

¿EXISTE UN CRITERIO PARA LA PERSONA COLECTIVA DE DERECHO PÚBLICO?*

LUIS FILIPE COLAÇO ANTUNES
Catedrático de Derecho Administrativo
Universidad de Oporto

I. LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA SE ENFRENTA HOY EN DÍA A UN GRAN DESAFÍO: ¿QUIÉN VENCERÁ, LA MORFOLOGÍA O LA DOGMÁTICA?—II. CUANDO EL ESTADO DEJÓ DE SER LA MEDIDA DE TODAS LAS COSAS.—III. *SEMEL PUBLICA ADMINISTRATIO, SEMPER PUBLICA ADMINISTRATIO*: EL PARADIGMA SUPRANACIONAL DEL ORGANISMO DE DERECHO PÚBLICO.—IV. UNA HIPÓTESIS MEREDEDORA DE TODA LA ATENCIÓN: LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PODER ORGANIZATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN.—V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y AUTONOMÍA PÚBLICA.

RESUMEN

Quizás el tema más vibrante del actual Derecho administrativo pase por la contestación a la cuestión de lo que debe ser entendido hoy por sujeto de Derecho público o, más exactamente, por sujeto administrativo. La contestación a este enorme desafío se enmarca en el contexto legal y constitucional; más ampliamente, en el cuadro reciente del Derecho administrativo europeo. Es convicción del autor que el retorno a la publicidad de una Administración formalmente privatizada por sucesivas reformas sólo es posible a la luz de una comprensión material del principio de la legalidad-juridicidad.

Palabras clave: privatización de la Administración; Fundación; Derecho administrativo europeo; principio de la legalidad.

ABSTRACT

Perhaps the most vibrant theme of the current administrative law will be the answer to the question of what must be understood today by subject of public law or, more precisely, by administrative subject. The answer to this tremendous challenge is framed in the constitutional and legal context, more widely, in the recent framework of the European administrative law. The Author is convinced that the return to the publicity of a formally privatized Administration by successive reforms is only possible in the light of a composite and material understanding of the principle of legality.

Key words: privatization of the Administration; Foundation; European administrative law; rule of law.

* Esta reflexión fue presentada en el Seminario de los Miércoles, creado y dirigido por el Profesor Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA. La traducción del texto original ha sido realizada por M. ALMEIDA.

I. LA DOCTRINA ADMINISTRATIVISTA SE ENFRENTA HOY EN DÍA A UN GRAN DESAFÍO: ¿QUIÉN VENCERÁ, LA MORFOLOGÍA O LA DOGMÁTICA?

Si tuviésemos que escoger uno de los problemas fundamentales de la dogmática administrativa actual, sería precisamente el de la *de-construcción* de una de las categorías fundacionales del Derecho administrativo, la *persona colectiva de Derecho público*¹.

Desde hace muchos años empleamos, como método pedagógico, para explicar a nuestros estudiantes qué es la Administración pública, el repasar las actividades que realizamos desde que nos levantamos hasta que llegamos a la Facultad. Antes de salir de casa no hay ningún gesto, por muy simple que sea, que no implique una relación con los servicios públicos prestados por la Administración. Saliendo de casa utilizamos el ascensor, cuya construcción y mantenimiento están sujetos a las normas técnicas dictadas por la Administración, que, además, comprueba su cumplimiento. A continuación utilizamos los transportes públicos, sin olvidar que el tráfico o el alumbrado público se hallan igualmente regulados por la Administración o indirectamente por empresas públicas que también son Administración, aunque indirecta. Cuando llegamos a la Universidad nos encontramos con una persona colectiva de Derecho público, en concreto con un instituto. Si prolongamos este ejemplo por toda la duración de la vida de una persona, la demostración se hace todavía más evidente.

Todavía no sabemos nada sobre la Administración pública, pero lo que se ha dicho es suficiente para que el estudiante perciba que la Administración es una realidad compleja y extensa que está presente en nuestra vida, condicionando muchos de nuestros comportamientos.

Hasta hace diez o veinte años ofrecíamos tranquilamente, al principio del curso de Derecho administrativo, este ejemplo para una primera comprensión de la Administración. Actualmente debemos confesar que nos invade alguna preocupación conceptual y dogmática debida a las tantas y tan profundas alteraciones que se han producido en la morfología de la Administración pública. A modo de ejemplo, la Universidad de Oporto es hoy una Fundación pública de Derecho pri-

¹ El problema no es actual, como se sabe. Efectivamente, Jean RIVERO, en su célebre estudio «Existe-t-il un critère du droit administratif?», *Revue de droit public*, 1953, págs. 279 y ss., abre, siguiendo las enseñanzas de M. HAURIUO (que fue el primer escritor en aventurarse por los nuevos campos de batalla que la organización y la actividad administrativa empezaban a plantear: *La Gestion Administrative. Étude Théorique de Droit Administratif*, París, 1899, pág. 81), la llamada crisis de la noción de *service public*.

vado. ¿Cuál es su naturaleza jurídica? ¿Cuál es el régimen jurídico que se le aplica?².

¿Cómo se identifica hoy un ente público? La búsqueda de un criterio para la calificación no ha de ser vista como la búsqueda de un criterio para su definición, sino que debe ser entendida como el proceso de reconocimiento de las personas colectivas públicas, esto es, la determinación de cuáles son las notas o los rasgos decisivos para su identificación. Hasta hace poco tiempo el criterio fundamental era el de la personalidad jurídica de Derecho público. Si aún lo es hoy y en qué términos es lo que trataremos de dilucidar con esta breve reflexión.

Tradicionalmente, la Administración pública ha sido representada en sus relaciones con los particulares por personas colectivas de Derecho público, que son su elemento principal y constituyente. Son ellas las que gozan de personalidad y capacidad jurídicas, incluyendo la capacidad de contratar, la de responder por los daños causados por su acción u omisión, la de demandar y la de ser demandadas judicialmente. En la relación jurídico-administrativa, por lo menos uno de los sujetos es, como regla general, una persona colectiva pública³.

En el inicio de la era constitucional, cuando el Estado se configuró como la forma histórica de un ordenamiento jurídico de fines generales, cuando el Estado era la medida de todas las cosas en Derecho público, las personas colectivas de Derecho público se identificaban fundamentalmente con las personas colectivas públicas territoriales, entre las cuales el Estado se presentaba como la persona colectiva pública por excelencia (o por naturaleza), resultando esa calificación directamente de la Constitución y de la ley. Es el momento de la afirmación plena de la concepción subjetiva de la Administración pública.

El problema de la identificación de la personalidad pública comenzó, mientras tanto, a plantearse para las personas colectivas derivadas o secundarias, es decir, para aquellas entidades creadas por las entidades administrativas primarias, resolviéndose el problema a través de su relación-imputación a la persona colectiva pública primaria —el Estado.

Si bien es cierto que el problema no es reciente, se ha comenzado a plantear con mayor intensidad a partir de la segunda mitad del siglo pasado, cuando las entidades públicas primarias comenzaron a crear en-

² Sobre la temática fundacional, GARCÍA DE ENTERRÍA, «Constitución, fundaciones y sociedad civil», en núm. 122 de esta REVISTA, 1990, págs. 237 y ss., destaca la existencia de un núcleo no disponible para el legislador, núcleo que pasa por la garantía institucional y por el respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales.

³ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, vol. I, 10.^a ed., Madrid, 2000, págs. 30 y 34.

tes públicos instrumentales que sólo parcialmente poseían caracteres públicos, al mismo tiempo que procedían a la creación de personas colectivas típicas del Derecho privado (asociaciones, fundaciones, sociedades comerciales), comenzando a perfilarse la privatización de la Administración en sus formas de organización; parece, además, atenuarse, cada vez más, la tradicional contraposición entre *universitas personarum*, que definía el carácter peculiar de las asociaciones, y *universitas bonorum*, que, a la inversa, caracterizaba al instituto fundacional⁴; por otro lado, la ley comenzó a encomendar tareas públicas a entes formados por personas jurídicas privadas o de composición mixta (público-privada), sujetándolas a un régimen más o menos público, sin que se dedujese de la ley si se trataba de personas jurídicas públicas o privadas. La creación por el Estado de personas colectivas de Derecho privado, la admisión de entidades privadas dotadas de funciones públicas, el surgimiento de diversas formas organizativas mixtas, tanto en la composición como en el régimen jurídico (empresas de capital mixto, consorcios mixtos o asociaciones mixtas), han venido a perturbar los antiguos criterios de distinción entre las personas colectivas públicas y las personas colectivas privadas, generando incluso dudas sobre la validez de esta distinción, tan clásica como esencial. La separación entre el mundo de las personas colectivas públicas y el mundo jurídico de los sujetos privados se ha desvanecido.

El principal interés de la distinción y de los correlativos criterios clasificatorios del carácter público del ente se encuentra en la identificación del régimen jurídico aplicable y de la jurisdicción competente, una vez que ha comenzado a desaparecer la identificación entre personalidad pública y régimen jurídico-público: las personas colectivas públicas ya no actúan solamente bajo la égida del Derecho público, ni poseen únicamente capacidad jurídico-pública⁵. El Derecho ordenador de la actividad administrativa ha pasado a ser gradualmente el Derecho privado, dando lugar a una capacidad jurídico-privada de la Administración con otros límites y contenidos. La publicidad pasiva de los entes públicos ha pasado a ser determinante. Es el momento de la plena afirmación de la Administración en sentido objetivo. En síntesis, a «partir de cierto punto», la calificación como pública o privada de una determinada entidad ha pasado a no determinar, necesariamente, la atribución de un régimen jurídico global (público o privado, según los

⁴ Cfr. F. GALGANO, «Delle persone giuridiche», *Foro it.*, 1969, págs. 182 y ss.; COLAÇO ANTUNES, «Da belle époque à mauvaise époque. A propósito das neofundações legislativas», *RFDUP*, año IV, 2007, pág. 273.

⁵ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 421 y ss.

casos)⁶. Los desvíos de la clásica ecuación público-privado han pasado a ser constantes; así, es posible comprobar que existen tanto personas colectivas públicas (de Derecho público) con base de naturaleza privada (por ejemplo, los colegios profesionales) como personas colectivas privadas (de Derecho privado) con base de naturaleza pública (como es el caso de las sociedades de capital público y de las fundaciones y consorcios de Derecho privado creados por entidades públicas). Igual discrepancia se puede observar en relación con los regímenes jurídicos. Pueden existir, incluso, personas colectivas públicas con un régimen esencialmente de Derecho privado (entidades públicas empresariales) y personas colectivas privadas sujetas a un régimen parcialmente de Derecho público (entidades privadas que ejercen poderes públicos)⁷.

De ahí que hayan sido formulados por la doctrina una multitud de criterios para determinar el carácter público o privado de las personas colectivas, desde el criterio de la *iniciativa* para su creación (son públicas las personas jurídicas creadas por acto del Estado o de las Entidades Locales), de su *finalidad* (son públicas las personas colectivas que tienen por finalidad satisfacer intereses públicos) y de la *capacidad jurídica* (son públicas las personas jurídicas dotadas de poderes de autoridad). La dificultad ha sido de tal calibre que la doctrina ha abandonado cada uno de los criterios individualmente considerados, por su insuficiencia, optando por criterios mixtos (conjugando dos o más de los elementos enunciados anteriormente)⁸. La personalidad pública del ente resultaría entonces de un criterio mixto: iniciativa pública, fin público y poderes exorbitantes⁹. A nuestro parecer, sólo la iniciativa y el fin público son decisivos, visto que la Administración al actuar frecuentemente bajo veste privada resta importancia al último criterio.

Es posible preguntarse aquí y ahora si la personalidad (colectiva) de Derecho público es de geometría variable en cuanto a la capacidad jurídica que implica, pudiendo haber formas de personalidad jurídica parcial o incompleta (por ejemplo, sólo capacidad contractual), admitiéndose, al revés, que la personalidad jurídica privada expresaría, unívocamente, un núcleo axiológico indeclinable e irreductible. ¿Será así?

⁶ VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra, 1997, pág. 263.

⁷ VITAL MOREIRA, *Administração Autónoma e Associações Públicas*, op. cit., págs. 257 y ss.

⁸ FREITAS DO AMARAL, *Curso de Direito Administrativo*, vol. I, Coimbra, 2007, págs. 753 y ss.

⁹ En el actual contexto son igualmente pertinentes teorías como la de MIELE, según la cual la personalidad jurídica es única, ni de Derecho privado ni de Derecho público, destacando la capacidad jurídica como criterio dirimente de distinción público-privada. Cfr. G. MIELE, *Principi di diritto amministrativo*, Padova, 1953, pág. 82. Si bien tiene sentido que la noción de capacidad jurídica pueda contribuir a definir el concepto de personalidad jurídica pública, de la que es una proyección dinámica, tal vez sea excesivo pedirle que funcione como criterio de distinción entre las personas colectivas públicas y las personas colectivas privadas.

II. CUANDO EL ESTADO DEJÓ DE SER LA MEDIDA DE TODAS LAS COSAS

La figura de la persona colectiva pública se complicó notablemente con la pérdida de centralidad de la persona colectiva pública por excelencia, el Estado. Hasta la última década del siglo pasado, la calificación de la persona colectiva pública no ofrecía dificultades insalvables, a pesar de la fragmentación de la Administración, en la medida en que la publicidad de los entes instrumentales resultaba, de una forma o de otra, de su imputación-derivación en relación con el Estado¹⁰.

Cuando el Estado deja de personificar un ordenamiento jurídico de fines generales, los modelos descriptivos de la doctrina empiezan a demostrar fatiga e incapacidad para decantar la distinción entre las personas jurídicas públicas y las personas colectivas privadas. Ya no es suficiente la Escuela de Viena con la kelseniana Administración directa y Administración indirecta, como tampoco basta la reflexión de Ernst FORSTHOFF, discípulo electivo de Carl SCHMITT, con su Administración de prestaciones (*Leistungsverwaltung* y *Leistungsträger*). El Estado de Derecho keynesiano es apenas un agradable recuerdo. El administrativista ya no está en condiciones de reelaborar actualmente el *Dasein* de HEIDEGGER en el ámbito de los ordenamientos jurídicos nacionales. Es nuestra opinión que la privatización de la Administración viene de la mano del legislador nacional, llegándonos la respuesta publicista del legislador comunitario a través de la figura del *organismo de Derecho público*¹¹.

Antes de que abordemos esta figura es fundamental dar respuesta a una pregunta.

¿Por qué razón el legislador nacional privatiza mientras que el legislador comunitario publica?

La respuesta a esta pregunta tiene que ver con el hecho de que la Unión Europea es, hoy en día, la forma histórica de un ordenamiento jurídico de fines generales. Todo comenzó a finales del siglo xx con el Acta Única Europea y el Tratado de Maastricht. Además de existir todas las características propias del ordenamiento jurídico general, la democraticidad y politicidad tienen ahora otra densidad. Los fines han dejado de ser limitados para alcanzar un nivel general; el individuo es un verdadero sujeto jurídico y un ciudadano europeo, titular de derechos fundamentales, alcanzando la justa promoción a sujeto *optimo jure* del ordenamiento jurídico europeo. A pesar de la alienación semántica de los primeros años de la CEE, sólo a partir de las sucesivas revi-

¹⁰ En esta materia seguimos de cerca a COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado. Crise ou Fim de um Paradigma?*, Coimbra, 2008, págs. 46 y ss., esp. págs. 56 y ss.

¹¹ COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado*, op. cit., pág. 36.

siones del Tratado de Roma se puede hablar correctamente de ordenamiento jurídico de fines generales.

A pesar de que los padres fundadores de la CEE apuntaron hacia fines generales, es con el Tratado de Maastricht (después del Acta Única Europea) cuando se verifica una clara ampliación de funciones y atribuciones, de modo que podemos hablar hoy de un ordenamiento jurídico general, en claro «perjuicio» de los ordenamientos nacionales. Esta evolución se ha dado gradualmente, culminando con el efectivo reconocimiento formal de la figura de la ciudadanía europea y de la plurisubjetividad jurídica¹².

Reconocida la naturaleza de ordenamiento jurídico general al ordenamiento comunitario, sólo entonces nos hallamos en condiciones de abordar la existencia del Derecho administrativo comunitario. Sin este tipo de ordenamiento jurídico no puede haber verdaderos sujetos jurídicos, públicos y privados, ni actos administrativos y, por lo tanto, Derecho administrativo europeo. *Éstos son los hechos estructurantes del Derecho administrativo comunitario*¹³.

En esta línea de pensamiento, se desvela *otro elemento constitutivo* del Derecho administrativo europeo y de la persona colectiva de Derecho público a nivel supranacional —el interés público comunitario—. La búsqueda de tal noción puede sorprender si tenemos en cuenta un orden jurídico no estatal; no obstante, es absolutamente decisiva. Decisiva porque sólo la existencia del interés público comunitario legitima la intervención normativa y activa (ejecutiva) de las entidades administrativas comunitarias¹⁴.

Como la Unión Europea ha dejado de regirse por el principio de especialidad (finalidad esencialmente económica), la noción de interés público de fines múltiples se ha ido afirmando como fundamento y límite de actuación de los poderes públicos comunitarios. Es éste el criterio esencial que preside la definición de organismo de Derecho público. A diferencia del Tratado CECA, que indicaba expresamente (art. 3.º) la referencia al interés común, el Tratado de Roma no consagraba tal no-

¹² El Tratado de la Unión Europea, al modificar el Tratado de la CE, introdujo el instituto de la ciudadanía europea. Cfr. los artículos 20 a 25 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea (en la versión consolidada resultante del Tratado de Lisboa).

¹³ En relación con el ciudadano, como auténtico sujeto de derecho del ordenamiento comunitario, en cuanto titular de posiciones jurídicas subjetivas, señaladamente de derechos subjetivos, recuérdese la precursora sentencia *Van Gend & Loos* del Tribunal de Justicia, que ya anunciaba que «el ordenamiento comunitario reconoce como sujetos no sólo a los Estados sino también a sus ciudadanos». Lo que no existía era una norma positiva escrita. Más tarde llegó el pleno reconocimiento de derechos subjetivos a los particulares, a la par de las respectivas obligaciones y deberes.

¹⁴ Cfr. N. BASSI, *Principio di legalità e poteri amministrativi impliciti*, Milano, 2001, pág. 64. El autor destaca la relación entre el principio de legalidad (comunitario) y la expansión de las atribuciones comunitarias.

ción, lo que sucedió más tarde a través de revisiones sucesivas del Tratado¹⁵.

El interés público comunitario juega, así, dos funciones principales: la de limitar los poderes estatales y de la fuente de legitimación de la creación y actuación de entidades públicas comunitarias.

La noción de interés público comunitario es una noción jurídica que se impone a las instituciones y a los respectivos órganos comunitarios y a los Estados miembros, bajo el control atento del Tribunal de Justicia, perdiendo definitivamente su naturaleza especializada y sectorial¹⁶. Interés público comunitario que es igualmente consustancial a la legitimación de poderes públicos exorbitantes del Derecho privado. El interés público pasa a constituir el fundamento y el límite de la Administración europea y de su actividad, *maxime* discrecional. El interés público comunitario confiere también una profunda legitimidad a la actividad pública comunitaria, que reposa no tanto sobre la constitución del poder, sino sobre su justificación, que se ha afirmado fundamentalmente por obra de la jurisprudencia comunitaria.

Los fundamentos constitucionales del interés público europeo fueron ratificados inicialmente por el Tribunal de Justicia, particularmente en el proceso *Les Verts v. Parlement européen* (1986)¹⁷, donde se afirma textualmente que el «Tratado CE constituye la Carta Constitucional de una Comunidad de Derecho» (incluyendo la protección de los derechos y libertades fundamentales)¹⁸. El proceso de constitucionalización presupone un intérprete incontestado de la norma, el Tribunal de Justicia, que adquiere, por efecto de la exégesis, un valor constitucional¹⁹.

En el fondo, sólo la prueba de los elementos estructurales del Derecho administrativo puede legitimar la existencia del Derecho administrativo europeo. Uno de esos factores es, naturalmente, la persona colectiva de Derecho público.

Existe, además, *otro factor decisivo* para el surgimiento del Derecho administrativo europeo. Este factor innovador radica en la doble na-

¹⁵ Cfr., entre otros, los artículos 121.1 y 247.4 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, así denominado tras el Tratado de Lisboa. Otra cuestión es el sentido de la noción de interés común o de interés general, expresiones (éstas) utilizadas por el legislador comunitario.

¹⁶ Cfr. el artículo 4.º del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea.

¹⁷ COLAÇO ANTUNES, «Um tratado francês lido em alemão? O acto administrativo no direito comunitário e na sua jurisprudência», en *Colóquio Luso-Espanhol: O Acto no Contencioso Administrativo*, Coimbra, 2005, pág. 93.

¹⁸ Charlotte DENIZEAU, *L'Idée de Puissance Publique à l'Épreuve de l'Union Européenne*, París, 2004, págs. 561 y 562.

¹⁹ El problema de la ausencia de una Constitución formal; otra cosa es saber si los Tratados pueden ser considerados una especie de Constitución material o formal.

turalidad constitucional y administrativa del Tribunal de Justicia. Siguiendo a SHAPIRO²⁰, defendemos que los tribunales que desarrollan funciones de control de constitucionalidad y de jurisdicción administrativa (como es el caso) tienen tendencia (como sucede en Estados Unidos) a ser más exigentes en el control jurisdiccional que desarrollan. Creo también que este elemento, a través de los principios (características) del ordenamiento comunitario creados por el Tribunal de Justicia y de su jurisprudencia (primacía y efecto directo), explica que la integración (y homogeneidad) de los Derechos administrativos nacionales a nivel supranacional comporte una alteración de la naturaleza (y, quizás, de las funciones) de las entidades administrativas objeto de desagregación (nacional) e integración (comunitaria). Repárese en la teoría de los poderes implícitos (art. 352 del Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, anteriormente art. 235) desarrollada por el Tribunal de Justicia, en la estela de la jurisprudencia desarrollada por el Supremo Tribunal norteamericano²¹.

En efecto, si observamos más de cerca la integración europea, verificamos que cada sector administrativo desagregado del ordenamiento nacional no siempre encuentra un paralelismo funcional en la nueva forma de integración a nivel comunitario²². Por ejemplo, las características de uniformidad y homogeneidad o el efecto útil del Derecho comunitario (a cargo de la Comisión, como guardiana de los Tratados) hacen que la Administración local, cuando aplica el Derecho comunitario, se transforme en Administración periférica de la Unión Europea y pierda la naturaleza de Administración autónoma (local). Por su parte, la Administración directa del Estado se transforma en Administración indirecta de la Administración comunitaria. El artículo 182 de la Constitución de la República Portuguesa exige ahora una relectura²³ cuando afirma que el Gobierno es «el órgano superior de la Administración pública». Relectura que no es indiferente a la nueva *Administración de sistemas comunes* o Administración compuesta²⁴. Esto quiere decir que la innovación y la complejidad de la normativa positiva

²⁰ M. SHAPIRO, «The Institutionalization of European Administrative Space», en STONE, SANDHOLTZ y FLIGSTEIN, *The Institutionalization of Europe*, Oxford, 2001, pág. 94.

²¹ Extrañamente, o tal vez no, en Alemania sólo recientemente se ha publicado el primer *Manual de Derecho Constitucional Europeo*, dos décadas después del *Manual de Derecho Administrativo Europeo* de SCHWARZE. Este dato, tan curioso como extraño, puede ayudar a explicar la convicción, discutible como todas las convicciones, que induce a la separación del Derecho constitucional europeo de su hermano gemelo, el Derecho administrativo europeo.

²² Esta tesis es de Sabino CASSESE y se puede leer en su obra *La Globalización Jurídica*, trad. esp., Madrid, 2006, esp. págs. 175 y ss., con prólogo de Luis ORTEGA.

²³ Cae el mito de la Escuela Histórica alemana, según la cual las prescripciones del Derecho positivo podían cambiar sin alterar la naturaleza y la función de los institutos jurídicos.

²⁴ Cfr. COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado*, op. cit., págs. 77 y ss.

comunitaria pueden implicar alteraciones en el nivel de los principales institutos jurídico-administrativos.

El ejemplo de las asociaciones públicas (Administración autónoma no territorial, según el Derecho administrativo portugués) es significativo; en concreto, el de los colegios profesionales. Según la reciente jurisprudencia comunitaria²⁵, estas entidades son asociaciones de empresas.

Otra implicación (transitoria) puede verse en el fenómeno de la concurrencia y transnacionalidad de los ordenamientos jurídicos nacionales —principio de equivalencia funcional—. Éstos compiten o concurren ahora con la misma intensidad de sus economías. En definitiva, el Derecho administrativo europeo como un Derecho especial, constructivo y cumulativo.

Creo que la *publicidad* de las entidades administrativas pasa hoy por su relación especial y cualificada (autonomía pública) con el ordenamiento jurídico, más precisamente con un ordenamiento compuesto (en el que el Derecho de la Unión Europea integra y uniformiza los ordenamientos nacionales), y no ya por su relación-derivación del Estado, *que es tan sólo la penúltima forma histórica de un ordenamiento jurídico de fines generales*²⁶.

La principal revolución jurídica del siglo xx fue la parábola final del Estado como persona colectiva pública de fines generales.

III. SEMEL PUBLICA ADMINISTRATIO, SEMPER PUBLICA ADMINISTRATIO: EL PARADIGMA SUPRANACIONAL DE ORGANISMO DEL DERECHO PÚBLICO

Es en este nuevo contexto normativo donde tenemos que encontrar los criterios de administratividad y de publicidad de la persona colectiva pública. Si la figura del organismo de Derecho público es inicialmente de aplicación sectorial-contractual, es nuestra opinión que, apelando a una concepción sustancial del principio de legalidad, es susceptible de tener capacidad de extenderse a todo el ordenamiento jurídico general comunitario.

Creo que el elemento unificador de la pluralidad de manifestaciones jurídico-organizativas de la Administración puede pasar, como observa una monumental y reciente monografía alemana²⁷, por la relación entre una legalidad formal y una legalidad material construida en el ám-

²⁵ Cfr. las Sentencias del TJCE de 19 de febrero de 2002, Procesos núms. C-35/99 y C-309/99, procesos *Arduino* y *Wouters*.

²⁶ COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado*, op. cit., pág. 31.

²⁷ Cfr. M. ANDERHEIDEN, *Gemeinwohl in Republik und Union*, Tübingen, 2006, esp. págs. 173 y ss.

bito de la jurisprudencia y del ordenamiento jurídico comunitario, con base en la cláusula semifederal de primacía del Derecho de la Unión Europea sobre los ordenamientos jurídicos nacionales.

El organismo de Derecho público constituye una manifestación genuina de esta simbiosis entre la legalidad material y la legalidad formal. De este proceso de integración entre los dos tipos de juridicidad varias han sido las explicaciones de la teoría general. Para la doctrina alemana, el fenómeno interno y comunitario sería reconducible al principio de unidad sistémica al que tiende todo ordenamiento jurídico, principio que se desdoblaría en una serie de subprincipios, destacando entre ellos los principios de certeza del Derecho (*Rechtssicherheit*) y de la protección de la confianza legítima (*Vertrauensschutz*)²⁸.

Independientemente de la validez de las explicaciones teóricas, la verdad es que esta técnica de interpretación-aplicación del Derecho positivo a través de principios generales reelaborados y aplicados por la jurisprudencia comunitaria ha sido utilizada por los órganos de la Unión Europea para construir un ordenamiento jurídico compuesto de fines generales y unitario, aunque no totalmente uniforme. Los resultados de esta integración entre la legalidad formal y la legalidad material son visibles en la propia noción de persona colectiva pública y, por tanto, en la propia noción de Administración pública²⁹.

Consciente de la variedad organizativa y del régimen jurídico de la Administración pública en los ordenamientos nacionales, con la finalidad de perfilar las disposiciones comunitarias en materia de contratación pública, el legislador comunitario recurrió a una noción objetiva y material de persona colectiva pública a través de la figura del organismo de Derecho público. Tal noción de Administración tiene capacidad expansiva y puede ser válida igualmente para otros sectores del ordenamiento jurídico-administrativo (como, por ejemplo, las ayudas de los Estados), valiendo el criterio material de identificación de la persona colectiva pública: *semel publica administratio, semper publica administratio*. Otro campo de aplicación puede ser el de las fundaciones públicas de Derecho privado, recuperándose, de esta forma, la publicidad de la persona colectiva pública cualquiera que sea la forma jurídica declarada, incluso la forma jurídica privada. ¿Cómo puede dejar de tener naturaleza pública una entidad de creación pública, función pública, control público y financiación pública?

²⁸ Cfr., entre otros muchos, K.-A. SCHWARZ, *Vertrauensschutz als Verfassungsprinzip*, Baden-Baden, 2001, págs. 26 y ss. y 395 y ss.

²⁹ Para una primera aproximación a la figura de organismo de Derecho público, COLAÇO ANTUNES, «Um tratado francês lido em alemão? O acto administrativo no direito comunitário e na sua jurisprudência», *op. cit.*, págs. 81 y ss.

Una vistosa consecuencia de este criterio finalista, teleológico y material es la de convertir aparentes negocios jurídicos en actos administrativos plenamente controlables por los tribunales administrativos. Diría incluso que el control jurisdiccional de la actividad administrativa discrecional es más intenso (pleno y directo) cuando la personalidad jurídica pública es más débil, en la medida en que la Administración no está, en esos casos, dotada de poderes de autoridad tan fuertes, incluso de poderes discrecionales³⁰.

En definitiva, nos enfrentamos a una nueva y sugestiva fase de la evolución del Derecho administrativo. Esta revolución pacífica del Derecho administrativo de inspiración comunitaria no puede ignorar, como sucede en todas las revoluciones, que hay siempre una contrarrevolución. De ahí una cierta inquietud y confusión en la doctrina, porque no siempre es fácil comprender y distinguir el fenómeno revolucionario del fenómeno contrarrevolucionario.

Como hemos venido defendiendo, el criterio dirimente deber ser el principio de legalidad, que ha sido objeto de una intensa deconstrucción por parte del legislador nacional. La idea de que la Administración pública y su elemento estructurante esencial, la persona colectiva de Derecho público, abandonasen, tanto en la forma de organización como en la forma de actividad, el Derecho administrativo por el Derecho privado ha sido apuntada por una parte de la doctrina. Al contrario, nuestra opinión es la de que el Derecho privado como Derecho ordenador de la organización y de la actividad administrativa no puede ser una manifestación del principio de legalidad especial que caracteriza la relación jurídico-administrativa porque, por definición, no puede ser un componente del *Gemeinwohl*, en la medida en que el particular sólo se representa a sí mismo, mientras que la Administración, a través de la persona colectiva pública, representa a los intereses públicos y al conjunto de los ciudadanos.

¿Por qué razón se invoca tan furiosamente el Derecho privado en lugar del Derecho público? En nuestra opinión, para huir de la aplicabilidad del principio de legalidad y de sus efectos colaterales —jurisdicción contencioso-administrativa, controles internos y externos del ente, responsabilidad administrativa extracontractual por actos de gestión pública...

La parábola final del Estado como persona colectiva pública primaria, pacientemente elaborada por la doctrina alemana (BERGER, LABAND y OTTO MAYER), dio lugar al regreso del Estado patrimonial (*Fis-*

³⁰ COLAÇO ANTUNES, *A Teoria do Acto e a Justiça Administrativa*, Coimbra, 2006, págs. 130 y ss.

kusttheorie), del que la cameralística fue posiblemente la más elevada expresión ideal y dogmática³¹.

Conviene, por otro lado, cuestionar e investigar la relación del principio de legalidad con el Derecho privado. Antes de nada, hay que alejar la idea avanzada por la manualística, y aún hoy repetida por la doctrina, de que la Administración pública goza de una capacidad jurídica privada general, en lo que coincidimos, en la doctrina española, con PAREJO ALFONSO³². A nuestro parecer, la capacidad jurídica de Derecho privado cuando existe (y sólo puede existir cuando una norma jurídica lo prevea —principio de legalidad—) se halla siempre limitada por el fin, es decir, por el interés público previamente definido y calificado por la ley. La Administración no goza del poder de determinar los fines que rigen su actividad; por el contrario, esos fines le son impuestos por el legislador y la Administración está vinculada de forma inalienable e imprescriptible, lo que ayuda a explicar la irrenunciabilidad de la competencia, so pena de nulidad (art. 29 del Código de Procedimiento Administrativo portugués).

Naturalmente que no abogamos porque la Administración no pueda utilizar el Derecho privado (como, por otra parte, siempre ha ocurrido), pero tan sólo lo debe usar cuando éste se revele más eficaz para la consecución del interés público. Como hemos oído, incluso de ilustres privatistas, es precisamente el principio de legalidad el que pone límites al Derecho privado. La autonomía privada es, así, sustituida por la tipicidad administrativa, con consecuencias análogas a las de la disciplina del poder administrativo.

No es por casualidad que sea precisamente el principio de legalidad, a través de la tipicidad del ejercicio del poder administrativo, el que explica la capacidad del Derecho comunitario para armonizar sistemas jurídicos diversos y justifica la elección del Derecho administrativo como *Sonderweg* de la construcción jurídica de la Unión Europea.

IV. UNA HIPÓTESIS MERECEDORA DE TODA LA ATENCIÓN: LA CUESTIÓN DE LA LEGITIMIDAD JURÍDICO-CONSTITUCIONAL DEL PODER ORGANIZATIVO DE LA ADMINISTRACIÓN

Para quien defienda una solución en el ámbito de los ordenamientos nacionales, merece la pena un esfuerzo teórico.

³¹ Un desarrollo más completo, COLAÇO ANTUNES, *O Direito Administrativo sem Estado*, op. cit., págs. 19 y ss.

³² H. RUPP, *Grünfragen der heutigen Verwaltungsrechtslehre*, 2.^a ed., 1991, págs. 81 y ss. En la doctrina del país vecino, igualmente crítico, PAREJO ALFONSO, *Eficacia y Administración. Tres estudios*, Madrid, 1995, pág. 80.

De todos modos, el criterio principal es el mismo —la constitucionalidad y la legalidad de la Administración y de sus formas organizativas.

Las dificultades, que se vienen multiplicando en relación con la noción de Administración pública, no son indiferentes a la ausencia de una teoría jurídico-pública del poder organizativo y de su régimen jurídico-constitucional³³. Nos referimos específicamente al Derecho constitucional organizativo (arts. 198, 164, 165 y 266 y ss. de la CRP). Se plantea la cuestión de saber en qué medida el principio de constitucionalidad disciplina y obliga al poder público, y en particular a la Administración, levantando el velo de la personalidad pública, cuando aquel poder procede al reparto de atribuciones y competencias entre diversas entidades y órganos administrativos³⁴. En otras palabras, el legislador ordinario no es, constitucionalmente, libre de crear personas colectivas y de disciplinar su organización *ad intra* y *ad extra*³⁵.

La recuperación de la relación entre el Derecho organizativo-administrativo y el Derecho sustantivo y procedimental permite ver mejor que el Derecho administrativo organizativo, aunque no regule directamente los derechos y libertades fundamentales de los particulares, modela su ejercicio de una manera no desdeñable³⁶. De otra forma no se comprendería la preocupación del legislador constitucional en diseñar con tanta amplitud y profundidad la estructura constitucional de la Administración pública.

En suma, para el Derecho constitucional administrativo nacional, el Estado-Administración es la persona colectiva pública por excelencia, en relación a la cual directa o indirectamente todas las personas colectivas públicas menores se refieren y legitiman³⁷. Si es cierto que desde el punto de vista de la afirmación y desarrollo del Derecho administrativo esta construcción fue esencial, en la medida en que elevó al Estado-Administración a sujeto principal de la relación jurídico-administrativa, tampoco es menos cierto que la cuestión organizativa ha

³³ Sobre el concepto de poder de organización y la respectiva evolución, cfr. E. W. BÖCKENFÖRDE, *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung. Eine Untersuchung zum Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland*, 2.ª ed., 1998, págs. 22 y ss.

³⁴ PAREJO ALFONSO, *Organización y Poder de Organización*, Madrid, 2009, págs. 74 y 75, sostiene que la creación de nuevas personas jurídicas públicas requiere una ley o la existencia de una norma habilitante.

³⁵ De forma crítica, COLAÇO ANTUNES, «Da belle époque à mauvaise époque. A propósito das neofundações legislativas», *op. cit.*, págs. 270 y ss.

³⁶ En este sentido, F. E. SCHNAPP, «Dogmatische Überlegungen zu einer Theorie des Organisationsrechts», *AöR*, núm. 105, 2008, pág. 265.

³⁷ Incluso las Entidades Locales dependen, aunque en grado inferior, del Estado, tanto respecto de su existencia [art. 164.n) de la CRP] como respecto de su actividad (tutela administrativa, art. 242 de la CRP).

sido desvalorizada o, cuando eso no ocurre, es porque ésta (organización administrativa) ha sido vista desde la perspectiva de la relación jurídico-administrativa.

Aunque, en nuestra opinión, el Estado-Administración ya no sea la persona colectiva pública por excelencia (como se deduce del art. 182 de la CRP), creo que la noción de personalidad jurídica (pública) permitió, tempranamente, defender la doble capacidad jurídica (pública y privada) de la Administración³⁸. Es también esta tesis la que está en la base de la visión del poder organizativo como un poder más o menos implícito del ejecutivo, de la que la Constitución portuguesa, en cierto modo, se hace eco en el artículo 198.2. En una lectura sistemática, la Constitución todavía parece distribuir el poder organizativo entre el poder ejecutivo y el poder legislativo, *maxime* de la Asamblea de la República [arts. 164, letras d) y n), y 165, letras q), s) y u)].

Es cierto que el problema entre nosotros es más complicado debido a los abundantes poderes legislativos conferidos por el sistema constitucional al Gobierno (cfr. art. 198 de la CRP).

En este sentido, podemos individuar normas fundamentales de organización (constitucionales), normas legislativas de organización primaria (a través de la ley o decreto-ley) y normas de organización secundaria (normas reglamentarias o administrativas).

La organización administrativa obtiene, esencialmente, su legitimidad del principio de la legalidad (reserva de ley y primacía de la ley), constituyendo con el procedimiento administrativo una de las garantías de los ciudadanos, dado que la organización administrativa es el presupuesto de la actividad administrativa y, en esa medida, conforma el ejercicio de los derechos y libertades fundamentales de los particulares³⁹.

A pesar del reciente redescubrimiento dogmático de la teoría jurídica de la organización administrativa y, particularmente, del poder organizativo, las enseñanzas de SANTI ROMANO han permanecido, en gran medida, olvidadas⁴⁰. De ser así, y entendemos que lo es, aquí se halla, en la desatención de la doctrina sobre la legitimidad constitucional del poder organizativo, una de las explicaciones para la actual discrecionalidad legislativa y administrativa en relación con la *privatización de las formas de organización*. Pienso que este punto es importante para explicar una libertad constitutiva que el legislador or-

³⁸ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., págs. 33 y 42 y ss.

³⁹ F. E. SCHNAPP, «Dogmatische Überlegungen...», op. cit., pág. 253.

⁴⁰ SANTI ROMANO, *L'ordinamento giuridico*, Firenze, 1951, esp. págs. 127 y ss., con traducción española de Sebastián y Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, Madrid, 1963.

dinario constitucionalmente no tiene en materia de organización administrativa⁴¹.

Nos referimos al dramático descuido de la doctrina administrativa al concentrar su atención en la relación jurídica, en perjuicio de una teoría jurídico-constitucional de la organización administrativa congruente con los fines a que la Administración está constitucionalmente vinculada de forma inalienable e imprescriptible (art. 266, núm. 1, de la CRP)⁴².

Ahora bien, como hemos visto, la cuestión jurídica central en materia de legitimidad del poder de organización administrativa está en la distribución constitucional de la competencia legislativa por el Parlamento y por el Gobierno (en el ejercicio de la función legislativa). Este punto es decisivo porque tiene serias repercusiones en la actividad administrativa.

Creo que la raíz del problema viene de la concepción de Estado de Derecho liberal, en el que el único parámetro externo de la acción administrativa estaba constituido por la ley en sentido formal, ley del Parlamento, y donde la propia Constitución estaba bajo reserva de ley⁴³. De ahí que el principio de legalidad, bajo la forma de reserva de ley, se restringiese a los derechos y libertades fundamentales, especialmente al derecho de propiedad, con la admisibilidad sólo de las llamadas expropiaciones legislativas (*Legalenteignung*)⁴⁴. De esta construcción resultó que el poder organizativo fuese cayendo naturalmente en la esfera del poder ejecutivo, lo que explica que el derecho de la organización fuese cultivado sobre todo por el Derecho administrativo. En otras palabras, el derecho de la organización era visto como una dimensión *interna* del *Staatsrecht*⁴⁵. De ahí también la teoría de que el poder organizativo pertenece a la Administración. Ahora bien, las cosas no son así, discutiéndose hoy el ámbito y la legitimidad del citado poder y sus límites.

La distinción entre normas organizativas (que no incidían directamente en los derechos y en los deberes de los ciudadanos) y normas ju-

⁴¹ Ya F. CAMMEO, *Corso di diritto amministrativo* (reimpresión), vol. II, Padova, 1992, págs. 853 y ss., defendía que la organización constituía el principal elemento distintivo del Estado como persona colectiva pública.

⁴² El núm. 1 del artículo 266 de la Constitución dice que: «A Administração Pública visa a prossecução do interesse público, no respeito pelos direitos e interesses legalmente protegidos dos cidadãos».

⁴³ Cfr. R. GROSS, «Organisationsgewalt und Organisationsverordnungen», *DÖV*, núm. 2, 1963, págs. 53 y ss. Se entendía que la Constitución no era vinculante por sí misma, sino a través de la mediación o concreción legislativa.

⁴⁴ Véase el artículo 6.º de la Constitución de 1822, que tiene como inspiración y fuente principal la Constitución española de Cádiz de 1812. La expropiación por utilidad pública sólo podía ser declarada directamente por ley en ejecución de una norma constitucional.

⁴⁵ PAREJO ALFONSO, *Organización y Poder...*, *op. cit.*, págs. 66 a 68, nota 91.

rídicas (propiamente dichas) acompañó la evolución del Estado de Derecho, hasta la actual distribución del poder organizativo entre la Constitución, la ley y los reglamentos, en el ámbito de la llamada *Organisationsgewalt*, entendida como una facultad dada *ipso iure* por el poder de Estado⁴⁶. Es necesario recordar que la Constitución no se entiende hoy como un límite del poder estatal, sino como el fundamento de poder, de todo el poder, incluso de su organización y ejercicio.

En nuestros días no hay duda de que el poder organizativo tiene una relevancia primaria y, por tanto, constitucional, siendo la Ley Fundamental la que establece la reserva en favor de la ley, de modo que la regla general es la de que su ejercicio y titularidad pertenecen a los órganos legiferantes, *maxime* al Parlamento, aunque puedan ser atribuidos, a través de delegación, a otros órganos del Estado. Así, el ejercicio del poder organizativo por el Gobierno, en el ejercicio de la función administrativa (art. 199 de la CRP), se traduce en el dictado de normas administrativas (en cuanto normas jurídicas), incluso aunque su objeto se agote en las relaciones especiales de Derecho administrativo.

La Constitución portuguesa excluye la existencia de un poder organizativo del poder ejecutivo desvinculado de los principios de legalidad y de constitucionalidad, como resulta de la conjugación de los artículos 1.º y 2.º con el artículo 198.⁴⁷ Esta posición de la Constitución es importante para fundamentar el poder organizativo en los principios de constitucionalidad y legalidad de la Administración y de su actividad, aunque con densidades normativas diversas (arts. 164 y 165 de la CRP). Las vinculaciones constitucionales son muy relevantes en esta materia, en la medida en que vienen a cuestionar la naturaleza ejecutiva del poder organizativo y, por otro lado, vienen a afirmar que todo el poder de organización debe tener una legitimación constitucional y legislativa suficiente. Esta exigencia es válida no sólo para la creación de nuevas personas colectivas públicas, sino también, y esto es decisivo, para la creación de criaturas cuya naturaleza jurídica o personalidad es incierta. Véase, una vez más, el caso de las fundaciones públicas de De-

⁴⁶ PAREJO ALFONSO, *Organización y Poder...*, op. cit., pág. 76, que cita a FORSTHOFF.

⁴⁷ Jorge MIRANDA y Rui MEDEIROS, *Constituição Portuguesa Anotada*, tomo II, Coimbra, 2006, págs. 703 y ss., destacan la naturaleza controvertida de la competencia legislativa exclusiva del Gobierno respecto de su propia organización. Destacan, además, estos autores la dificultad, en un orden constitucional que eleva la materia de la organización y funcionamiento del Gobierno al dominio de la reserva de ley y que integra en la reserva absoluta de competencia legislativa de la Asamblea de la República la creación, extinción y modificación de Entidades Locales [art. 164, letra n)], de calificar la creación en concreto de institutos públicos (en general, Administración indirecta) como una actividad integrada en la función administrativa (pág. 704).

Somos, así, de la opinión de que se debe interpretar restrictivamente la competencia legislativa exclusiva del Gobierno prevista en el núm. 2 del artículo 198 (de la CRP), limitándola a su propia organización y funcionamiento.

recho privado e incluso, en este caso, como forma de habilitación con reserva de prohibición.

En suma, el principio de legalidad-fundamento⁴⁸ está en la base de todo el poder organizativo público, bajo la forma de tensión entre el legislativo y el ejecutivo⁴⁹. Queremos decir con esto que el poder organizativo no constituye un poder unitario, sino un poder determinado por su objeto, distribuido por el Gobierno y por la Asamblea de la República, en cuanto órganos legiferantes.

Es preciso señalar que la organización es, simultáneamente, presupuesto y posibilidad de desarrollo y cumplimiento de las actividades jurídicas y materiales del Estado, incluso administrativas. El Estado no es tan sólo un sistema de normas, sino también un conjunto de organizaciones político-administrativas que sólo puede actuar a través de la organización. La legitimación de la organización y, específicamente, de la organización administrativa obedece al criterio de la distribución constitucional de atribuciones y competencias y, siendo así, conforma todo el poder ejecutivo-administrativo.

V. PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y AUTONOMÍA PÚBLICA

A modo de conclusión, el método o el criterio fundamental para encuadrar y clasificar las formas emergentes de organización administrativa debe ser el principio de legalidad, lo que revela el carácter decisivo de la *autonomía pública* en la clasificación de persona colectiva pública y del fin a perseguir por la Administración, el interés público.

No vemos otra forma de contraponer la imparable (por lo que parece) descodificación de los sujetos (de Derecho público) sino a través de una recodificación axiológica del principio de legalidad en un ordenamiento jurídico de fines generales que hoy se expresa más allá del Estado —la Unión Europea.

La idea genérica de personalidad jurídica⁵⁰ está en crisis y no sólo en el Derecho público, por lo que únicamente una recuperación formal-sustancial del principio de legalidad-juridicidad puede poner fin a la desfiguración de la persona colectiva pública, lo que quizás requiera *una disciplina jurídica común de la actividad público-administrativa, cual-*

⁴⁸ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, op. cit., pág. 413.

⁴⁹ Cfr. N. ACHTERBERG, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 1988, págs. 63 y 159 y ss.

⁵⁰ Sobre las dificultades de esta noción capital para el Derecho, cfr. el clásico estudio de R. ORESTANO, *Il problema delle persone giuridiche in diritto romano*, Torino, 1968, esp. págs. 57-74.

*quiera que sea la veste o la naturaleza de la persona jurídica*⁵¹. La publicidad de la persona colectiva (derivada o secundaria) ya no está en su relación con el Estado-persona jurídica, sino en la relación con el ordenamiento jurídico-público objetivamente entendido. Sólo que ahora el ordenamiento jurídico-público original ya no es el del Estado, que ha pasado a ser un ordenamiento jurídico derivado de la Unión Europea y de su Derecho.

El gran desafío que se plantea a la doctrina y al legislador, cualquiera que sea, es el de que el reparto de las funciones administrativas debe ser el primer elemento que se debe tener presente al disciplinar los sujetos y las reglas organizativas. Es éste el gran problema con el que la doctrina administrativa se enfrenta y que un legislador digno de tal nombre debería ayudar a resolver, fundándose y orientándose por el principio de constitucionalidad de la Administración pública. De otra forma asistiremos a lo que hemos asistido, es decir, a soluciones contingentes, precipitadas y aleatorias, dejando al intérprete la ardua tarea de determinar el sexo de los ángeles.

El Derecho administrativo abandonó definitivamente el Estado, que es ahora un artefacto del pasado, el paraíso perdido.

Es en el ordenamiento jurídico compuesto de la Unión Europea donde se deben buscar los criterios orientadores en relación con las categorías fundamentales del Derecho administrativo. *Si queremos estudiar esta rama del Derecho público para ver su futuro tenemos que mirar más allá del Estado.*

Repetimos la pregunta que formulábamos al principio de esta breve reflexión: ¿quién ganará, la morfología o la dogmática del Derecho administrativo? En otras palabras: ¿los hechos como reglas de las normas o las normas como reglas de los hechos?

También la separación (*Trennung*) traumática entre el Derecho procesal y el Derecho sustantivo, por un lado, y la separación entre el Derecho sustantivo y el Derecho organizativo, por otro, no son ajenas a la pérdida de especificidad del Derecho administrativo y de sus categorías fundamentales.

No vemos cómo es posible el Derecho administrativo sin Administración o la Administración sin el Derecho administrativo. ¿Regresamos

⁵¹ COLAÇO ANTUNES, «A circulação da consciência dogmática no direito administrativo», *RFDUP*, año V, 2008, pág. 302. En efecto, ya no basta, frente a las transformaciones de la Administración, el núm. 5 del artículo 2.º del Código de Procedimiento Administrativo, que dice lo siguiente: «Os princípios gerais da actividade administrativa constantes do presente Código e as normas que concretizam preceitos constitucionais são aplicáveis a toda e qualquer actuação da Administração Pública, ainda que meramente técnica ou de gestão privada».

al principio del Derecho administrativo, cuando la Administración se definía por la función y no por la naturaleza jurídica del sujeto?⁵²

En síntesis, el ordenamiento jurídico-público contempla hoy dos nociones distintas de persona colectiva pública y, por tanto, de Administración. Una en la cual los principios públicos son consustanciales a la propia existencia del sujeto público, y que podríamos continuar calificando como Administración en sentido subjetivo u orgánico; y otra que podríamos definir como objetiva, caracterizada por la *autonomía pública*, entendiendo con esta expresión o criterio *la sujeción cualificada de una persona jurídica a un vínculo de naturaleza finalístico-teleológica con el ordenamiento jurídico*⁵³.

La efectividad de este vínculo se concretizaba y se concretiza por el principio de legalidad-juridicidad. Ahora, la personalidad pública de la Administración resulta de la autonomía pública de los sujetos, independientemente de la tipología organizativa o de su naturaleza jurídica. El carácter finalístico y funcional de la *autonomía* (pública) se justifica por la densidad del principio de legalidad⁵⁴, que funciona como criterio unificador entre el sujeto, que puede ser público o privado, y la función público-administrativa⁵⁵. En otras palabras, independientemente de la naturaleza jurídica del sujeto y de su actividad, el principio de legalidad conforma y conecta la razón de ser del ente con el fin de interés público. De esta forma, se expresa la idea de que el principio de legalidad opera como criterio de unión entre el modo de ser del sujeto y la cualidad final de su actividad.

Nos enfrentamos, así, con una frontera sutil entre un núcleo de personas colectivas públicas por naturaleza (personas colectivas públicas territoriales) y un conjunto creciente de entidades administrativas de Derecho privado vinculadas por el principio de legalidad a un fin de interés público⁵⁶. En este último sentido, se podría hablar de un retorno a la noción de Administración ejecutiva, atenuando o excluyendo el ejercicio del poder discrecional. De ahí, como se dijo antes, un control jurisdiccional más intenso en estos casos.

Creo que la utilidad de esta distinción está en la compatibilidad de las recientes evoluciones del ordenamiento jurídico-administrativo con

⁵² COLAÇO ANTUNES, «A circulação da consciência dogmática no direito administrativo», *op. cit.*, págs. 289 y ss.

⁵³ Utilizamos aquí la noción de autonomía de M. S. GIANNINI, «Autonomia (saggio sui concetti di autonomia)», *Riv. Dir. Pubbl.*, 1951, pág. 881.

⁵⁴ En este sentido, la doctrina más reciente habla de un *bloque de legalidad* que disciplina y vincula a la Administración como organización y actividad administrativas.

⁵⁵ COLAÇO ANTUNES, «A circulação da consciência dogmática no direito administrativo», *op. cit.*, págs. 300 y ss.

⁵⁶ E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. Ramón FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, *op. cit.*, pág. 59.

la noción constitucional de Administración. Quizás esto exigirá una interpretación hábil y elástica de la *Constitución administrativa*, pero no hasta el punto de privar a la Administración de su autonomía funcional o finalística o de privar a los particulares de las respectivas garantías procedimentales y procesales.

Este límite constitucional (art. 266) es infranqueable por el legislador ordinario cuando pretende disociar las funciones y la actividad del estatuto jurídico-público del sujeto y de la Administración, especialmente a través del ejercicio de (su) capacidad jurídica privada.

Finalmente la individualización de las funciones administrativas que deben permanecer públicas, entra, respetando la Constitución, dentro de la libertad constitutiva del legislador, pero no en la propia Administración.

Si la Ley Fundamental no fuese capaz, como no lo ha sido, porque carece del Estado, de frenar la privatización formal de la Administración, o incluso su despublicación, el intérprete debe valerse de los límites establecidos por el Derecho constitucional y administrativo de la Unión Europea, recurriendo, en particular, a la figura del organismo de Derecho público.

En última instancia, la autonomía pública de la persona colectiva radicará en el concepto de Constitución compuesta (*Verfassungsverbund*), incluyendo en el bloque constitucional el Derecho originario o primario de la Unión Europea y el Derecho constitucional nacional.

En definitiva, el principio constitucional de legalidad administrativa entendido en sentido material y compuesto, como criterio decisivo de la aproximación de las nociones subjetiva y objetiva de la Administración. En otras palabras, el criterio de la *autonomía pública* de la Administración como fórmula unitaria de la «subjetividad» administrativa a través de la cual la posición o naturaleza jurídica del ente (sujeto) es sustancialmente indiferente con relación a los fines fijados por la ley.

Las recientes y profundas alteraciones del sistema administrativo no eliminarán ni simplificarán la distinción (aún necesaria) entre las personas colectivas de Derecho público y las personas colectivas de Derecho privado. Se convertirá, eso sí, en algo más difícil y complejo y, siendo así, un tremendo desafío para la doctrina iuspublicista.

Estamos convencidos de que, superada la actual metaestabilidad jurídica, habrá un retroceso a las viejas fronteras de la gran dicotomía público-privado, pero ahora bajo la forma de un nuevo y consolidado ordenamiento jurídico de fines generales.

La duda está en saber si este nuevo ordenamiento jurídico general se situará a nivel regional (Unión Europea) o a nivel global.

