficiencia en el gasto público, el mérito en la selección del funcionario, el respeto al medio ambiente en la realización de una obra, la limitación del endeudamiento, etc. Y, por otra parte, ¿son siempre competentes, amables y eficaces los servicios privados con los que nos topamos día a día?

Estos planteamientos no son, por lo demás, cuestiones de principio sino derivaciones constitucionales. Corresponde al jurista la tarea de imaginar técnicas que faciliten el control y la eficacia. Si las primeras están bastante bien consolidadas — otra cosa es su aplicación en la práctica jurisdiccional —, las segundas son más complejas y menos visibles. Algunas apelan al empleo público y a la forma de seleccionar a los funcionarios, a quién y cómo los selecciona. Apuntan a la política de personal. A las pautas organizativas. A la descentralización que acerca los problemas a sus soluciones. Pero también hay factores que apelan al Parlamento y la manera de legislar. La fijación por la ley de exigencias y niveles mínimos de prestación, de cotas de calidad detalladas para abrir un servicio o para mantenerlo, de estándares medios y pautas de frecuencia cuya exigencia pueden verificar los tribunales, como hoy verifican, por ejemplo, las dotaciones mínimas de los planes de urbanismo o la efectividad de las prestaciones de la Seguridad Social, podría quizá ser una vía a ensayar. Las Cartas de servicio constituyen además una buena manera de conectar la Administración al ciudadano y plasmar como compromiso formal las más vagas promesas del tiempo electoral.

Naturalmente la mayor o menor extensión de todos esos criterios dependerá tanto de las circunstancias sociales y los condicionantes económicos como de los programas de los distintos partidos políticos. Pero en lo que hace al legislador éste no puede ya limitarse a habilitar. Debe fijar principios, orientar, dirigir la actividad administrativa, aunque sin caer en la tentación — que alguna práctica autonómica ha revelado cierta en estos años — de administrar por ley, con lo que ello significa de imposibilidad de control ordinario.

Volver al Derecho Administrativo significa también huir del Derecho Penal, único subterfugio a veces de control para la actividad de una Administración sometida al Derecho privado. No se trata de propugnar la inimputabilidad, que sería inconstitucional, sino de reconducir el ámbito penal a su verdadera dimensión de *ultima ratio* de un sistema cuyos instrumentos de control deben ser prioritariamente objetivos, es decir, desvinculados de las personas que ostentan la titularidad de los órganos administrativos y centrados en las pretensiones del recurrente interesado.

Hubo momentos en estos treinta años en los que se han producido situaciones contradictorias. Creer en el Derecho como si el Derecho tuviera el poder taumáturgico de cambiar por su sola presencia la realidad social. Y prescindir de él cuando en algunas áreas de acción gubernamentales era visto como un engorroso obstáculo a la consecución en plazo de objetivos social y colectivamente rentables y oportunos. Entre estos dos polos se mueve el papel de esta rama del Derecho que, como se indicó al principio, regula sobre todo pautas, procedimientos, mecanismos, formas para posibilitar la acción de la Administración y para, al mismo tiempo, controlarla.

La personalidad jurídica es, en efecto, una ficción para facilitar relaciones y ser centro de imputación, pero no para desnaturalizar los fines y el sentido último de las Administraciones Públicas y del Derecho que las regula, sino, al contrario, para favorecerlos y facilitarlos.

Porto, 19 de noviembre, 2008