

LOS FINES DE INTERES PUBLICO COMO «CAUSA» Y COMO «LIMITE» DE LA COMPETENCIA Y COMO «MEDIO» Y «MEDIDA» DE CONTROL JURIDICOS *

POR

LUIS DE LA MORENA Y DE LA MORENA

Doctor en Derecho. Profesor ayudante de Derecho administrativo
en la Universidad Complutense

SUMARIO: 1. Introducción: Panorámica general.—2. La competencia como concepto: 2.1. Clarificación etimológica. 2.2. Intento de definición. 2.3. Descomposición analítica del concepto.—3. El fin: concepto y significación.—4. Los fines de interés público y su valoración ético-política: su concreción y desemboque en la noción del «bien común». Planteamiento y consecuencias.—5. Los estados de necesidad como creadores de intereses excepcionalmente protegidos: su proyección sobre los derechos de los particulares y las potestades de la Administración.—6. Fines de interés público con titularidad privada: sus potestades de cobertura.—7. Los fines de interés público en la génesis de poder: su conversión en competencias mediante la singular protección que su declaración como tales conlleva.—8. Los fines de interés público y su gradación: de las actividades privadas de interés público a la «publicatio».—9. Fines esenciales y fines no esenciales: características del poder que generan.—10. Fines y funciones: su correlación con las competencias y las potestades.—11. Los fines de interés público como causa de limitación del poder de quienes los gestionan: la desconfianza como sistema de protección.—12. Fines, competencias y órganos: sus correlaciones.—13. Normas sustantivas y normas formales: tipos de desviación jurídica que provocan.—14. Desviación de poder, desviación orgánica y desviación de procedimiento: tratamiento diferencial de las infracciones que producen.—15. Los fines de interés público en relación con los supuestos de hecho que los determinan: su conexión con la desviación de poder.—16. Intento de reducción de toda infracción a un denominador común único: el de «falta de poder o competencia».—17. Los fines de interés público en cuanto generadores de «poderes debidos»: ejercicio discrecional de las competencias frente a competencias de ejercicio discrecional.—18. Puntualizaciones finales: en torno a una tipología del poder.

1. INTRODUCCIÓN: PANORÁMICA GENERAL

Desde una perspectiva netamente jurídica, el Estado, y con mayor motivo la Administración de ese Estado, se nos presenta *prima facie* como un conjunto articulado de *órganos*, a los que una pluralidad de

* El presente trabajo se ha elaborado sobre la base de los capítulos o epígrafes I, V y X de la tesis doctoral que, con el título de «La competencia: su esencia y ejercicio, con especial referencia a nuestro Derecho, doctrina y jurisprudencia», defendí en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid el día 20 de mayo de 1978, ante un Tribunal presidido por el profesor don Eduardo

normas dotan de *poder* y de los que emanan toda una constelación de actos, a través de los cuales se realizan y cumplen los *finés de interés público*.

Así, pues, quien mira al Estado —y quien mira analiza—, lo primero que ve o se le ofrece son: unos órganos, unas normas, unos poderes, unos actos y unos fines o intereses. Y justamente estos *cinco elementos* los podemos considerar como básicos o esenciales al concepto de competencia y, por ello, de alguna manera, reconducibles a él o desde él analizables. Sin perjuicio de las precisiones analíticas más rigurosas que haremos en seguida.

En efecto, el órgano no es sino el soporte de una competencia, por lo que ninguna competencia podrá ser ejercida sin un órgano; esa competencia no es sino el mismo poder medido e imputado a su órgano soporte, por lo que no puede haber poder al margen de las competencias de todos y cada uno de los órganos integrados en el Estado e integrantes de él; el acto no es sino la concreción de voluntad en que se traduce o manifiesta el ejercicio que de su competencia hace cada órgano, por lo que si lo dicta o emana al margen de esta competencia, tal acto será tenido por nulo o no válido; *los fines de interés público no son sino los móviles desencadenantes de la actuación de todos y cada uno de los órganos encuadrados en el Estado y la razón suprema y única por la que se les confirió las competencias que portan, de tal manera, que sin fin que cumplir no habrá órgano que crear ni competencia que ejercer*; finalmente, las normas no son sino los basamentos jurídicos u ordinamentales que fundan y sancionan los fines de interés público, crean los órganos llamados a satisfacerlos y les imputan o atribuyen el poder o competencia que para ello precisan.

2. LA COMPETENCIA COMO CONCEPTO

2.1 *Clarificación etimológica*

Es enormemente socorrido acudir a la etimología de las palabras en busca de su sentido originario, del que el investigador de turno extraerá, con no rara frecuencia, luminosas correlaciones con la rea-

GARCÍA DE ENTERRÍA, y del que formaban parte los igualmente profesores de Derecho administrativo, don José Antonio GARCÍA-TREVIJANO y Fos, don José Luis VILLAR PALASÍ, don Luis MORELL OCAÑA y don Gaspar ARIÑO ORTIZ, que me la dirigió. La tesis obtuvo la calificación de «sobresaliente *cum laude*». En los referidos capítulos he introducido las modificaciones y adiciones que me han parecido oportunas con vistas a su actualización y mejoramiento.

lidad social de la que brotó él mismo y que, acaso, hoy aparezca sepultada bajo los escombros de los sucesivos derrumbamientos o cambios sociales que a lo largo de los siglos se hayan ido produciendo. De ahí que la etimología deba complementarse con la semántica, que trata de explicar e interpretar los cambios de sentido operados en unos mismos vocablos en su choque histórico con realidades nuevas y, en ocasiones, de signo antitético.

Sirva de ejemplo aleccionador al respecto la palabra *privilegio* que, en su acepción original, significó «ofensa a lo privado», análogamente a como *sacrilegio* supuso —y sigue suponiendo— «ofensa a lo sagrado». Mas llegó un momento histórico (feudalismo) en que empezó a cristalizar la idea de que «los que ofendían» (los nobles), tenían derecho a hacerlo por razón de su posición social eminente frente al estado llano y potestades de jurisdicción y mando ejercidas sobre él por tal título o causa. Vinieron a quedar así justificadas, y hasta dignificadas, *sub specie communitatis* unas prerrogativas que hasta ese momento habían sido recusadas y precisamente desde la igual dignidad atribuible a los ofendidos (el pueblo).

Según esta construcción, la Administración podría ser vista como una transustanciación impersonal hecha a un aparato de poder de aquellos privilegios o prerrogativas que un día tuvieron los señores feudales, con el rey a la cabeza. La Administración es, en efecto, una ofensa o agravio institucionalizado «a lo privado» (los administrados), pero justificada invariablemente desde la idea ética de «preeminencia de lo público».

Pues bien, hemos consultado diversas enciclopedias y diccionarios (el Espasa, el Escriche, el Corominas, etc.), intentando rastrear significados válidos para nuestro intento, y hemos de confesar que éstos han sido muy pocos. He aquí los resultados a los que, poniendo no poco de nuestra parte, hemos podido llegar. Según ellos, la palabra competencia derivaría etimológicamente o, al menos, podría entroncar, con los vocablos latinos siguientes:

Cum y petere, que quiere decir tanto como «pedir con otro» o al mismo tiempo que él; co-exigirse algo y, en consecuencia, co-atacarse para conseguirlo en la creencia compartida de que se tiene la razón y, por ende, el derecho. Las correlaciones entre «competencia» y «proceso» resultan aquí transparentes.

Cum y potestas, que equivaldría a «actuar con poder» frente a eventuales opositores. Desde este ángulo brilla más la idea de com-

petencia administrativa como poder de un órgano no condicionado a que otros pidan su intervención, sino a que se produzcan los supuestos y fines legales que lo generan.

Competere, cuyo sentido nos traslada a la idea de competición o contienda. El poder nace, crece y se manifiesta en la lucha contra o frente a otros. Es claramente perceptible esta visión competencial en la Ley de Conflictos Jurisdiccionales. De señalar es también cómo este verbo latino tiene, entre otras acepciones, las de «corresponder a», «incumbir», de claro nexo funcional con la palabra competencia.

Competentia, equivalente a aptitud, destreza, habilidad, ideas de las que, por traslación de sentido, se obtendrá esta otra: el más diestro, el más competente, será el que tenga mayor autoridad y al que habrá que atribuirse o reconocerle también, por consiguiente, el mayor poder. La detentación o reivindicación de competencias por la tecnocracia y por los Cuerpos Especiales, así como la frecuente involucración entre los Reglamentos Orgánicos y los Reglamentos de Personal, podría encontrar aquí una germinal justificación.

Componere, verbo del que podemos extraer, acaso un tanto forzadamente, las ideas de «organizar, arreglar, poner orden en» y otras afines que, instantáneamente, nos llevan a constatar las correlaciones entre los conceptos de organización y de competencia.

2.2 *Intento de definición*

Para una recta comprensión del sentido y alcance de la definición de competencia que a continuación ofrecemos, debe tenerse muy presente que, para llegar a ella, hemos partido de la siguiente premisa: la de que el acto administrativo debe ser visto desde la competencia de cuyo ejercicio emana y no, como generalmente se hace, la competencia desde el acto, como uno de los requisitos que concurren a su formación, con posibilidad jurídica de viciarlo. *Es, pues, el acto el que nace de la competencia y no la competencia la que funciona como un mero requisito de la validez del acto.*

Desde esta perspectiva generalizadora, que sitúa al concepto de competencia en el centro mismo de la dogmática jurídica, con posibilidad de reconvertir a él o instrumentalizar en función de él a otra serie de conceptos jurídicos básicos, como los de norma, órgano, acto, procedimiento, etc., ofrecemos la siguiente definición de competencia:

Atribución de poder concreto conferido por una norma a un determinado órgano para que, en cumplimiento del deber de realización del Derecho que le es impuesto, y utilizando al efecto los medios personales y materiales con que se le dota, decida, en los distintos supuestos contemplados por la norma—y sólo en ellos—, de acuerdo con el procedimiento en cada caso establecido, lo que, por ser la voluntad o fin querido por el ordenamiento en relación con los distintos asuntos objeto de su regulación, ante todos debe valer y a todos vincular.

2.3 Descomposición analítica del concepto

El análisis de la transcrita definición nos muestra, enumerados por el orden en que la misma los recoge, los siguientes factores o componentes competenciales:

1) Un componente *apoderativo o habilitante*, que viene dado por la *atribución de poder concreto*—o, al menos, concretable— hecho a un determinado órgano por una norma.

2) Un componente *normativo*, indicativo de que toda competencia debe tener su origen legal en la letra o en la *ratio* de una norma o conjunto de normas (*nulla competentia sine norma*).

3) Un componente *organizativo o estructural*, alusivo al órgano en el que la porción de poder en que la competencia consiste va a quedar incardinado, con vistas a su ejercitabilidad inmediata.

4) Un componente *imperativo u obligacional*, que alude al imperativo jurídico de que el fin o interés a cuya satisfacción la competencia subviene, y por cuya razón se otorga, sea alcanzado, lo que postula su obligatorio ejercicio por parte del titular del órgano, siempre y cuando se den los presupuestos causales y teleológicos normativamente previstos.

5) Un componente *medial o instrumental*, referente a los medios personales y materiales de los que el titular del Órgano deberá servirse para el más correcto y eficaz ejercicio de su competencia. Aparecerá así, junto al *Órgano administrativo*, y como recubriéndolo, a efectos de posibilitar dicho ejercicio, la *Unidad administrativa*: junto al titular ministro, la unidad Ministerio; junto al titular director general, la unidad Dirección General, etc.

6) Un componente *decisorio* o de toma de decisiones, referente a que el ejercicio de una competencia habrá de traducirse en una declaración de voluntad y no en simples actos materiales de ejecución, ni en meras declaraciones de deseo, conocimiento o juicio, las cuales no podrán producir directamente efectos frente a terceros como no sea asociadas procedimentalmente a otra decisión principal, anterior o posterior, de la que traerán su causa y razón.

7) Un componente *fáctico* o *causal*, alusivo a los distintos presupuestos de hecho contemplados por la norma atributiva de la competencia y a cuya existencia condiciona la legítima actuación del órgano llamado a ejercerla.

8) Un componente *formal* o *procedimental*, con el que se designa el imperativo jurídico de que la competencia sea ejercida de acuerdo con el procedimiento preestablecido en cada caso, y cuya total omisión nos situaría ante las llamadas «vías de hecho», equiparables en un todo a las acciones realizadas *sin competencia* y, por consiguiente, contra Derecho.

9) Un componente *teleológico*, con el que se hace referencia a la finalidad por razón de la cual se estableció o fundó la competencia y para cuya realización debe ser actuada.

10) Un componente *material u objetivo* con el que se alude a la parcela o sector de la realidad social específicamente incidido por la norma atributiva de la competencia y ordenadora de los asuntos comprendidos en él.

11) Un componente *constitutivo*, con el que se expresan los efectos jurídicos producidos en las situaciones jurídicas preexistentes como consecuencia directa del ejercicio de una competencia. El poder, articulado en competencias, es la palanca de que el Estado dispone para mover a la Sociedad. De ahí que la primera norma (Constitución) tenga que ser básicamente una norma de creación y atribución de competencias.

3. EL FIN: CONCEPTO Y SIGNIFICACIÓN

¿Qué es el fin y qué dependencia guardan respecto de él la organización y la competencia? En otro lugar hemos definido el fin, en general, como *la atracción producida en nuestra voluntad por un bien o interés* (bonum habet rationem finis), *cuya apetencia desencadena*

en nosotros una actuación realizadora, a cuya eficacia ordenamos racionalmente la totalidad de los medios de que disponemos (1).

En esta definición queda recogida ya la correlación entre fin, organización y poder. Ningún fin se puede conseguir sin el empleo de medios o factores adecuados y suficientes. La ordenación, o mejor, co-ordenación de esos medios, se identifica con su organización, y ninguna organización *funciona* sin un poder que la impulse y dirija hacia su fin o meta. Es por eso por lo que el hombre, cuanto más investido de poder se halle, mayores posibilidades tendrá para crear y organizar su entorno existencial, de acuerdo con los fines propuestos y objetivados, por lo común, en un plan director.

De ahí que haya podido decirse que todo poder hace de quien lo tiene y ejerce un pequeño dios. Mas advirtamos que semejante «divinización», que un día afirmaron poseer —y se les creyó— los monarcas absolutos, no tanto debe hacerse derivar del poder en sí (*imperium*) cuanto del saber que le precede (*ratio*). O dicho en otras palabras: la mayor afinidad del hombre con Dios no le vendrá dada por su posibilidad de tener y ejercer poder, sino por la racionalidad de que dé pruebas en el uso y ejercicio del mismo, orientándolo indefectiblemente hacia la satisfacción de ese supremo valor legitimador que, desde hace siglos, venimos denominando «bien común».

De esta manera, y con referencia al Estado y su Administración, obrar y obrar para un fin de interés público reinsertable en el bien común será ética y lógicamente una misma cosa, siendo el fin, por su propia naturaleza, lo primero en la intención (ley-plan), y lo último en la ejecución o realización (actuaciones administrativa y jurisdiccional).

4. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO Y SU VALORACIÓN ÉTICO-POLÍTICA: SU CREACIÓN Y DESEMBOQUE EN LA NOCIÓN DE «BIEN COMÚN». PLANTEAMIENTO Y CONSECUENCIAS

Si nos centramos ahora sobre el obrar del Estado, el esquema expuesto será perfectamente válido: si el Estado actúa por y para la

(1) Sobre la noción de fin como concepto autónomo y en sus relaciones con la Administración, a través del nexo de unión de los intereses públicos, vid. J. GASCÓN HERNÁNDEZ: *Los fines de la Administración*, en el núm. 11 de esta REVISTA (1953); L. JORDANA DE POZAS: *El problema de los fines de la actividad administrativa*, en el núm. 4 de esta REVISTA (1951), y L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA: *Análisis factorial de la organización: el fin*, en «RISA», núm. 1 (1969).

Comunidad, todo fin de ésta se convertirá en fin del Estado, sin que puedan darse —sin alterar la relación ética de servicio— fines del Estado que no sean, a la vez, de modo directo o por derivación, fines de la comunidad.

Precisamente la legitimación última del poder del Estado habrá que venir a buscarla en su *puesta al servicio de la comunidad* (cfr. artículos 1.º y 3.º LOE). Y como el fin global de ésta es el denominado, por antonomasia, *bien común* (Principio V, LPMN), habrá que concluir que será ilegítimo todo poder que, por su *origen*, no dimane de la comunidad, y, por su *ejercicio*, no se oriente exclusivamente hacia la realización del bien común.

Pero ¿qué es el bien común y a quién corresponde determinarlo? A nuestro juicio, el bien común como idea operativa se concreta en *la ordenación legal del comportamiento humano en cuanto suponga creación o empleo de poder o riqueza desde la fundamental preocupación ética de incrementar continuamente, al máximo nivel posible, la solidaridad y el bienestar moral y material entre los miembros de una comunidad, sacrificando a su logro, en la medida necesaria, los bienes o intereses individuales incompatibles de igual o inferior rango ético* (2).

Vemos, pues, que el bien común, examinado desde la perspectiva de su gran gestor o realizador —el Estado— presupone o plasma en una ordenación legal. Esta ordenación legal se va a identificar, en último término con la Constitución, en la que se quedarán consagrados cuáles sean los fines o valores de justicia y bienestar sociales en primer término perseguidos por los gobernantes (cfr. principio XII LPM) y cuáles los intereses individuales o de grupo que, por carecer de rango moral suficiente, deberán ser sacrificados o doblegados a aquéllos mediante el empleo o ejercicio de las potestades necesarias (arts. 8, 9 y 30 FE).

En la definición de bien común, acabada de ofrecer, situamos, pues, el límite de la sacrificabilidad de los intereses individuales en favor de los públicos, en que aquéllos sean de igual o inferior rango ético al atribuible a éstos. Entroncamos así con lo mejor de nuestra tradición jurídica, para la cual, en palabras del gran maestro DE CASTRO, «el bien de la Comunidad es superior al de cada individuo, que le debe su propio sacrificio, como parte que es de ella, mas sólo cuando se

(2) Sobre el concepto de bien común y sus relaciones con el interés público y el Derecho administrativo, *vid.* el conocido trabajo de ORTIZ DÍAZ: «El bien común y la Administración pública», en *Estudios García Oviedo*, vol. I, pp. 461 y ss.

trate de bienes de igual calidad (*ejusdem generis*); sólo se puede hablar de bien común cuando se refiera o, al menos, no se oponga a los bienes espirituales superiores, lo que prácticamente supone que si bien el individuo deberá arriesgar vida y fortuna por la Comunidad, ésta no podrá exigirle que ponga en peligro su alma (recuérdese la famosa estrofa de CALDERÓN, en *El alcalde de Zalamea*: "al rey, la hacienda y la vida se han de dar, pero el honor es patrimonio del alma y el alma sólo es de Dios") y su mandato no puede lícitamente atentar contra la dignidad personal» (3).

El hombre puede ser valorado o dimensionado jurídicamente desde lo que es (portador de valores eternos, en expresión ya muy gastada pero exacta), desde lo que *tiene* (titular de un patrimonio) y desde lo que *hace* (prestador de trabajo y servicios). Sólo en las dos últimas dimensiones es admisible su sacrificio o mediatización al bien común (cfr. ars. 1.º, 4.º, 32 y 36 FE; V LPFM y 1.º L. Reforma política en relación con el art. 1.º Ley Expropiación Forzosa).

El problema de los fines de interés público en los que se va decantando y concretando la noción de bien común se carga, pues, de un enorme potencial político que aconseja: primero, que su más alta formulación se haga a nivel constitucional, y segundo, que su desarrollo inmediato corresponda, de entre los órganos establecidos en la Constitución, al de mayor proximidad al pueblo soberano, es decir, al órgano legislativo. En otras palabras: los fines de interés público y, en consecuencia, la fundación de las competencias imprescindibles para su satisfacción, deberán ser establecidos por Ley. Todo sucede como si el legislador, al apoderar a la Administración, le dijese: *organízate como quieras* (potestad organizativa), *puesto que, en definitiva, habrás de actuar como quiero* (procedimiento) y *sólo para lo que quiero* (fines de interés público).

El artículo 40 LOE no constituye, a nuestro juicio, una excepción a este principio. En él se nos dice que «la Administración, constituida por órganos jerárquicos ordenados, *asume el cumplimiento de los fines del Estado en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general*». Ahora bien, y con las salvedades que en seguida veremos, una cosa es que los *asuma* y otra muy distinta que los *declare* y, menos aún, que se los *invente*. A lo más que podrá llegar la Administración, en relación con los fines de interés público, y puesto que atribuimos

(3) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO: *Derecho Civil de España*, 2.ª ed., tomo I, p. 38, Madrid, 1949.

a éstos una existencia objetivo-racional y no meramente subjetiva o voluntarista, es a *descubrirlos* o alumbrarlos, exactamente a como descubre el juez los principios generales del Derecho —que no los inventa— o concreta los conceptos jurídicos indeterminados —que nunca abandona a la arbitrariedad de la Administración.

La Administración, pues, asumirá, ciertamente, el cumplimiento de los fines del Estado, pero —se entiende— *en tanto que esos fines hayan sido declarados previamente del Estado*, declaración que podrá ser hecha, bien por *la propia Constitución* (art. 30 LOE, que enumera los «fines fundamentales del Estado», y Principio XII LPFMN, que enuncia sus objetivos básicos), bien por *cada una de las Leyes* que, en el ejercicio de su competencia normativa, dicten las Cortes, bien por *los Reglamentos* que emane el propio Gobierno en base a las habilitaciones previstas en aquéllas. El Gobierno y, por lo tanto, la Administración del Estado, de la que aquél es su vértice (art. 2.º LRJAE), puede participar subordinadamente en la declaración o determinación de los fines de interés público, pero siempre que lo haga —y la matización es muy importante— *por la vía de la creación del Derecho objetivo* (normas) y *nunca por la de la aplicación de ese Derecho a supuestos concretos* (actos).

Es evidente que la potestad reglamentaria del Gobierno —autónoma o no— se moverá sin trabas dentro de un ámbito de libertad limitada (Leyes marcos y de habilitación), que coincidirá exactamente con el «ámbito de impotencia» de las Cortes para «ordenar», con el debido detalle y precisión, determinadas actividades o sectores, singularmente socioeconómicos. En el ejercicio de esa potestad reglamentaria, la Administración podrá «declarar» —*como si fuera el Legislativo*— los objetivos o intereses públicos a alcanzar prioritariamente en cada coyuntura y sector, convirtiéndose con ello en el verdadero poder decisorio sobre lo que es y lo que no es el interés público, según su «leal saber y entender». Los Reglamentos de Policía en los que tan ostensiblemente se combinan «al por mayor» las potestades de fiscalización o autorización con las de estímulo y sanción en los diferentes ramos de la actividad administrativa no amparados por una reserva expresa de Ley (materias fiscales, penales, etc.), evidencian lo «demasiado lejos» que se puede llegar en este punto y el riesgo que con ello se corre, ante una nada hipotética incrustación de los grupos de presión en los centros de elaboración y aprobación de unas normas que luego habrían de ser ya aplicadas bajo el pie forzado de unos criterios reglamentarios disfuncionales respecto del interés público.

Ciertamente que también cabría pensar, en contrapartida, que aquí el Gobierno —la Administración—, más que declarar determinados fines como de interés público, lo que hace realmente es *arbitrar libremente la estrategia a seguir, esto es, los medios, técnicas o procedimientos más convenientes a emplear para la realización de una determinada «política»*, entendida aquí como articulación de propósitos mejor o peor definidos en las Leyes, pero ideológica o intencionalmente claros para quienes en el ejercicio del poder del Estado y en representación de sus ciudadanos los formularon (horizontes, metas, programas). Lo que, sin embargo, no debería ser consuelo bastante, pues sabido es hasta qué punto la naturaleza de los medios empleados podrá determinar realmente los resultados obtenidos.

En cualquier caso, el efectivo cumplimiento de los fines del Estado, uno de los cuales es, según el citado artículo 3.º LOE, «la promoción de un orden social justo en el que todo interés particular quede subordinado al bien común», llevará aparejado, lógicamente, según se desprende de la redacción del precepto, «la pronta y eficaz satisfacción del interés general», satisfacción a la que, a tenor del mismo, vendrán obligados, por igual e indivisiblemente, todos los órganos que «jerárquicamente ordenados» constituyen la Administración. He aquí, pues, a todos los órganos de la Administración, cualquiera que sea su rango jerárquico, constitucionalmente *movilizados* para hacer efectivo ese «orden social justo» que nos traería, por añadidura, la pronta y eficaz satisfacción del interés general, o, lo que es lo mismo, la realización del bien común, tal y como ese interés general o ese bien común aparezcan definidos en cada momento por el Ordenamiento. Pero justamente aquí se empieza a captar la enorme hondura y dificultad del tema. En efecto:

1. ¿Qué es y cómo se puede definir, reduciéndolo a términos operativos o «cumplibles» por la Administración, el interés general o bien común? Las nociones abstractas e idealizadoras —entre las cuales incluimos, por supuesto, la nuestra— son notoriamente insuficientes a estos efectos.

2. ¿Hasta qué punto podrá el legislador representarse *a priori*, según reglas o criterios permanentes y claros, dónde empieza y dónde acaba el interés público, o se verá forzado a habilitar a la Administración —a través de su órgano competente, que, haciendo honor a su nombre, habrá de ser también el más experto— para que lo deter-

mine, o, según ya dijimos, lo «descubra» cada vez que la norma lo invoque sin precisarlo?

3. ¿Qué correlaciones se dan entre las concepciones éticas o ideológicas inspiradoras de cada tipo de Estado y la noción del bien común, tal y como cada una de ellas se lo represente y defienda? ¿Habrá, en consecuencia, tantas nociones del bien común o interés general como Ordenamientos Jurídicos emanen de tales Estados? El bien común, ¿será algo que *se impone* a los hombres —gobernantes y gobernados— por la naturaleza de las cosas, o algo que *se superpone* por los hombres —por los detentadores del poder— a esa misma naturaleza, a fin de hacerla ser o valer como ellos —como sus intereses de clase o grupo— son o se valoran? ¿Cabrán, entonces, tantos órdenes sociales justos o injustos a la vez cuantas sean las ópticas políticas o económicas de quienes, en función de su peculiar *status* socioeconómico, los califiquen o descalifiquen?

4. ¿Se debe calificar el interés público como un interés *cualitativamente diferenciado* del interés individual, o, por el contrario, habrá que entenderlo simplemente como el interés *de todos o los más*, es decir, como una adición de tantos sumandos o una integración de tantos factores homogéneos como individuos compongan la comunidad o grupo considerado? La segunda alternativa —por la que nos inclinamos— conllevará que lo que a todos interese quedará, sólo por eso, inmediatamente publicado —en acto o en potencia—, ofreciendo, en consecuencia, una doble perspectiva público-privada, por virtud de la cual, siempre que se perciba un perjuicio en un interés particular por razones de interés público (limitaciones de policía, prestaciones forzosas, etc.), se percibirá, a la vez, en cuanto miembro de la comunidad beneficiada, un beneficio reflejo, siquiera de distinto signo y evaluable por diferente modo.

5. Cuando los intereses en pugna se planteen entre grandes grupos sociales organizados, frente o contra otros colectivos de análoga magnitud y fuerza —v. gr.: patronos frente a obreros, productores frente a consumidores, agricultores frente a ganaderos, etc.—, de tal modo que el cuerpo social, entendido como un todo armónico, parezca desintegrarse, ¿qué criterios, objetivos o prioridades, de intrínseca justicia o de mera conveniencia política, se deberán utilizar por el legislador o, en su caso, por la Administración, si aquél le «endosa» a ésta el problema para determinar la ecuación entre los sacrificios y los beneficios a imponer o distribuir entre unos y otros? Cierta-

mente que *gobernar es elegir entre intereses*, y el político habrá de saberlo hacer con tal arte, que todos —beneficiados y perjudicados— acepten que «cualquier otra solución sería peor». El poder del Estado se vuelve aquí *arbitraje*, precisamente porque frente a frente —más que propiamente frente a él— se halla otro poder: el de la sociedad y sus grupos de presión organizados. Si interés tanto quiere decir etimológicamente como *inter-esse*, esto es, «estar entre», el Estado bien podría ser definido como *el gran interés de la justicia y de la paz, situándose entre todos los intereses sociales enfrentados y, por ello, potencialmente portadores de injusticia y desorden, con el fin de integrarlos y armonizarlos mediante el ejercicio, sabiamente dosificado, de la «potestas» (Derecho administrativo) y del «arbitrium» (Derecho político).*

Se explica así que los gobernantes —ejecutivo + legislativo—, a la hora de valorar con criterios posibilistas y no utópicos el coste social que conllevaría la implantación de un ideal reformista o revolucionario que impusiera el sacrificio de determinados intereses —de grupo o de clase—, sociológicamente inatacables en una estructura de poderes fácticos predeterminante, se vean forzados a actuar con «paciente prudencia», conscientes de que hay algo mucho peor que el repliegue ocasional de una política, y es la pérdida o el bloqueo indefinidos de las esperanzas reformistas que se abrían con ella hacia el futuro. Es verdad que la revolución es la distancia más corta entre dos antagonismos políticos, pero también la de recorrido más difícil e incierto. El poder no siempre recibirá la prepotencia —y, con ella, su triunfo— de su fuerza, sino de la *estrategia* que aplique. Y esa estrategia vendrá dada principalmente por su capacidad para autoorganizarse en torno a los intereses, de los que surge y sobre los que se sustenta.

Una fuerza social débil, pero bien organizada, podrá imponerse con facilidad a fuerzas más poderosas, pero desorganizadas. *La ecuación sería ésta: fuerza + organización = poder = intereses dominantes* (prescindiendo ahora de si ética u ontológicamente podrían ser calificados de públicos o no). Se explica así el «interés» de ciertos intereses socioeconómicos por incrustarse de alguna manera en la estructura misma del Estado, en cuanto poder y organización supremos, para apropiársela (partidos únicos) o para mediatizarla (Corporaciones, Sindicatos, grupos de presión). Pues bien, la conclusión a la que nos urge llegar es ésta: *que la democracia, en cuanto parti-*

cipación organizada de todos para el ejercicio del poder entre todos, se erige en la única forma política capaz de convertir al Estado y hacer, por tanto, de los gobernantes los únicos árbitros, socialmente irrecusables, llamados a impedir con sus decisiones pluriinteresadas que los uniintereses en guerra degeneren en guerra de intereses.

6. Si el Derecho administrativo es un Derecho surgido *de* los intereses públicos e instrumentado *para* la protección de esos intereses, a cuyo fin se sirve del aparato orgánico Administración Pública, en la que viene a personificar su representación y defensa, ¿habremos de entender que cada vez que la Administración pierda un contencioso forzosamente quedará sacrificado o infraordenado el interés público al interés privado? Ante un tal planteamiento, ¿cómo interpretar el hecho? ¿Como una aberración individualista de la norma aplicada que le hace apartarse de su *ratio finis* o institucional? ¿Como una deformación social del juez que le lleva a invertir, cuando no a subvertir, los intereses y valores en conflicto, olvidándose de que el Derecho que aplica le obliga, sin necesidad de decirlo, a medirlos desigualmente? ¿Como una prueba de que la burocracia que recubre los órganos administrativos antepuso—por equivocación o por desviación—determinados intereses de grupo o de clase a los verdaderos intereses públicos, canonizados en la norma? ¿Como una demostración, en fin, de que la *pax publica* exige, en ocasiones, el respeto o la inatacabilidad de ciertos derechos, valores o libertades privados o de grupo, aun a riesgo de que padezcan los intereses públicos en oposición (caso de la huelga, por ejemplo)?

7. Finalmente, ¿cómo reaccionar ante un Ordenamiento individualista que, partiendo del principio formal de que los intereses públicos están suficientemente protegidos por la Administración, a través de sus órganos de gestión, consulta, tutela y control, no menos de lo que puedan estarlo los meramente privados por sus titulares respectivos, que carecen, además, de las prerrogativas que aquélla tiene, prescinde o minimiza el hecho de que la Administración es sociológicamente un feudo burocrático que segrega y defiende sus propios intereses, y en vez de propiciar y estimular, como saludable medida correctora, la participación activa de los ciudadanos y grupos comunitarios en la promoción, gestión y control de aquellos intereses que, como hemos visto, les afectan, y de modo eminente la frena y coarta a través de procedimientos cerrados o insuficientemente públicos y de legitimaciones restrictivas? ¿Por qué al particular se le han de dar

más armas cuando de poder a poder defiende ante los Tribunales y contra la Administración sus intereses privativos y, por tanto, de signo egoísta que cuando, obrando como ciudadano, vecino o miembro de cualquier corporación o asociación pública, trata de hacer valer los intereses de éstas, por lo general de muy superior rango ético, cuando no calificables, con toda propiedad, de públicos?

La respuesta a esta larga serie de interrogantes nos exigiría adentrarnos analíticamente en el concepto —o conceptos— del interés público considerado en sí mismo y en sus relaciones con el supraconcepto del bien común. No hay un único «interés público», y de ahí que esta expresión se use corrientemente en plural: los intereses públicos. No ocurre otro tanto con la idea abstracta y genérica del bien común, antes definida, que se emplea siempre en singular, como queriendo significar que en ella se integran y reducen a unidad la gran variedad de intereses públicos, no siempre conciliables entre sí. El bien común desborda, por otra parte, por su misma generalidad, el espectro social delimitado por los intereses públicos, al que se circunscribe el Derecho administrativo, para abarcar al total Ordenamiento jurídico en su doble vertiente pública y privada.

La clásica definición de ley de Santo Tomás como *ordinatio rationis ad bonum commune*... hace certeramente del bien común el centro de gravedad de toda norma jurídica digna de tal nombre, sin que importe que la naturaleza de los bienes, valores o intereses que proteja o promueva sean de naturaleza pública o privada, con tal de que no sean éticamente recusables, aunque sí, por supuesto, jerarquizables. Las connotaciones individualistas inherentes a la idea de justicia conmutativa, como «lo mío frente a lo tuyo», quedan así trascendidas por la idea solidarista de la justicia social, entendida como «lo que es de todos o a todos beneficia», pues si lo tuyo fuera contra lo mío, no habría bien privado sin reverso de mal alguno, haciéndose imposible, en consecuencia, la idea de un bien común (tesis socialista) (4).

(4) Desde una perspectiva descaradamente individualista, podría sostenerse, con no menor cinismo que agudeza, que la idea de un bien común es en sí misma contradictoria y, por ello, destructora del orden natural, pues todo «bien» (mío, tuyo o suyo) deja de serlo —o tenderá a no serlo— desde el momento mismo en que se hace «común» o de todos. Desde un plano psicológico, al menos, ya que no ético, pues el hombre es antes psicología que eticidad, está comprobado que «lo que es de todos no importa a nadie», luego nadie se sacrificará por sostenerlo, luego todos terminaremos perdiéndolo. Moraleja: se impone la revolución individual para hacer viable —y no utópico— lo social. Si nadie tiene nada, ¿qué tendremos todos?

En nuestra doctrina debemos a F. SAINZ MORENO la investigación más lúcida y perseverante sobre el concepto de interés público en cuanto objeto y objetivo, a la vez, del Derecho administrativo. Bien vale la pena traer aquí algunas de sus afirmaciones capitales:

«El interés público se sustenta en los intereses privados de cada persona, pero no en todos, sino sólo en aquellos que ésta comparte con los demás...; toda interpretación y aplicación del concepto legal de interés público debe hacerse tomando en cuenta todos los intereses afectados y no sólo los directamente implicados en cada caso» (5). «La distinción entre interés privado e interés público no es neta, no es cuestión de cantidad, ni siquiera de "dignidad", de manera que existen intereses privados que entrañan un elemento trascendente, por lo que la relación entre ambos no siempre se percibirá como contradictoria, sino que en muchos casos será conciliable, e incluso concurrente» (6).

«La noción de interés público se utiliza como principio político de la organización estatal..., que en el plano jurídico no cumple la función de dar solución concreta a casos singulares, sino la de servir de fundamento e inspiración a la aplicación de otros criterios elaborados para ese fin (p. ej., principio V LPFMN; arts. 1.º, 26 y

(5) Vid. F. SAINZ MORENO: *Reducción de la discrecionalidad: el interés público como concepto jurídico*, en «REDA», núm. 8 (1978). Son posibles, pues, concluimos por nuestra cuenta, intereses privados que no sean públicos, pero nunca intereses públicos que no sean también, y además, intereses privados. De ello deberían obtenerse importantes consecuencias de orden práctico a efectos de incrementar la todavía balbuciente participación ciudadana en los procesos decisivos, de acuerdo con las argumentaciones que más adelante se harán.

(6) Vid. F. SAINZ MORENO: *Sobre el interés público y la legalidad administrativa: en torno a la obra de TRUCHET «Les fonctions de la notion d'intérêt général dans la jurisprudence du Conseil d'Etat»*, en el núm. 82 de esta REVISTA (1977). Esta implicación recíproca entre interés público e interés privado se percibirá claramente en las llamadas «actividades privadas de interés público», así como en la singular protección—constitucional, administrativa, penal—dispensada a ciertos derechos fundamentales por razón de su rango ético superior. Una idea del límite o *techo* hasta el que se podría llegar en el intento de progresiva publicación de lo privado, que, no obstante, *interesa* a todos, nos la proporciona el siempre polémico y sugerente art. 101 LRL: no sólo las obras y servicios públicos propiamente dichos, sino también las *necesidades generales*, e incluso las *aspiraciones ideales* de la comunidad, podrían ser asumidas como objeto y justificación de su actividad por la Administración. Otra cosa será que luego la Ley condicione tal publicación o desprivatización a la insuficiencia de la iniciativa privada o a la conveniencia de limitar los poderes fácticos en manos no públicas.

30 FE, etc.)..., y como *concepto jurídico*, que aparece incorporado a todas aquellas normas que condicionan una actuación administrativa a lo que convenga o perjudique al interés público. Además, y de forma tácita, la noción de interés público aparece en todas aquellas *normas que atribuyen a la Administración un cierto margen de actuación* (discrecionalidad)... La noción de interés público aparece en casos especialmente difíciles e importantes para justificar excepciones al régimen de libertad general (limitaciones, prohibiciones, coacciones), para reformar o modificar situaciones previas o para crear situaciones especiales.» «Surge así la cuestión de *qué contenido* tiene el concepto de interés público... No se trata de una noción vacía de contenido; es, por el contrario, una *noción que expresa un valor*, aunque ese valor no pertenezca a la clase de conceptos como "lo bueno" o "lo bello", sino a la de conceptos valorativos como "lo sano" o "lo resistente", conceptos, por tanto, que *tienen un componente real, además del ideal o valorativo*... No existen intereses públicos "impersonales"» (7).

Bien común e interés público son, pues, conceptos que pertenecen al mismo género próximo, pero cuya última diferencia podría encontrarse en las notas siguientes:

1. El bien común se distancia ética y filosóficamente de lo concreto para mejor captar lo general, encerrándolo en unos cuantos principios abstractos; el interés público, por el contrario, desciende hasta lo concreto y singular para mejor valorarlo y hacerlo realidad.

(7) Toda esta larga cita está entresacada de su excelente monografía, verdaderamente fundamental sobre el tema, *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa* (Edit. Civitas, Madrid, 1976, pp. 316, 318, 321 y 324). Sobre la temática que nos ocupa aún ha vuelto a insistir F. SAINZ MORENO en su cuarto trabajo: *Sobre la apreciación de la buena conducta en función del interés general y la responsabilidad patrimonial de la Administración*, en «REDA», número 13 (1977). En él comenta elogiosamente la sentencia del Tribunal Supremo de 19 de enero de 1977 (art. 272) en la que se utiliza certeramente la noción de interés público para medir el alcance del requisito de «buena conducta» en el ámbito del Derecho administrativo. Un elogio a la misma, pero con ciertas reservas de fondo, puede verse también en E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, t. II, Civitas, Madrid, 1977, p. 25.

2. El bien común se predica propiamente como un atributo formal de la ley y, por extensión, de toda norma; el interés público, como un elemento de sus innumerables actos administrativos de aplicación.

3. El bien común se proyecta sobre el Ordenamiento jurídico en su totalidad; el interés público se circunscribe al Derecho administrativo, agotándolo.

4. El bien común maneja valores éticos y, por lo mismo, trascendente, que, de alguna manera, dan una dimensión pública o, más exactamente, de orden público, a valores o intereses estrictamente individuales—v. gr.: el honor, la dignidad personal, la protección de la persona y bienes del incapaz, etc.—; el interés público, por el contrario, maneja básicamente módulos de utilidad, oportunidad o conveniencia, que, como ha puesto de relieve GARCÍA-TREVIJANO, lo convierten en «un concepto válvula, contingente, y que varía en relación con el momento, el lugar y las circunstancias de hecho de toda clase» (8).

5. LOS ESTADOS DE NECESIDAD COMO CREADORES DE INTERESES EXCEPCIONALMENTE PROTEGIDOS: SU PROYECCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DE LOS PARTICULARES Y LAS POTESTADES DE LA ADMINISTRACIÓN

En la relación de los bienes y valores sacrificables al bien común, el derecho a la vida ocupa un lugar intermedio. A diferencia del honor y de la dignidad personal, éticamente insacrificables, el derecho a la vida puede ser sacrificado por vía no punitiva, pero únicamente —y aquí está lo diferencial— en supuestos de excepción (guerras, calamidades públicas, etc.) y nunca en los de normalidad. Con todo, para calibrar bien el alcance y sentido de su peculiar sacrificabilidad y extraer de ella consecuencias de orden práctico, conviene puntualizar:

- 1) que la vida no queda «mediatizada»; simplemente se acepta el riesgo de muerte, no imputable a quienes lo imponen;
- 2) que tal riesgo *no deriva del ejercicio de una potestad atribuida a la Administración, sino del cumplimiento de un deber impuesto a los ciudadanos o a ciertos funcionarios directamente por la Ley (art. 7.º FE y 8.º-7.º CP), y*

(8) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO: *Tratado de Derecho Administrativo*, t. I, Madrid, 1974, p. 415.

- 3) que la Ley en tal caso, más que crear Derecho realmente lo *suspende* por razones de fuerza mayor: *necessitas facit jus*. En este sentido, incluso el derecho de objeción de conciencia, de neto contenido ético, se suele dejar sin efecto en casos de de conflicto bélico.

Toda situación de excepción o emergencia, por las necesidades apremiantes que hace surgir, genera en favor de quienes la padecen, unos poderes o eximen de unas obligaciones que, en supuestos normales, serían inadmisibles. Por lo que a la Administración respecta, no sólo los límites de su poder se rompen hasta hacerse prácticamente ilimitados (poderes excepcionales), sino que también el orden de competencias articulado para supuestos normales, juntamente con sus correspondientes cauces procedimentales y de garantía, salta y queda subvertido, pasando a asumir los órganos inferiores atribuciones reservadas ordinariamente, por su mayor trascendencia, a los órganos superiores (cfr. arts. 10 LOE; 35 FE; 25 a 42 LOP y 117 y 264 LRL) (9).

Si en circunstancias de normalidad ciudadana el poder de las autoridades tiene unos límites, tanto en cuanto a las potestades que pueden ser ejercidas y al procedimiento que debe ser empleado, cuanto respecto de las materias a las que pueden extenderse tales potestades, rota aquella normalidad por la sobrevenida de situaciones de excepción, gravedad o emergencia, límites jurídicos y parcelas sociales exentas, quedan automáticamente en suspenso con la consiguiente expansión de los poderes atribuidos a la Administración. Y ello porque así lo exige el nuevo fin o necesidad surgido a la vida pública por efecto de los eventos excepcionales súbitamente sobrevenidos y en tanto éstos subsistan.

Por lo que respecta a los particulares, merece resaltarse cómo en supuestos de estado de necesidad o de legítima defensa sus poderes de actuación contra o frente a los demás particulares que, en situaciones de normalidad, tienen que hacerse valer necesariamente, y salvo rarísimas excepciones (cfr. art. 592 CC), a través de la intervención del juez, bajo apercibimiento de sanción penal (art. 496 CP),

(9) Vid. J. M. BOQUERA OLIVER: «Las atribuciones de las autoridades locales en circunstancias excepcionales», en *Problemas Políticos de la Vida Local*, III, Madrid, 1963. J. L. GONZÁLEZ BERENGUER Y URRUTIA: *El principio de legalidad y las actuaciones de emergencia*, en «REVL», núm. 137 (1958), y J. SOSA WAGNER: *Las medidas excepcionales en el Ordenamiento Constitucional español*, en el núm. 66 de esta REVISTA (1971).

se ven igualmente potenciados con el reconocimiento de la acción directa y la exención de la responsabilidad penal subsiguiente (cfr. eximentes 4.^a y 7.^a del art. 8.º CP).

Si comparamos ambas situaciones, la de la Administración y la del particular, vemos cómo lo que en éste es la excepción en aquélla es la regla general. O en otras palabras, *que mientras el particular sólo podrá ejecutar directamente sus decisiones si actúa en legítima defensa o impulsado por un estado de necesidad, la Administración lo podrá hacer siempre por razón del trato privilegiado que al Derecho le merecen los intereses públicos que la misma asume y tutela.*

Otra conclusión a destacar del paralelismo expuesto es ésta: *que mientras la satisfacción de los intereses privados admite, sin trastornos para la Comunidad, las demoras resultantes de la obligada intervención judicial, los intereses públicos no admitirán semejante aplazamiento, ya que con él se generaría una grave carencia o estado de necesidad colectiva que urgiría por sí mismo la adopción de soluciones alternativas inmediatas (v. gr., movilización) que no harían sino agravar la situación.* La consecuencia de todo ello es la elevación del principio de continuidad de los servicios públicos al rango de esencial, con todas las consecuencias a que tal calificación obliga (interdicción de la huelga, afectación de bienes, etc.).

6. FINES DE INTERÉS PÚBLICO CON TITULARIDAD PRIVADA: SUS POTESTADES DE COBERTURA

Es tal la fuerza de los fines de interés público para generar correlativamente potestades públicas que cuando un particular, por razón de su peculiar *status* jurídico, se ve obligado a asumir funciones con trascendencia y proyección públicas, el Derecho, que se las impone, le atribuye simultáneamente los poderes necesarios para ejercerlas en condiciones muy similares a las reconocidas en supuestos análogos a los órganos competentes. Tal sucede con los padres respecto de sus hijos en cuanto titulares de la *patria potestad* y, aunque en grado mucho menor y en claro proceso de revisión, con los maridos respecto de sus mujeres a través de los poderes inherentes a su *potestas maritalis*.

En efecto, y por lo que concierne a la *patria potestas* (no se olvide que en el Derecho romano el *pater familiae* ejercía un poder soberano

respecto de los *alieni juris* sometidos a su *potestas* o *impérium*), la función que los padres ejercen cerca de sus hijos reúne las siguientes características tipificadoras:

1) Que no se otorga en beneficio de los padres, sino para el bien de los hijos (*ratio finis*), lo que le confiere el carácter de *poder debido* que sólo apodera en la medida misma en que vincula (cfr. arts. 154 y 155 CC).

2) Que el fin a que tal función o potestas provee es de interés u orden público, por lo que la ley no puede permanecer indiferente a *si* se ejerce y a *cómo* se ejerce (arts. 23 FE; 155 y 171 CC).

3) Que si tal potestas no se ejerce o se ejerce mal —con abuso o desviación de poder—, el titular de la misma no sólo incurrirá en responsabilidad civil y penal (arts. 171 CC y 487 a 489 CP), exactamente a como acontece con la autoridad que abandona la función que tiene encomendada o prevarica al ejercerla (arts. 358, 376 y 385 CP), sino que la ley, a través de los órganos a tal fin instituidos (Ministerio fiscal, jueces, tribunales tutelares de menores) arbitrará mecanismos de sustitución o suplencia (tutor, protutor, consejo de familia...) de modo idéntico a como hace con los órganos o cargos vacantes o desatendidos a fin de que sus funciones nunca puedan quedar incumplidas.

4) Que tal potestas presupone la obligación de administrar con eficacia los bienes e intereses del menor (art. 163 CC), exactamente a cómo le incumbe hacer a la Administración con los bienes e intereses públicos encomendados a su tutela (art. 40 LOE) y únicamente para los actos de enajenación o disposición se requerirá a los padres o a la Administración licencia o autorización del juez o del Gobierno o las Cortes, respectivamente (arts. 164 CC y arts. 6.º LACHP y 39 a 41 y 62 LPE).

5) Que como potestad instrumental o de garantía aneja a su potestad funcional el padre podrá castigar o sancionar «moderadamente» a sus hijos (arts. 155 y 156 CC), exactamente a como la Administración podrá imponer sanciones a los administrados, siempre que éstas no tengan el carácter de penas (art. 27 LRJAE), en cuyo caso, por su mayor severidad, quedarán igualmente reservadas a la autoridad judicial (arts. 19 FE y 27 LRJAE).

No ha de extrañar por todo ello, vistos los soportes organizativos y teleológicos sobre los que se levanta y sustenta la *patria potestas* y, en

menor grado, según dijimos, la *potestas maritalis*, en cuanto manifestaciones prototípicas de los poderes instituidos por el Derecho de familia, la calificación de Derecho público atribuida al mismo por el eminente profesor GUASP (10).

7. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO EN LA GÉNESIS DEL PODER: SU CONVERSIÓN EN COMPETENCIAS MEDIANTE LA SINGULAR PROTECCIÓN QUE SU DECLARACIÓN COMO TALES CONLLEVA

De GALLEGO ANABITARTE tomamos la siguiente expresiva cita de PE-LÁEZ DEL POZO, escrita hace casi siglo y medio y que tiene, si cabe, por ello redoblado valor:

«El Estado algunas veces se individualiza, se hace, por así decirlo, de la misma condición del individuo. Y esto ¿por qué así? Por la sencilla, al par que poderosa razón, de que al poseer y contratar como lo verifica el individuo y para los mismos fines que él, tiene que emplear los mismos medios...; mas no siempre el Estado se individualiza, sino que, *dirigiéndose a otros fines, cumpliendo misión distinta, gobierna o administra*, pero como en estos casos tiene fines distintos que el individuo, claro es que *para llenarlos le corresponden medios diferentes también*» (11).

La valoración del fin público como presupuesto legitimador del que brota toda competencia, llega a adquirir así el valor de un auténtico «principio general del Derecho», directamente entroncable, en feliz expresión de RIVERO, «con la naturaleza de las cosas y la lógica de las

(10) Este ilustre profesor, tras definir, muy lúcidamente, el Derecho administrativo como «aquel conjunto jurídico que, una vez dados por la dirección de la comunidad estatal, los fines que se quieren alcanzar, establece y hace funcionar los medios cuyo rendimiento se entiende indispensable para la obtención de aquellos fines», descubre en el Derecho de familia un claro entronque con el Derecho público, en base, especialmente, al análisis de la relación paterno-filial. He aquí sus propias palabras: «Puesto que cabe pensar que sea la familia un conjunto de relaciones jurídicas organizadas, ya que en ellas existe un principio de autoridad, unos fines y unos medios, una *supra* y subordinación..., no habrá más remedio que sostener que el Derecho de familia es un Derecho público y no un Derecho privado.» Vid. J. GUASP: *Derecho*, Madrid, 1971, pp. 492 y 537.

(11) Vid. A. GALLEGO ANABITARTE: *Derecho general de organización*, IEA, Madrid, 1971, p. 375.

instituciones» (12). De aquí la necesidad de utilizar este concepto-válvula no sólo como *fundamento legitimador* de toda potestad pública, sino también, y además, como *limite infranqueable* frente a las apetencias de dominio de los grupos de presión o simples particulares investidos de autoridad que desde el seno de la Administración traten de enmascarar como públicos sus propios intereses.

Magníficamente ha visto y analizado toda esta temática BOQUERA OLIVER, cuyas palabras al respecto bien merecen el honor de la cita:

«La técnica que emplea el legislador para autorizar a las Administraciones públicas a intervenir con su poder excepcional en la vida social, es la declaración de que entre los fines humanos hay algunos de interés público. De este modo, las finalidades humanas quedan agrupadas en dos haces diferentes: los de interés privado y los de interés público. En el Derecho administrativo se habla mucho, casi constantemente, de fines de interés público, pero ¿qué cosa es, en efecto, el interés público? GIANNINI, pese a la claridad y rotundidad con que se formula la pregunta, no nos dice qué entiende por fin de interés público, a pesar de lo cual pronto continúa hablando de fines públicos... Y, sin embargo, no se puede tratar el tema de la competencia de las entidades públicas y muchos otros capitales del Derecho administrativo sin una idea lo más exacta posible del "fin de interés público", pues la competencia no es otra cosa que la relación, la función, que el ordenamiento jurídico establece entre los fines de interés público y el poder público.»

«Resulta necesario, en efecto, que alguien en la comunidad tenga la posibilidad de imponer los intereses públicos a los intereses privados... Las Administraciones públicas han nacido para cumplir la misión de defender e imponer los intereses públicos a los privados. En primer lugar, el legislador fija, o debe fijar, los fines de interés público. En segundo lugar, al legislador le corresponde la función de investir de poder público a los sujetos encargados de satisfacer dichos fines. De esta manera, crea

(12). Vid. RIVERO: *Los principios generales del Derecho en el Derecho francés contemporáneo*, en el núm. 6 de esta REVISTA.

una relación, una conexión entre los fines públicos y el poder de hacer efectiva su superioridad sobre los fines de interés privado, que llamamos competencia» (13).

Por su parte, MARTÍN MATEO no ha dudado en llevar a sus últimas consecuencias la correlación que venimos estableciendo entre los fines de interés público y las potestades instrumentadas para su satisfacción, haciendo de la misma el eje del Derecho administrativo que define en los siguientes términos:

«Derecho administrativo es el Derecho que regula el ejercicio de las *actividades dirigidas a finalidades de interés público y para cuya consecución el ordenamiento concede potestades singulares*» (14).

Así, pues, no cabe, desde un punto de vista ético o legitimador, fundar un poder público o competencia sin el previo y correlativo soporte de un interés calificado también legalmente como «público» (*nulla*

(13) Vid. J. M. BOQUERA OLIVER: «Determinación de la competencia de las entidades locales», en *Problemas Políticos de la Vida Local*, tomo VII, Madrid, 1967, páginas 39 y ss. Nuevas aportaciones en su *Derecho administrativo*, vol. I, Madrid, 1972, p. 10.

(14) Vid. R. MARTÍN MATEO: *La sustantividad del Derecho administrativo*, en el número 53 de esta REVISTA (1967), p. 43. La postura de R. MARTÍN MATEO aparece igualmente compartida y enriquecida desde nuevas perspectivas por las aportaciones de los profesores J. L. MEILÁN GIL y G. ARIÑO ORTIZ. Para el primero de ellos, «los intereses colectivos son originariamente determinantes del ámbito del Derecho administrativo». Incluso en los supuestos en los que la Administración Pública no los gestione *como titular*, siempre le alcanzará respecto de esa gestión un *monopolio de responsabilidad*. Creemos interpretar fielmente su pensamiento si ponemos en boca de la Administración el siguiente lema: *Interés público soy, por lo que frente a ningún interés público podré permanecer ajena.* (Vid. su interesante trabajo, repleto de agudas observaciones y sugerencias, *El proceso de la definición del Derecho administrativo*, ENAP, 1967, pp. 89 y ss.) Sin embargo, lo que no hace MEILÁN GIL es explicar las consecuencias insitas en la ecuación «interés público = potestades administrativas». Este paso lo da, con convicción y fuerza, ARIÑO ORTIZ, quien matiza y amplifica desde nuevas perspectivas la definición transcrita de MARTÍN MATEO, ofreciéndonos esta otra: «Derecho administrativo es el Derecho común que regula la organización y funcionamiento de la Administración Pública, subjetivamente considerada, *así como la actividad de todos aquellos sujetos—sean o no Administración—que ejercen competencias específicas atribuidas por el Ordenamiento o delegadas por el poder público.*» «Entiendo—concluye—que a la hora de definir la Administración de nuestros días, lo importante son las competencias y no quienes las ejercitan.» Por su parte, por competencia entiende un *munus publicum* impuesto a cada órgano o entidad «para la consecución de fines de interés público en toda su variedad.» Vid. *Sobre los conceptos de Administración Pública y Derecho administrativo*. Prelección al Programa de Derecho Administrativo, Universidad Complutense. Facultad de Derecho, Madrid, 1973, pp. 53 y 58. Huelga advertir hasta qué punto, en nuestro concepto de competencia, antes dado, hemos procurado llevar al límite de sus consecuencias las premisas fecundas abiertas por ARIÑO.

competentia sine publicatione finis), Lo que, *a sensu contrario*, significará que si esa previa *publicatio* no media, o bien las Administraciones públicas no podrán intervenir o si intervienen no podrán hacerlo ya investidas de poder público frente a los administrados (competencias), sino bajo un régimen de estricta igualdad jurídica frente a ellos (derechos subjetivos). *No hay, pues, competencias sin fines declarados previa y legalmente de interés público. por más que excepcionalmente pueda haber fines de interés público (en un sentido material) no transmutados aún en competencias, pero transmutables en ellas.*

Téngase en cuenta que la comunidad, entendida como *universitas civium* y no como mera yuxtaposición de grupos con sus peculiares y, a veces, antagónicos intereses, no se opondrá a la satisfacción de los fines de interés público, lo que supondría una *contradictio in terminis*, pero sí podrá oponerse, a través de los Parlamentos que la representan, al otorgamiento de poderes públicos en favor de la Administración del Estado como medio alternativo y preferente de obtener la satisfacción de tales fines. De ahí la previsible preferencia del ciudadano porque, siempre que ello sea posible, tales fines se alcancen a través de los particulares (principio de subsidiariedad), y sólo si esto no resultase posible o conveniente y hubiese de intervenir la Administración, a que la actuación de ésta se ajuste lo más posible a un régimen igual o no exorbitante del Derecho común (caso del régimen administrativo anglosajón, fundado sobre los presupuestos liberales que lo inspiran).

Muy expresivas resultan, a este respecto, las siguientes palabras de FORSTHOFF, que requerirían, sin embargo, de una adecuada matización para no romper la ecuación «a fin publicado, competencia otorgada», de la que nosotros partimos:

«Hay que distinguir entre las funciones administrativas atribuidas a una autoridad y los medios soberanos de que pueda servirse para su realización, los cuales tienen que ser también expresamente reconocidos a los órganos. La concepción dominante en la primera época constitucionalista, según la cual *una autoridad a la que se le asigne una obligación dispone, sin más, de los medios necesarios para cumplirla*, no puede considerarse actualmente como acertada» (15).

(15) Vid. E. FORSTHOFF: *Tratado de Derecho administrativo*, IEP, Madrid, 1958, página 291. Más recientemente, M. BULLINGER ha vuelto a insistir en que «si un

En efecto, la Administración está proyectada existencialmente para la satisfacción de los intereses públicos, de la misma manera que el poder legislativo tiene como principal función la de declararlos (artículos 40 LOE en relación con el 3.º LOE y 10 LCC). Una vez producida esta declaración o *publicatio* legislativa se operará normalmente una correlativa fundación de competencias o poderes *ex lege* en favor de la Administración para que, ejercitándolas, les dé cumplimiento y efectividad social, haciéndolos descender desde el mundo de las aspiraciones ideales al de las realidades concretas. En este sentido, repitámoslo, *la competencia no es sino un poder al servicio de un deber que siempre podrá ser percibido y valorado como un fin de interés público y, por ello, de imposible subordinación a cualesquiera intereses privados contradictorios, salvo que sean de rango ético superior* (16).

8. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO Y SU GRADACIÓN: DE LAS ACTIVIDADES PRIVADAS DE INTERÉS PÚBLICO A LA «PUBLICATIO»

Preguntarse qué es el interés público es tanto como preguntarse qué circunstancias deberán concurrir para que el legislador lo declare como tal y como tal a todos lo imponga, sirviéndose para ello del correlativo poder que otorga a la Administración. Pero el legislador,

concreto Ordenamiento jurídico considera como óptima realización del bien común el que sean empresas privadas las que, en libre concurrencia, provean a la producción y al intercambio, *no cabe duda de que será el régimen jurídico de dicha concurrencia, con sus reglas relativas al tráfico y sus necesarias garantías y limitaciones, el que constituya el Ordenamiento público del bien común*. IEA, Madrid, 1976, p. 125.

(16) Mientras repaso estas notas, se produce el secuestro del industrial alemán SCHLEYER y de un avión de la *Lufthansa* por un comando terrorista de la tristemente célebre banda *Baader-Meinhoff*. Por la liberación de los rehenes se exige la puesta en libertad de 13 terroristas extremadamente peligrosos. Caso de ceder al chantaje, se habría salvado la vida de casi un centenar de personas inocentes; en contrapartida, se habría echado la siembra para futuros y más graves chantajes, sacrificando los más altos valores jurídicos a la audacia criminal de un grupo de fanáticos. El conflicto de valores —y no sólo de intereses— resultaba aquí estremecedoramente dramático, y el Derecho, arbitrado para dar soluciones justas a cualesquiera conflictos, en este caso, o no las daba o, si las daba, la sociedad no quería escucharlas. *Non sunt faciendā mala ut eveniant bona*, se dijo. Pero ¿dónde estaba aquí el bien y dónde el mal? ¿Qué era lo malo: inhibirse ante la muerte cierta de un centenar de inocentes, invocando el principio *fiat justitia, pereat mundi*, o sacrificar el Derecho para salvarlas, por entender que éste está al servicio de la vida y no la vida al servicio del Derecho? Fue una pena que el Tribunal Federal de Garantías Constitucionales, ante el que recurrió *in extremis* el hijo de Schleyer, no se haya pronunciado aún. El conflicto se situaba *supra jus*, a la manera de las viejas «cuestiones de Estado» (actos políticos puros), ante las que el gobernante queda dramáticamente «a solas con su responsabilidad».

en un Estado democrático de Derecho, no es sino el eco de la Sociedad misma, por lo que, en definitiva, será ésta, manifestándose a través de esa palanca social que denominamos «opinión pública» la que determinará, en última instancia, por la vía política del Parlamento:

1) Cuando quiere que un fin sea publicado in *integrum* (17) con todas las consecuencias exorbitantes del Derecho común que ello conlleva, fundamentalmente la conversión del *jus*, en cuanto poder modulable *ex voluntate*, y que por ello no atribuye por sí mismo a su titular, sin la previa intervención del juez, ninguna superioridad o *vis coactiva* autónoma frente a la voluntad disidente de los titulares

(17) El concepto de *publicatio* fue introducido en nuestra doctrina por VILLAR PALASÍ, contribuyendo, no poco, a su arraigo y difusión ARIÑO ORTIZ. Se trata de una técnica remontable al Derecho intermedio y que, arrancando, paradójicamente, de los poderes absolutos reconocidos al *dominus* sobre sus *proprietates*, tiende a convertir al Estado —y termina convirtiéndolo— en el dueño o titular de determinados bienes, obras y servicios, originariamente no suyos, mediante una habilidosa incorporación o agregación de los mismos a su *proprietates* o titularidad dominical. El *jus abutendi erga omnes*, consustancial al *dominium* romano, se trasplanta aquí a la Administración a través de argucias muy ingeniosas de los juristas de la época que pretenden —y lo consiguen— ir convirtiendo al Estado (a la Corona) en el Rey de la selva jurídica sin arrancarle, por entero, la piel de cordero, representada aquí por las técnicas privatísticas portadoras de las más agresivas potestades frente a los demás. Sobre lo que es mío (*jura ad regem pertinentia. jura regia*, encarnados en el demanio, las regalías, los monopolios y bienes estancados, e incluso la propia *politia*, entendida, según el modelo cameralístico, como *pax publica* o paz del Rey) puedo hacer cuanto me plazca sin necesitar del consentimiento previo del pueblo ni de la Ley (*potestas cum causa* y, por ello, *sine o extra legem*), por contraposición a los impuestos que, al suponer una inmisión en la propiedad privada, digna de los mismos respetos, requerían de la aprobación del pueblo reunido en Cortes. De esta manera, por la vía de la *publicatio*, las potestades regias se desvinculaban de la legalidad, convirtiéndose en un dominio reservado e inmune al Derecho (potestades domésticas) y precisamente por obra y gracia de la concepción que de la propiedad como derecho absoluto e incondicionado (*quae non prohibita, permissa intelliguntur*) institucionalizó ese mismo Derecho.

La culminación de este proceso, en su versión más actual, sería la «declaración por ley formal» de un bien, servicio o actividad como «públicos», y el haz de prerrogativas o potestades, inherentes o irrenunciables, que de tal proclamación se derivarían. Este paso de la *proprietates* (actuaciones en concepto de *ope proprietatis* u *ope contractus*) a la soberanía (actuaciones *ope imperii*) y del *jus* a la *potestas* se corresponde, en último término, con la ascendente y no culminada progresión o reconversión del viejo *jus commune* en el moderno Derecho administrativo. Vid. de VILLAR PALASÍ: *La intervención administrativa en la industria*, tomo I, IEP, Madrid, 1964, especialmente el capítulo XII, titulado «La *publicatio* de actividades», y *Apuntes de Derecho administrativo*, parte general, tomo I, UNED, Madrid, 1974, pp. 131 y ss. De G. ARIÑO ORTIZ pueden consultarse los siguientes trabajos: *La afectación de bienes al servicio público*, ENAP, 1973, pp. 29 y ss. *Concepto de servicio público y bases de su régimen jurídico*, prelección incorporada a su Programa de Derecho Administrativo, curso 1975-1976. Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, Madrid, pp. 25 y ss. Y *Las tarifas de los servicios públicos*, Instituto «García Oviedo, Universidad de Sevilla, 1976, páginas 43 y ss.

de otros *jures*, en *potestas*, esto es, en un poder modulado *ex lege*, de tal forma que la imperatividad, obligatoriedad e indisponibilidad de la ley frente o contra todos se comuniquen *ope juris* a los titulares de aquélla (18), esto es, a los órganos en cada caso competentes, con el fin de que puedan hacer valer de inmediato, frente a cualesquiera resistencias que se les opongan (principio de ejecutoriedad o acción de oficio de los actos administrativos) los contenidos de voluntad asumidos en cada caso por la norma o, lo que es lo mismo, los fines queridos por ella, sin perjuicio, claro está, de que *a posteriori*, y si se demuestra ante el juez, en cuanto supremo garante y fiscalizador del Derecho, que el titular de la *potestas* ejerció ésta infringiendo algunos de los presupuestos, de fondo o de forma, impuestos por aquélla, lo actuado por él se declare nulo, pues las prerrogativas de poder inherentes a la *potestas* nunca podrán volverse contra la propia norma que las confirió y con perjuicio de los fines por ella queridos. En definitiva, *que donde hubo infracción no pudo haber poder; de donde se concluye que órgano que infringe el Derecho es órgano que se desapodera a sí mismo, por lo que siempre quedará indefenso, si no ante los administrados, sí, al menos, ante el juez llamado a pronunciarse por los mismos.*

2) Cuando quiere que un fin sea publicado, pero no *in integrum*, sino con un grado de publicación menos intenso que armonice aceptablemente para las partes las potestades de la Administración con los derechos de los administrados. La dialéctica entre la *publicatio* como prerrogativa estatal creadora de potestades, de una parte, y el principio de subsidiariedad como imperativo social generador de derechos subjetivos, de otra, marca distintas fronteras según los tiempos,

(18) La *potestad*, a diferencia del Derecho, no está sometida a caducidad ni a prescripción extintiva. Su inejercicio no la extingue, sino que la desplaza (sustitución)—*vid.* Sent. 28 septiembre 1975—, a fin de que nunca puedan quedar desatendidos los intereses públicos que tutela. Puede ocurrir, sin embargo, que una prolongada inactividad o abstención, especialmente en las potestades de limitación o policía, haga surgir intereses privados contrapuestos que, en un momento dado, la norma haga inatacables, como no sea por vía expropiatoria. Es lo que ocurre en los supuestos de silencio positivo, y muy especialmente en el reciente y polémico artículo 185 de la Ley del Suelo de 9 de abril de 1976, sin olvidar las denominadas competencias intermitentes o *ratione temporis*. Creemos que aquí no se opera una extinción de la potestad, sino una imposibilidad legal de ejercerla en un caso concreto por mutación de los presupuestos de hecho que le dieron vida, o más exactamente, por sobreviniencia de otros diversamente valorados por la norma que la reconoció y que incide sobre los fines o intereses en pugna, invirtiéndolos o subvirtiéndolos. *Vid.* el reciente trabajo de ROMERO HERNÁNDEZ: *La inactividad material de la Administración ante la infracción urbanística*, en el núm. 82 de esta REVISTA (1977), pp. 153 y ss.

el grado de perfección de las técnicas jurídicas utilizables, los regímenes políticos imperantes, los sectores sociales que se consideren, las prestaciones que se demanden, las posibilidades de la Administración para atenderlas, etc. En este sentido, y hasta llegar a ese grado de *publicatio* máxima que nos proporcionan figuras jurídicas tan prototípicas como el dominio público, el servicio público y el contrato administrativo, tendríamos que ir pasando gradualmente por esas otras modalidades de poder público menos intensas y agresivas ante los contrapuestos poderes sociales a vencer, como son las limitaciones de policía a los derechos de propiedad y libertad individuales y las medidas de fomento o apoyo a la iniciativa privada; limitaciones y medidas referibles siempre a actividades sociales de cuya titularidad no se llega nunca a desposeer ni, por consiguiente, a desapoderar a los particulares y entes sociales que las asumen y prestan bajo el amparo, siquiera condicionado, de la ley (19).

Pensemos, a título de ejemplo, en actividades o necesidades sociales tan significativas como la vivienda, la educación y la sanidad. Cabe, en pura teoría, que el Estado adopte alguna de estas tres posturas:

a) Inhibirse en favor de la iniciativa privada, creando una reserva jurisdiccionalmente protegible (libertades de industria, de comercio, de trabajo, etc.), que nunca podría ser invadida no ya por la Administración, sino ni siquiera por el Legislativo, si aquella reserva se estableciese por norma de rango constitucional. Esta postura conllevaría la imposibilidad jurídica de creación de poder alguno en favor de la Administración, y precisamente porque, por definición, no pueden darse potestades públicas al servicio de fines expresamente privatizados. Es justamente lo que hizo la Corte Suprema de Estados Unidos al declarar inconstitucionales las leyes intervencionistas dictadas en aplicación del *New Deal* propuesto por ROOSEVELT para hacer frente al gran *crack* del año 29.

b) Reconocer la iniciativa privada como la opción más ventajosa para satisfacer determinadas necesidades sociales y, en consecuencia, estimularla con medidas de apoyo o fomento para el supuesto de que, eventualmente, se retrajera por cualquier causa, poniendo en riesgo

(19) Sobre el concepto, un tanto paradójico, de actividades privadas de interés público, nos remitimos a las recientes reflexiones y aportaciones bibliográficas de BASSOLS COMA en *Consideraciones sobre los convenios de colaboración de la Administración con los particulares para el fomento de actividades privadas de interés público*, en el núm. 82 de esta REVISTA (1977), pp. 68 y ss.

la satisfacción de las mismas. Aquí el Estado no crea poder contra o frente a la Sociedad, sino en beneficio de ella, de acuerdo siempre con la finalidad de apoyo y nunca de imposición, perseguida. El interés público sigue sin desplazar aquí al interés privado; antes bien viene a identificarse y, en cierto modo, a subordinarse a él, primándolo con una serie de beneficios que se aproximan a una inversión o abdicación de potestades (caso de la acción concertada). La *potestas* no encuentra aún, en consecuencia, los presupuestos teleológicos para llegar a nacer como tal.

c) Reconocer la iniciativa privada como preferente o, al menos, como irreemplazable en su totalidad, pero sometiéndola legalmente antes y durante su ejercicio a una serie de limitaciones y condicionamientos exigidos por el interés público (autorizaciones) para cuya verificación y, en su caso, sanción se apodera expresamente a la Administración. El interés privado aparece aquí ya fuertemente mediado por el interés público y en neta posición claudicante ante él. La consecuencia natural de todo ello es la simultánea creación de auténticas potestades de supremacía e imposición. Advirtamos, sin embargo, que las obras, bienes y servicios en que tales actividades se concreten (centros docentes privados, sanatorios particulares, etc.) seguirán siendo, no obstante, de titularidad privada sin que quienes los presten o dirijan puedan ser considerados, en ningún caso, como concesionarios o gestores que obren en nombre o por cuenta de la Administración.

d) Responsabilizar directamente a la Administración de las iniciativas precisas a tomar para la satisfacción de determinadas necesidades sociales, transfiriéndole, consecuentemente y en exclusiva, la *titularidad* sobre los servicios montados o por montar a tal fin, y con ella todas las potestades necesarias para garantizar a los administrados las prestaciones básicas a ellos inherentes.

Iniciativa privada y servicio público se hacen así incompatibles en el sentido de que los particulares únicamente podrán concurrir a la creación o gestión de un servicio público, o seguir gestionándolo con posterioridad a su *publicatio*, si la Administración los llama y bajo las condiciones en que los llame o se avenga a mantenerlos, y que en ningún caso, por supuesto, podrán menoscabar las potestades instrumentadas *ex lege* por causa directa del mismo. A diferencia de lo que sucede en las actividades de fomento en las que lo público, de alguna manera, se funcionaliza a lo privado, debido a la confianza

que el legislador deposita en los particulares, cuando no al recelo con que mira a la Administración misma, en los servicios públicos o publicados, la posición se invierte y el protagonismo de ésta se hace absoluto, incluso en los supuestos en que decida no actuar por sí misma, sino por medio de un concesionario interpuesto, al que en ningún caso podrá transferir, descargándose de ella, en todo o en parte, ni su titularidad ni su responsabilidad (cifr. arts. 40 y 42 LRJAE, 65 LCE, 197 y 200 RCE, 121 y 122 LEF). Fácil es comprobarlo analizando el *status* jurídico en que se coloca a éste, el cual ve, de una parte, incrementados sus poderes privados con las potestades públicas que la Administración le transfiere para mejor posibilitarle el correlativo cumplimiento de las obligaciones que le impone, ligadas siempre a la prestación continuada y suficiente del servicio (cifr. arts. 65, 72 y 74 LCE y 116, 126 a 128, 130 y 133 RSCL), y de otra los ve sorprendentemente disminuidos e incluso anulados, en la medida en que su ejercicio presuponga la paralización, interrupción o grave entorpecimiento de aquél (cifr. arts. 72, 74 y 77 LCE y 133 y 134 RSCL). Y así, como ha probado brillantemente ARIÑO ORTIZ, no podrá ni siquiera disponer de su propio patrimonio en los casos en que lo tenga funcionalmente afectado al cumplimiento de los fines públicos que dieron origen al servicio (20).

3) Finalmente, y como hipótesis híbrida o *sui generis*, cuando quiere el legislador que un fin, y correlativamente los servicios montados a su satisfacción, sean publicados, con la consiguiente atribución de su titularidad al Estado, pero arbitrando formas o modalidades de gestión propias del Derecho privado, con el fin de hacer ésta más ágil, económica y eficaz (casos de Empresas o Sociedades como la TELEFÓNICA, IBERIA, RENFE, etc.). El problema que aquí se plantea es el de hasta qué punto las potestades y prerrogativas que la irrenunciabilidad del fin perseguido conlleva (fin convertido en deber, deber transmutado en *potestas*) pueden conjugarse con las exigencias contradictorias que resulten de la aplicación de un régimen jurídico privado, hecho para regular las relaciones *entre iguales* y, por lo tanto, opuesto, en principio, a toda exorbitancia que excepcione el Derecho común.

Creemos que aquí habría que distinguir entre aquellas potestades o prerrogativas cuya supresión o eliminación del régimen jurídico genéricamente aplicable a los servicios públicos o, en concreto, a cada

(20) Vid. ARIÑO ORTIZ: *La afectación...*, op. cit., en nota 12.

uno de ellos, hiciese imposible su prestación o la perturbase gravemente, abocando a los estados colectivos de necesidad a que más arriba aludíamos, de aquellos otros en los que la relación «causa-efecto» que con su supresión se produciría no tendría tan graves consecuencias para los intereses públicos objeto de cobertura (21).

De ahí que VILLAR PALASI haya calificado de *Jus privátum singulare* el Derecho aplicable a las Sociedades o Empresas del Estado sometidas a un régimen de Derecho privado (22). Singularidad, añadimos por nuestra cuenta, que será tanto más acusada e incompatible con el *jus privátum* al que califica o modula, cuanto más intensamente público sea el fin perseguido por las mismas (caso, por ejemplo, de las Empresas eléctricas, de gas o de transportes —en las que incluso puede no tener participación «formal» el Estado—, si se las compara con Sociedades como la Seat o Tabacalera, ligadas accionarialmente a él).

Es, pues, el grado de publicidad intrínseca u objetiva del fin el que determina la singularidad o exorbitancia del régimen jurídico aplicable a los servicios o empresas que lo asumen y no la singularidad o peculiaridad (*ad intra* o *ad extra*) de los regímenes establecidos para éstas la que determina la publicidad de sus fines respectivos. El pretendido *jus privátum singulare* se convierte así, paradójicamente, en la manifestación más genuina del *jus publicum commune*, por lo que ningún camino mejor para alumbrar ese estatuto general aplicable a los servicios públicos—hoy inexistente—que arrancar del análisis, clasificación y valoración de aquellas singularidades.

(21) En este sentido interpretamos las siguientes palabras de ARIÑO ORTIZ: «Si el régimen jurídico ordinario hiciere imposible el fin de la Sociedad... lo procedente es la extinción y liquidación de ésta y buscar su realización en forma distinta, no la alteración de aquél, pues ello sería señal indudable de que la "forma" estuvo mal elegida.» Véase *Administración; Derecho Administrativo y Sociedades de Estado*. Prelección del Programa de Derecho Administrativo, Universidad Complutense. Madrid, 1978. Tales palabras deben armonizarse con las que, desde una óptica focalizada específicamente sobre los servicios y los contratos públicos, ha dejado escritas en otros dos trabajos suyos; en el primero de ellos, dice: «la vinculación jurídica de la cosa a una finalidad pública tiene una primacía absoluta sobre cualquier situación jurídica privada (por lo que) los poderes de actuación física sobre las cosas "afectas" no corresponden al titular de las mismas, sino a la Administración, titular del servicio» (la cursiva es del propio autor). Véase *La afectación...*, op. cit. en nota (12), pp. 78 y 79. En el segundo se manifiesta así: «el haz de obligaciones y derechos de un contrato del Gobierno en los Estados Unidos, nada tiene que ver en la mayoría de los casos con el modelo típico del contrato privado... Ni la contract clause de la Constitución, ni la doctrina y los dogmas del common law contract... han podido impedir que la realidad de los contratos públicos se impongan—e impongan sus exigencias—en las actuaciones del Gobierno». Vid. «Contrato del Estado y Common Law». Prólogo al libro de J. I. MONEDERO GIL: *Doctrina del Contrato de Estado*. IEF. Madrid, 1977, p. 44 (separata).

(22) Vid. J. L. VILLAR PALASI: *Derecho administrativo. Introducción y Teoría de las normas*. Madrid, 1968, p. 74.

9. FINES ESENCIALES Y FINES NO ESENCIALES: CARACTERÍSTICAS DEL PODER QUE GENERAN

Hay fines a los que, convencionalmente y para mejor entendernos, podríamos llamar *esenciales*, que no son un producto de la creación del Estado, sino que más bien el Estado se nos muestra como un producto de la preexistencia de esos fines, de los que recibe su justificación originaria y última y para cuya consecución se instaura. Si de los fines calificables como *no esenciales* cabe decir que vienen *con y después del Estado*, por lo que en la evolución o metamorfosis política de éste se podrán o no se podrán dar (reserva privatística) y darse antes o darse después (paso del liberalismo al intervencionismo), tal posibilidad, referida a los fines esenciales, resultaría una verdadera *contradictio in terminis*, razón por la que su existencia se descubrirá en todo tipo de Estado, pasado, presente o futuro. Respecto de ellos sería, pues, un craso error hablar de *publicatio*; ésta presupone que el Estado interviene legislativamente para sancionar una realidad que se va produciendo *fuera de él* (en la Sociedad) y que sólo después de su intervención se viene de alguna manera a incorporar al mismo, quedando segregada de aquélla. Por el contrario, los fines esenciales nacen *antes del Estado o simultáneamente con él*, y de ahí que ni el Estado pueda comprenderse sin ellos ni ellos sin el Estado.

El Estado es, antes que nada, una monopolización del poder total existente en una comunidad con el fin de potenciar al máximo posible (soberanía) su autoprotección frente a cualesquiera eventuales enemigos, externos o internos, de su paz, de su orden y de su bienestar, para lo que tenderá a reducir y declarar fuera de la ley (interdicción de la violencia e imperio de la ley) a cualesquiera otros poderes sociales que no se plieguen y obedezcan a aquel designio. De ahí que como fines esenciales o indefectibles se nos ofrezcan, en primer lugar, la protección de la comunidad frente a las agresiones del exterior (defensa nacional) y del interior (orden público), así como la realización de la justicia en orden a evitar o reprimir la guerra *inter privatos*. Defensa, orden público y justicia en, por y para una comunidad nacional: he ahí el tríptico de fines esenciales cuya supresión acarrearía la desintegración del Estado mismo (ejemplo, el mal llamado Estado feudal).

Una conclusión importante nos interesa extraer de semejante planteamiento, y es la singularidad del poder generado por tales fines. En efecto, los poderes relacionados con la defensa nacional, la segu-

ridad interior del Estado, el mantenimiento del orden público y la administración de justicia se revisten de un cierto carácter soberano por su misma consustancialidad con el propio Estado. Ello se manifiesta en que:

1) Se benefician, por lo general, del carácter de actos políticos y, por lo mismo, no fiscalizables en vía contenciosa (arts. 1.º, 2.º y 101 LJC);

2) la administración de justicia genera incluso un poder constitucionalmente independiente (autogobierno judicial) con potestades exclusivas y poderes de fiscalización no fiscalizables (art. 31 LOE, 17 y 19 FE y 26, 27 y 35 LRJAE); y

3) los servicios llamados a satisfacerlos han de ser asumidos directamente por los órganos del Estado en cada caso competentes, sin que quepa gestionarlos a través de concesionario interpuesto. El artículo 62 de la Ley de Contratos del Estado es concluyente al respecto: «El Estado podrá gestionar indirectamente, mediante contrato, todos los servicios de su competencia, siempre que... *no impliquen el ejercicio de poderes soberanos.*» La misma limitación establece el artículo 69 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales para todos aquellos servicios que, en expresión más vaga, «impliquen ejercicio de autoridad».

Con excepción de los fines expuestos, los demás que el Estado ha ido asumiendo a lo largo de un proceso de intervencionismo creciente y no concluso merecerán el calificativo de fines no originarios o esenciales, todos los cuales se han ido sustrayendo a la Sociedad o «desprivatizando» por expansión de los fines esenciales, singularmente de los incluibles en el núcleo primario de la policía y el orden público y a compás del ritmo que el impulso sociopolítico, unido a las posibilidades financierarias de la Hacienda Pública, lo permitió. La culminación de este proceso de publicación vendrá dada en el orden jurídico por la *publicatio* propiamente dicha, y en el orden económico, por la nacionalización o municipalización con monopolio (23).

(23) Ambos factores parecen contemplarse en el apartado quinto de la Base octava del Estatuto de Régimen Local, de 19 de noviembre de 1975, según el cual: «los Municipios podrán asumir por municipalización la titularidad de actividades y servicios que, no siendo de su competencia, ...» si lo sean de su capacidad. «La municipalización se basará siempre en la trascendencia o interés público predominante de la actividad...». «Para la municipalización en régimen de monopolio será preciso que la actividad o servicio de que se trate no esté debidamente atendida por la iniciativa privada...» y «podrá ser revisado cuando hayan desaparecido las causas que motivaron su implantación». Creemos que en menos palabras, no se puede decir más ni mejor.

10. FINES Y FUNCIONES: SUS CORRELACIONES CON LAS COMPETENCIAS Y LAS POTESTADES

A diferencia de la competencia, la función nunca apunta hacia un fin concreto, sino más bien hacia el conjunto de presupuestos que deben darse para que una variedad de fines interrelacionables sea cumplido. La función es, teleológicamente hablando, polivalente. Con ella no se realiza efectivamente ningún fin, pero se coopera y posibilita el cumplimiento de muchos fines. Es el caso de la estructuración por funciones que corta o secciona horizontalmente a una pluralidad de materias u objetivos organizados separadamente. Por ello, mientras el fin genera siempre competencias específicas, las funciones se traducen en competencias genéricas y, eventualmente, incluso en situaciones carentes de poder (verbigracia, funciones consultivas).

Un fin *se realiza* cuando a través de la competencia específica que genera se produce una transformación acorde del entorno social incidido por su ejercicio. La potestad para convertirse en acto tiene que pasar por la competencia específica de un determinado órgano. Con ello viene a añadirse un plus valor o enriquecimiento—material o jurídico—a ese entorno o realidad social preexistente; plus valor que viene a identificarse, en último término, con la realización del fin mismo perseguido, en cuanto forma de remediar una necesidad o carencia social anterior, de prevenir un riesgo o amenaza, o simplemente de satisfacer un derecho o dar cumplimiento a un deber hasta entonces inatendidos. No ocurre esto con las funciones y con el poder inespecífico o pluridireccional que de ellas brota.

Las funciones directivas, con su subdivisión ya clásica desde FAYOL en función planificadora o determinativa de los fines a alcanzar (con su equivalente jurídico en la potestad normativa); organizativa o de instrumentación de medios (con su equivalente jurídico en la potestad organizatoria); ejecutiva o de mando (con su correlato jurídico en la potestad jerárquica); coordinadora o unificatoria (con su equivalente jurídico en la potestad de supremacía) y de control o verificación de resultados (con su correlato jurídico en las potestades de inspección, intervención y fiscalización), se proyectan virtualmente sobre la totalidad de los fines perseguidos por una organización, pero carecen de la operatividad requerida para hacerlos inmediatamente efectivos.

No se realizan los fines de interés público por que se legisle, se organice, se mande, se coordine o se controle, sino que se legisla, se

organiza, se manda, se coordina y se controla para realizar los fines de interés público. Ello se logra reconvirtiendo, caso por caso, la ecuación «función-potestad» en la ecuación «fin-competencia». La relación «medio a fin» es, pues, en la ecuación «función-potestad» genérica y remota, mientras que en la ecuación «fin-competencia» lo es directa e inmediata. Así lo proclama certeramente el artículo 3.º-3 del Reglamento de Expropiación Forzosa, al disponer que «el Estado ejercita esta *potestad* (la expropiatoria) *por medio de sus órganos competentes en cada caso...*».

Por su parte, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado nos proporciona otro claro ejemplo de la caracterización que de la función venimos haciendo. En sus artículos 14, 15 y 16 se enumeran las atribuciones de los Ministros, Subsecretarios y Directores generales. Nadie se ha sorprendido del hecho de que a tales órganos se les atribuyan unas mismas competencias, pese a tener a su cargo sectores administrativos que no tienen una sola nota en común. La explicación de tal anomalía hay que buscarla en que en tales artículos no se están fundando competencias, sino enumerando funciones. Aquéllas, a diferencia de éstas, habrá que venir a buscarlas no a las reglamentaciones orgánicas, necesariamente abstractas y formales y, por ello mismo, genéricas, sino a las normas materiales o sustantivas, ordenadoras de cada sector en concreto y únicas que pueden indicarnos cuáles son los fines de interés público que la Comunidad proclama como tales en cada momento histórico y los medios de todo orden que para su consecución moviliza.

11. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO COMO CAUSA DE LIMITACIÓN DEL PODER DE QUIENES LOS GESTIONAN: LA DESCONFIANZA COMO SISTEMA DE PROTECCIÓN

Hasta aquí hemos visto cómo los fines de interés público no sólo dan vida o nacimiento al poder, sino además, como este poder de ellos surgido es, a diferencia del poder generado por los intereses particulares, un poder exorbitante, en el sentido de que es un *poder autosuficiente*, que no precisa de cooperaciones externas para su inmediata realización, con independencia de que *a posteriori* pueda ser ésta confirmada o revisada por los Tribunales.

Pero semejante autosuficiencia no puede equipararse a la divina omnipotencia del *fiat lux, et lux facta est*. El *fiat* o querer de la norma —su *ita jus esto*— va a depender, en definitiva, del querer de quien,

inserto en una estructura determinada, la aplica, interpreta o fiscaliza. Nos vamos a encontrar así con una serie de limitaciones nacidas de la desconfianza hacia quienes se les impone el deber de tutelar los intereses públicos; desconfianza cuyas causas pueden ser múltiples: apropiación indebida del poder en beneficio propio o ajeno; ineptitud; negligencia o falta de celo; sobra de audacia, inconsciencia o irresponsabilidad; sobrevaloración de sí mismo; etc. La Administración no se agota en la aplicación del Derecho ni los daños al interés público en sólo las infracciones formales que se puedan cometer.

En principio habría que partir de la siguiente regla; sociológicamente aséptica, y que nos recuerda a la impasibilidad que *Montesquieu* preconizaba para los jueces: que para que la decisión del órgano competente pueda ser identificada con la voluntad objetiva de la norma que aplica, se requerirá que el titular físico que recubra aquél funcione y se comporte, supuestas su aptitud, diligencia y honestidad, como una prolongación desubjetivizada de la misma.

En el transcrito postulado va implícito ya este otro: la atribución de poder al titular de un órgano nunca deberá entenderse como una paralela atribución de *libertad* al mismo. Discrecionalidad no es libertad, y no lo es por cuanto el interés público, soporte indefectible de toda competencia, jamás podrá ser entendido ni valorado como un puro indiferente jurídico. *La indiferencia no existe para el Derecho público*, cuya beligerancia en favor de los intereses de tal carácter le es consustancial y determinante. De donde se concluye a su vez que pretender aplicar al ejercicio de una competencia el dogma privatístico de la autonomía de la voluntad equivaldría a negar la existencia misma del Derecho administrativo (24).

(24) Con razón han podido afirmar E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ con referencia al acto administrativo en cuanto producto del ejercicio de una competencia: «El acto administrativo, por diferencia sustancial con el régimen jurídico privado, es esencialmente típico, nominado, no obediente a ningún genérico principio de autonomía de la voluntad, sino exclusivamente a la previsión de la ley. Todos estos asertos se derivan, con facilidad, de la naturaleza de las potestades administrativas..., que es lo contrario de un principio de autonomía de la voluntad.» Vid. su «Curso de Derecho Administrativo», tomo I, Civitas, Madrid, 1975, p. 345.

Así, pues, para los autores citados el principio de legalidad impera la expulsión del seno del Derecho administrativo del principio de la autonomía de la voluntad. Pero esta expulsión no la hacen efectiva, sin embargo —y en esto me arriesgo a ir más lejos que ellos—, a la idea o principio de libertad que consideran consustancial a la noción de discrecionalidad. «La discrecionalidad —dicen— es esencialmente una libertad de elección entre alternativas igualmente justas o, si se prefiere, entre indiferentes jurídicos, porque la decisión se fundamenta en criterios extrajurídicos, no incluidos en la ley y remitidos al juicio subjetivo de la Administración» (op. cit., p. 272). Aquí habría, pues, «libertad de elección», pero no

Aun en los supuestos en que la Administración, escudada en su mal llamada doble personalidad, actúe en el campo del Derecho privado—civil o mercantil—gestionando intereses del mismo carácter y desprovista, en consecuencia, de sus prerrogativas de *poténtior persona*, no por ello el órgano competente o gestor recuperará, por el solo hecho de salir—su actividad, que no él—de la órbita del Derecho administrativo, la plena libertad de acción o autonomía de la voluntad, que tendría un simple particular respecto de la administración de su patrimonio.

Y ello por cuanto que la Administración no sólo por razón de lo que *es*, sino también por razón de lo que *tiene*, está existencialmente instituida al servicio—mediato o inmediato—de los fines de interés público, y de ahí que, como un nuevo Rey Midas, y bajo una u otra modalidad, administrativice o desprivatice, en todo o en parte y con mayor o menor intensidad, cuanto toque. La realización de los fines (*ser de la Administración*, en cuanto es un «ser para») pasa necesariamente por la conservación de sus medios (*haber de la Administración*, en cuanto organización instrumental), y de ahí que el Derecho

«autonomía de la voluntad». Con todos los respetos nos parece obligado «matizar» semejante afirmación, que parece contradecirse con la primeramente citada. Si la discrecionalidad es una potestad traída y sostenida por una norma de la que, en consecuencia, no puede separarse ni liberarse; si la razón de que la norma obre así no es otra que la de dar en cada caso la solución más adecuada a la satisfacción de unos determinados intereses públicos inconcretables *a priori*; si esos intereses públicos se comportan es su estructura lógica, teleológica y fáctica, según tales autores reconocen, como verdaderos conceptos jurídicos indeterminados, la determinación de cuyo contenido «sólo permitiría, en cada caso, una solución justa» (*op. cit.*, p. 273); si todas estas premisas son correctas—y así nos lo parece—¿dónde está esa libertad de elección entre indiferentes jurídicos igualmente justos—aunque más exacto sería decir «igualmente no-injustos»—?

Como tales autores tienen que reconocer, tras sus brillantes alegatos: «No hay en Derecho español "espacio franco o libre de ley" en el que la Administración pueda actuar con un poder *ajuridico* y libre... El Derecho no es, pues, para la Administración una linde externa... dentro de la cual pueda ella producirse con su sola libertad y arbitrio» (*op. cit.*, p. 255). Y es que la «conveniencia» de dar por «buena»—a falta de prueba en contrario—una solución, entre otras posibles, *no quiere decir que se sea libre para dar cualquier solución*. La libertad es algo más que una pura incertidumbre racional de imposible o difícil superación inicial. *La libertad es un poder que termina donde empieza el deber. Y éste empieza allí mismo donde surge un interés público clamando por su satisfacción. La libertad se reduce así al poder de hacer lo que se debe, poder y acción en los que la voluntad del agente (el quod Principe placuit) va a quedar enteramente sometida a la racionalidad del llamado a controlarla (el juez).*

Únicamente en el ámbito de la Política—más propiamente que en el del Derecho político—resulta concebible un *poder libre*, por cuanto aquélla se comporta siempre—aunque no siempre lo sea, o deba serlo—como un *prius*, un *alter* o un *supra* respecto del Derecho. Nos remitimos en este punto a nuestro trabajo «El Estado de Derecho como tipo ideal de Estado», *Rev. de la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid*, vol. XVIII, núms. 50-51 (1977).

administrativo no sea otra cosa que la puesta en relación funcional de su ser con su haber.

Y así, a la hora de administrar sus bienes patrimoniales o de propios que, por definición, no deben exigir ni serles concedido un régimen jurídico exorbitante (cfr. art. 1.º LPE); a la hora de contratar civil o mercantilmente para fines que no guarden conexión funcional alguna con las obras o servicios públicos (art. 4.º LCE); a la hora de crear u organizar empresas mercantiles tras de las que no se pueda descubrir el soporte real de un servicio público (las que VILLAR PALASÍ calificó certeramente, por su objeto o fin, como de «dación de bienes al mercado»); a la hora de acometer todas o cada una de estas actividades, la Administración—repetimos—no quedará situada en un plano de sujeción estricta al Derecho privado y, por lo tanto, en pie de igualdad con los particulares (sería paradójicamente un administrado respecto de sí misma), sino que habrá aspectos o materias en los que disfrute de un *status* privilegiado o simplemente diferencial, con prerrogativas y privilegios que excepcionen del Derecho privado (*jus privátum singulare*) y otras en las que, por el contrario, tales singularidades se truequen en limitaciones e impedimentos que, lejos de potenciar su situación de poder respecto de los particulares, la debilite y amengüe (25).

(25) Sobre la instrumentación del Derecho privado por el Derecho administrativo, vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, nota 24, páginas 38 y ss. y 233 y ss. El interés público no sólo se objetiviza y hace visible en los actos que la Administración dicta, precisamente para su satisfacción, sino también en la forma como debe dictarlos, concretada en los requisitos a que han de sujetarse los mismos para alcanzar su plena validez y eficacia. Es concretamente el caso del procedimiento, al que nos referiremos enseguida, y de la tutela integrativa—o suspensiva—, a la que vamos a referirnos ahora. Al igual que al menor se le protege contra su supuesta incapacidad, incapacitándole, a fin de que sean sus padres, su tutor y, en los casos más graves, el propio juez, quienes defiendan o velen por sus intereses, del mismo modo la desconfianza del legislador hacia quienes gestionan o administran los intereses públicos—ya consistan en servicios o funciones públicas, ya en bienes patrimoniales o simplemente dinero—se traducirá en una correlativa incapacidad de aquéllos, referida a los actos de mayor trascendencia, ya lo sean por razón de los intereses públicos afectados, ya por los posibles quebrantos patrimoniales resultantes. Y así, contra la regla general del Derecho privado que atribuye a las personas jurídicas—Sociedades—plena capacidad de obrar, el Derecho administrativo se la niega a las personas jurídico-públicas (entes institucionales, corporaciones locales, etc.), a las que impone la necesidad de obtener en tales casos las correspondientes autorizaciones o aprobaciones (o amenaza, en su caso, con las pertinentes suspensiones) de los entes u órganos superiores a quienes confía—porque en ellos fia más—su tutela y control. Esta tutela integrativa de su capacidad de obrar se proyecta, según hemos dicho, no sólo sobre el campo de sus actuaciones jurídico-públicas, sometidas, consecuentement, al Derecho administrativo (cfr. arts. 1.º y 28 a) y b) LJCI, sino también—y con mayor extensión, si cabe—sobre el ámbito de sus actuaciones sujetas al Derecho privado. Baste pensar, en efecto, que mientras la Administra-

En principio la regla general sería ésta: puesto que cualquier bien puede ser tenido y tratado como público, bien por razón del fin al que inmediatamente sirve (valor en uso), bien por razón del fin al que podría servir previa su conversión en dinero (valor en cambio), y puesto que igualmente es razonable presumir que quien lo administre nunca va a poner en el cumplimiento de sus deberes gestores el mismo celo y eficacia que pondría en la persecución de un beneficio personal, se hace necesario limitar y condicionar sus poderes, tanto de organización como de actuación, en la medida misma que lo exija la mejor protección del patrimonio estatal, y ello aun a riesgo de que, en algunos supuestos, tales cautelas impidan o traben una eficaz gestión, riesgo que se intentará contrarrestar a su vez potenciando las facultades dominicales de la Administración, al tiempo que, minorándola o exonerándola de ciertas cargas o gravámenes, previsiblemente más peligrosos para ella, ante una eventual pasividad de sus agentes.

Importa reseñar cómo todos estos privilegios o limitaciones, puesto que, en definitiva, vienen determinados por consideraciones de interés público, se conectan de inmediato a la idea de orden público con todas sus consecuencias. Y así la Administración—sus gestores—no serán libres para *organizar* y *gestionar* como quieran las sociedades o empresas estatales o municipales—recubran o no verdaderos servicios públicos—(arts. 6.º, 84 y 91 LEEA, 62 y 63 LCE, 157, 158 y 164 LRL y 30 y ss. RSCL), ni para *contratar* cómo y con quien quieran (actos separables y principio de igualdad de oportunidades) (art. 4.º RCE), ni para *adquirir, disponer o comprometer* a su arbitrio los bienes o caudales públicos (arts. 6.º LACHP, 39, 40, 41, 54, 61 y 124 LPE), etc. En compensación se les otorgarán prerrogativas equilibradoras o de neutralización no concedidas a los particulares (v. gr., recuperación

ción Central—cuyo órgano supremo es el Consejo de Ministros—queda sustraída, por razones obvias, a toda tutela integrativa cuando actúe en el campo del Derecho administrativo, no se libera de él, sin embargo, cuando lo hace sometida al Derecho patrimonial privado—v. gr., enajenaciones patrimoniales, sometimiento a arbitraje de las contiendas, etc.—, en las que precisa de la correspondiente autorización del Legislativo (arts. 39, 41 y 62 LPE, modificados en sentido ampliatorio para la capacidad de obrar del Gobierno por la reciente Ley General Presupuestaria de 4 de enero de 1977). Ello no quiere decir, sin embargo, que sobre la gestión de los servicios públicos, pese a su mayor trascendencia para la comunidad, el Legislativo se desentienda. Muy al contrario, precisamente para ellos despliega sus plenos efectos el principio de legalidad presupuestaria, que pone en manos del Legislativo el control *a priori* y *a posteriori* (a través del Tribunal de Cuentas) de los gastos y pagos previstos o realizados por causa o con ocasión de la organización y funcionamiento de cada uno de aquellos servicios (cfr. arts. 59 y 60 nueva LGP, en relación con el art. 3.º-4 LPA).

de oficio de sus bienes, deslinde administrativo —arts. 8.º y 14 LPE—, sociedades anónimas de un solo socio o con acciones preferentes —artículos 3.º y 43 LSA—, etc.).

12. FIN, COMPETENCIA Y ÓRGANO: SUS CORRELACIONES

Cuando el fin de interés público cesa o simplemente se privatiza, el poder concedido para su realización queda sin soporte sustentador y la organización o servicios instrumentados para su ejercicio, perdida su inercia burocrática, se derrumban y extinguen, pues *la organización—y el poder— que no es necesario conservar, es necesario suprimir para que, convertido en libertad, revierta de nuevo a la Sociedad, de la que se sustrajo.*

Pero puede ocurrir también que el fin subsista y que sea la organización montada a su servicio la que devenga impotente para realizarlo. Es el caso de tantos Municipios carentes de medios para cumplir, siquiera «mínimamente» con sus «obligaciones mínimas». En estos casos la permanencia del fin o necesidad impedirá eliminar el poder necesario para su realización, si bien su articulación tendrá que hacerse a través de otras organizaciones más efectivas, con la consiguiente supresión, modificación o sustitución de las incapaces (cifr. arts. 15, 39 y 436 LRL). Queda, pues, claramente establecida esta triple correlación: *en la misma medida en que es la competencia para el fin (finis clámat potestati) lo es la organización para la competencia (potestas clámat organi).*

Por eso, si el fin cesa o se reduce, la competencia, paralelamente, experimentará análoga supresión o reducción, las cuales se transmitirán a su vez, como al último engranaje de una cadena, al órgano soporte de aquella competencia, que quedará de rechazo o suprimido o reducido en su estructura y medios. Este proceso es igualmente válido a la inversa, es decir, que partiendo de la reestructuración de una organización dada, necesariamente desembocaremos en una correlativa redistribución de los fines y competencias sobre los que se sustentaba dicha organización.

Una cumplida demostración de todo ello nos lo ofrece el artículo 3.º, en relación con la disposición adicional sexta de la Ley de Procedimiento Administrativo, que establece la siguiente ecuación: la creación de nuevos órganos sobre la base de fines y competencias ya

existentes, ha de conllevar en paralelo la supresión o restricción de los órganos a quienes aquellas competencias les venían atribuidas.

Un magnífico corolario de este principio nos lo ofrecen, de una parte, el artículo 14 LEEA, a cuyo tenor «los Organismos autónomos *se extinguen: ...por cumplimiento del fin para el que fueron creados*», y de otra, la base 20 de la Ley de Bases del Estatuto de Régimen Local de 19 de noviembre de 1975, según la cual «las provincias podrán asociarse entre sí (para el más adecuado cumplimiento de sus fines) *...sin que (tales asociaciones) puedan asumir la totalidad de las competencias asignadas a las respectivas Diputaciones*». Razón: que, o habría que admitir el absurdo de órganos sin competencias y, por lo tanto, sin fines que cumplir, o permitir que las Diputaciones, por esta vía indirecta (desviación de procedimiento), pudieran extinguirse por su sola voluntad contra el principio de reserva legal en favor del legislativo (art. 205 LRL).

13. NORMAS SUSTANTIVAS Y NORMAS FORMALES: TIPOS DE DESVIACIÓN JURÍDICA QUE PROVOCAN

Si la competencia nace o deriva del fin, respecto del que funciona como un medio o título de poder en orden a la realización del interés público en que tal fin consiste y se concreta, fácilmente se deduce que, en la medida en que el órgano que esa competencia ostenta, lo pone al servicio de fines *opuestos* o simplemente *distintos* de los queridos por el Ordenamiento, en esa misma medida estará actuando *fuera de su competencia*, es decir, *sin competencia (ultra vires)*. *La competencia, en efecto, no es sino el poder que una norma atribuye o confía a un órgano para que, ejerciéndolo, haga realidad el fin querido por ella y no otro*. No tener poder (incompetencia absoluta) y no tener poder para un fin distinto del fijado por la norma (desviación de poder) son, pues, en definitiva, una misma cosa.

Magníficamente lo ha visto así nuestro Tribunal Supremo en su Sentencia de 4 de abril de 1972 (R. 2214), a la que pertenece esta excelente exposición del proceso descrito:

•En el ejercicio de tales funciones (para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia) la Administración está sometida a un doble condicionamiento: uno de *carácter sustancial*, consisten-

te tanto en el interés público, al que toda actuación administrativa debe, en general, enderezarse, como el fin especial a que cada acto administrativo debe legalmente tender, y otro, de *naturaleza formal*, en cuanto que la Administración, para el logro de aquellos fines, debe sujetarse a las formas y procedimientos señalados específicamente por la ley; de donde claramente se desprende que *si la Administración utiliza sus potestades para conseguir un fin que no sea de aquéllos, comete desviación de poder sustancial*, que puede así caracterizarse como una «malversación» de sus potestades, y que puede ser «absoluta» si se persiguen *finés extraños al interés público*, o «relativa» si se persigue un *fin que, aunque público, no es el específicamente asignado para el acto de que se trate*» (26).

Todo fin querido por el Ordenamiento genera, pues: 1) en una primera fase, una correlativa competencia, que 2) en una segunda fase, va a ser imputada a un determinado órgano para que 3) en un tercer momento, la ejerza con arreglo a un determinado procedimiento. Cabe entonces una *triple posibilidad de infracción* del Ordenamiento jurídico:

1) Una, propia de la primera fase, que consistiría en la utilización de un poder para fines no previstos en la norma aplicada. La correlación se establece aquí entre los componentes normativo, teleológico y apoderativo: si la *norma* aplicada fija un *fin* o *interés* distinto del que, con su acto, consigue el órgano actuante, dicho acto será nulo por la *no provisión de poder* para dictarlo.

2) Una segunda infracción, propia de la segunda fase, que consistiría en que el órgano que ejerce el poder—esta vez sí previsto en la norma—no es precisamente el que debe ejercerlo, sino otro distinto. La correlación se establece aquí entre los componentes normativo, apoderativo y organizativo: si la *norma* que funda el *poder* fija el *órgano* que debe ejercerlo, su ejercicio por otro distinto, aunque sea jerárquicamente superior, hará nulos los actos que dicte, pues no nace la competencia de la autoridad, sino *la autoridad de la competencia*.

(26) *Vid.* un excelente y laudatorio comentario a esta sentencia en J. A. SANTAMARÍA PASTOR: *Renovación dogmática en torno a la desviación de poder como instrumento de control*, en «REDA», núm. 2 (1974).

3) Finalmente una última infracción, propia de la tercera fase, que consistiría en que el poder ejercido se desvía del procedimiento fijado por la norma. La correlación entre los componentes apoderativo, normativo, teleológico y procedimental se concretaría en la siguiente ecuación: fijado por la *norma* el *procedimiento* conforme al que un acto debe ser producido o un *fin* alcanzado, la utilización de otro distinto que altere las garantías o presupuestos en él determinados, condicionará la validez del *poder* ejercido y del acto dictado.

14. DESVIACIÓN DE PODER, DESVIACIÓN ORGÁNICA Y DESVIACIÓN DE PROCEDIMIENTO: TRATAMIENTO DIFERENCIAL DE LAS INFRACCIONES QUE PRODUCEN

Si en el primero de los tres supuestos que hemos distinguido podemos hablar—y se habla—de *desviación de poder*, en el segundo y tercer supuestos podríamos hablar, correlativamente y por idéntica razón, de *desviación de órgano* y de *desviación de procedimiento*. En los tres supuestos se produce de alguna manera una actuación sin competencia. En el primer caso, porque se ejerce un poder que no se ha llegado a crear por el Ordenamiento. No se olvide que *es la competencia la que nace del fin y no el fin el que nace de la competencia*, y que como el fin lo establece siempre la norma, dar por válido el perseguido o realizado por el órgano actuante equivaldría nada menos que a convertir a éste en auténtico legislador, subvirtiendo gravemente el orden jurídico.

En el segundo supuesto, la incompetencia se produciría porque el órgano que actúa el poder, fundado por la norma sustantiva, no es precisamente el que debe ejercerlo según la norma orgánica distributiva de ese poder. En ese supuesto no nos hallamos ya ante una falta de competencia, sino en presencia de una verdadera competencia, sólo que ejercida, eso sí, por un órgano incompetente. La cuestión se desplaza, pues, desde la competencia al órgano, con lo que al ser éste, a diferencia de aquélla, perfectamente reemplazable, por la vía del correspondiente proceso aclaratorio o interpretativo de las normas orgánicas, origen del error padecido, la infracción jurídica cometida se hace perfectamente reparable con sólo dar entrada al órgano competente, que rehará válidamente lo invalidamente hecho por el órgano incompetente, a veces sin modificar un ápice el contenido del acto (cfr. art. 53 LPA).

En el tercer supuesto la incompetencia se produciría, según vimos, porque al hacer discurrir su poder el órgano actuante por cauces procedimentales, desviados o erróneos, se autoinhabilita o descalifica para culminar válidamente su actuación.

El Ordenamiento jurídico nos muestra así, claramente, su *triple dimensión sustantivo-orgánico-procedimental*, cuyo recíproco ajuste o acoplamiento en cada acto o manifestación de competencia resulta indispensable para cerrar el que, en otro lugar, hemos llamado el *triángulo de la válida realización del Derecho*. Si, cambiando ahora de perspectiva, intentamos poner en relación la triplicidad de infracciones expuestas con las técnicas utilizables para detectarlas y, en su caso, subsanarlas, al punto advertiremos también notables diferencias entre ellas.

Cuando lo infringido es el poder teleológico mismo en que toda competencia consiste, cuyo poder o no existe o, existiendo, va a ser puesto al servicio de fines distintos de los fijados en la norma, la entrada en el fondo del problema jurídico que se debata se hará imprescindible para determinar si los efectos alcanzados con el acto dictado se corresponden o no con los resultados queridos por la norma.

Contrariamente al supuesto de incompetencia o desviación orgánica, aquí no se va a examinar *ya qué órgano* debe jurídicamente resolver un problema, sino la *solución jurídica* del problema mismo. Nos situamos, pues, ya totalmente *fuera de la organización* y totalmente *dentro del Ordenamiento* que de ella se va a servir para su autorrealización final. La competencia cobra, en este segundo aspecto, un valor jurídico puro en el que la causa, el fin y el contenido de lo que el órgano haga van a primar sobre los límites organizativos impuestos a su hacer. Un órgano administrativo puede, *sin invadir ni interferir la competencia de los demás órganos*, hacer un ejercicio de la suya opuesto, o simplemente distinto, al previsto y querido por la norma y único para el que ésta le habilitó o confirió poder.

En tales circunstancias—repetimos—*no sería correcto decir que se infringe un poder que no se tiene, sino pura y simplemente, que se actúa sin poder*. O, a lo sumo, con un poder *de facto* protegible únicamente cuando así lo exija el principio de la apariencia, equidad y buena fe frente a terceros (art. 112 LPA). Una cosa es, evidentemente, el *límite organizativo*—de orden relativo o superable—impuesto a un órgano frente a los demás órganos por razón de la materia, el territorio o la jerarquía, y otra, muy distinta, el *límite ordinamental*—de orden absoluto e irremontable—resultante del contenido de voluntad

de la norma que aplica, más allá del cual toda posibilidad de actuación válida y legítima cesa.

Las consecuencias que del planteamiento expuesto se siguen nos parecen decisivas y de muy largo alcance: si a través de la competencia, entendida como *límite organizativo* o *relativo*, sólo es posible desplazar el conocimiento de un asunto desde un órgano, supuestamente incompetente a otro supuestamente competente, sin prejuzgar para nada el fondo de la cuestión, ya que ello supondría subrogarse en la competencia del órgano que debió decidir y no lo hizo, alterando el orden de competencias normativamente preestablecido; a través de la competencia, entendida como *límite jurídico* o *absoluto*, se adviene directamente a un control jurídico del fondo de la cuestión, sin que proceda por ello ningún desplazamiento o devolución de la misma a órgano distinto del que emanó la decisión anulada, ya que aquí no nos hallamos ante un proceso al órgano emanante de un acto, sino ante un proceso al acto emanado de un órgano.

Cuando la infracción afecta exclusivamente a si es éste o aquél el órgano que debió actuar—y no a la actuación misma—, se hace innecesaria, obviamente, la entrada en el fondo de la cuestión, la cual va a quedar sin decidir frente a los interesados en la misma. No se va a tratar aquí ya de dar la *solución* jurídica del caso, sino simplemente de declarar *quién* debe darla. En resumen, que lo que se haga—esté bien o mal hecho—va a importar menos que quien lo haga. No se dudará en sacrificar el huevo por el fuero.

Finalmente, y por lo que respecta a la tercera de las desviaciones previstas—la de procedimiento—, hemos de insistir en la predicada *funcionalidad* de éste respecto de la competencia, de la que nace una vinculación recíproca entre ambos, ordenada a un mismo fin. Cierto que el poder establecido por la norma lo ejerce el órgano competente cada vez que dicta una resolución, pero no menos cierto que ese poder no pasa directamente de la norma al órgano, sino que entre la una y el otro se interponen por el Ordenamiento una serie de *garantías* que *mediatizan* o condicionan las decisiones del segundo, y a cuyo través se va a operar una cierta coparticipación paradecisoria por parte de los órganos o sujetos intervinientes en el procedimiento.

La manifestación de voluntad (resolución final) del órgano competente va a venir así modulada por una serie de manifestaciones previas de deseo, conocimiento o juicio (solicitudes, pruebas, alegaciones, informes, propuestas, etc.), que necesariamente influirán en su *contenido*, proporcionando con ello a la Administración y a los adminis-

trados una mayor confianza en su legalidad y acierto. De esta manera *el Ordenamiento quiere querer a través de la voluntad del órgano competente, pero quiere también —y con no menos vehemencia— que éste no quiera solo o a solas, sino asistido de otras voluntades merecedoras de la misma y a veces superior confianza* (caso de los informes vinculantes).

Por eso, cuando alguna de las intervenciones —decisivas aunque no decisorias— es omitida, el Ordenamiento no puede ser más consecuente con sus propios planteamientos: tener por no dictada la resolución final —sin prejuzgar si es o no correcta en cuanto al fondo— y mandar retrotraer las actuaciones que condujeron a su emisión al momento procedimental mismo en que tal intervención se debió producir y no se produjo (cfr. arts. 50, 53 y 124 LPA y 127 LJC).

Las reflexiones que anteceden nos llevan, como de la mano, a la obtención de una nueva y creemos que fundamental conclusión: *al influir sobre la competencia y traducirse siempre el ejercicio de ésta en la emanación de un acto administrativo, los fines de interés público que determinaron la creación de aquélla habrán de quedar «realizados» en éste, asumiendo el procedimiento la función de garantizar precisamente esa realización o plasmación.* La Ley de Procedimiento Administrativo no puede resultar más concluyente al respecto. Su artículo 40 nos dice: los «actos administrativos se producirán por el órgano competente mediante el procedimiento que en cada caso estuviere establecido (y su contenido) será "adecuado" a los fines de aquéllos», que se suponen siempre de *interés público*. Si esa «adecuación» no se produjera, se estaría incurriendo en desviación de poder (art. 115 LPA en relación con el art. 83 LJC). De ahí que, para asegurarla, la Ley de Procedimiento Administrativo arbitre toda una constelación de garantías:

1) Procurar que en el procedimiento puedan tomar parte, como interesados, legitimados o coadyuvantes, cualesquiera personas, individuales o colectivas, cuyos derechos o intereses legítimos puedan resultar afectados por la resolución que se dicte (arts. 23 y 28 LPA en relación con los arts. 28, 30 y 32 LJC), y permitir que en él puedan asumir la defensa no sólo de sus derechos o intereses legítimos, sino además, y por la vía de estos últimos, la legalidad objetiva misma (arts. 23, 113 y 115 LPA y 28 y 84 LJC). Téngase en cuenta que el paso de la legitimación *individual* a la legitimación *colectiva* y, con ella, la posibilidad de asumir la defensa —por vía impugnatoria o a poste-

riori, y no sólo por vía informativa o *a priori*— de los intereses públicos (comunes, generales o colectivos a toda o sólo una parte de la población) contra eventuales desviaciones o mala gestión de la propia Administración, podría conseguirse por mediación del asociacionismo. De esta manera, intereses que, a título individual, serían indefendibles en vía procedimental o contenciosa, por considerárseles no legítimos, personales ni directos (?) respecto del recurrente, podrían serlo a nivel de colectividades personificadas (cfr. arts. 23 *a*), 34, 87 y 130 LPA en relación con los arts. 28 y 32 LJCI).

2) Dar a los interesados las máximas oportunidades de intervención en el procedimiento a medida que éste avanza hacia su resolución final, permitiéndoles formular cuantas alegaciones estimen procedentes (art. 83 LPA); aportar y proponer la práctica de las pruebas que juzguen precisas para la determinación, conocimiento y comprobación de los datos o hechos susceptibles de condicionar el contenido del acto (arts. 81, 88 y 89 LPA), y verificar, finalmente, una vez instruido ya el expediente, si se omitieron o se tergiversaron sus manifestaciones precedentes, pudiendo en tal caso reformularlas o completarlas con otras nuevas (art. 91 LPA).

3) En previsión de que los interesados se abstengan en el procedimiento u orienten su intervención hacia la defensa de intereses meramente privados, lo que no ocurrirá, en principio, con los coadyuvantes (art. 30 LJC) ni con los que ejerciten acciones públicas (artículo 235 LS) o subrogatorias (art. 371 LRL), la Ley obliga a la Administración a efectuar de oficio cuantos actos de instrucción sean necesarios para que el contenido de la resolución a dictar se adecue al interés público (cfr. arts. 81-2, 84, 87 y 98-2 LPA), lo que permitirá a su vez al juez, en caso de revisión jurisdiccional del acto, determinar, conocer y comprobar, a través del examen del expediente remitido, si se produjo o no tal adecuación (cfr. art 81-2 LPA en relación con los arts. 43-2, 61, 70 y 75 LJC).

4) Cuando el procedimiento se oriente a la emanación de actos con una proyección o trascendencia pública cualificadas, las garantías impuestas por la ley se cualificarán igualmente, adquiriendo idéntica proyección y trascendencia públicas. Tal sucederá con los actos que, por su naturaleza, afecten a sectores profesionales, económicos o sociales organizados corporativamente, respecto de los que se abrirá un período de información pública (art. 87 LPA en relación con el artículo 2.º L. Col. Prof.), y con los que tengan carácter normativo, en

cuyo caso la información pública podrá extenderse a cualesquiera colectivos, se hallen o no organizados corporativamente (art. 130-4-5 de la LPA). Por esta vía previa o informativa, la Administración se abre a la Sociedad—y no sólo a sus órganos consultivos, que a la postre no dejan de ser Administración—y la investigación de lo que sea o no sea conforme al interés público se hace función compartida. Los posibilidades aquí contenidas para una evolución del Derecho administrativo en un sentido socializante o desindividualizador, por la que recientemente ha abogado NIETO, no necesitan ponderarse. Un paso más y abriríamos el camino hacia una descentralización corporativa (27).

(27) Vid. A. NIETO GARCÍA: *La vocación del Derecho Administrativo en nuestro tiempo*, en esta REVISTA, núm. 76 (1976), pp. 28 y ss., y *La discutible supervivencia del interés directo*, en «REDA» núm. 12 (1977), pp. 39 y ss. Mientras reviso estas líneas, G. ARIÑO ORTIZ tiene la atención de hacerme llegar un sugestivo trabajo suyo—todavía inédito—en el que bajo el título de *Democracia y Administración: Notas sobre participación ciudadana en los procesos de decisión* realiza un comentario de urgencia a los artículos 103 y 119 del Proyecto de Constitución en los que se pretende plasmar la idea tan atrayente como problemática, a nivel de efectividad práctica, de una Administración participativa y democratizada. En él se nos dice, con convicción no exenta de patetismo: «La democracia participativa es incompatible con el centralismo. No existe un interés público objetivo, identificable en exclusiva por unos señores en virtud de las posiciones oficiales que ocupan, a través de no se sabe que "iluminación" carismática y al margen de los grupos interesados... Es un hecho patente que en los modernos Estados los centros de decisión escapan muchas veces a los representantes elegidos para ir a caer en manos de los burócratas: burócratas de gobierno o burócratas de partido... La "encarnación" del interés público en políticos, administradores o burócratas, es algo que ha ido degradándose progresivamente en la conciencia social y que no puede subsistir... La burocracia no encarna el interés público, sino, sobre todo, un sistema de intereses sectoriales del grupo u organización a la que sirve o de la clase a la que pertenece... En una sociedad libre—prosigue—se hace cada vez más difícil el "consensus" respecto a identificar lo que sea ese inalcanzable interés público, por la sencilla razón de que no hay "un público", sino "muchos públicos"... y, como consecuencia, el interés público es "policéntrico" y sólo es encontrable por la vía de la negociación. Naturalmente, el poder del Estado será el árbitro final» (subrayados nuestros). Tras de tan incisivo planteamiento, que recuerda constantemente al de NIETO, concluye: «Las ideas cardinales del Derecho administrativo (separación de poderes, principio de legalidad, control jurisdiccional, acto administrativo, responsabilidad, derechos subjetivos, legitimación y tantos otros), que funcionaron admirablemente para defender los derechos individuales, no son cauce adecuado para resolver los conflictos de intereses colectivos que se plantean hoy... (Se hace necesario, en consecuencia, una reforma de la LPA, la LEEA, la LGP, la LPE, la Ley del Plan y otras muchas leyes sustantivas.»

Por nuestra parte, esperamos ver publicado, en breve, un nuevo trabajo, continuación de los que llevamos ya publicados sobre el Estado de Derecho, y en el que, bajo el título de *Democracia, representación y participación: sus presupuestos y relaciones*, incidiremos en tan apasionante problemática. Bástenos, por ello, con dejar consignadas aquí las observaciones siguientes:

1) La participación, como concepto que desborda, en extensión e intensidad, al de representación, puede abarcar las siguientes manifestaciones:

A) De participación indirecta o no decisoria, que comprendería, a su vez, las

5) Finalmente, cabe la posibilidad de que el *interés común* o *general* sea la resultante de una pluralidad de *intereses públicos parciales* o *sectorializados*, recíprocamente conflictivos, cuya respectiva

siguientes modalidades: a) *Participación por la vía de la elección o el sufragio*, en la que el ciudadano, administrado o representado, sólo decide *quién* quiere que decida por él, pero no *lo que* deba decidir. En frase ya famosa de ROUSSEAU, aplicada al pueblo inglés, el elector que se cree libre se equivoca: sólo es libre mientras vota. A partir de este momento, en expresión ácrata que igualmente ha hecho fortuna, ya no podrá hacer otra cosa que obedecer—cuando no padecer—al amo que eligió. Consecuentemente, la *delegación* se convierte, por la fuerza de los hechos, en *dejación*. M. DUVERGER ha titulado muy expresivamente una de sus obras *La democracia sin el Pueblo* (Ariel, 1968). En ella dice, con clara referencia al Mayo francés del 68: «Los franceses ya no se contentan con criticar: quieren participar. Cuando se habla de libertad hoy se piensa... en la posibilidad de verse asociado a la elaboración de las decisiones. Cogestión, autodeterminación y participación son palabras que expresan un deseo profundo, sobre todo en las nuevas generaciones» (p. 253). b) *Participación por la vía del trámite de audiencia o información pública*. Va unida, normalmente, a toda norma o decisión procedimentalizada y afectante a colectivos corporativa o sociológicamente bien diferenciables (cfr. arts. 87 y 130 LPA, 2.º y 5.º LCP, etc.). c) *Participación por la vía de la iniciativa, propuesta o petición a los poderes públicos*. Prescindiendo de lo que sobre el particular establezca la futura Constitución (vid. arts. 33 y 85 del Proyecto), esta vía es hoy una vía muerta representada por la Ley de 22 de diciembre de 1980, reguladora del derecho de petición (individual, que no colectivo), y por los artículos 33 y 34 LPA, no menos ornamentales. d) *Participación por la vía de la mera ejecución de lo ya decidido o aprobado por la Administración*. Citemos, *ad exemplum*, los artículos 114, 126 y 127 LS, referentes a las Juntas de Compensación. e) *Participación por la vía del control o censura, consecuente o no a una preceptiva rendición de cuentas*. ROUSSEAU, al emitir su despectivo juicio contra los ingleses, no valoró debidamente el hecho de que el representante que mentía a sus representados se estaba engañando a sí mismo al asegurarse su «no-reelección» en los comicios siguientes. Todo ello sin contar con la posibilidad de revocación antes de la expiración de su mandato en los casos en que esté prevista (democracia semidirecta). Junto al *control electoral* (responsabilidad política) está también el *control jurisdiccional*: acciones públicas; posible conversión del interés directo en «posición jurídica digna de confianza» (ARIÑO), con la consiguiente ampliación legitimatoria para impugnar las decisiones administrativas, y eventualmente también políticas, y adecuarlas a los intereses legítimos de los recurrentes. Cabe, finalmente, incorporar a los representados a los órganos de control llamados a fiscalizar las cuentas o balances de resultados que les deban rendir periódicamente los órganos activos.

B) De *participación directa o decisoria*, en la que incluimos las manifestaciones siguientes: a) *Participación por la vía política del referéndum*, cuyo máximo exponente nos lo siguen proporcionando los artículos 3.º-3 y 5 de la Ley Fundamental para la Reforma Política de 4 de enero de 1977. b) *Participación por la vía municipalista de los Concejos Abiertos*, que mientras el artículo 72 LRL parece conservar a regañadientes como reliquias arqueológicas a extinguir, el artículo 105-1 del Proyecto de Constitución contempla como posibilidad abierta a los vecinos que a ellos deseen acogerse. c) *Participación por la vía de los movimientos asamblearios*, que somete las decisiones más trascendentales a las votaciones *in situ* de los reunidos y que tantas adhesiones está suscitando en algunas centrales sindicales y asociaciones de vecinos. No deja de ser una variante sectorial de los Concejos Abiertos, siquiera con menor grado de institucionalización o formalización. Los representantes pasan aquí de apoderados generales a ejecutores vinculados (mandatos imperativos). d) *Participación por la vía de la descentralización o delegación corporativas*. Nada se opone a que la Ley, por sí, o la Admi-

gestión corra a cargo de diferentes órganos que en sus decisiones se ignoren, cuando no se contradigan, con daño para la realización de todos o alguno de aquéllos. Tal complejo de intereses públicos inter-

nistración, por autorización de ella, descentralicen o deleguen ciertas funciones o servicios públicos, incluso de carácter soberano, en la comunidad o sectores de ella especialmente afectados en cada caso. En el orden administrativo, ello fue notorio en el modelo de «administración autónoma de las aguas públicas», representado por las Confederaciones Hidrográficas, que tan emotivamente evocó y defendió S. MARTÍN-RETORTILLO, previamente a su degeneración tecnocrática. Otras posibilidades a ponderar nos las ofrece la Ley de Colegios Profesionales y toda la legislación corporativa que ha ido —e irá— reemplazando a las extinguidas Organizaciones Sindicales y del Movimiento. Pensemos, a título de ejemplo, en el panorama que se abrirá con la proyectada democratización de las estructuras deportivas. En el *campo jurisdiccional*, y por ello perteneciente ya a la soberanía del Estado, podemos citar el milenar Tribunal de las Aguas de Valencia, los Tribunales de Honor —de los que tan mal uso se ha hecho— y la institución del Jurado, cuyas posibilidades de restauración parece contemplar el artículo 115 del Proyecto Constitucional, que alude expresamente a que «los ciudadanos participarán en la Administración de Justicia».

C) *De participación mixta o co-decisoria entre Administración y administrados*, en la que comprendemos los siguientes grupos: a) *Participación por la vía de «colaboración» en los procesos decisorios*. Aquí el administrado no se limita a ser oído por la Administración o a formularle sus iniciativas, sino que su colaboración se prevé como inexcusable, integrándola, consecuentemente, en el proceso decisorio mismo. Citemos como ejemplo el artículo 52 LS, que pone en manos de los particulares afectados la formación de los Planes y Proyectos de Urbanización, reservando a la Administración su autorización previa y aprobación posterior. Otro tanto sucede con las modernas técnicas de fomento incluibles dentro de la llamada Administración concertada o pactada, de las que tanto uso se hizo en nuestros últimos Planes de Desarrollo (cfr. arts. 46 y 47 Decreto 1541/1972, de 15 de junio). b) *Participación por la vía de gestión en la creación, organización o explotación de ciertas obras o servicios públicos*. En este punto habría que distinguir y separar lo que es mera «ejecución» material de lo ya decidido por otro (caso del contrato de obras públicas), de lo que es «gestión o explotación» de esas obras una vez afectadas al funcionamiento del servicio público para el que fueron proyectadas (contrato de concesión). Pues bien, cabe que la Administración convoque y estimule a tales menesteres no a determinadas empresas mercantiles (gestión indirecta), sino a los que habrán de ser los propios usuarios o beneficiarios de los servicios demandados. Podemos citar como botón de muestra, ciertamente paradigmático, al Decreto 3524/1974, de 20 de diciembre, por el que se regula la realización de obras en régimen de acción comunitaria, el cual se remite, a su vez, al Decreto 2884/1971, sobre extensión y capacitación agraria. En su preámbulo se dice: «Se considera de especial importancia la incorporación de la propia población a las tareas del desarrollo..., de modo que participe activamente en su creación y gestión... Tal objetivo se puede alcanzar mediante la participación activa y responsable de la población rural en acciones de desarrollo comunitario dirigidas a satisfacer necesidades de equipamiento colectivo... (a través de las cuales) los afectados se sienten protagonistas de sus propias iniciativas.» En su virtud, el artículo 2.º del Decreto prevé «la libre determinación de los vecinos en la elección de los problemas que deseen resolver»; su «participación y protagonismo en las posibles soluciones de los mismos», así como «en la adopción de acuerdos sobre la forma de organizarse y de elegir a las personas que hayan de constituir la Comisión Gestora de la acción comunitaria». Notemos que los intereses públicos que aquí se contemplan se califican expresamente de «comunitarios», lo que elimina el supuesto de los intereses igualmente públicos pero enfrentados entre sí. Ello permite que la

relacionados dará origen a las llamadas «competencias compartidas», que en otro lugar hemos definido como «aquellas que: a) dimanando de distintas normas, b) atribuyen a dos o más órganos, c) una diversidad de poderes, no excluyentes entre sí pero potencialmente conflictivos, d) en orden a la realización o defensa de una variedad de intereses públicos, e) recayentes sobre uno o más sectores funcionalmente interrelacionados, y f) cuya coordinación exige que su ejercicio se haga a través de un procedimiento complejo, pero unificado». He aquí, pues, de nuevo, al procedimiento, arbitrando mecanismos especiales de coordinación de tales competencias a fin de conciliar los conflictos de intereses latentes en las mismas: expedientes mixtos del artículo 39 LPA; Decretos y Ordenes conjuntos de los artículos 24 y 25 LRJAE; sometimiento a plan o programa de determinadas actividades o servicios, etc.

De esta manera, las implicaciones entre procedimiento y competencia, y por ello entre procedimiento e interés público, resultan tan

acción de la Administración lo sea aquí más de impulso y estímulo que de arbitraje.

2) El esquema participativo que ha quedado esbozado no se compone de piezas recíprocamente excluyentes, sino mutuamente combinables, pudiendo dar lugar, en consecuencia, a figuras o modalidades de participación híbridas.

3) Si el campo participativo lo extendemos desde el marco administrativo al económico (relaciones entre productores y empresarios, caracterizables como de doble flujo o interacción) las modalidades expuestas se verían enriquecidas con nuevas figuras tan significativas como las cooperativas, mutualidades y demás formas de co-gestión o autogestión.

4) Finalmente, la idea de una Administración participativa puede resultar hoy tan atrayente y remodeladora del Derecho administrativo como en su día lo fue la construcción forsthoffiana de una Administración concebida como «prestadora de servicios y conformadora de la realidad social». Pero con una gran ventaja sobre ella: que esa prestación de servicios o procura existencial y esa remodelación de la sociedad se hará por medio de una Administración de la que se podría decir lo que del Gobierno democrático predicó Lincoln: que será una Administración de los administrados, por los administrados y para los administrados. Con ello se verían corregidas las peligrosas potencialidades burocratizantes y tecnocratizadoras inherentes a la construcción de la *Daseinvorsorge* del gran maestro alemán.

En fase ya de corrección de pruebas este trabajo, se publica en la obra colectiva «Estudios sobre el Proyecto de Constitución», Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1978, el de ARIÑO ORTIZ glosado en esta nota. Igualmente hemos podido leer en el número 14 de «REDA» (julio-septiembre 1977) un interesante trabajo de M. SÁNCHEZ MORÓN sobre «Los Consejos de barrio en Italia: una experiencia de participación administrativa», en el que se analizan las diversas modalidades de participación vecinal abiertas por la Ley sobre descentralización y participación ciudadana en la administración del Municipio, de 8 de abril de 1976, y que pueden resumirse así: a) de obtención de información; b) de emisión de pareceres; c) de formulación de propuestas; d) de toma de iniciativas; e) de audiencia preceptiva; f) de adopción de decisiones por vía de delegación. Es curioso constatar cómo la participación va conectada a la representación, de acuerdo con este principio: a poderes decisorios, elección por sufragio directo. Sólo quien decide por mí —o quien informa o es informado— me compromete.

intimas que *tanto deberá dar hablar de un procedimiento para ejercer una competencia como de una competencia procedimentalmente ejercida*. Las consecuencias a deducir de aquí son obvias: que los vicios de procedimiento no vician realmente al procedimiento mismo cuanto a la decisión final a la que conducen y en la que desembocan. De ahí que deba importar *competencializar* el procedimiento en la misma medida en que no interese *procedimentalizar* la competencia, pues esto último nos abocaría irremisiblemente a un ritualismo inadmisiblemente, como contundentemente denunció y demostró FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (28).

Las correlaciones de interdependencia y subordinación que el procedimiento guarda respecto de la competencia se revelan, con especial fuerza, en lo frecuente que resulta llegar al descubrimiento de una desviación de poder, partiendo de una simultánea desviación del procedimiento empleado como medio para amparar y encubrir aquélla. En materia de funcionarios, por ejemplo, y como han puesto de relieve ALVAREZ RICO y GONZÁLEZ HABA, semejante corruptela ha sido muy utilizada para lograr los más variados objetivos *contra* o *extra legem*. He aquí sus propias palabras:

«En materia de personal la desviación de poder que quizá tenga mayor aplicación sea la llamada "desviación de procedimiento" dado que la Administración tenderá a obtener determinadas finalidades de orden sancionador, retributivo, etc., apelando a medios que, en apariencia legales, si se examinan en profundidad aparecen empleados para objetivos que no son precisamente los fijados por las normas.» «Esta desviación, conocida en la doctrina francesa, como *detournement de procedure*, consiste en que la Administración reemplaza un procedimiento por otro, bien para eludir reglas de competencia o una formalidad molesta, bien para conseguir una economía de tiempo o de dinero para la colectividad pública» (29).

(28) Vid. T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *La doctrina de los vicios de orden público*, IEAL. Madrid, 1970, especialmente pp. 132 y 162.

(29) Vid. M. ALVAREZ RICO y V. M. GONZÁLEZ HABA: *La desviación de poder en materia de personal*, en «D. A.» núm. 157 (1974) y del primero de ellos, *La potestad organizatoria de la Administración*, en «D. A.» núm. 174 (1977).

Como ha hecho notar CARRETERO PÉREZ, citando en su apoyo las sentencias de 20 de mayo de 1958 y 24 de octubre de 1959:

«... es clásica la desviación de poder que se comete a través de la ilegalidad de desviar el procedimiento adecuado. La Administración descubre el verdadero fin al recurrir a procedimientos adecuados a otros fines. Así, tiene declarado el Tribunal Supremo que a la desviación de poder se llega fiscalizando... la conducta procedimental del órgano y el ejercicio formalista de sus facultades administrativas» (30).

Más recientemente, la sentencia de 4 de abril de 1972 (R. 2.204) —ya citada *supra*— se expresa en estos contundentes términos, que volvemos a traer aquí:

«... en el ejercicio de sus facultades, la Administración está sometida a un doble condicionamiento: uno de carácter sustancial... y otro de naturaleza formal, en cuanto que debe sujetarse a las formas y procedimientos señalados...; (pudiendo incurrir en) desviación de procedimiento si con el objeto de conseguir una determinada finalidad pública utiliza un procedimiento que no es el específicamente previsto por la ley, lo cual aparece, en ocasiones, como un instrumento al servicio de desviaciones sustanciales».

Comentando esta sentencia ha escrito SANTAMARÍA PASTOR:

«... consagra en nuestra doctrina jurisprudencial por primera vez, que yo sepa, la importante figura de la desviación de procedimiento como figura autónoma. Con gran valentía, la sentencia no se limita a recoger las técnicas estrictamente reconocidas por nuestro Ordenamiento, sino que, animada de un elogiabile espíritu innovador, importa, sin ambages, la técnica francesa del *detournement de procédure* o empleo de un procedi-

(30) Vid. A. CARRETERO PÉREZ: *Causa, motivo y fin del acto administrativo*, en el núm. 58 de esta REVISTA (1969), p. 146.

miento con el fin de conseguir un determinado objetivo de interés público, pero que no es el específicamente prescrito para tal fin por el Ordenamiento» (31).

15. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO EN RELACIÓN CON LOS SUPUESTOS DE HECHO QUE LOS DETERMINAN: SU CONEXIÓN CON LA DESVIACIÓN DE PODER

Cuanto aquí llevamos expuesto carecería de una cabal comprensión si no nos adentrásemos en el estudio de los presupuestos fácticos o hechos determinantes de los que toda competencia traerá su causa próxima o inmediata y en función de los que podrá ser, consecuentemente, fiscalizada la actuación administrativa.

En efecto, la competencia, como la norma misma que a su través cobra vida, nace de una realidad social externa que el Ordenamiento jurídico va a valorar positiva o negativamente en función de su incidencia sobre los intereses que se propone publicar. De esta manera, el legislador primero (norma) y la Administración después (competencia) van a operar con aquella realidad social, todavía no juridizada, *juridizándola* a fin de obtener o excluir de ella unos resultados identificables, en último término, con la realización misma de los intereses públicos previamente asumidos. Resulta, pues, evidente que sin la preexistencia de los elementos de hecho o presupuestos fácticos que en cada situación definen aquella realidad social, ni la norma ni la competencia llegarían a nacer.

Se establece así una correlación funcional necesaria entre los presupuestos de hecho contemplados por una norma, la valoración jurídica que de los mismos se haga por ella y el surgimiento de los intereses públicos que terminan objetivándose en la competencia en orden a su satisfacción. De esta manera, toda competencia viene a quedar, por así decirlo, «emparedada» entre unos presupuestos de hecho de los que surge (visión *ex ante*) y unos fines de interés público a los que debe satisfacer (visión *ex post*). Y de aquí, precisamente, la imposibilidad jurídica de considerar como existente una competencia cuando bien su componente fáctico, bien su componente teleológico no se dan.

La competencia siempre se otorga —y se ejerce— *por algo* (causa) y *para algo* (fin), sin que ni uno ni otro componente, *impuestos* por la norma, puedan ser *depuestos* o modificados por el titular de la

(31) Vid. J. A. SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, nota (21), p. 307.

misma. En ausencia de cualquiera de ellos, se producirá una auténtica falta de legitimación—competencia— para actuar, bien por carencia de poder (no originación del hecho determinante de su imputación), bien por utilización de ese mismo poder, luego de creado, para fines distintos de los fijados en la norma (desviación de poder).

Así lo viene a reconocer paladinamente en nuestro Derecho—pese al silencio de la Ley de Procedimiento Administrativo— el más técnico de nuestros Reglamentos: el de Servicios de las Corporaciones Locales, de 17 de junio de 1955, según el cual «la competencia atribuida a las Corporaciones locales para intervenir la actividad de sus administrados se ejercerá mediante la concurrencia de los motivos («motivos» se emplea aquí como sinónimo de «supuestos») que la fundamentan y precisamente para los fines que la determinen... El contenido de los actos de intervención será congruente con los motivos y fines que los justifiquen» (arts. 4.º y 6.º-1).

Nos encontramos así con que la *solución* contenida o precontenida en una norma y que el órgano competente debe dar o descubrir en cada caso, tras poner en relación sus presupuestos fácticos con los fines de interés público perseguidos por ella, va a depender en su validez y legalidad, primero, de que efectivamente se den tales presupuestos de hecho (cfr. arts. 43, 81 y 88 LPA), y segundo, de que la decisión que ante ellos adopte el órgano competente sea también la realmente querida por la norma, esto es, la más acorde con el interés público asumido por ella, que quedará así convertido en el *fin del fin* de la misma (cfr. art. 40-2 LPA).

La solución normativa aplicable a cada caso conecta, pues, inescindiblemente a una situación fáctica predeterminante. Otra cosa equivaldría a admitir que los fines—y, con ellos, las competencias mismas—nacen socialmente de la nada, convirtiendo al Derecho en una pura entelequia mental, cuando no en un malabarismo manipulador de ideas y conceptos abstractos.

Como consecuencia de lo expuesto, la estructura que adopta la norma, en síntesis magnífica del gran maestro DE CASTRO, es la siguiente: «*si el supuesto de hecho (H) se da, habrá de guardarse la conducta debida (d) por el deber general de todos y, en especial, de los funcionarios (D)*» (32). Cuando esa norma es de Derecho adminis-

(32) Vid. F. DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, nota (3), p. 54. Para este eximio jurista «la norma realiza una doble función: acotar una parte de la realidad y elevarla a condición jurídica, atribuyéndole determinados efectos y consecuencias...; la situación de hecho regulada supone la determinación de los elementos de hecho que motivan la aplicación de la norma», p. 49.

trativo, la conducta debida se identifica con el llamado por nosotros «componente imperativo» de la competencia, y en la especial alusión a los funcionarios vemos una inequívoca referencia al órgano titular de la misma, en cuanto destinatario de aquel poder.

Queda claro, pues, que la competencia por su correspondencia con la estructura de la norma que la forja va a resultar descomponible en dos elementos netamente reglados cuya presencia o ausencia en los actos que de su ejercicio emanen siempre podrá ser detectada: los presupuestos de hecho, de una parte, y los fines de interés público a ellos ligados, de otra. Las posibilidades fiscalizatorias en profundidad que así quedan abiertas respecto de la legalidad de tales actos no necesitan ponderarse, y vamos a verlas en seguida.

El profesor GARCÍA DE ENTERRÍA, en un trabajo al que se puede calificar ya de clásico por el impacto que produjo en los ámbitos doctrinal y jurisprudencial, ha analizado este mismo fenómeno con ejemplar lucidez, en su doble vertiente estructural y fiscalizatoria. He aquí sus palabras:

«toda potestad discrecional (y *a fortiori*, las regladas) se apoya en una realidad de hecho que funciona como supuesto de hecho de la norma de cuya aplicación se trate. La valoración política de la realidad podrá, acaso, ser objeto de una facultad discrecional, pero la realidad como tal, si se ha producido el hecho o no se ha producido, esto ya no puede ser objeto de una facultad discrecional... En nuestro Derecho administrativo, en nuestra jurisprudencia, no es raro encontrar el control de los hechos determinantes de las facultades discrecionales en aplicaciones casuísticas... y es obligado forzar (esta jurisprudencia), porque precisamente en el control de la realidad de los hechos determinantes radica una de las posibilidades más eficaces de control judicial de las potestades discrecionales» (33).

Posteriormente vuelve el citado Profesor sobre el mismo tema, concluyendo:

«las posibilidades que ofrece esta técnica no necesitan ser encarecidas. Recuérdese, por ejemplo, la utilización

(33) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmunidades del poder en el Derecho Administrativo*, en el núm. 38 de esta REVISTA (1962), p. 170.

que de ella hizo la Sentencia de 6 de julio de 1959, en la que el Tribunal no dudó en corregir los hechos que habían sido fijados erróneamente por la Administración, "sin hacer constatación alguna sobre su realidad y certeza" y dando simplemente por buenas "meras afirmaciones no comprobadas". En términos parecidos, la Sentencia de 6 de febrero de 1963 considera inaceptable que la Administración se pronuncie sobre "conjeturas o presunciones, sobre hechos no demostrados y ciertos, que podrán producirse, pero cuya efectividad no ha quedado constatada"... En la misma línea se mueven las Sentencias de 22 de mayo y 10 de noviembre de 1964, la última de las cuales anula un expediente sancionador "en el que tan sólo se hallan suposiciones no estatuidas en hechos concretos". Más recientemente, otra Sentencia de 13 de mayo de 1970 anula una sanción de orden público porque "lo objetivamente acreditado y lógico dentro del cuadro de circunstancias... no abonan los hechos consignados y que han servido de base a la sanción gubernativa"... Otra Sentencia de 1 de junio de 1973..., ponderando las circunstancias concurrentes, afirma categóricamente al respecto: «los Tribunales han de ejercer su poder de control, extendido a los hechos mediante su integración como elementos del acto administrativo» (34).

La conexión funcional entre los supuestos de hecho y los fines de interés público explica la relativa frecuencia con que en un mismo acto puede detectarse una doble falta de competencia por inexistencia, simulación o manipulación de los hechos determinantes y por aplicación, teleológicamente desviada, del supuesto poder que se ejercita.

Ejemplos: 1) Se simula la *urgencia*, que no existe (presupuesto fáctico), para contratar directamente con X y excluir a Z, burlando con ello los designios del Ordenamiento, que concretan el interés público, en tal caso, perseguido: mínimo coste para la Administración sin ruptura del principio de igualdad de oportunidades para los administrados. Se incurre así, simultáneamente y mediante una concatenación lógica, en las infracciones siguientes: a) una falta de los presupuestos de hecho determinante de la aplicación de la norma invo-

(34) Vid. E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, *op. cit.*, nota (19), página 307.

cada, que va a determinar a su vez, b), una desviación del procedimiento preestablecido para los supuestos o circunstancias que de modo real y no ficticio concurren en el caso, y tras de la que se va encubrir hábilmente; c) una desviación de poder que podría entrañar por conexión, d), un delito de malversación o cohecho; todos cuyos vicios, uno por uno y en su conjunto, harían el acto radicalmente nulo e insubsanable. 2) Se finge la *necesidad o conveniencia del servicio* o la de su reestructuración (presupuesto de hecho) para imponer al funcionario X un traslado forzoso (desviación de poder), que tal vez no podría prosperar de seguirse el procedimiento disciplinario legalmente exigible para tal fin (desviación de procedimiento).

Debe hacerse notar, al llegar a este punto, cómo las posibilidades fiscalizatorias que abre el control de los hechos determinantes superan notoriamente a las muy menguadas que hasta aquí ha deparado la técnica de la desviación de poder. La razón es obvia: mientras la existencia o inexistencia de un supuesto de hecho es un dato externo y objetivo, de relativamente fácil constatación (a lo más podría abocar a situaciones de discrecionalidad técnica o impropia), la penetración en los móviles subjetivos, generalmente ligados a la desviación de poder y hábilmente encubiertos tras un ropaje de aparente legalidad (nadie mejor que este tipo de infractor conocerá tan bien lo que tiene que hacer para poder hacer lo que no debe hacer), se hará extremadamente difícil para el juzgador, pudiendo llegarle a plantear verdaderos problemas de conciencia que, consecuentemente, tendrá que resolver también en conciencia (apreciación de la prueba por convicción moral).

Una segunda conclusión se obtiene de lo expuesto: el control de los hechos determinantes tenderá a ir desplazando en efectividad fiscalizatoria a la desviación de poder, por lo que, con razón, ha podido hablarse, en su propio país de origen del *declin du détournement de pouvoir*.

La extensión que va adquiriendo ya este trabajo no nos permite adentrarnos en un examen pormenorizado de la jurisprudencia, como obligado medio de contraste a las tesis que en él venimos manteniendo. Procede por ello hacer aquí remisión expresa a los autores, que en muy meritorios trabajos la han recogido y analizado ya desde una perspectiva crítica y no meramente expositiva (35). Sin embargo, que-

(35) Una exposición y crítica de la jurisprudencia aludida, puede encontrarse en M. F. CLAVERO ARÉVALO: *La desviación de poder en la reciente jurisprudencia del Tribunal Supremo*, en el núm. 30 de esta REVISTA (1959), así como en las obras de

remos hacer una excepción con una notabilísima Sentencia que no es del Tribunal Supremo, sino de la Audiencia Territorial de Burgos y lleva fecha de 10 de octubre de 1968 (puede consultarse en el número 10 de la *Revista de Derecho Urbanístico*, p. 178). En ella los elementos fácticos y teleológicos se interpenetran de tal manera, que la interpretación de la norma aplicada tiene que montarse sobre evaluaciones que afectan tanto a los hechos determinantes (sobre los que viene a fundarse el fallo) como a los fines perseguidos por el órgano competente (que, aunque se aluden, se eluden por razones obvias). Dice dicho fallo:

«la resolución de un Gobierno Civil autorizando el derribo de inmuebles para construcción de otros que dispongan, al menos, de un tercio más de viviendas... se halla sujeta a su posible enjuiciamiento por la jurisdicción contencioso-administrativa. Y aunque estas autorizaciones gubernativas dependen de una *estimación conjunta* de los supuestos que la Ley de Arrendamientos Urbanos determina, mediante una apreciación de tipo discrecional, *ello no excluye que esta Sala pueda constatar más que la valoración del Gobierno Civil en sí misma* (elusión de una posible desviación de poder), *la existencia objetiva de tales circunstancias habilitadoras del quehacer de la Administración*, como los recurrentes interesan, *haciendo uso para ello de las técnicas de control sobre los hechos determinantes*, admitidas por nuestro Tribunal Supremo en pronunciamientos singulares, como la Sentencia de 6 de julio de 1959 (R. 3328)».

16. INTENTO DE REDUCCIÓN DE TODA INFRACCIÓN A UN DENOMINADOR COMÚN ÚNICO: EL DE «FALTA DE PODER O COMPETENCIA»

Toda decisión de voluntad que vulnera o se aparta de la solución (o soluciones) queridas (o aceptadas) por la norma que aplica será una decisión viciada de falta de competencia, y ello por una razón muy elemental: el Derecho se negaría a sí mismo, convirtiéndose en

GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, SANTAMARÍA PASTOR y SAINZ MORENO citadas en las notas (19), (21) y (2), respectivamente. De especial utilidad en este punto concreto resulta la obra de J. SÁNCHEZ ISAC: *La desviación de poder en los Derechos francés, italiano y español*. Tesis doctoral. IEAL. Madrid, 1973.

un absurdo lógico si admitiese una sola norma habilitante que permitiese a un órgano contradecir sus mandatos. Mandatos que, como ya dijimos, se identificarán siempre con la solución o soluciones más favorables y, desde luego, en ningún caso contrarias al interés público perseguido en cada caso (36).

Ningún órgano, pues, y ello por definición, podrá quedar apoderado—esto es, investido de competencia—para actuar *contra* o *al margen* del mandato de la norma. Consecuentemente, siempre que se produzca una decisión discrepante o, simplemente, no coincidente con el mandato o solución dada por la norma o aceptada por ella, nos hallaremos *ontológicamente* ante una decisión dictada *sin poder* y, por lo mismo, sin competencia. Y ello por ceñirnos a los supuestos límites o extremos, tanto si esa discrepancia o no coincidencia—infracción en suma—es buscada de propósito o dolosamente por el órgano decidente, como si se produce por culpa o imprevisión del autor de la norma que, al expresar confusamente su mandato, provocó en aquél una «violación, interpretación errónea o aplicación indebida» de la misma (*vid.* art. 1.692 LEC) (37).

De esta manera, «cualquier forma de infracción del Ordenamiento Jurídico» (art. 83-2 LJC), y no sólo el vicio de incompetencia del órgano actuante o la desviación de poder en que el mismo pueda incurrir, será reductible al común denominador de «falta de poder o competencia» para hacer lo que se hizo u obrar como se obró (actuaciones *ultra* o *extra vires*).

Esta simplificación o *reducción a uno* de todos los posibles vicios jurídicos, que, desde un punto de vista ontológico (concepción de la

(36) Tipos de esas normas, en aparente contradicción con el Ordenamiento Jurídico, podríamos descubrirlas en los supuestos de excepción y normalidad examinados *supra*. También en los casos en que los principios de seguridad, equidad, apariencia y buena fe, sancionan la inatacabilidad —que no la validez— de ciertas situaciones claramente *contra leges* (cfr. art. 112 LPA). Advertimos, sin embargo, que, contra lo que se ha sostenido, aquí no nos salimos del principio de legalidad, ya que la inaplicación de una norma —que no su derogación— en un caso concreto viene prevista y ordenada por otra norma de igual o superior rango y aplicación preferente en dicho supuesto. No nos salimos, pues, del Derecho, sino que seguimos dentro de él. Lo único que de aquí se deduce es esta importante conclusión: *que el Derecho es un sistema de normas interrelacionadas, por lo que, su visión aislada —norma a norma; caso por caso— le haría incomprensible por internamente contradictorio*. De ahí que un acto pueda ser *contra legem* y, sin embargo, *secundum jus*.

(37) Esta trilogía de conceptos ha sido calificada por la sentencia de 17 de noviembre de 1961 (Sala Primera) como «incorrección de léxico, cometido por el propio legislador, cuando dice que habrá lugar al recurso de casación por *infracción de ley*, cuando el fallo constituya *violación*, interpretación errónea o aplicación indebida de las leyes aplicables al caso, como si estas dos últimas formas de infracción no envolviesen también *violación de norma*».

Administración como un poder dirigido por y desde la norma hacia la realización del interés público y descomponible en una multiplicidad de apoderamientos orgánicos concretos) nos parece irreprochable, podrá resultar, sin embargo, gravemente perturbadora desde un punto de vista práctico u operativo, al que más que las construcciones teóricas, cerradas sobre sí mismas, le importa la instrumentación de una pluralidad de técnicas aplicativas que hagan, por así decirlo, más manejable el Derecho, y susceptibles de ser inmediatamente utilizadas por los órganos llamados a ejercer el control de la legalidad y a decirnos en consecuencia, caso por caso (*juris dicere*) la solución que vale y la que no debe valer entre las dadas por la Administración.

De esta manera, mediante la transformación del Derecho en Técnica—sin dejar de ser Derecho—, el tratamiento unitario de su vulneración se va a descomponer en una pluralidad de vicios o infracciones jurídicas a las que se imprimirá una mayor o menor autonomía procesal a fin de hacerlas servir de soporte a otras tantas y correlativas técnicas de control. Es, ni más ni menos, lo que hace el científico cuando tras llegar, a veces fatigosamente, a una noción unitaria, como, por ejemplo, la del reino animal, empieza inmediatamente a destruirla con una serie de clasificaciones y subclasificaciones que nos van a permitir ver y operar doblemente con lo que de diferencial había en lo unitario y de unitario en lo diferencial.

De ahí que para que la Ciencia Jurídica avance sin que sus técnicas de aplicación retrocedan, consideremos como muy útil, en principio, la visión unificadora de las infracciones jurídicas que aquí se ha intentado y que redundará en una potencial expansión de las posibilidades fiscalizatorias abiertas o por abrir al control de la ilegalidad por las restantes técnicas actualmente utilizadas, recubriendo las quiebras o lagunas que toda visión atomizadora o casuística necesariamente produce en el sistema (38).

(38) Este intento lo realizó ya, antes que nosotros, T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, y precisamente operando con un concepto de competencia funcionalmente muy similar al nuestro. Para él, «la competencia tiene que comprender no sólo el aspecto subjetivo, sino también la cuestión previa del ámbito objetivo de la norma aplicable, de la potestad conferida a la Administración y de la habilitación legal de la misma. La competencia tiene que comprender también las condiciones de ejercicio del poder genérico de adoptar el acto, es decir, lo que GIANNINI denomina *legitimación*, y ha de comprender igualmente lo que este mismo autor denomina *presupuestos*, es decir, el conjunto de hechos jurídicos constituidos por eventos o acontecimientos objetivamente independientes del agente. Todo ello forma parte del proceso de *habilitación y apoderamiento de la Administración*. (En defecto de tales requisitos o condicionamientos) se produciría una imposibilidad de actuación válida, que forzosamente habrá que referir en nuestro Ordenamiento a la competencia, a falta de

Un magnífico exponente del distinto juego a que procesalmente se prestan las diversas técnicas de control nos lo ofrece la clasificación del Profesor GARCÍA-TREVIJANO, quien distingue netamente tres vicios genéricos convertibles en otros tantos motivos de impugnación: 1) la incompetencia, 2) la violación de normas y 3) la desviación de poder (39).

La distinción entre incompetencia y desviación de poder, analizada ya por nosotros anteriormente, la ve tan ilustre Profesor excelentemente recogida en el Auto del Tribunal Supremo de 20 de octubre de 1961, que comenta elogiosamente y en el que dice:

«se da incompatibilidad entre los conceptos técnicos de incompetencia y desviación de poder..., pues ésta supone que el órgano actúa dentro de sus esferas de atribuciones, porque es el único supuesto en que puede admitirse el posible uso indebido de éstas».

Con mayor precisión aún, la Sentencia de 23 de febrero de 1965 (R. 3768) sienta la siguiente doctrina:

«Es de apreciar la incompetencia en la actuación de la Corporación..., pues precisamente la incompetencia consiste en la actuación de un órgano público cuando debió ser otro quien lo hiciera...; asimismo (es de desestimar) la alegada desviación de poder por el mal uso que la Corporación hizo de su potestad (para un fin distinto al previsto en la norma), porque habiéndose estimado el vicio de incompetencia, *es improcedente entrar a conocer de una cuestión que, como la desviación de poder significa, se ha de basar en que el acto sea formalmente correcto y que la Administración haya obrado dentro de los límites de su competencia.*»

otros conceptos legales que permitan encuadrar los distintos supuestos enunciados». Vid. *op. cit.*, nota (22), p. 274. Por esta vía se ha podido posibilitar, pues, un control de los hechos determinantes, antes de su consagración como técnica autónoma, a punto de cuajar ya en algún anteproyecto de ley como el de ordenación de la potestad sancionadora de la Administración, elaborado por la Comisión General de Codificación.

(39) Vid. J. A. GARCÍA-TREVIJANO Fos: *Acotamiento cualitativo de la pretensión contencioso-administrativa y desviación de poder en el sistema español vigente*, en el núm. 38 de esta REVISTA (1962). Una crítica a esta postura en F. GARRIDO FALLA: *Voz Incompetencia en los actos administrativos*, «N. E. J. Seix», tomo XII, p. 155.

Volvemos a percibir aquí claramente lo que ya dejamos apuntado con anterioridad: *cómo la deformación procesalista lleva a estudiar la «competencia» (teoría del poder jurídico) desde la «incompetencia» (teoría de los vicios jurídicos), con la consiguiente mutilación de los aspectos más sustantivos de aquella.* Repetimos: sólo viendo en la competencia, desde una óptica cerradamente procesal, un accesorio del órgano en vez de en el órgano un accesorio de la competencia (nunca la causa puede ser accesoria del efecto ni el fin del medio), resulta no sólo explicable, sino incluso operativamente útil esta doctrina jurisprudencial.

Por lo que respecta a la distinción entre los vicios de violación de norma y de desviación de poder, lo primero que cabe señalar es cómo aquél, tomado en su pura literalidad, englobaría a todos los vicios imaginables, pues no se concibe una infracción que no vulnere alguna norma, ya lo sea sustantiva, orgánica o procedimental. ¿Por qué entonces a la incompetencia y a la desviación de poder se les presenta como si no supusieran violación de norma alguna?

En el caso de la incompetencia, la razón parece descubrirse sin dificultad: a la solución dada por el órgano «incompetente» se le supone coincidente en los restantes aspectos, jurídicamente fiscalizables, con la querida por el Ordenamiento, que de esta manera queda cumplido y no vulnerado. Pero para ello habría que admitir antes, remontándonos a posturas definitivamente superadas, que las normas orgánicas distributivas de la competencia (Teoría de la Organización) quedan *fuera* y no dentro de ese Ordenamiento (Teoría del Derecho), lo que ya nadie admite, y menos que nadie el propio GARCÍA TREVIJANO, que fue de los primeros en combatir las y rebatirlas.

La razón por la que a la desviación de poder se le deja igualmente fuera de la violación de norma habría que venir a buscarla, tal vez, en la doctrina y jurisprudencia que caracterizaron a la misma como una técnica de *moralización* de la actividad administrativa aplicable a aquellos actos «formalmente correctos y en los que la Administración haya obrado dentro de los límites de su competencia» (S. 25 de febrero de 1965, R. 3768). Nos seguiríamos moviendo, pues, *fuera del Derecho, aunque ahora dentro de la Moral*. Baste decir, en contra de semejante tesis, cómo el propio artículo 83 LJC incluye expresamente a la desviación de poder entre los posibles vicios o infracciones al Ordenamiento Jurídico, renunciando, con buen juicio, a enumerarlos.

Sucede, sin embargo, como CLAVERO ARÉVALO puso ya de relieve (40), que esta tacha de inmoralidad, arrastrada desde sus orígenes por la *desviación de poder*, provoca en las autoridades cuyas decisiones se anulan por tal causa, un sentimiento de dignidad ofendida que con frecuencia mueve a los Tribunales, siempre que ello sea posible, a encajar semejante infracción en otras que no conlleven tales connotaciones, pero conduzcan a idénticos resultados anulatorios (41).

Se olvida con ello que la desviación de poder se produce *objetivamente* cuando, incluso de buena fe, se infringe el *fin típico* querido por la norma para alcanzar otro, no fijado en ella y que hasta podría ser *éticamente irreprochable* (42). Cabría, pues, invirtiendo los términos, que se incurriera en desviación de poder no por inmoralidad, sino por exceso de celo en la moralización o mejora de la actividad administrativa o en la represión de conductas punibles no sancionables de otra forma, supuesto, por otra parte, ya previsto y provisto en vía penal, donde la vinculación del juez a la norma alcanza su cota máxima (*vid.* art. 2.º CP), en claro contraste con la discrecionalidad inherente a ciertas potestades administrativas.

Lo que ocurre es que no siempre será fácil determinar cuál es el fin fijado o querido por la norma que se aplica. Que no pueda haber normas de Derecho administrativo sin fines de interés público que obtener o preservar, no quiere decir que ese fin aparezca siempre explicitado en las mismas, lo que proyectará, de rechazo, una correlativa incertidumbre en cuanto a los medios o potestades a utilizar válidamente. Si lo normal será basar la interpretación de la norma en el previo conocimiento del fin perseguido por ella, habrá ocasiones en que, invirtiéndose los términos del problema, será la interpretación la que tenga que venir a desvelarnos el fin perseguido por la norma. Habrá de tenerse en cuenta para ello que, como ya dejamos apuntado, si bien toda norma administrativa tendrá su correlativo fin de interés público, no todo fin de interés público (en un sentido objetivo, pero todavía no formalizado) tendrá su correlativa norma administrativa,

(40) *Vid.* CLAVERO ARÉVALO, *op. cit.*, nota (29), p. 121.

(41) En este sentido, la sentencia de 18 de mayo de 1965 (R. 2460), no puede ser más expresiva: «la firme convicción del Tribunal, derivada de hechos comprobados, es necesaria para advenir a tan grave conclusión como lo es la desviación intencionada de los fines del acto administrativo, que implica siempre una grave imputación moral para el órgano de la Administración...»

(42) Sólo desde esta perspectiva podría no sorprender la sentencia de 30 de octubre de 1965 (R. 5961) según la cual: «puede un acto administrativo hallarse objetiva y formalmente ajustado a la legalidad vigente y ser dictado persiguiendo una finalidad distinta de la prevista por el Ordenamiento Jurídico» (¡!).

aunque lo normal será que la tenga o acabe por tenerla, haciendo en tal sentido *tendencialmente exacto* el principio *ubi utilitas, ibi potestas*. La doctrina institucionalista de los poderes implícitos o inherentes entronca con esta concepción teleológica del poder como realidad o necesidad social única, con un anverso que sería la norma y un reverso que sería el interés público. Desde éste se llegará, pues, a aquélla y desde aquélla a éste, haciendo precisamente la *potestas* de hilo o camino conductor entre ambos. En consecuencia, el interés público no sólo servirá para interpretar la norma, sino, eventualmente, también para reconstruirla, extrayéndola del propio sistema ordinamental, en cuanto vida social en marcha o institución (43).

El interés público jugará, pues, respecto de toda norma—expresa o inducida—como un concepto jurídico sobreentendido, pero cuya especificación se hará con frecuencia a través de vagas remisiones a lo más conveniente u oportuno a este o aquel designio. La apreciación o determinación de lo que sea en cada caso, «lo más conveniente u oportuno», quedará implícitamente confiada al recto juicio y a la sana crítica de quien aplique la norma (cfr. art. 1.253 CC), de acuerdo con el contexto social en que la misma se inserte y del que reciba y al que pretenda transmitir su sentido (cfr. art. 3.º CC). Ello valdrá especialmente para los que podríamos denominar *finés de valor*, en los que, a diferencia de los intereses propiamente dichos, lo teleológico e incluso lo sociológico se hacen dependientes de lo *axiológico*.

Lo característico de una tan amplia discrecionalidad o indeterminación como la que en tales supuestos se producirá, será precisamente la no fijación de ese fin típico al que aludíamos anteriormente, y de ahí que la violación de la norma en cuestión no pueda producirse

(43) Con razón se pregunta F. SAINZ MORENO *qué contenido tiene el concepto de interés público*: «¿Se trata—dice—de un concepto en blanco, de un concepto vacío que admite cualquier interpretación? ¿Se trata, por el contrario, de un concepto de contenido fijo predeterminado? Estas preguntas—se contesta—admiten, en principio, tres posibles respuestas: 1) el concepto de interés público *carece de contenido propio*, por lo que su concreción en cada caso no es producto de un juicio, sino de un acto de voluntad; 2) la noción de interés público *tiene un significado propio con valor general*, por lo que en cualquier texto legal que se utilice puede ser entendida con un mismo sentido; 3) la noción de interés público *es un concepto que varía de contenido, según el contexto en el que se encuentra*.» Tras analizar cada una de las tres posibles respuestas a su pregunta e inclinarse por la concepción racionalista implícita en las contestaciones 2) y 3), concluye: «La noción de interés público aparece en el Derecho público cumpliendo una triple función: a) es uno de los criterios que inspira la interpretación y aplicación de sus normas; b) es un concepto jurídico que, por su parte, necesita ser interpretado, y c) constituye un elemento nuclear de las decisiones administrativas.» Vid. op. cit., nota (7), pp. 321 y 322.

propiamente por la vía de la desviación de poder, sino por la de su interpretación errónea o aplicación indebida en cuanto a lo que deba entenderse como lo realmente querido y perseguido por el legislador.

En este sentido suscribimos íntegramente la opinión de SAINZ MORENO, quien comentando la Sentencia de 6 de marzo de 1976, sienta la conclusión siguiente:

«existe desviación de poder cuando el acto se dirige a un fin distinto del señalado por la norma, aunque ese fin pueda ser adecuado al interés público; en cambio, existe infracción de norma, por errónea aplicación del concepto de interés público cuando el acto no se ajusta a lo que ese concepto significa en un texto y en un contexto determinados» (44).

17. LOS FINES DE INTERÉS PÚBLICO EN CUANTO GENERADORES DE «PODERES DEBIDOS»: EJERCICIO DISCRECIONAL DE LAS COMPETENCIAS FRENTE A COMPETENCIAS DE EJERCICIO DISCRECIONAL

Resulta incongruente, desde un punto de vista ético, que siendo la competencia un poder instrumental afectado a la satisfacción de un fin de interés público, pueda quedar, no obstante, al arbitrio del titular del órgano competente el optar entre ejercerla o no ejercerla, una vez surgida la necesidad, normativamente sancionada, de actuar en un sentido u otro para su debida protección (45). Sin embargo, el hecho de que la competencia tenga que ser necesariamente ejercida, tan pronto como se presente el supuesto de hecho determinante del fin para cuya satisfacción fue otorgada, no quiere decir que ese ejercicio deba conducir en todos los casos a la adopción de soluciones unívocas e invariablemente repetidas.

(44) Vid. F. SAINZ MORENO: *Reducción de la discrecionalidad...*, op. cit., nota (2), página 90.

(45) De ahí que en Derecho administrativo pueda hablarse de discrecionalidad, pero nunca de *libertad*, según dijimos, y, menos aún, de *graciabilidad*. La expresión *potestad graciable* —salvo que se la quisiera identificar con la prerrogativa de gracia— no tiene cabida ni sentido en el Derecho administrativo. Entendemos, por ello, que el artículo 89 de la Ley General Tributaria, según el cual: «la condonación graciable de las sanciones tributarias se concederá discrecionalmente por el ministro de Hacienda», deberá interpretarse en el sentido de entender referida la *graciabilidad*, no a la potestad condonatoria del ministro de Hacienda, que será ejercida discrecionalmente, según el propio precepto, sino a la falta de derecho subjetivo del sancionado para pedir su condonación.

La competencia habilita para actuar y obliga a hacerlo, una vez producido este o aquel supuesto de hecho acotado por la norma y para el fin en ella previsto, pero no siempre precontendrá la solución a aplicar, la determinación de cuyo contenido podrá encomendar al recto arbitrio del titular del órgano, el cual, sopesando las circunstancias del caso —que el legislador no quiso o no pudo valorar *a priori* en sus diversos elementos—, decidirá discrecionalmente —que no libremente— sobre la que más convenga adoptar, sin excluir, por supuesto, *la abstención*, pero entendida ésta aquí como una más de las soluciones o alternativas posibles, y nunca como una mera pasividad, indiferencia o postura personal.

No se debe hablar por ello de *competencias de ejercicio discrecional*, sino de *ejercicio discrecional de las competencias*, por cuanto la competencia es, con relación a su ejercicio, imperativa (supuesta la cobertura material necesaria), y sólo con relación a las posibles soluciones en que ese ejercicio se traduzca, discrecional. Precisamente, al tener que dar por sí mismo la solución en cada caso, el titular del órgano competente pasa a asumir una esencial labor coadyuvante, de integración o rellenado, de la norma incompleta, por donde percibimos claramente los que hemos llamado efectos constitutivos inherentes al ejercicio de la competencia, y por virtud de los cuales el órgano competente se nos presenta como una especie de legislador complementario o de último grado.

Sin embargo, no siempre la norma atributiva de la competencia dejará tan amplio margen de opción al órgano competente ni, siempre que ello sea posible, convendrá que lo deje ante el riesgo cierto de que el arbitrio de su titular pueda degenerar en arbitrariedad o desviación de poder. Nos encontramos, en consecuencia, frente a estos dos tipos de normas:

1) Normas que llevan incorporadas a sí mismas el contenido de la decisión a tomar en cada caso, haciendo del legislador un administrador y cuyo esquema o estructura sería éste: *dados los supuestos a, b, c, ... x, apliquense, respectivamente, las soluciones A, B, C, ... X, de acuerdo con las valoraciones únicas, adecuadas o no* (posibilidad de falta de equidad o ajuste, que en este caso sería incorregible, salvo que procediese dar entrada a ciertos principios generales del Derecho —cfr. art. 8.º CC—), *hechas previamente por la norma*.

2) Normas que hacen depender la solución a tomar en cada caso, de la prudencia y recto juicio de quien deba aplicarlas, haciendo del

administrador—y, con mayor motivo, del juez— un minicolegislador, y cuyo esquema o estructura—más complejo— sería éste: *dados los supuestos a, b, c, ... x, aplíquense, respectivamente, las soluciones A', B, C, ... X, que, a juicio de los órganos competentes A', B', C', ... X', resulten las más «adecuadas» al logro de los fines de interés público queridos por las normas sustantivas correspondientes.*

Advirtamos cómo en la aplicación de las normas comprendidas en el segundo supuesto, las soluciones dadas por los órganos competentes en el ejercicio de sus poderes discrecionales se transforman, siempre que sean las más adecuadas al interés público, en el contenido mismo de las normas sustantivas que integran; razón por la que, en este aspecto, devienen inatacables, pues una norma no puede fiscalizarse a sí misma desde ella misma.

Esta *máxima adecuación o adecuación, al menos*, de cada solución dictada a los fines de interés público objetivados en la norma—aunque no siempre explicitados en ella— se va a convertir, según dijimos, en la más afinada—y refinada— de las técnicas de control aplicables por los órganos revisores. Si no siempre será fácil determinar, en cada caso, *lo que es* el interés público (visión positiva), sí lo será, al menos, determinar *lo que no es* (visión negativa). Por este camino, y en un Estado que no sólo se llame de Derecho, sino que, además, lo sea (46), la discrecionalidad administrativa—no así la política—habrá muerto definitivamente y será imposible resucitarla, a no ser que se empiece primero por dar muerte a los jueces (47).

(46) Vid. L. DE LA MORENA Y DE LA MORENA: *Jurisdicción y Estado de Derecho*, en el núm. 81 de esta REVISTA (1976).

(47) F. SAINZ MORENO, en su trabajo «Sobre el interés público...», op. cit. en nota (2), ha resaltado los logros fiscalizatorios, verdaderamente admirables, a que ha llegado la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, partiendo simplemente de la noción de interés público, cuya omisión, desviación o tergiversación, convertirá en viciado de legalidad al acto vaciado de interés público. Legalidad e interés público, se hacen así nociones interdependientes, y precisamente desde los estratos más profundos del acto: desde sus componentes fáctico y teleológico. El interés público, no sólo limita los poderes de la Administración (*l'Administration peut, sauf si l'intérêt général s'y oppose...*; o *l'Administration s'abstiendra si l'intérêt général l'exige*) sino que, a su vez, está en la base misma de toda potestad, sustentándola, *pas d'intérêt général, pas de possibilité d'agir pour l'Administration*.

«Cuando el error de la Administración sobre la *oportunidad* de una medida es manifiesto—dice SAINZ MORENO— la declaración de que se ha cometido entra dentro del control mínimo de la legalidad, y ello porque... la legalidad es una relación de «conformidad» con el Derecho, no de simple «compatibilidad», lo que significa una exigencia de adecuación más profunda...; la teoría del control mínimo aplicado a la materia del interés general... comprende la desviación de poder, el error de Derecho y el error manifiesto de apreciación (resultando suficiente) para depurar todas las

18. PUNTUALIZACIONES FINALES: EN TORNO A UNA TIPOLOGÍA DEL PODER

No dudamos de que quien nos halla seguido hasta aquí se habrá preguntado ya si no estaremos desorbitando los perfiles técnicos del concepto de competencia y haciéndolo, en consecuencia, instrumentalmente inútil, cuando no perturbador, para una aplicabilidad y manejo rigurosos del Derecho.

La competencia, se podrá objetar, *es* potestad, pero no es *la* potestad; exactamente a como la potestad es poder, pero no es *el* poder. De otra parte, la competencia deberá hacer siempre referencia al *órgano*—que estructuralmente la acota y delimita—y nunca al ente—que organizativamente la desborda—, pues si así se hiciese se la estaría confundiendo con la *capacidad*.

El ente podrá ser capaz o incapaz, pero el órgano sólo podrá ser competente o incompetente. Si a la competencia se le hace desbordar del órgano que la contiene—y la retiene—, se la está expulsando del ámbito del Derecho de la Organización, que le es propio, para hacerle entrar en el de la Teoría del Poder, que le es impropio.

Cada célula del cuerpo humano tiene *su* vida; pero el cuerpo humano tiene *más* vida de la que resulta de la pura integración de esa infinidad de vidas celulares. Así le ocurre al *ente personificado*—con su capacidad o vida jurídica—respecto del conjunto de órganos que lo integran y estructuran—cada uno con sus respectivas competencias.

Hemos de reconocer el peso de las objeciones precedentes. Sobre ellas se centró, precisamente, algunas de las observaciones que a nuestra tesis nos formuló, con su habitual agudeza—y que debemos agradecerle—el Profesor GARCÍA-TREVIJANO. Con todo asumimos el compromiso de intentar justificar o, al menos, explicar nuestra postura en un próximo trabajo en el que analizaremos el que hemos denominado

interpretaciones equivocadas que la Administración realice del interés general», página 447.

Cuando hace ya más de diez años empezábamos a abordar el análisis de la competencia desde sus componentes fáctico y teleológico, con el expreso designio de hacer de los fines de interés público la más poderosa arma de control jurídico-administrativo; el temor a extraviarnos nos hacía detener de continuo en nuestra marcha. Hoy podemos ver, con satisfacción, que hacia la meta elegida transitaban otros muchos y que el camino apuntado por nosotros también llevaba a ella.

supra *componente apoderativo o habilitante de la competencia* (capítulos X, XI, XII y XIII de la Tesis) y que nos obligará a revisar y a poner en relación la misma con una serie de conceptos, igualmente implicativos de poder, y que van desde la soberanía o competencia de las competencias, hasta las meras atribuciones, pasando por la capacidad, la potestad y la jerarquía.

