

## LOS CRITERIOS DOCTRINALES DE CLASIFICACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS

### CRITERIA FOR A SYSTEMATIC ARRANGEMENT OF ADMINISTRATIVE AUTHORITIES IN SPAIN

Francisco B. López-Jurado

Professor of Law

Strathmore University / Universidad de Navarra

**RESUMEN:** Tras caracterizar lo que sean las organizaciones administrativas, el trabajo analiza críticamente los criterios de clasificación tradicionalmente empleados por la doctrina española. Ese estudio permite depurar la aptitud tanto prescriptiva como explicativa de cada criterio. Las carencias y limitaciones observadas llevan a diseñar un modo distinto de explicar la clasificación de las organizaciones administrativas que se considera claro y más ajustado a la posición jurídica de dichas entidades.

**PALABRAS CLAVE:** organización administrativa; Derecho de la organización.

**ABSTRACT:** The characterization of administrative authorities in Spain lacks clarity and coherence. The analysis of the main criteria used by Spanish scholarship to classify governmental bodies shows several limitations. These defects lead to propose new approaches that are both clear from a systematic point of view and more coherent with the regulations applicable to those bodies.

**KEYWORDS:** Administrative bodies; Governmental authorities; Spain.

**SUMARIO:** 1. PLANTEAMIENTO—2. LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS COMO REALIDADES INSTITUCIONALES—3. LA TERRITORIALIDAD—4. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL—5. LA DISTINCIÓN ENTRE CORPORACIONES E INSTITUCIONES—6. LA NECESIDAD—7. LA INTEGRACIÓN EN EL PODER EJECUTIVO: 7.1. Planteamiento de la cuestión. 7.2. La indefinición del ámbito del poder ejecutivo. 7.3. La perspectiva histórica—8. LA PERSONALIDAD JURÍDICA: 8.1. Un elemento imprescindible

en el ordenamiento español. 8.2. La personalidad jurídica entre el Derecho privado y el Derecho público. 8.3. La paulatina relativización del dato de la existencia de la personalidad jurídica. 8.4. La capacidad y la legitimación procesal. 8.5. Las entidades intermedias. 8.6. La personalidad jurídica como requisito de las Administraciones públicas. 8.7. La personalidad jurídica como concepto clasificatorio—9. LA CLASIFICACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS: HIPÓTESIS—10. CONCLUSIONES.

## 1. PLANTEAMIENTO

1. Lo primero que destaca en cualquier estudio sobre el Derecho de la organización es la multitud y variedad de *organizaciones administrativas*. El Derecho positivo no ofrece clasificaciones coherentes, alterando tipos y formas al ritmo de la aparición y desaparición de organismos, como si lo único consustancial y perenne en la organización fuera la ausencia de criterios perennes<sup>1</sup>. Constituye un reto ajustar ese universo cambiante sirviéndose de unos criterios de clasificación sostenibles desde el punto de vista prescriptivo (Derecho aplicable a cada institución) y explicativo (claridad y coherencia del sistema). Para afrontarlo se deben someter a prueba los criterios de clasificación empleados por la doctrina española. Su criba pretende aclarar si son esos los criterios que explican más natural y simplemente todos los detalles dados, y los que dejan subsistir el menor número de excepciones y contradicciones<sup>2</sup>.

2. Se parte aquí de una determinación aproximativa y pragmática de lo que sean las *organizaciones administrativas*. En concreto: estructuras dotadas de subjetividad propia externa, reguladas total o parcialmente en la legislación positiva de régimen jurídico y en la reguladora de otros ámbitos de la parte general del Derecho administrativo. Se trata de un supra concepto en el que se engloban desde luego las Administraciones públicas. Por estas se entienden las delimitadas normativamente en el art. 2.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público<sup>3</sup>.

La razón de la búsqueda de esa noción amplia de partida reside en que los mismos criterios que son objeto de estudio operan, en ocasiones, como *conceptos clasificatorios generales*. Los *conceptos clasificatorios* establecen un código binario aplicable por sub-sunción, en la que no caben excepciones —o algo está dentro del concepto o fuera—, al que se asocian precisas consecuencias jurídicas<sup>4</sup>. Si se aplican como *generales* suponen

<sup>1</sup> José Luis VILLAR PALASÍ, «Tipología y Derecho Estatutario de las Entidades Instrumentales de las Administraciones Públicas», en Alfonso PÉREZ MORENO (coord.), *Administración Instrumental: Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. I, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid/Sevilla, 1994, pp. 151-184 (pp. 154-155).

<sup>2</sup> El parámetro lo ofrece Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, I, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1949; traducción por H. H. Heredia y E. Krotoschin, de *Le droit administratif allemand*, 1903, p. 187.

<sup>3</sup> La noción de *Administración pública*, es relevante pues a ella asocia el ordenamiento jurídico consecuencias concretas. De otra parte, el concepto mismo es objeto de extenso debate que no es posible abordar en este momento.

<sup>4</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *La formación de conceptos en el Derecho público*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo, 2018, pp. 119-121, 123-124, núms. margs. 180-181, 184-185.

la exclusión de aquellas figuras en las que no se presenta esa cualidad del objeto de estudio. El ejemplo lo ofrece la personalidad jurídica. Si se parte de que las *organizaciones administrativas* deben estar dotadas de personalidad jurídica, se está excluyendo a priori la valoración de la personalidad jurídica como criterio de clasificación.

Junto a la noción de *concepto clasificatorio*, la idea de *concepto tipo* será también de utilidad para determinar los efectos de los términos con que la doctrina ordena las *organizaciones administrativas*. Los *conceptos tipo* surgen de aislar algunos atributos de la realidad desde una concreta perspectiva de análisis, sintetizando algunos rasgos específicos más o menos presentes en los fenómenos analizados<sup>5</sup>. Estos tipos ideales cumplen una función descriptiva, analítica, meramente explicativa y heurística, no ordenadora, que permite la gradación de atributos de un objeto de la realidad<sup>6</sup>.

3. La teoría de la institución sigue desplegando influencia sobre el Derecho de la organización y respecto de las clasificaciones que este ofrece. La exposición de dicho influjo (2) precede al análisis sucesivo de los criterios de clasificación como: el territorio (3), el carácter instrumental (4), la dicotomía institución/corporación (5), la necesidad (6), el encuadramiento en el poder ejecutivo (7) y la personalidad jurídica (8). A los dos últimos criterios se dedica una atención preferente justificada por su especial arraigo. Tras la labor de derribo, deberá acometerse la de construcción y puesta a prueba de nuevos o de antiguos criterios depurados y enriquecidos. Esa tarea, sin embargo, deberá acometerse en otro trabajo, exponiendo aquí solo, a modo de hipótesis (9) algunas de las características de dicha construcción.

## 2. LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS COMO REALIDADES INSTITUCIONALES

4. En la primera mitad del siglo xx, dos relevantes cultivadores del Derecho público desarrollaron concepciones institucionalistas cuyo elemento común fundamental era el organizativo<sup>7</sup>. Maurice Hauriou afirmó en Francia el carácter institucional de las Administraciones públicas<sup>8</sup>. Por institución entendió “una idea de obra o empresa que se realiza y permanece en un medio *social*”<sup>9</sup>. De la institución global del Estado, entendía Hauriou, germinan las instituciones particulares y elementales. Entre estas las Administraciones públicas (el Estado, los Departamentos, los Muni-

<sup>5</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, p. 128, núm. marg. 193.

<sup>6</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, pp. 126, 128, núms. margs. 189-190, 193.

<sup>7</sup> Sebastián MARTÍN RETORTILLO, «La doctrina del ordenamiento jurídico de Santi Romano y alguna de sus aplicaciones en el campo del Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 39, 1962, pp. 39-78. (p. 61).

<sup>8</sup> Maurice HAURIOU, *Précis de droit administratif et de droit public*, 11.ª ed., Sirey, Bordeaux, 1927, pp. 41-42.

<sup>9</sup> Maurice HAURIOU, «La teoría de la institución y de la fundación (ensayo de vitalismo social)», publicado como «La Theorie de L'institution et de la Fondation» en *Cahiers de la Nouvelle Journée*, núm. 4, 1925, pp. 2-45; en *M. Hauriou: Obra escogida*, J. A. Santamaría Pastor, S. Muñoz Machado (trads.), Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976, pp. 256-296 (p. 266).

cipios y las Colonias) y los establecimientos públicos encargados de la prestación de servicios especiales para ciertos ciudadanos; tales como, por ejemplo, los servicios de asistencia a indigentes<sup>10</sup>.

Más que la presencia de elementos *contraintuitivos* en la definición propuesta, o la clasificación implícita, destaca en Hauriou la búsqueda de un enraizamiento de la formalidad jurídica en la realidad sociológica. Las instituciones «representan jurídicamente la permanencia y su sólida urdimbre se cruza con la débil trama de las relaciones jurídicas pasajeras»<sup>11</sup>. Su construcción realza el lugar que la sociología ocupa en la comprensión del Derecho<sup>12</sup>. Pueden considerarse como aportaciones perdurables de esa concepción: la apertura a otras ciencias como auxiliares del quehacer estrictamente jurídico<sup>13</sup>; su *sociologismo moderado*<sup>14</sup>. También, el intento de superación tanto del subjetivismo que erige en centro de la ordenación jurídica la personalidad exponente de una voluntad, y la noción de derecho subjetivo; como del objetivismo que reduce todo a la hegemonía de la norma<sup>15</sup>.

5. Santi Romano señaló el acierto de Hauriou en separar *institución* de persona jurídica<sup>16</sup>. Simplificó Romano el concepto de *institución* a la vez que lo dotó de consecuencias insospechadas al predicar su identidad perfecta con el de ordenamiento jurídico<sup>17</sup>. Para él la institución es un ente o cuerpo social, con existencia objetiva y concreta, con individualidad exterior y visible<sup>18</sup>. De naturaleza social, su sustrato está constituido por personas relacionadas entre sí; a la vez que cuenta con una individualidad propia, así como con una unidad delimitada y permanente<sup>19</sup>. También en este caso, se desborda la identificación del Derecho con la norma, pero mediante la construcción de una teoría general en la que *no se alcanza a distinguir con claridad las entidades políticas de las concretas realidades administrativas de cumplimiento*. La posición que para Romano ocupa la norma y el Derecho es conocida: «el derecho antes que ser norma, antes que implicar una simple relación o una serie de relaciones sociales es sobre todo organización, estructura, posición de la sociedad misma en la que se desarrolla, y que precisamente el derecho constituye como unidad, como ente con sustantividad propia»<sup>20</sup>.

<sup>10</sup> Maurice HAURIU, *op. cit.*, 1927, p. 42.

<sup>11</sup> Maurice HAURIU, *op. cit.*, 1925/1976, pp. 266-267.

<sup>12</sup> Maurice HAURIU, *Les Facultés de Droit et la Sociologie*, E. Thorin et Fils, Paris, 1893.

<sup>13</sup> Maurice HAURIU, *op. cit.*, 1893, p. 8.

<sup>14</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *Metodología de la Ciencia del Derecho*. Tomo 5 de sus *Obras completas*, Espasa Calpe, Madrid, 1945/1971/1988, pp. 187-188.

<sup>15</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, 1945/1971/1988, p. 189.

<sup>16</sup> Santi ROMANO, *El Ordenamiento Jurídico*, Sebastián MARTÍN-RETORTILLO, Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (eds.) de la obra de 1918, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, reedición 2013, p. 27.

<sup>17</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, 1918/2013, pp. 24, 28 y 53.

<sup>18</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, 1918/2013, pp. 29-30.

<sup>19</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, 1918/2013, pp. 31-33.

<sup>20</sup> Santi ROMANO, *op. cit.*, 1918/2013, pp. 23-24.

6. Las posiciones institucionalistas omnímodas de Hauriou y de Romano carecen de vigor explicativo de la realidad jurídica en su conjunto. Sin embargo, sirvieron y sirven un siglo después de su formulación para destacar la importancia de las instituciones consideradas «tipos de realidades concretas, socialmente arraigadas y articuladas, que dotan de sentido y hasta condicionan la ordenación jurídica referida a las mismas»<sup>21</sup>. Son realidades sociológicas, tangibles. No meras abstracciones conceptuales<sup>22</sup>. Están ahí e inciden en el Derecho pues este las asume, las regula y se vale de ellas para alcanzar los fines propuestos. Cerrar los ojos a su existencia tiene consecuencias indeseables. Entre otras, supone excluir del Derecho de la organización las aportaciones de las Ciencias Sociales (singularmente la Ciencia Política y de la Administración).

7. Al mismo tiempo, se ha destacado que las instituciones por sí mismas son incapaces de sustentar juicios de corrección jurídica, sin caer en un mero voluntarismo del intérprete<sup>23</sup>. Para que dicha utilización fuera válida habría de estar precedida de su reconocimiento en el material jurídico-positivo<sup>24</sup>. A lo que habría que añadir que su aptitud para sustentar juicios de corrección jurídica es cuando menos similar al de otras realidades que el Derecho ordena, lo cual conduce a un problema bastante más de fondo que no es del caso abordar en este momento. El reparo, de cualquier forma, hace que la perspectiva institucional goce de mayor capacidad de reconocimiento como facilitadora de comprensión que como instrumento de prescripción o de interpretación.

El enfoque institucional pone, eso sí, de relieve un dato elemental: *organizaciones administrativas* relevantes existen y evolucionan de forma perceptible, en los ámbitos político, económico, sociológico, de forma paralela a la configuración legal que ostentan en cada momento histórico. *Su realidad no es solo jurídica, aunque se configuren jurídicamente*. Las Entidades locales, la Administración del Estado, el Banco de España, por ejemplo, son muy anteriores a la Constitución española de 1978. En 2018 se cumplió el 800 aniversario de la Universidad de Salamanca, efeméride cuya celebración revela que, al menos en el imaginario colectivo, ha existido *un sustrato mantenido en el devenir de los distintos estatutos jurídicos* ordenadores de dicha entidad durante todo ese tiempo. En el caso de la mayoría de las *organizaciones administrativas*, la veste legal no es un mero ropaje externo, sino constitutivo interno que determina su entera configuración.

8. El enfoque institucional ha tenido y sigue teniendo una fuerte influencia en nuestra disciplina. La consideración de las *Administraciones públicas* como instituciones permite sustentar de forma general y coherente el criterio subjetivo u orgánico

<sup>21</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *La ciencia jurídica tradicional y su transformación*, Civitas, Madrid, 1981, p. 76.

<sup>22</sup> Antonio HERNÁNDEZ GIL, *op. cit.*, 1981, p. 77.

<sup>23</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, p. 117 § 177.

<sup>24</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, «La formación de conceptos dogmáticos en el Derecho público», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 31, 2015, pp. 105-133 (p. 119 § 22 y 23).

de descripción del entero Derecho administrativo. Por tal se alude a esa *convención mínima y tendencialmente universal* de que el Derecho administrativo es el *Derecho propio* de la Administración pública<sup>25</sup>. Considerar a la Administración pública como institución encaja con la idea de la propia Administración y del Derecho administrativo como realidades cambiantes y en continua interacción<sup>26</sup>.

El análisis de las Administraciones públicas como instituciones permite desvelar la realidad empírica, el arquetipo histórico, la percepción sociológica sobre la que fundar un concepto estable de Derecho administrativo<sup>27</sup>. Si bien la idea de Administración pública como institución se presenta escasa de contenido, resulta lo suficientemente densa como para soportar una comprensión *subjetiva* u *orgánica* del Derecho administrativo. En ese sentido, la perspectiva institucional, más que el dato formal de la personalidad jurídica, permite fundar una formulación sostenible y general –aplicable en muy diversos Derechos nacionales– del concepto de Derecho administrativo<sup>28</sup>. La influencia de la perspectiva institucional, sin embargo, va más allá de la mera delimitación del concepto de la asignatura.

9. La idea de institución está en la base del reconocimiento constitucional de la garantía institucional. Encontramos una institución garantizada constitucionalmente cuando la Constitución, con independencia de los derechos fundamentales, reconoce «una situación de hecho y normativa formada, heredada, con raíces históricas y por todo ello *encontrada*»<sup>29</sup>. De ahí se derivan unos límites para el legislador en la regulación de la materia. Límites extremos, configurados como prohibiciones más allá de las cuales el instituto quedaría aniquilado o desnaturalizado<sup>30</sup>. Límites vagos<sup>31</sup>, que *derivan de una institución abstractamente definida* con la que no se garantiza una concreta configuración, pues no existe garantía de contenido esencial alguno<sup>32</sup>.

El Tribunal Constitucional, como es conocido, reconoció tempranamente la garantía institucional en términos bastante más amplios, menos extremos, que los que

<sup>25</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, “Introducción al Derecho administrativo”, en *Tratado de Derecho Administrativo*, Marcial Pons, Madrid/ Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo, 2020 (en prensa), núm. marg. 7.

<sup>26</sup> Sobre esta relación véase: Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núm. marg. 13.

<sup>27</sup> Carácter a los que se refiere Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, núm. marg. 13.

<sup>28</sup> Sobre la necesidad y la posibilidad de una comprensión constatable y compartida del Derecho administrativo como Derecho propio de la Administración pública, véase: Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núm. marg. 7.

<sup>29</sup> Alfredo GALLEGU ANABITARTE, *Derechos fundamentales y garantías institucionales: análisis doctrinal y jurisprudencial*, Civitas/Ediciones de la Universidad Autónoma de Madrid, Madrid, 1994, p. 79.

<sup>30</sup> Pedro CRUZ VILLALÓN, «Formación y evolución de los Derechos Fundamentales», *Revista Española de Derecho Constitucional*, núm. 25, 1989, pp. 35-62 (p. 61).

<sup>31</sup> Alfredo GALLEGU ANABITARTE, *op. cit.*, 1994, p. 96.

<sup>32</sup> Ignacio DE OTTO Y PARDO, «La regulación del ejercicio de los derechos y libertades. La garantía de su contenido esencial en el artículo 53.1 de la Constitución», *Derechos Fundamentales y Constitución*, Civitas, Madrid, 1988, p. 101.

se acaban de referir<sup>33</sup>. Acoge así una doctrina que entiende la garantía institucional como protección frente al legislador ordinario de determinadas y típicas características de la institución a las que se consideran como esenciales e identificativas de la misma<sup>34</sup>. Parece claro que difícilmente se podrían anudar efectos amplios a la protección constitucional que la garantía institucional brinda, si se excluyera una *consideración fuertemente institucional de las realidades referidas*. Esto, a primera vista, parece más de lo que puede dar de sí la consideración como institución de un tipo determinado de organización pública. La razón del escepticismo no es otra que la dificultad que entraña la selección de aquellas características de la realidad o del arraigo social a las que dar relevancia a efectos de protección. Es esa una tarea de difícil programación y control jurídico, que abre paso a una esfera de aplicación del Derecho que fue calificada de “iusnaturalismo sociológico” tras el que cabía esconder un puro subjetivismo<sup>35</sup>.

**10.** A los efectos de exponer ordenadamente las *organizaciones administrativas*, sin embargo, la noción de institución resulta cuando menos compleja, controvertida e insuficiente.

a) Compleja. La complejidad en sí misma no es negativa. No lo es, desde luego, cuando refleja la realidad de las cosas, muchas veces, muy compleja. La consideración de las *organizaciones administrativas* como instituciones no solo admite<sup>36</sup>, sino que requiere necesariamente —si de ella pretenden obtenerse consecuencias explicativas o aplicativas—, las aportaciones de disciplinas más allá del Derecho como son: la Ciencia Política y de la Administración, la Sociología, la Economía; incluso las Ciencias del Comportamiento<sup>37</sup>. Compleja se presenta la selección de esos saberes y su integración en la explicación y aplicación del Derecho. En el caso que nos ocupa, respecto de la mejor caracterización y exposición de las *organizaciones administrativas*. La perspectiva que aquí se adopta prescinde de la incorporación de esos conocimientos para centrarse en la perspectiva jurídica más asequible y limitada.

b) Controvertida. Por la dificultad, ya advertida, de las instituciones de sustentar sobre sí mismas juicios de corrección jurídica. Buscar la corrección jurídica en los rasgos propios de la institución, especialmente en instituciones tan permeadas jurídicamente y tan cambiantes como son las *organizaciones administrativas*, desemboca

<sup>33</sup> STC 32/81, de 28 de julio, FJ 3.

<sup>34</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *Garantía institucional y autonomía local*, IEAL, Madrid, 1981, p. 13.

<sup>35</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1994, p. 167.

<sup>36</sup> Gabriel DOMÉNECH PASCUAL, «Por qué y cómo hacer análisis económico del Derecho», *Revista de Administración Pública*, núm. 195, 2014, pp. 99-133. Agustí CERRILLO I MARTÍNEZ, «Sobre la interdisciplinariedad en el derecho administrativo. Las utilidades de la ciencia política y de la administración para el derecho administrativo», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 168, 2015, pp. 39-66.

<sup>37</sup> Cass R. SUNSTEIN, *Human Agency and Behavioral Economics: Nudging Fast and Slow*, Palgrave Macmillan, 2017, así como, Juli PONCE Y SOLÉ, «Derecho administrativo, *Nudging* y Ciencias del comportamiento: Neurociencia, Psicología y Economía: ¿Es posible y útil una transdisciplinariedad bien realizada?», 2018, *ponencia STEM*.

fácilmente en un círculo vicioso donde el elemento de contraste y el elemento a contrastar se confunden.

c) Insuficiente, para el propósito que se persigue de dar con criterios ordenadores y tipos claros de *organizaciones administrativas*, pues de la afirmación de estas como instituciones no se siguen criterios para la exposición sistemática de dichas organizaciones, ni pautas concretas de interpretación que faciliten la aplicación del Derecho que las constituye y ordena.

Se constata así la inadecuación de una perspectiva institucional omnímoda para afrontar la exposición de las organizaciones administrativas en el Derecho español. Las virtualidades que la doctrina de la institución tiene para Derecho de la organización no se despliegan en el ámbito de la sistematización de las distintas organizaciones administrativas.

### 3. LA TERRITORIALIDAD

11. La esencialidad o accidentalidad del territorio para según qué *organizaciones administrativas* es quizá *el criterio de clasificación más tradicional* de los empleados por la doctrina. El territorio tendría una incidencia distinta en la configuración de unas y otras *organizaciones administrativas*, afectando a la naturaleza de algunas de ellas y pudiendo erigirse, por tanto, en criterio de clasificación. Así se distinguen las “Administraciones territoriales” para las que el territorio sería un elemento constitutivo esencial y presupuesto necesario; de las “Administraciones o entes no territoriales”, calificadas a veces como “institucionales”, otras como “instrumentales”, para las que el territorio es solo el ámbito espacial de desarrollo de actuaciones.

12. Esta clasificación tiene arraigo en Francia con la figura de las *colectividades territoriales*<sup>38</sup> y en Italia con los *entes territoriales*<sup>39</sup> cada una surgida en un contexto y con una problemática propia. El criterio de la territorialidad ha perdurado en España hasta nuestros días<sup>40</sup>. No han faltado, sin embargo, intentos de romper lo que se ha considerado un *mito tradicional* fruto de la incorrecta aplicación de esquemas teóricos<sup>41</sup>;

<sup>38</sup> Pierre DELVOLVÉ, *Le Droit Administratif*, 4.ª ed., Dalloz, París, 2006, p. 23. Jean-Mary AUBY y Jean-Baptiste AUBY, *Droit Public*, t. 1, 11.ª ed., Sirey, París, 1993, p. 229.

<sup>39</sup> Claudio FRANCHINI, Giulio VESPERINI, «L'Organizzazione», *Istituzioni di Diritto Amministrativo*, S. CASSESE (Dir.), 4.ª ed, Giuffrè, Milano, 2012, p. 105.

<sup>40</sup> Carlos GARCÍA OVIEDO, *Derecho Administrativo*, 2.ª ed. EPESA, Madrid, 1948, pp. 64-65, explicaba que «las personas morales de Derecho público son *territoriales* o *institucionales*. Las primeras constan de territorio propio y tienen por misión la gestión del conjunto de los intereses colectivos de la comunidad (Estado, Provincia, Municipio). Las personas *institucionales* toman a su cargo un solo servicio o la satisfacción de un interés de los que figuran en el círculo de atribuciones del Estado (Cámaras de Comercio, Colegios de Abogados, de Notarios, de Médicos...) [...]. Las personas institucionales poseen también un territorio donde desarrollan sus actividades, pero, a diferencia de las territoriales, el territorio es para ellas, no un elemento orgánico, sino una mera demarcación para sus servicios».

<sup>41</sup> Alejandro NIETO, «Entes territoriales y no territoriales», *Revista de Administración Pública*, núm. 64, 1971, pp. 29-52, (p. 30).

fundamentalmente porque el territorio juega un papel distinto en según qué entes territoriales (al Estado están sometidas personas que no se encuentran en su territorio, mientras que en los Municipios el territorio sirve para individuar el grupo de personas sujetas a su poder); y porque la variedad de regímenes de los entes no territoriales no tiene nada que ver con la relación entre esos entes y el territorio<sup>42</sup>. Se podría añadir que en la teoría general del Derecho el criterio territorial se conjuga con el criterio personal, como ámbito de despliegue de consecuencias jurídicas. Las *organizaciones administrativas* consideradas como “no territoriales” serían desde esa perspectiva tan territoriales como las territoriales, con la sola y limitada excepción de las corporaciones.

**13.** La doctrina española en general reconoce la imprecisión que supone el uso del territorio como criterio primordial de clasificación de las *organizaciones administrativas*, a la vez que antepone las ventajas que su empleo conlleva: al estar consagrada por el uso<sup>43</sup>, por lo poco útil y bastante convencional de la sustitución de la etiqueta misma de *ente territorial*<sup>44</sup>; puesto que, si bien imprecisa, es la terminología tradicional y habitual<sup>45</sup>.

**14.** A favor del mantenimiento del territorio como criterio de clasificación se señala la acogida que esa categoría tiene en los arts. 3 y 4 Ley de Bases de Régimen Local (LBRL) en los que se califican de entidades locales *territoriales* distinguiendo estas de *otras* entidades locales<sup>46</sup>. El dato normativo limitado que representan los arts. 3 y 4 LBRL no puede darse como definitivo<sup>47</sup>, pues resulta equívoco si se considera que la misma calificación de *territorial* es empleada por la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público para calificar los órganos periféricos de la Administración General del Estado en el rótulo del Capítulo III de su Título I y en el de la Sección 1.<sup>a</sup> de dicho Capítulo<sup>48</sup>. De hecho, en la tradición histórica no es infrecuente usar como equivalentes los términos Administración territorial o periférica para referirse a las autoridades o agentes del poder central establecidos en las distintas circunscripciones o divisiones territoriales del Estado<sup>49</sup>.

<sup>42</sup> Alejandro NIETO, *op. cit.*, 1971, p. 41.

<sup>43</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *Fundamentos de Derecho administrativo*, CEURA, Madrid, 1988, p. 837.

<sup>44</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *Curso de Derecho Administrativo*, I, 17.<sup>a</sup> edición, Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2015, p. 417.

<sup>45</sup> Germán FÉRNANDEZ FARRERES, *Sistema de Derecho Administrativo I*, 2.<sup>a</sup> ed., Civitas/Thomson Reuters, Navarra, 2014, p. 100.

<sup>46</sup> Germán FÉRNANDEZ FARRERES, *op. cit.*, 2014, p. 98.

<sup>47</sup> José CASTÁN TOBEÑAS, *La ordenación sistemática del Derecho civil*, Ed. Reus, Madrid, 1954, p. 88, advertía que: la ordenación sistemática contenida en la ley no obliga al intérprete; este o esta, a través de un examen profundo de la propia ley, puede comprobar sus imperfecciones y adoptar una sistemática distinta.

<sup>48</sup> Capítulo III: Órganos Territoriales. Sección 1.<sup>a</sup>: La organización territorial de la Administración General del Estado.

<sup>49</sup> Santiago MUÑOZ MACHADO, *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*, III. *La organización territorial del Estado. Las Administraciones públicas*, Iustel, Madrid, 2009, p. 719.

15. Varios motivos pueden encontrarse a la sobrevaloración del territorio como elemento definidor de determinados entes públicos a finales del siglo XIX y primera mitad del XX: la ideología del organicismo que acuña el término “corporaciones territoriales”, la “teoría de la cualidad” conforme a la que el territorio es un elemento constitutivo del Estado; así como razones histórico-políticas ligadas a los reajustes territoriales en Europa durante esa época.<sup>50</sup> Sin embargo, la razón de ser de la permanencia hasta nuestros días de dicho criterio de clasificación no es otra que *la confusión entre entidades políticas y organizaciones administrativas*. Para las primeras el territorio es un elemento esencial. No así para las *organizaciones administrativas* al servicio de aquellas, para las que el territorio es un mero elemento de delimitación de los destinatarios y del alcance de sus actuaciones.

16. Si se diluye *la diferencia entre entes políticos y organizaciones administrativas*<sup>51</sup>, es fácil predicar la esencialidad del territorio para determinadas *organizaciones administrativas*. Esa dilución está en la base de considerar la literalidad del art. 137 de la Constitución española de 1978 (CE) como rotundamente expresiva para la consideración de entes territoriales de la Administración del Estado, de las de las Comunidades Autónomas y de las Administraciones locales<sup>52</sup>. Las *entidades políticas* mencionadas en ese precepto, sin embargo, no se agotan en ser Administraciones públicas. De otra forma, no tendrían sentido muchos de los preceptos del Título VIII de la Constitución; por ejemplo, al atribuir competencias legislativas al Estado (art. 149.1 18ª). La organización territorial del Estado, lo es de sus *entidades políticas*. Por esa razón no cabe afirmar la necesidad constitucional de erigir el territorio en criterio de clasificación de *organizaciones administrativas*. Ni siquiera las Entidades locales se agotan en ser *organizaciones administrativas*. Dicho de forma muy sencilla para una concreta entidad claramente *territorial*, el «término municipal es el territorio en que el Ayuntamiento ejerce sus competencias» (art. 12.1 Ley de Bases de Régimen Local, LBRL), siendo el Ayuntamiento a quien corresponde el *gobierno* y la *administración* del Municipio (art. 140 CE y 19.1 LBRL). La alteración de ese territorio está sujeta a importantes limitaciones (al menos las del art. 13 LBRL), entre otras razones por *la naturaleza política, no meramente administrativa*, de los Municipios.

17. En la terminología antes empleada (número marginal 2), el territorio debe descartarse como *tipo* o concepto tipo, que se pueda erigir en criterio de clasificación de las *organizaciones administrativas*. Se impone, pues, tantear alternativas que expliquen mejor lo que la territorialidad pretende explicar. Esa alternativa más adecuada se encuentra en la distinción generalidad/especialidad de funciones. El desarrollo de esto, sin embargo, desborda el objeto de este trabajo.

<sup>50</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, pp. 836-837.

<sup>51</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, pp. 835, 841, 843-846. Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *Derecho administrativo: Parte General*, 14.ª ed., Tecnos, Madrid, 2018, pp. 236, 237.

<sup>52</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p 417.

#### 4. EL CARÁCTER INSTRUMENTAL

18. Los dos mandatos constitucionales prevalentes respecto de las Administraciones públicas son el de *legalidad* y el de *servicio objetivo al interés general*. El principio de legalidad delimita desde una perspectiva negativa ámbitos exentos de Administración y dota de instrumentos jurídicos para protegerse ante incursiones (indebidas) de la Administración en dichos ámbitos. Desde una perspectiva positiva, la ley es el cauce para activar a la Administración, dotarla de poder y de medios; así como establecer los fines que debe pretender y a los que debe ajustarse. El principio de legalidad opera como la principal, ciertamente no única, conexión de la Administración con el principio democrático. En la medida en que las decisiones administrativas encuentran cobertura en preceptos legales, la responsabilidad política de la adopción de esas decisiones se traslada a la sede parlamentaria, a las instituciones europeas o a los acuerdos internacionales donde dichos preceptos encontraron la aprobación de la que derivan su fuerza de obligar. En ese punto entroncan esas decisiones con la representación democrática de los ciudadanos. Todo eso es bien conocido.

19. No está de más destacar aquí, sin embargo, la incidencia del principio de legalidad en la organización administrativa. Son normas constitucionales, parlamentarias y de Derecho europeo en las que se establece la arquitectura de las más importantes formas y organizaciones administrativas y sus respectivas competencias; entre otras, señaladamente también las potestades organizativas. No podría ser de otra forma si se tiene en cuenta que *las decisiones de organización condicionan la efectividad, tanto de las actuaciones administrativas, como de los derechos de los ciudadanos destinatarios de dichas actuaciones*. La organización administrativa está sometida, pues, a la Ley y al Derecho también por su carácter de *vehículo relevante* (no único, piénsese en el elemento presupuestario) para la efectividad de los mandatos jurídicos. También el carácter instrumental, vicarial, de la organización administrativa justifica su pleno sometimiento a la Ley y al Derecho.

20. El *carácter instrumental* deriva necesariamente del otro gran principio de la Constitución española de 1978 referido a las Administraciones públicas: el de *servicio objetivo al interés general*. La justificación de las estructuras administrativas, conforme a este principio, no es principalmente histórico (aunque la Constitución ampare y respete los derechos históricos de los territorios forales, en los términos de su DA 1.<sup>a</sup>), ni sociológico (dar cobertura a una burocracia profesional), ni económico (proporcionar empleo y retribución a una parte de la población en edad laboral); sino *teleológico*: servir al interés general.

El criterio del *interés general* se excluye como criterio delimitador tanto del concepto de Derecho administrativo como del deslinde entre Derecho público y Derecho privado<sup>53</sup>. Como advirtiera tempranamente el Tribunal Constitucional, las Administraciones públicas no tienen el monopolio en la consecución del interés general: «la consecución de fines de interés general no es absorbida por el Estado, sino que se

---

<sup>53</sup> Por todos, Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núm. marg. 2.

armoniza en una acción mutua Estado-Sociedad»<sup>54</sup>. Lo cual no obsta para que, en el ámbito de la caracterización de las organizaciones administrativas, el servicio objetivo al interés general resulte del todo relevante, pues: a) de otra forma se vaciarían de sentido expresas previsiones constitucionales como la contenida para la Administración en el art. 103.1 CE; b) el carácter finalista es coherente con la distinta posición que frente al Derecho ocupan los particulares y las Administraciones públicas. La diferencia entre la posición del ciudadano que actúa con libertad jurídicamente constituida, y las Administraciones que operan mediante competencias jurídicamente atribuidas,<sup>55</sup> es consecuencia también del deber de servicio objetivo.

**21.** Desde la perspectiva teleológica *todas las organizaciones administrativas son instrumentales*. Lo son las tradicionalmente denominadas “territoriales” y las calificadas en algunas obras generales como “instrumentales”. La razón del empleo de la categoría de entidades instrumentales es la existencia de una gran variedad de personificaciones cuya nota común es la de ser instrumentos operativos, filiales de aquellas Administraciones directamente integrantes de entes políticos<sup>56</sup>. Así se entiende el art. 98 LRJSP cuando califica a los organismos autónomos estatales como *organizaciones instrumentales* dependientes de la Administración General del Estado. Sin embargo, ese carácter instrumental es de segundo orden respecto del carácter instrumental primordial que debe predicarse de *todas las organizaciones administrativas*, ya sean Administraciones públicas u otras estructuras públicas con subjetividad propia.

Destacar el carácter instrumental secundario difumina la superior evidencia normativa de que *todas las organizaciones administrativas deben ser instrumentales*. A la vez, aporta escasa claridad a la distinción entre unas y otras estructuras administrativas especializadas, razón por la cual debe omitirse como criterio clasificatorio general<sup>57</sup>.

**22.** La utilidad de los criterios de clasificación depende de en qué medida facilitan el más ajustado conocimiento y hacen posible el despliegue del estudio del objeto de análisis sin incurrir en equiparaciones indebidas o expresar similitudes inexistentes. *Ninguna taxonomía es inerte*, todas parten de unos presupuestos que inciden en el modo de entender y, por tanto, de explicar las realidades analizadas. Toda clasificación proyecta, al desplegarse, mensajes implícitos a los que es conveniente dar visibilidad. Así, cuando se distingue entre Administraciones *territoriales* y “otras” Administraciones a las que se denomina *instrumentales*, el carácter teleológico que la Constitución establece para todas las Administraciones públicas pasa a un segundo plano y se desvanece.

La narrativa que subyace a la clasificación territorial/instrumental deforma una característica común a toda organización administrativa para predicarla de un modo

<sup>54</sup> STC 18/84, de 7 de febrero, FJ 3, Ponente Rafael GÓMEZ-FERRER MORANT.

<sup>55</sup> Eberhardt SCHMIDT-ASSMANN, *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, 2.ª ed. Springer, Berlin, 2004, p. 15.

<sup>56</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, pp. 841, 847.

<sup>57</sup> Miguel SÁNCHEZ MORÓN, *op. cit.*, 2018, pp. 236-239.

distorsionado solo de algunas de dichas estructuras. Una tal clasificación se focaliza en la relación entre la organización instrumental y la organización matriz. En este caso, la “instrumentalidad” se entiende en un *sentido subjetivo y autorreferencial*. El servicio objetivo al interés general, la “instrumentalidad” *objetiva*, externa, de toda *organización administrativa* respecto a los ciudadanos; queda así ensombrecida por los criterios de clasificación elegidos.

**23.** Un planteamiento como el que aquí se desecha supone asumir implícitamente la existencia de *organizaciones administrativas* que están justificadas *a priori*, con independencia de su orientación al servicio del interés general. Ciertamente existen Administraciones y órganos, como el Consejo de Estado, que gozan de reconocimiento expreso en la propia Constitución o en los Estatutos de Autonomía de las Comunidades Autónomas y, por tanto, su existencia no depende de su orientación finalista, ni queda al albur de eventuales mayorías parlamentarias. Pero una cosa es la garantía de existencia de determinadas Administraciones públicas, su necesidad jurídica, y otra el imperativo de servicio al interés general. Ambos aspectos en un Estado democrático y social de Derecho son *cumulativos y no alternativos*, por lo que parece claro que la actuación y, en consecuencia, el despliegue organizativo queda vinculado por dicho servicio objetivo.

**24.** Por explícito mandato constitucional las Administraciones llamadas “territoriales” y las tradicionalmente llamadas “instrumentales” deben ser consideradas *instrumentales*, en sentido objetivo, referido a sus relaciones con los ciudadanos. Esas organizaciones no se justifican por sí mismas sino por el servicio objetivo al interés general. Carece, pues, de sentido erigir el carácter “instrumental” en criterio general de clasificación. Puede, eso sí, mantener virtualidad como *tipo subordinado* con el que dar cuenta de la distinción entre organizaciones administrativas vinculadas y dependientes de aquellas otras dotadas de garantías de autonomía funcional o estructural.

## 5. LA DISTINCIÓN ENTRE CORPORACIONES E INSTITUCIONES

**25.** En alguna ocasión la doctrina ha contrapuesto *entes territoriales* y *entes institucionales*. En los primeros, los individuos, por el solo hecho de estar adscritos a un determinado territorio, forman parte de la colectividad que constituye el sustrato del ente; mientras que para pertenecer a las entidades institucionales se requiere otro título<sup>58</sup>. Esa clasificación, considerada compatible con la que distingue *corporaciones* de *fundaciones*, tiene escaso recorrido y, su utilidad es más bien pedagógica<sup>59</sup>.

<sup>58</sup> José María BOQUERA OLIVER, *Derecho Administrativo*, 10.<sup>a</sup> ed., Civitas, Madrid, 1996, p. 188.

<sup>59</sup> José María BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 1996, p. 188.

Es más común, sin embargo, emplear la distinción entre *entes corporativos* y *entes institucionales* como elemento para sistematizar los entes “no territoriales”<sup>60</sup>. Esta tipología goza de gran predicamento en el Derecho administrativo español hasta nuestros días<sup>61</sup>.

**26.** Las *corporaciones* se corresponden con las *universitas personarum*, es decir, las personas jurídicas formadas por un conjunto de personas físicas, que adoptan la condición de miembros titulares de los intereses a los que el grupo va a servir aunque sean intereses comunes y no particulares de cada uno de ellos<sup>62</sup>. Las *instituciones* responden al parámetro de *universitas rerum* constituidas por «un conjunto de medios materiales y personales afectados por un fundador a la gestión de una finalidad por este propuesta, finalidad que en todo caso remite a un interés que está situado fuera del ente cuya organización y funcionamiento quedan determinados por la voluntad del propio fundador»<sup>63</sup>. La distinción entre *corporaciones* e *instituciones* se considera categoría válida tanto para el Derecho público como para el Derecho privado<sup>64</sup>.

**27.** La distinción cuenta con una atormentada historia causa de innumerables confusiones<sup>65</sup>, de la que, sin embargo, quizá pueda obtenerse alguna enseñanza de provecho. El siglo XIX supuso un antes y un después también en esta cuestión. Anteriormente, la personalidad se atribuía a colectivos de personas con diversa denominación (*corpora, collegia, universitas*)<sup>66</sup> y, de modo confuso, a cosas o bienes. Ya a comienzos de siglo, en la doctrina civilista, Heise generaliza el uso del término *persona jurídica*, en cuya caracterización incluye todo lo que, fuera de la persona individual, es reconocido en el Estado como sujeto de Derecho<sup>67</sup>, siempre que cuente con un sustrato al que represente o constituya<sup>68</sup>. Entre las personas jurídicas que cumplen, en su parecer, esos requisitos se incluyen las constituidas por conjuntos de bienes

<sup>60</sup> José María BOQUERA OLIVER, *op. cit.*, 1996, p. 187, distingue en una clasificación paralela entre corporaciones y fundaciones; siguiendo en esto a Francesco FERRARA, *Teoría de las Personas Jurídicas*, 2.ª ed. trad. E. Ovejero y Maury, Reus, Madrid, 1929, p. 675. Este último, usa el término *institución*, en vez de *fundación*.

<sup>61</sup> Por todos, Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ (2015: 417-418), Luis COSCULLUELA MONTANER, *Manual de Derecho Administrativo*, 29.ª ed., Thomson Reuters Civitas, Navarra, 2018, pp. 323, 341; Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, 2014, pp. 125, 174.

<sup>62</sup> Germán FERNÁNDEZ FARRERES, *op. cit.*, 2014, p. 174.

<sup>63</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 418.

<sup>64</sup> Francesco FERRARA, *op. cit.*, 1929, p. 674. Federico DE CASTRO Y BRAVO, *Temas de Derecho Civil*, Thomson Civitas, Navarra, 1972, reimpresión 2008, p. 78.

<sup>65</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 832.

<sup>66</sup> Vicente VIZCAÍNO PÉREZ, *Compendio de Derecho Público y Común de España o de las Leyes de las Siete Partidas*, t. I, Ibarra, Madrid, 1784, pp. 332-341, sitúa dentro de la categoría de las personas morales que hacen comunidad, la de universidad y dentro de ésta las villas, las ciudades, los gremios, los estudios generales; entre otros.

<sup>67</sup> Georg Arnold HEISE, *Grundriss eines Systems des gemeinen Civilrechts zum Behuf von Pandecten-Vorlesungen*, 3.ª ed. Mohr Zimmer, reproducción Hildesheim: Georg Olms, Heidelberg, 1819/1989, p. 25 § 99 y nota 15.

<sup>68</sup> Georg Arnold HEISE, *op. cit.*, 1819/1989, pp. 25-26, nota 15.

destinados a un fin de utilidad común puestos bajo una administración particular; pero también el predio dominante, la herencia y el patrimonio de una persona<sup>69</sup>. Se retoma así la distinción entre *universitas personarum* y *universitas rerum*, pero manteniendo la confusión que lleva a incluir entre las personas jurídicas, entre otras, la herencia yacente. Este autor pasa por haber recuperado en el ámbito civil el concepto de *fundación* y de ser, de ese modo, un antecedente de la más pulida construcción posterior<sup>70</sup>. No obstante lo cual, la laxitud con que emplea el concepto suscita dudas sobre la relevancia de su aportación<sup>71</sup> contenida en la elaboración de la planta (*Grundriss*) del Derecho de Pandectas con el propósito de servir a su exposición sistemática; es decir, está compuesta por un índice detallado al que se añade alguna nota explicativa a pie de página, como la mencionada en la que da cuenta de su idea de persona jurídica y de los tipos que la integran.

**28.** El siguiente paso en el desenvolvimiento de la bipartición se suele situar en la obra de Otto von Gierke quien generaliza la distinción entre *corporaciones e instituciones* y la aplica también al Derecho público<sup>72</sup>. Como complemento a su teoría de la comunidad (*Genossenschaftstheorie*) desarrolla una teoría de las instituciones (*Anstalten*) que sitúa a estas como tipo principal junto al de las corporaciones, dentro de las que considera unidades sociales colectivas (*socialer Verbandseinheiten*)<sup>73</sup>. Afirma la existencia histórica y dogmática de unidades institucionales dotadas de esencia propia, portadoras de una voluntad efectiva y que cuentan con una propia subjetividad jurídica<sup>74</sup>. Las *fundaciones* constituirían una forma especial de *instituciones*, concebidas con unidades humanas organizadas que cuentan con una voluntad unitaria; cuerpo con alma, que nunca más debieran pasar por un mero fin, ni por una masa patrimonial muerta<sup>75</sup>.

Ciertamente son muchas las aportaciones al mundo jurídico que proceden de Gierke; entre otras, el concepto de órgano en sentido propio, a través del que la persona jurídica actúa en el tráfico jurídico<sup>76</sup>. Con él recibe nuevo impulso la autonomía

<sup>69</sup> Georg Arnold HEISE, *op. cit.*, 1819/1989, pp. 25-26, nota 15.

<sup>70</sup> Francesco RUFFINI, «La classificazione delle persone giuridiche in Sinibaldo dei Fieschi (Innocenzo IV) ed in Federico Carlo di Savigny», *Scritti Giuridici Minori*, Giuffrè, Milano, 1898, 1936, pp. 22-23. Seguido entre nuestra doctrina administrativa en esto por Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 417 y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 832.

<sup>71</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, reimpresión de la 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1984, p. 174, nota 119.

<sup>72</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 417 y Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 833.

<sup>73</sup> Otto von GIERKE, *Die Genossenschaftstheorie und die deutsche Rechtspredung*, 4.ª reimp. de la ed. de 1887, Weidman, Hildesheim, 2001, p. 11.

<sup>74</sup> Otto von GIERKE, *op. cit.*, 1887/2001, pp. 11-12.

<sup>75</sup> Afirmará con su habitual estilo combativo Otto von GIERKE, *op. cit.*, 1887/2001, pp. 12-13.

<sup>76</sup> Otto von GIERKE, *op. cit.*, 1887/2001, pp. 613, 684-685, se trata no de «seres jurídicos para sí» (*rechtlichen Fürsichsein*), sino meramente de existencias parciales dentro de organismos colectivos completos, pp. 171-172.

local<sup>77</sup>. Tuvo influencia decisiva en relevantes iuspublicistas como Hugo Preuss<sup>78</sup> o Heinrich Triepel<sup>79</sup>. A él se atribuye una anticipación lúcida del Estado social y democrático de Derecho mediante su libro *La función social del Derecho privado*<sup>80</sup>. La distinción entre limitación del derecho de propiedad (*Eigentumbegrenzung*) y delimitación de dicho derecho (*Eigentumbesbränkung*) atribuida a Gierke, con poco predicamento en la doctrina alemana, ha tenido influencia en España gracias a los trabajos sobre Derecho urbanístico de Luciano Parejo. Esa autoridad, sin embargo, no alcanza para aupar la distinción entre *corporación* e *institución* a la condición de criterio prioritario en la clasificación de las *organizaciones administrativas*.

La *doctrina organicista* en que sustenta su construcción resulta altamente controvertida<sup>81</sup> y, en el conjunto de su pensamiento, tiene más peso la raíz común a ambas categorías (*corporación* e *institución*) que la distinción tipológica. Referir a Gierke la clasificación *corporación/institución* no supone compartir los planteamientos de fondo que sustentan esas categorías<sup>82</sup>. Conlleva, eso sí, dar más importancia a esa distinción de la que el propio Gierke le otorgó. A esa conclusión se llega al repasar el contenido de su obra capital a este respecto<sup>83</sup>, y en cada capítulo concreto como, por ejemplo, al tratar –Capítulo primero– del surgimiento de las *corporaciones*<sup>84</sup>. Un planteamiento como el de Gierke hace necesario el debate sobre la determinación de las condiciones conforme a las cuales puede considerarse que ha surgido o existe una voluntad social, un “ser para sí”<sup>85</sup>, sustrato y realidad misma de una *corporación* o *institución*. Debate difícil de resolver, cuando menos, de modo concluyente.

<sup>77</sup> Michael STOLLEIS, *Geschichte des öffentlichen Rechts in Deutschland, II, Staatsrechtslehre und Verwaltungswissenschaft 1800-1914*, C. H. Beck, München, 1992, p. 362.

<sup>78</sup> Francisco SOSA WAGNER, *Maestros alemanes del Derecho público*, 2.ª ed. Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2005, pp. 421-425 y 427.

<sup>79</sup> Francisco SOSA WAGNER, *op. cit.*, 2005, pp. 525, 567.

<sup>80</sup> Luis MEDINA ALCOZ, *Libertad y autoridad en el Derecho administrativo. Derecho subjetivo e interés legítimo: una revisión*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/Buenos Aires/Sao Paulo, 2016, pp. 77-78, 234. El libro de GIERKE se corresponde con un discurso pronunciado el 5 de abril de 1899 ante la Asociación de Jurisconsultos de Viena.

<sup>81</sup> Benigno PENDÁS, «El pensamiento político medieval en la teoría del Derecho y del Estado de Otto von Gierke», en Benigno PENDÁS (ed.) Piedad GARCÍA ESCUDERO (trad.), *Teorías Políticas de la Edad Media*, de Otto von GIERKE, en la edición preparada por F. W. Maitland en 1900, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1995, p. XIII. Francesco FERRARA, *op. cit.*, 1929, p. 190. Erik WOLF, *Grosse Rechtsdenker der Deutschen Geistesgeschichte*, 4.ª ed., J.C.B. Mohr, Tübingen, 1939/1963, p. 693.

<sup>82</sup> La raíz filosófica de los planteamientos de GIERKE radica en el idealismo metafísico de SHELLING mucho más que en el idealismo lógico-objetivo de HEGEL, lo que influye también en que GIERKE no hubiera en absoluto pensado en reconducir a “sistema” sus ideas. Así, Erik WOLF, *op. cit.*, 1939/1963, p. 694.

<sup>83</sup> Otto von GIERKE (1887/2001), en la que formula la clasificación se estructura en capítulos dedicados al surgimiento, las relaciones jurídicas, el querer y el hacer, la modificación y la extinción de las corporaciones. En cada caso, hace referencia a las especialidades de las instituciones; sin llegar a servirse de la distinción como categoría clasificatoria.

<sup>84</sup> Otto von GIERKE, *op. cit.*, 1887/2001, pp. 25-26.

<sup>85</sup> «*Fursichsein*», expresión de Otto von GIERKE, *op. cit.*, 1887/2001, p. 24.

29. El *organicismo realista* de Gierke se alzaba combativo frente a las ideas de persona jurídica como ficción. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que a partir de los desarrollos en la doctrina civilista es posible distinguir, al menos tres concepciones posibles de la teoría de la *persona ficta*<sup>86</sup>: la disgregante o atomística, la abstracta y la concepción realista. La primera considera a la persona como una mera denominación. En la concepción abstracta, la persona sería un mecanismo creado por el Derecho y que funciona con independencia del sustrato sobre el que se aplica. La concepción realista considera a la persona representada como una realidad social reconocida por el Derecho.

30. El más claro representante de la idea de la *persona ficta* es Savigny, quien concibe a las personas jurídicas como *seres ficticios*, «es decir, que no existen sino para fines jurídicos, que nos aparecen al lado del individuo como sujetos de relaciones de derecho»<sup>87</sup>. Cuando Savigny considera a las personas artificiales o contingentes como personas jurídicas ficticias, lo hace en el sentido propio de la concepción abstracta, no de la concepción atomística o disgregante<sup>88</sup>. Quiere esto decir que existe un interés público y permanente que determina, según los casos, el origen, subsistencia, los fines y los límites de las personas jurídicas, con independencia de la voluntad de sus miembros o gestores<sup>89</sup>.

Al tratar las diferentes especies de personas jurídicas Savigny distinguió unas con existencia natural o *necesaria*, otras artificiales o *contingentes*; entre estas últimas se incluyen las *fundaciones* y *asociaciones* que no viven sino por la voluntad de uno o de muchos individuos<sup>90</sup>. A la anterior clasificación añade la que diferencia las personas jurídicas constituidas por la reunión de un cierto número de individuos de las personas jurídicas que carecen de esa apariencia real y visible, cuya existencia es más ideal y que descansan sobre un fin general que les es asignado; el primer caso es el de *las corporaciones*, y el segundo el de *las fundaciones*<sup>91</sup>. El fisco queda al margen de estas distinciones a pesar de considerarse como la más importante de las personas jurídicas al ser entendido como el Estado mismo como capaz de propiedad privada<sup>92</sup>.

Esas clasificaciones se enuncian junto a significativas llamadas a la cautela, muestra de la dificultad de reducir a criterio una gran diversidad de especies. Las distinciones trazadas no son absolutas pues existen personas jurídicas que guardan una posición intermedia entre las personas *necesarias* y las *contingentes* (el caso de las cor-

<sup>86</sup> Siguiendo a Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1984, p. 151.

<sup>87</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *Sistema del Derecho Romano Actual*, trad. del *System des heutigen römischen Recht*, J. Mesía y M. Poley (trad.), t. II, 2.ª ed. F. Góngora y Cía, Madrid, 1840-1849/1879, p. 57 § 85. Debe advertirse, como el propio SAVIGNY hace, que él solo trata del Derecho privado, p. 58.

<sup>88</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1984, p. 174.

<sup>89</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1984, p. 175.

<sup>90</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 61 § 86.

<sup>91</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 61 § 86.

<sup>92</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 62 § 86. «Representar al fisco como una corporación compuesta de todos los ciudadanos –afirma–, sería exponerse por una asimilación violenta a confundir principios de naturaleza enteramente distinta».

poraciones de artesanos); otras varían con el tiempo y el lugar o *comparten elementos propios de la corporación y de la institución*, de la que serían ejemplo las Universidades: inicialmente verdaderas corporaciones de maestros o de alumnos, mientras que ya en los tiempos de Savigny tendían sin cesar a convertirse en establecimientos del Estado<sup>93</sup>. Al descender a la enumeración de las principales clases de personas jurídicas en el Derecho romano, Savigny distinguirá cuatro tipos principales: las *comunidades* de las que el ejemplo claro serían las ciudades<sup>94</sup>, las *asociaciones voluntarias* algunas de las cuales responden a necesidades constantes mientras que otras atienden a necesidades accidentales y pasajeras<sup>95</sup>, las *fundaciones* reconocidas por la autoridad como personas jurídicas<sup>96</sup>; así como el *fisco*, es decir los bienes del Estado distintos del patrimonio privado del Emperador<sup>97</sup>.

**31.** Una enseñanza cabe obtener de la exposición de Savigny. La clasificación binaria realizada sobre la base *corporaciones/instituciones* resulta insuficiente. Los criterios personal/asociativo, real/patrimonial y finalista, aparecen con frecuencia entremezclados en las realidades objeto de clasificación, lo que hace que esta solo pueda seguirse de modo vago y sin pretensión de deducir de la misma consecuencias muy concretas.

Cualquiera que sea el parámetro de distinción elegido, enseguida surgen las dificultades. Los ejemplos podrían multiplicarse: el patrimonio como medio material de consecución de fines *cumple una misma función en corporaciones e instituciones*<sup>98</sup>. La distinción entre voluntad interior para las corporaciones –al menos en las públicas– y exterior en las instituciones, se presenta igualmente problemática pues *en ambos supuestos hay voluntad, ya sea de miembros o de administradores, constituida y vinculada jurídicamente*; la voluntad del fundador en las *instituciones* es una norma para la voluntad de los administradores no un sustitutivo de dicha voluntad<sup>99</sup>.

Con todo, paradójicamente, la doctrina de Savigny pensada para el Derecho privado ofrece explicación más ajustada *en su abstracción* a las categorías que sustentan las clasificaciones de *organizaciones administrativas*. Sin embargo, a pesar de que ofrece un soporte teórico más difícilmente asimilable, el *realismo organicista* de Gierke es el que ha impregnado la terminología del Derecho público en España de forma duradera.

<sup>93</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 61-62 § 86.

<sup>94</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 64 § 87.

<sup>95</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 67 § 88. De las que afirmará: «Todas las corporaciones artificiales tienen un carácter común: creadas a semejanza de las ciudades, podían como ellas poseer y hacerse representar, que es lo que constituye en realidad la personalidad jurídica» (p. 71 § 88).

<sup>96</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, pp. 74, 77, 79 § 88. De las que serían ejemplo, los establecimientos piadosos destinados a la beneficencia, como el mantenimiento y alivio de los pobres, que bajo los emperadores cristianos se presentan ya como personas jurídicas con el fin de garantizar su independencia y duración.

<sup>97</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 79 § 88.

<sup>98</sup> Gustav DEMELIUS, «Ueber fingirte Persönlichkeit», *Jahrbücher für die Dogmatik des heutigen römischen und deutschen Privatrecht*, núm. 4, 1861, pp. 113-158, (pp. 118-119).

<sup>99</sup> Francesco FERRARA, *op. cit.*, 1929, p. 667, con otros ejemplos en pp. 660- 668.

**32.** Hoy en día, la clasificación entre *entes corporativos e institucionales* descansa sobre criterios distintivos considerablemente genéricos, lo que reduce al mínimo su relevancia jurídica<sup>100</sup>. De otro lado, la creciente tipificación normativa de las diferentes clases de personas jurídicas hace que *el carácter corporativo o institucional* del tipo respectivo, no suponga ya nada<sup>101</sup>. Se podría considerar que existe un apego, quizá excesivo<sup>102</sup>, a la bipartición que distingue las *universitates personarum* frente a las *universitates rerum*. Junto a la patente debilidad técnica de la distinción, las ideas de corporación y de institución concentran una *gran fuerza de evocación*. Las corporaciones de Derecho público cuentan, además, con una regulación normativa específica (art. 2.4 Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas). Como es sabido, algunas de las entidades claramente incluidas bajo el concepto de *corporación* gozan de reconocimiento constitucional en el art. 36.

**33.** Se puede concluir que la distinción *corporación/institución* carece de virtualidad clasificatoria general. No es posible determinar lo que no es *corporación* sino de forma negativa. De esa forma, poco añade calificar a las *no corporaciones* como *instituciones*. Sería difícil identificar elementos comunes a las *instituciones*, más allá de no encajar en la determinación normativa de lo que sean las corporaciones de Derecho público. La categoría *corporación*, aislada de su tradicional par, constituye un *concepto clasificatorio secundario* en el sentido enunciado previamente (núm. marg. 2), de que establece un código binario que se aplica por subsunción al que se asocian precisas consecuencias jurídicas<sup>103</sup>, por específico designio normativo.

La dualidad *corporación/institución* está en un nivel más modesto. Encaja como *tipo* en el que se sintetizan algunos rasgos específicos más o menos presentes en los fenómenos analizados<sup>104</sup>. En el presente caso, esos rasgos podrían ser: el sustrato colectivo o asociativo, la voluntad inicial de creación del ente institucional y su dotación; entre otros posibles. Estos tipos ideales cumplen, como ya se expuso, una función explicativa y heurística, no ordenadora<sup>105</sup>. En ese sentido blando, los conceptos de *corporación* e *institución* pueden ser considerados tipos ideales de *organizaciones administrativas*. La naturaleza propia de estos tipos impide erigirlos, como ya se ha afirmado, en criterio general de clasificación de las organizaciones administrativas.

## 6. LA NECESIDAD

**34.** La *necesidad* es un criterio de clasificación que cuenta con una gran tradición. Se ha hecho mención a su uso por Savigny. Ya en la Edad Media se distinguió

<sup>100</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 834.

<sup>101</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 835.

<sup>102</sup> Luis DÍEZ-PICAZO PONCE DE LEÓN, «Sobre la naturaleza jurídica de las Cajas de Ahorro», *Revista Jurídica de la Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 8, 2003, pp. 199-213, (p. 208).

<sup>103</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, pp. 119-121, 123-124, núms. margs.180-181, 184-185.

<sup>104</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, p. 128, núm. marg. 193.

<sup>105</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2018, p. 128, núm. marg. 193.

entre «*collegia necessaria*» y «*collegia mere voluntaria*»<sup>106</sup>. La necesidad se relacionaba con el origen natural del surgimiento. En la actualidad *cabe desplegar la necesidad jurídica como criterio de ordenación de las organizaciones administrativas*. Para esto bastaría con acudir a las diversas fuentes en las que se prevé la existencia de dichas organizaciones. La resistencia pasiva de cada tipo de norma frente a la modificación determinaría *el mayor o menor grado de necesidad de la organización administrativa* cuya existencia dicha norma garantiza.

Así cabría distinguir organizaciones situadas en un *primer nivel de necesidad: la necesidad constitucional o equivalente a constitucional*. Por ejemplo, la Administración del Estado, los Ayuntamientos; pero también realidades como el Defensor del Pueblo, previstas constitucionalmente. También las Administraciones de las Comunidades Autónomas y realidades como la Cámara de Comptos en Navarra u otras análogas de previsión estatutaria<sup>107</sup>.

Frente a este primer nivel de necesidad se encontraría un *segundo nivel de necesidad* en el que situar las entidades de necesidad procedente del Derecho de la Unión Europea. Casos como los reguladores de la energía cuya existencia y contornos vienen garantizados por normas de Derecho de la Unión, entrarían dentro de ese segundo nivel.

Un *tercer nivel* lo constituiría *la necesidad legal estatal o autonómica*, como por ejemplo la Comisión Nacional del Mercado de Valores o el Museo del Prado. Las organizaciones administrativas incluidas en cada nivel son necesarias en la medida en que la norma en la que dichas organizaciones se prevén o se garantizan goza de mayor resistencia a la modificación.

**35.** El criterio de necesidad es claro. Sin embargo, cuenta con una muy escasa profundidad. Proporciona limitada información sobre las organizaciones o entidades que se incluyen en cada una de las categorías. Por lo tanto, carece de sentido erigirlo en criterio clasificatorio general de las *organizaciones administrativas*, sin perjuicio de que pueda desempeñar una función secundaria como la que se ha expuesto.

## 7. LA INTEGRACIÓN EN EL PODER EJECUTIVO

### 7.1. Planteamiento de la cuestión

**36.** Las *organizaciones administrativas* se encuadran tradicionalmente en el poder ejecutivo. Esta posición, que resulta innegable desde muchos puntos de vista, despliega una enorme claridad explicativa. Siguiendo de modo estricto esta precon-

<sup>106</sup> Otto von GIERKE, (1900), *Political Theories of the Middle Ages*, F. W. Maitland (trad.), Cambridge University Press, 1900. Se trata de la traducción del apartado § 11 «*Die publizistischen Lehren des Mittelalters*» del capítulo II, del tomo III del *Das Deutsche Genossenschaftsrechts*, p. 171. nota 245.

<sup>107</sup> Prevista actualmente en el art. 18 bis de la Ley Orgánica 13/1982, de Reintegración y Amejoramiento del Régimen Foral de Navarra, añadido por la Ley Orgánica 7/2010.

cepción, el estudio de la *organización administrativa* debería alcanzar a las entidades formalmente encuadradas en el poder ejecutivo. Todo lo que salga de esta demarcación quedaría fuera del objeto del Derecho administrativo de la organización. La integración en dicho poder actuaría como un concepto clasificatorio en el sentido antes referido. Más allá de las fronteras del poder ejecutivo no habría lugar para las *organizaciones administrativas*.

Si se parte del necesario encuadramiento de toda la organización administrativa en el poder ejecutivo, la aplicación del Derecho administrativo a instancias distanciadas de tal poder o claramente ajenas al mismo, debe considerarse como una «expansión objetiva y puramente utilitarista del Derecho administrativo, que sale de su ámbito propio (el poder ejecutivo) y se proyecta sobre la actividad organizativa interna del conjunto del Estado»<sup>108</sup>. Sería una «simple extensión pragmática»<sup>109</sup>, que se llega a explicar mediante la técnica del reenvío<sup>110</sup>. Esa explicación tiene la *ventaja de la claridad*. La duda que plantea es la de si no se está anteponiendo la teoría (división de poderes), a la realidad jurídico positiva. Esa duda hace razonable explorar explicaciones alternativas en busca de una mejor adaptación a la normativa en vigor y una más coherente capacidad explicativa.

**37.** Asumir la inserción en el poder ejecutivo como idea ordenadora en la exposición de las *organizaciones administrativas* tiene consecuencias sistemáticas y prácticas. Desde el punto de vista sistemático, la presente exposición debería dejar al margen las entidades de soporte a funciones constitucionales, algunas de las entidades consultivas y de control previstas constitucional o estatutariamente, así como algunas de las entidades consultivas y de participación previstas legalmente. En la práctica, la coherencia con la citada idea ordenadora complica el relleno de las lagunas que existen en la regulación organizativa de dichas estructuras. Por ejemplo, en cuestiones sobre ejercicio de competencia, causas de abstención o funcionamiento de órganos colegiados. La propia complejidad de las realidades organizativas estructuradas conforme al Derecho administrativo aconseja cuestionar la virtualidad del poder ejecutivo como criterio de clasificación. Es decir, obliga a poner a prueba si el encuadramiento en el poder ejecutivo es un criterio decisivo para determinar el objeto del Derecho administrativo de la organización y de su exposición sistemática.

## 7.2. La indefinición del ámbito del poder ejecutivo

**38.** La perspectiva constitucional/sistemática puede ofrecer argumentos valiosos. El Título IV de la Constitución española de 1978 «Del Gobierno y de la Administración» sigue al Título III «De las Cortes generales» y precede a los títulos V «De las relaciones entre el Gobierno y las Cortes Generales» y VI «Del Poder

<sup>108</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núm. marg. 19.

<sup>109</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 60.

<sup>110</sup> Luis MORELL OCAÑA, *Curso de Derecho Administrativo*, t. I, Navarra: Aranzadi, Navarra, 1996, p. 54.

Judicial». Esta ubicación sistemática permite que, aunque no esté proclamado de manera formal, se haya llegado a afirmar que el principio de separación de poderes luce claramente en la Constitución de 1978<sup>111</sup>. La clasificación tripartita tiene reflejo constitucional.

A la vez, debe hacerse notar que, a diferencia de lo que ocurre con la Corona (Título II) y con los poderes legislativo y judicial, la Constitución de 1978 no contiene una detallada delimitación del poder ejecutivo<sup>112</sup>. El Título IV sobre el Gobierno y la Administración ofrece indicaciones relevantes, pero no una delimitación del alcance de dicho poder y se refiere solo a una parte del conjunto total de Administraciones públicas<sup>113</sup>. Tampoco el Título VIII «De la Organización territorial del Estado», contiene una regulación organizativa pormenorizada, salvo las concretas reglas que establece respecto de la Administración local en su capítulo II. Algo dice el capítulo III en el art. 147 sobre el contenido de los Estatutos de Autonomía; pero omite reglas claras sobre el alcance del poder ejecutivo cuando sienta los fundamentos de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas. La razón es clara: ahí la Constitución trata de potestades tanto ejecutivas como legislativas en clave de distribución competencial. La Constitución española de 1978 *no contiene, pues, una delimitación clara de lo que sea el poder ejecutivo*. No es ésa la función de la Constitución. Cuestiones como dónde encuadrar sistemáticamente la Corona (Título II) o el Tribunal Constitucional (Título IX), quedan a la discusión de la doctrina. La falta de delimitación inequívoca es indicio de la insuficiencia de la clasificación tripartita en poder legislativo, ejecutivo y judicial, para dar explicación de la riqueza de matices que incluye la realidad constitucional actual.

Del repaso de esos datos elementales obtenidos de la estructuración del texto constitucional puede alcanzarse una primera consecuencia para lo que ahora interesa: dar relevancia a la inserción en el poder ejecutivo de concretas organizaciones como elemento determinante del objeto de estudio, sería sacar demasiadas consecuencias de una clasificación doctrinal evolutiva que, si bien puede decirse presente en la realidad constitucional vigente, a la vez, se encuentra desbordada por esta.

**39.** La indeterminación constitucional de los contornos del poder ejecutivo se manifestó también, históricamente, en la formulación de los llamados conceptos negativos de lo que sea el Derecho administrativo. La clara regulación constitucional de los poderes legislativo y judicial, unida a la dificultad de delimitación de un concepto positivo de Derecho administrativo, llevaron a la formulación de ese tipo concepciones. Así el Derecho administrativo sería el relativo a la administración entendida como toda la actividad del Estado en su propio orden jurídico que no pertenezca

---

<sup>111</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 62.

<sup>112</sup> Similar comentario respecto de la Ley Fundamental de Bonn, Thomas GROSS, «Die Verwaltungsorganisation als Teil organisierter Staatlichkeit», en Wolfgang HOFFMANN-RIEM, Eberhard SCHMIDT-ASSMANN y Andreas VOSSKUHLE, *Grundlagen des Verwaltungsrechts*, vol. I, C. H. Beck, München, 2006, pp. 841-888 (p. 845, núm. marg. 8).

<sup>113</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 43.

a la esfera de la Legislación, ni de la Administración de Justicia<sup>114</sup>. La concepción negativa planteaba problemas, entre otros, el de no permitir diferenciar la actividad administrativa de la actividad de gobierno. Más allá de esa cuestión, los conceptos negativos muestran que las fronteras del poder ejecutivo se resisten a ser trazadas con la misma claridad que las del poder legislativo o las del poder judicial. Esa indefinición desaconseja erigir sobre base tan endeble el criterio de delimitación de lo que se considere como *organización administrativa* a efectos de su tratamiento sistemático.

### 7.3. La perspectiva histórica

40. Desde el punto de vista histórico destaca que el principio de separación de poderes, referido por gran número de tratadistas, fue el marco que permitió el nacimiento y desarrollo de la Administración y del Derecho administrativo contemporáneos<sup>115</sup>. La Administración pública surge de la emergencia histórica del poder ejecutivo como forma de limitación del poder real<sup>116</sup>. La idea de que «función administrativa» es la desarrollada por los órganos ejecutivos del Estado, aparece con frecuencia entre los tratadistas españoles del siglo XIX: «Administrar, pues, equivale a gobernar; es decir a ejercer el poder ejecutivo»<sup>117</sup>.

La más conocida de las caracterizaciones de aquél momento quizá sea la de Santamaría de Paredes. Afirma éste llegar al concepto de Derecho administrativo «por deducción sintética de principios ya demostrados científicamente» a partir de los conceptos previamente establecidos de Derecho en general y de Derecho político<sup>118</sup>. Así, Derecho administrativo «es la rama del Derecho referente a la organización, funciones y procedimiento del Poder ejecutivo, según la Constitución, para el cum-

<sup>114</sup> Por todos, Fritz FLEINER, *Instituciones de Derecho Administrativo*, 8.ª ed., Sabino Álvarez Gendín (trad.), Labor, Barcelona/Madrid/Buenos Aires, 1933, p. 7. Posición bastante seguida en Alemania desde que Otto Mayer. En su obra ya citada (1903/1949), caracteriza al Derecho administrativo como derecho público propio de la “administración” (p. 22) y «para toda actividad (del Estado) que no sea ni justicia ni legislación, se introduce la palabra ‘administración’, no para reemplazar al vocablo ‘gobierno’ sino para designar una nueva rama de actividad, la cual, desprendiéndose también del gobierno, se ubica al lado de la justicia y forma, como ésta, su opuesto» (pp. 4 y 5).

<sup>115</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, pp. 61-62.

<sup>116</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núm. marg. 9.

<sup>117</sup> Manuel COLMEIRO, *Derecho Administrativo Español*, tomo primero, 1850, reimpresión (1995), Santiago de Compostela: EGAP, p. 6, núm. marg. 11. Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, *Resumen de Derecho Administrativo y de Ciencia de la Administración*, Tipográfica J. Sánchez, Murcia, 1920, refiriéndose a esta concepción afirma que todo lo que hace el poder ejecutivo, es ejecutar, de manera que dicho poder es el órgano de la administración, «solo él administra; todo lo que haga es administración». En ese sentido, «función administrativa» sería «toda la actividad desarrollada por el Estado mediante sus órganos ejecutivos, o bien, en la forma negativa: toda la actividad del Estado menos la legislativa y la judicial»; véase p. 31.

<sup>118</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *Curso de Derecho administrativo según sus principios generales y la legislación actual de España*, 2.ª ed., Madrid: Establecimiento Tipográfico de Ricardo Fé, Madrid, 1888, p. 42.

plimiento de la misión del Estado en la vida»<sup>119</sup>. Esta posición tendrá consecuencias para el modo de entender la naturaleza del contencioso-administrativo del que queda excluido todo lo que es propio del Derecho civil y, dentro de la Administración, todo lo que es discrecional<sup>120</sup>. La razón de lo primero radica en que «la Administración, que es el Poder ejecutivo del Estado, tiene por límites de sus actos los mismos límites de este Poder»<sup>121</sup>. La limitación a lo reglado se explica pues «no habiendo precepto limitativo de su potestad discrecional, claro es que no puede haber infracción de derecho que se funde en precepto que no existe»<sup>122</sup>. La estrecha relación entre Administración y poder ejecutivo reglado del Estado, repetida por Santamaría de Paredes durante el proceso de elaboración de la que llegaría a ser la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888<sup>123</sup>, ha desplegado influencia en la doctrina posterior hasta nuestros días en el sentido de erigir el encuadramiento formal dentro del poder ejecutivo como una condición de inclusión en el objeto de estudio del Derecho administrativo.

**41.** Los problemas que resultaban de las concepciones que construían el Derecho administrativo exclusivamente en torno al poder ejecutivo se concretaban en que<sup>124</sup>: a) siendo el poder ejecutivo el que realiza el mayor número de actos administrativos, sin embargo, no solo él realiza actos administrativos y no solo a él le corresponde la actividad administrativa, b) corre el riesgo de convertir en administrativo todo lo que haga el gobierno, y c) da un valor transitorio a esta rama jurídica (el Derecho administrativo) por el valor histórico que corresponde a la división de poderes.

**42.** El Derecho administrativo continental, tradicional, del siglo XIX, pretende ser una consecuencia natural y hasta inevitable del principio constitucional de separación de poderes<sup>125</sup>. Expresa, sin embargo, solo una variante específica de dicha separación dentro de las muchas posibles<sup>126</sup>. En ese sentido, la conexión entre el Derecho administrativo tradicional y la separación de poderes, al tiempo que contribuye a la mejor comprensión de aquél, sirve para explicar la crisis posterior del Derecho administrativo que no es más que la consecuencia inevitable acarreada por la crisis del principio constitucional que le sirvió de base<sup>127</sup>.

<sup>119</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *op. cit.*, 1888, p. 47.

<sup>120</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *op. cit.*, 1888, p. 838.

<sup>121</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *op. cit.*, 1888, p. 841.

<sup>122</sup> Vicente SANTAMARÍA DE PAREDES, *op. cit.*, 1888, p. 843.

<sup>123</sup> Diario de Sesiones de las Cortes núm. 11, de 14 de diciembre de 1887, pp. 221-233. Véase Luis MARTÍN REBOLLO, *El proceso de elaboración de la Ley de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1975, p. 517. Ley llamada de Santamaría de Paredes que nació, sin embargo, sin su firma por alejarse considerablemente de las tesis propuestas por él en el dictamen de la Comisión del Congreso y en el discurso que se acaba de citar. Sobre este particular Luis MARTÍN REBOLLO, 1975, pp. 377-378.

<sup>124</sup> Recaredo FERNÁNDEZ DE VELASCO CALVO, *op. cit.*, 1920, p. 163.

<sup>125</sup> Alejandro NIETO, *Estudios históricos sobre Administración y Derecho Administrativo*, INAP, Madrid, 1986, p. 149.

<sup>126</sup> Alejandro NIETO, *op. cit.*, 1986, p. 149.

<sup>127</sup> Alejandro NIETO, *op. cit.*, 1986, p. 149.

El transcurso del tiempo puede hacer desaparecer las razones históricas que sustentaron las ideas sobre las que se basan las clasificaciones tradicionales. Esas narrativas, sin perder gran parte de su influencia, deben ser “recibidas” con cautela a la hora de dotarlas de consecuencias sistemáticas o prescriptivas. La afirmación de que “juzgar a la Administración es ya administrar”, que tanto predicamento tuvo en el desarrollo del contencioso-administrativo; requiere extensas explicaciones cuando se emplea en el contexto jurídico positivo y sociológico actual<sup>128</sup>. De igual forma, mantener hoy en día la barrera del poder ejecutivo como límite del campo de análisis genera más confusión que claridad. La evolución de lo que se entiende por separación de poderes, muy relevante desde el planteamiento tajante y radical en las ideas de los revolucionarios franceses hasta la actualidad, hace que deba relativizarse el encuadramiento dentro del poder ejecutivo como criterio *sine qua non* para la calificación de una entidad dentro de lo que cabe considerar como *organizaciones administrativas*.

**43.** La separación de poderes surgió como expediente para la limitación y el control del poder público, no para ser erigida en criterio de delimitación de una disciplina jurídica; ni mucho menos, como regla para la sistematización de las entidades a las que alcanza organizativamente una determinada disciplina jurídica. Otro modo de ver, desemboca en explicaciones forzadas. La realidad positiva se intenta ajustar a un molde teórico concebido para una finalidad completamente distinta a aquella a la que se acaba aplicando.

La conclusión a la que se llega es que, a los efectos que ahora interesan, la inclusión de organizaciones en el poder ejecutivo y presenta importantes carencias. Las limitadas posibilidades de determinación precisa de lo que se deba o no incluir dentro del poder ejecutivo, la evolución histórica en el modo de entender la separación de poderes, la finalidad por la que surge y que explica dicha teoría; hacen que la incardinación en el poder ejecutivo de determinadas organizaciones no pueda considerarse como condición indispensable para su consideración como *organizaciones administrativas*. Debe desecharse pues la inclusión en el poder ejecutivo como concepto clasificatorio de la organización administrativa.

## 8. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

**44.** La personalidad jurídica ha recibido por parte de la doctrina administrativa española una atención muy superior a la que recibe en otros países, incluso en aquellos con los que comparte unas mismas tradiciones jurídicas, como puedan ser Francia, Alemania o Italia. La razón, es la posición que ocupa entre nosotros en la determinación del concepto mismo de Derecho administrativo. Ese debate incide en el Derecho de la organización cuyo enfoque se ve mediatizado por el viejo debate en

<sup>128</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, *Las Transformaciones de la Justicia Administrativa: de Excepción Singular a la Plenitud Jurisdiccional ¿Un Cambio de Paradigma?*, Thomson Civitas, Navarra, 2007, pp. 35-43.

torno al concepto de Derecho administrativo. Si se parte, como *a priori* incuestionado, de la necesidad de que toda *organización administrativa* esté dotada de personalidad jurídica, se estaría eludiendo buena parte de la discusión que rodea a esta figura, a la vez que se erige una pantalla que evita ver más allá de la existencia de un centro formal de imputación<sup>129</sup>. La personalidad jurídica es y seguirá siendo un elemento capital en la construcción del Derecho administrativo de la organización. Dicho lo cual, habrá que analizar si constituye un requisito *sine qua non* de la subjetividad externa imprescindible para que una estructura organizativa pueda incluirse entre las *organizaciones administrativas*.

### 8.1. Un elemento imprescindible en el ordenamiento español

**45.** Las Administraciones públicas son personas jurídicas y se presentan como tales en el tráfico jurídico (art. 3.4 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público). A este dato de Derecho positivo acompañan numerosas previsiones legales específicas relativas a la creación de entidades públicas las que se atribuye personalidad jurídica. Los ejemplos, podrían multiplicarse, como los Museos Nacionales del Prado y Centro de Arte Reina Sofía y el FROB.

**46.** Considerada con razón un elemento capital en el surgimiento y desenvolvimiento del Derecho público en general<sup>130</sup>, «la personificación de la Administración Pública es así el dato primario y *sine qua non* del Derecho Administrativo»<sup>131</sup>. La centralidad del criterio de la *personalidad jurídica* en el Derecho de la organización resulta incuestionable<sup>132</sup>, aparece realmente como el fundamento teórico de más enjundia de todo el sistema<sup>133</sup>, hasta el punto de que si se prescindiera de él habría que

<sup>129</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *Organización y poder de organización*, Iustel, Madrid, 2009, 25, nota 19, citando a F. A. SCHNAPP, señala como una de las causas de la escasa atención recibida por el estudio de la organización en relación a la importancia de éste: «1.3. El dogma de la personalidad jurídica del Estado (o de la Administración) ha enervado todo esfuerzo dogmático analítico ulterior de tal centro de imputación».

<sup>130</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 50, afirman que la aplicación de la personalidad jurídica al Estado, realizado por la doctrina alemana a mediados del siglo XIX, permite iniciar, justificar y sostener la magna construcción de su comportamiento ante el Derecho. La personificación jurídica del Estado sería el presupuesto de todo el Derecho público contemporáneo.

<sup>131</sup> Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA, Tomás RAMÓN FERNÁNDEZ, *op. cit.*, 2015, p. 52. Las consecuencias son claras: el Derecho administrativo es un Derecho de naturaleza estatutaria, dirigido a la regulación de las singulares especies de sujetos que son las Administraciones públicas (p. 64) y, solo hay relación jurídico administrativa cuando uno de los términos de la relación sea una Administración pública dotada de personalidad jurídica (p. 69).

<sup>132</sup> Luciano PAREJO ALFONSO, *op. cit.*, 2009, pp. 29 y 30.

<sup>133</sup> Alfredo GALLEGU ANABITARTE, *Derecho General de Organización*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, p. 173. A lo que añade: «la Administración central, local, institucional son sujetos de derecho, a las que se llama *ente* (a veces organismo, entidades), capaces de ser sujetos de una relación jurídica (entre ellos y con los administrados), a diferencia de los órganos, unidades o partes

volver a repensar la totalidad del Derecho público<sup>134</sup>. Las razones de esto se encuentran en las funciones que este concepto despliega<sup>135</sup>: a) permitir que la construcción del Derecho público como un conjunto de auténticas relaciones jurídicas, b) simplificar las relaciones y ampliar la garantía patrimonial de los ciudadanos respecto de las Administraciones al unificar los centros de imputación y de actuación, c) construir el sistema de entes territoriales sobre el dato de su personalidad jurídica independiente. Quizá, sin embargo, considerar que «nuestro Ordenamiento jurídico responde a la idea de que solo es posible establecer relaciones jurídicas entre sujetos de Derecho, entre personas jurídicas»<sup>136</sup>, no resulta en estos momentos exacto.

47. No es este el lugar para cuestionar, si procediera, que la atribución de personalidad jurídica a las Administraciones públicas sea la única forma de obtener las indudables ventajas que el despliegue del concepto reporta. Tampoco para valorar la virtualidad de la personalidad jurídica en la determinación del concepto de Derecho administrativo<sup>137</sup>; o si cabe admitir un concepto subjetivo de esa disciplina no dependiente del dato de la personalidad jurídica<sup>138</sup>. A los efectos que aquí interesan, no tiene sentido entrar en esos debates. Se parte del hecho de que, en nuestro ordenamiento jurídico-positivo, la personalidad jurídica es atribuida a las Administraciones públicas y a un nutridísimo conjunto de entidades integrantes de las más variadas tipologías de *organizaciones administrativas*. Es ese el dato del que partir.

Otra cosa distinta es cuestionar la virtualidad de la personalidad jurídica como determinante de la existencia de concretas *organizaciones administrativas*. La cuestión es si está justificado restringir la relación de *organizaciones administrativas* exclusivamente a los entes dotados de personalidad. Erigir la personalidad jurídica en requisito *sine qua non*, supondría dejar fuera del ámbito del Derecho administrativo de la organización a: las entidades de soporte a funciones constitucionales, las entidades consultivas y de control previstas constitucional o estatutariamente, gran parte de las entidades consultivas y de participación previstas legalmente; así como los tribunales administrativos y a las entidades públicas de prestación.

48. El análisis de si esa exclusión está o no justificada hace necesaria la exploración *de si la personalidad jurídica es factor excluyente o, según se mantiene, es solo uno más –ciertamente relevante–*, a tener en cuenta a la hora de exponer los tipos de

---

del ente, y cuyas relaciones entre sí, y su comprensión, se resuelve con la frase lapidaria e inapelable: *tienen competencia, pero no personalidad*.

<sup>134</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 831.

<sup>135</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 831.

<sup>136</sup> Francisco J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *Los organismos autónomos en el derecho público español: tipología y régimen jurídico*, INAP, Madrid, 1987, p. 62.

<sup>137</sup> El Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo, titulado *Administración Instrumental*, en su tomo II, recoge en la tercera ponencia de Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA y en las comunicaciones siguientes lo sustancial de dicha polémica. Véase, Alfonso PÉREZ MORENO (coord.), (1994) *Administración Instrumental: Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. II, Instituto García Oviedo/Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid/Sevilla, 1994, pp. 825-1012.

<sup>138</sup> Opción que sigue Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núms. margs. 5, 8-10.

*organizaciones administrativas*. La cuestión es la de buscar una exposición tipológica capaz de explicar con mayor sencillez y mejor ajuste al Derecho positivo la pluralidad de organizaciones a las que se aplica el Derecho administrativo de la organización. O, dicho de otra forma, las estructuras a las que se puede calificar como *organizaciones administrativas*. Para esto parece oportuno detenerse brevemente en resaltar algunas cuestiones referidas al concepto mismo de personalidad jurídica.

## 8.2. La personalidad jurídica entre el Derecho privado y el Derecho público

49. La técnica de la personificación en el Derecho público es el resultado de un proceso evolutivo multiseccular<sup>139</sup>. Como se ha señalado previamente, la idea misma de personalidad jurídica surgió inicialmente ligada a cuestiones como la herencia yacente o de la responsabilidad delictual de *corpora* y *universitates* en la primera mitad del siglo XIII<sup>140</sup>. La noción recibió un notable impulso con la depuración del concepto realizado por Savigny en la primera mitad del siglo XIX<sup>141</sup>. Este autor, sin embargo, restringe su estudio al Derecho privado y dentro de éste al Derecho de bienes, excluyendo explícitamente su tratamiento en el Derecho público<sup>142</sup>. La aportación de Savigny, impidió que se *diluyese el concepto de persona jurídica en el de sujeto de derechos*; excluyendo de tal consideración la herencia yacente, el predio dominante y la sociedad que no tuviera el privilegio de corporación<sup>143</sup>. Al tiempo, caracterizó la persona jurídica como organización de personas o de bienes, dedicada a un fin propio y permanente, distinto de aquél de sus miembros o beneficiarios, con patrimonio totalmente separado; que opera con una completa independencia<sup>144</sup>.

La vida independiente de sus miembros o gestores, el interés público, y la continuidad no dependiente de la voluntad y existencia de sus miembros; se erigen así en notas doctrinales características de un concepto estricto de persona jurídica. Frente a ese concepto en el que se subraya el *aspecto institucional*<sup>145</sup>, se abre rápidamente paso un *concepto formal* que reduce los caracteres de la personalidad jurídica a la facultad de demandar y ser demandado junto con la condición de mantener unida la masa

<sup>139</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 828.

<sup>140</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *La persona jurídica*, reimpresión de la 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 140-148.

<sup>141</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, pp. 172-173.

<sup>142</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, pp. 60-62.

<sup>143</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, p. 176.

<sup>144</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, p. 176.

<sup>145</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, p. 29. Entiende DE CASTRO que «la idea de persona jurídica tiene una raíz más profunda que la de explicar ciertos fenómenos técnicos (unidad de imputación, subjetividad de derechos); es la existencia de realidades sociales, organizaciones que tienen propia e interna unidad, que se distinguen de los hombres que las constituyen o las rigen; su nota característica y diferencial está en que existen en torno a un fin distinto y superior, al que asociados y administradores deben servir» (p. 34, nota 33).

patrimonial. La capacidad jurídica y de obrar junto con un propio patrimonio separado pasan a primer plano. La esencia del concepto de persona jurídica se traslada al hecho de que ésta pueda poseer y ser representada<sup>146</sup>. Expresión extrema de esa posición formalista sería la de Heise quien mantiene que «se llama persona jurídica todo lo que, independientemente del individuo, es reconocido por el Estado como sujeto de derecho», posición equivocada en opinión de Savigny por carecer del elemento de representación, esencial en toda persona jurídica<sup>147</sup>.

**50.** La importación del concepto de personalidad jurídica llevada a cabo por la doctrina civilista española lo es de un concepto amplio ligado al de capacidad. Así el art. 38.1 del Código Civil: «las personas jurídicas pueden adquirir bienes de todas clases, así como contraer obligaciones y ejercitar acciones civiles o criminales, conforme a las leyes y reglas de su constitución». El dato de la capacidad jurídica y de obrar se erige en prevalente a la hora de considerar las consecuencias de la existencia de personalidad jurídica, sin llegar a confundirse con ésta pues la personalidad es un *quid* simple, se da o no se da, mientras que la capacidad es un *quantum*, que admite gradación, como persona se puede ser más o menos capaz<sup>148</sup>.

**51.** La afirmación de la personalidad jurídica de las Administraciones públicas es algo simple. Sin embargo, la expansión de la idea de personalidad al ámbito público no puede esconder la diferencia de problemas subyacentes cuando se aplica el concepto en un ámbito (privado) y en otro (público). En concreto, el sustrato de las personas jurídico privadas y el de las personas jurídico-públicas es distinto, como lo son las reglas aplicables a la responsabilidad patrimonial extracontractual causada por unas y otras personas jurídicas<sup>149</sup>. Esa diferencia es más notoria si se considera el correlato característico de la personalidad que es la capacidad.

**52.** La capacidad de obrar viene restringida en el caso del Derecho privado en supuestos específicos fuera de los que se aplica el principio de autonomía de la voluntad; el objeto social determina la capacidad de obrar en el caso de las sociedades. En el Derecho público la capacidad de obrar se determina por la atribución de competencia. Esta puede considerarse como la «específica aptitud, conferida por el ordenamiento jurídico a cada ente administrativo, para actuar con eficacia jurídica»<sup>150</sup>. La competencia atribuida acaba por ser determinante de la posición jurídica de la Administración, más incluso que el dato mismo de la personalidad jurídica. Lo que las Administraciones públicas llevan a cabo, su posición frente al Derecho y las funciones que este les encomienda, *solo muy limitadamente pueden explicarse desde la perspectiva de la personalidad jurídica*. Dicha perspectiva es útil pero limitada. La

<sup>146</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, pp. 176, 212, 273. Por cierto, con base en el propio Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 62.

<sup>147</sup> Friedrich Carl von SAVIGNY, *op. cit.*, 1840-49/1879, p. 145-146, nota g).

<sup>148</sup> Luis MORELL OCAÑA, «La personificación y el otorgamiento de status en el Derecho administrativo. Rasgos generales del status de los entes administrativos», *Revista de Administración Pública*, núm. 100-102, 1983, pp. 973-1000, (p. 980).

<sup>149</sup> Luis MORELL OCAÑA, *op. cit.*, 1983, pp. 978-980.

<sup>150</sup> Luis MORELL OCAÑA, *op. cit.*, 1983, p. 993.

visión de las Administraciones públicas como meros sujetos de derecho, por atractiva que pueda parecer desde una lógica formal, resulta insuficiente si tenemos en cuenta las funciones ordenadoras –de ejercicio de poder público– y prestadoras que aquellas desempeñan.

**53.** En el ámbito del Derecho público el *elemento esencial de la personalidad resulta históricamente secundario y parcial* –relegado en sus inicios al empleo instrumental del Derecho privado–. Desde los comienzos del Derecho administrativo, la medida de la capacidad de obrar de las entidades públicas viene determinada por la atribución legal de poder más que por el hecho de contar o no con personalidad jurídica. El generalizarse del dato de la atribución de personalidad jurídica a las Administraciones públicas, no altera este hecho. Lo que las Administraciones públicas pueden o no hacer conforme a Derecho, es consecuencia de los poderes que tienen atribuidos.

El Derecho público está dominado por la atribución de habilitaciones o competencias específicas, mientras que el esquema elaborado por la doctrina *ius-privatista* aparece presidido por la idea de autonomía de la voluntad. El difícil encaje de la doctrina civilista de la personalidad en el ámbito público *permite entender las razones que explican la dicotomía histórica entre el Fisco y el resto de actuaciones de autoridad o de gestión*. Se comprende la distinción entre la actividad de Derecho privado, la reglada y la discrecional, tan relevante en el momento de la aprobación de la Ley de Reguladora de lo Contencioso-Administrativo de 13 de septiembre de 1888. O la teoría de la doble personalidad de los Municipios presente entre nosotros en la segunda mitad del siglo XIX, con reflejo normativo en las leyes municipales. El entero sistema de recursos contra la Administración en el siglo XIX se basaba en que esta podía actuar como persona jurídico-privada o como poder público; en un caso carecía de privilegios, en el otro contaba con un haz de privilegios basados en la ejecutoriedad de los actos administrativos y coronados por la inhibición de los Tribunales<sup>151</sup>.

Las dificultades de encaje en el Derecho público de las doctrinas *iusprivatistas* sobre la personalidad jurídica, explican la escasa relevancia y el poco interés suscitado por el limitado reconocimiento constitucional de la personalidad jurídica de las Administraciones públicas. Ciertamente los arts. 140 y 141 de la Constitución de 1978 la reconocen explícitamente para los Municipios y Provincias siguiendo la tradición histórica. Las principales atribuciones de personalidad jurídica se encuentran no en la Constitución sino en Estatutos de Autonomía y en las sucesivas leyes reguladoras del régimen jurídico de las Administraciones públicas.

**54.** Es significativo el hecho de que *la consolidación de Derecho administrativo francés* partiendo de la doctrina del Consejo de Estado, en la segunda mitad de siglo XIX, *se realiza a espaldas a la idea de personalidad jurídica* del Estado o de la Administración<sup>152</sup>.

<sup>151</sup> Alejandro NIETO, *op. cit.*, 1986, pp. 186-187.

<sup>152</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, p. 187 y nota 167, afirma la atmósfera de recelo en que la persona jurídica es vista por el movimiento codificador en Francia, consecuencia del

La doctrina alemana lleva el mérito, entre nosotros, de haber referido por vez primera la idea de personalidad jurídica al Estado<sup>153</sup>. El dogma de la personalidad jurídica del Estado surge en un contexto histórico determinado, en el que experimentó una extraordinaria difusión. Sufrió, sin embargo, un cambio radical en su significado a partir de la consagración constitucional de la soberanía del pueblo<sup>154</sup>. Incluso en momentos próximos a su formulación, la construcción de la personalidad jurídica del Estado en el ámbito interno encontró importantes discrepancias en una figura de la talla de Otto Mayer<sup>155</sup>. El carácter marcadamente político de la personalidad jurídica como instrumento de sometimiento del Príncipe a la personalidad del Estado<sup>156</sup>, fue quizá una de las causas del *papel poco relevante* de la personalidad jurídica para la definición del Derecho administrativo y de su estructura organizativa entre los tratadistas alemanes de la segunda mitad del siglo xx.

En otros ordenamientos jurídicos las autoridades públicas *están llamadas a operar con normalidad conforme a Derecho* sin necesitar el recurso al concepto de personalidad jurídica. En países donde la idea de personalidad jurídica no ha traspasado las fronteras del Derecho privado<sup>157</sup> la entera limitación del poder y la tutela de los derechos de los ciudadanos se han realizado por completo *al margen de dicho concepto*. Si es posible afirmar la existencia de Derecho administrativo en esos países<sup>158</sup>, debe concluirse que la personalidad jurídica pública no es un elemento requerido para

---

exclusivismo de la concepción democrática y del régimen autoritario de Napoleón. Esto se traduce en que los Códigos napoleónicos desconocen la existencia de personas jurídicas y en que se mantenga su destierro de las leyes francesas durante muchos años, hasta que la Ley Municipal de 5 de abril de 1884 la menciona de un modo incidental en su art. 111.

<sup>153</sup> Fernando DE LOS RÍOS URRUTI, «Prólogo» en G. Jellinek, *Teoría General del Estado*, en la traducción del propio F. de los Ríos del *Allgemeine Staatslehre*, segunda edición alemana (1905), Ed. Albatros, Buenos Aires, 1914/1943, pp. VIII-X. Expone De Los Ríos la importancia de C. F. v. Gerber en el moderno Derecho político alemán al aportar dos nociones fundamentales de la teoría jurídica del Estado: la concepción del poder público como derecho del Estado y la personalidad moral de éste. De los *Grundzüge eines Systems des deutschen Staatsrecht* (1865) de Gerber cita: «la condición previa de toda construcción jurídica del Derecho político es concebir el Estado como una persona jurídica, el cual concepto por tanto es un concepto originario» (pág. X). Fernando De Los Ríos sitúa los orígenes de la doctrina del Estado-persona en la escuela del Derecho Natural y en concreto en Puffendorf (p. VIII, nota 2).

<sup>154</sup> José Luis CARRO FERNÁNDEZ-VALMAYOR, «La doctrina clásica alemana sobre la personalidad jurídica del Estado. Notas de una relectura», en Alfonso PÉREZ MORENO (coord.), *Administración Instrumental: Libro Homenaje a Manuel Francisco Clavero Arévalo*, t. II, Instituto García Oviedo/ Universidad de Sevilla/Civitas, Madrid/Sevilla, 1994, pp. 849-870, (p. 870).

<sup>155</sup> Otto MAYER, *Die juristische Person und ihre Verwertbarkeit in öffentlichen Recht*, J. C. B. Mohr (Paul Siebeck), Tübingen, 1908.

<sup>156</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1972, pp. 372-373.

<sup>157</sup> Fernando DE LOS RÍOS URRUTI, *op. cit.*, 1914/1943, p. VIII y nota 1, advierte que, hasta cierto punto, de estas ideas de GERBER arranca la concepción que ha prevalecido *durante algún tiempo* en la Europa continental en lo que al Derecho Político respecta. No así en la práctica y la teoría inglesa en la que desde BLACKSTONE el régimen constitucional opone a la noción de Estado-persona, la «de Estado-trust, el Estado como relación entre los órganos supremos, no como unidad jurídica cerrada arquitectónicamente».

<sup>158</sup> Francisco VELASCO CABALLERO, *op. cit.*, 2020, núms. margs. 3, 12 y 23.

todo tipo de *organización administrativa*. Hay *organización administrativa* más allá de la personalidad jurídica.

55. Las consideraciones anteriores, no excluyen la utilidad entre nosotros de la noción de personalidad jurídica para la caracterización de las *organizaciones administrativas*, tanto desde el punto de vista operativo de instrumento para *embridar* el poder, como desde el punto de vista teórico. Sí parece que no cabe erigir el dato de la personalidad jurídica en criterio excluyente de clasificación de *organizaciones administrativas*. En la práctica, no se pone en duda la utilidad del despliegue de dicho concepto en el Derecho público interno, pero sí su aptitud para abarcar todos los fenómenos de realidades subjetivas en el Derecho administrativo. No estamos pues ante un concepto clasificatorio general sino, ante un *concepto clasificatorio secundario*, en el sentido que anteriormente se señaló (núms. margs. 2 y 33).

### 8.3. La paulatina relativización del dato de la existencia de la personalidad jurídica

56. En el ámbito del Derecho privado se relativiza con naturalidad la distinción entre existencia o ausencia de personalidad jurídica, con la que «no se trata de disolver el problema de la capacidad jurídica en un *continuum* difuso, sino de explicar con exactitud dónde se encuentra la capacidad jurídica plena y cómo se relaciona y distingue de grados menores de personificación entendida como posibilidad de considerar que alguien es alguien distinto del resto»<sup>159</sup>. En esa línea se llegó a admitir la existencia de *semi personalidades* o de *personas implícitas*; un *tertium genus* entre las personas físicas y las jurídicas: *el sujeto de derecho sin personalidad*<sup>160</sup>.

La doctrina conforme a la cual no es en absoluto necesaria la personalidad jurídica estatal para transformar las «relaciones de poder» en «relaciones de derecho»<sup>161</sup>, lleva a entender que, en la organización administrativa, más que de personas se debe hablar de *centros de referencia*<sup>162</sup>: «Un centro de referencia existirá siempre y cuando determinadas actividades humanas desarrolladas por las personas físicas [...] se puedan imputar a algo que está por encima de los individuos. La imputación se lleva a cabo hacia un centro de referencia y no hacia una persona jurídica en todo caso, porque si bien toda persona jurídica constituye una organización, no sucede siempre al contrario, puesto que hay organizaciones que no adquieren la categoría de personi-

<sup>159</sup> Jesús ALFARO ÁGUILA-REAL, «El reconocimiento de la personalidad jurídica en la construcción del Derecho de sociedades», *InDret Revista para el Análisis del Derecho*, núm. 1/2016, 2016, pp. 1-104, (p. 51).

<sup>160</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *Tratado de Derecho Administrativo*, t. II, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1967, p. 163, al exponer las clases de organizaciones administrativas distingue entre las personificadas y las no personificadas.

<sup>161</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1972, p. 372.

<sup>162</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, 1967, p. 137.

ficación [...]. Por ello hay que hablar de centros de referencia; cuando la imputación sea plena, podrá decirse que la organización ha adquirido el rango de persona»<sup>163</sup>.

**57.** La relativización de la personalidad jurídica afecta al Derecho público no ya como algo del pasado sino que es un fenómeno actual e incluso creciente, en lo que ha llegado a calificarse como una «minusvaloración de la otrora ineludible personificación jurídica»<sup>164</sup>. Con un mismo término, *personalidad jurídica*, se refieren realidades de muy diverso valor, tanto en el ámbito del Derecho privado como en el del Derecho público<sup>165</sup>. Esa disparidad va más allá de que la personalidad jurídica sea pública o privada pues dentro de las dos categorías hay importantes diferencias. Así es posible aplicarlo a realidades tan distintas como la Administración General del Estado, el Museo Nacional del Prado<sup>166</sup> o la Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado<sup>167</sup>; en ocasiones, se emplea el concepto persona jurídica con un poder taumaturgico en las tareas de aligerar a los centros oficiales de la pesadumbre burocrática<sup>168</sup>. El alcance de la atribución de personalidad jurídica en unos casos y en otros difiere en ámbitos tan relevantes como el procesal al que se hará referencia más adelante. Se da personalidad jurídica pero la capacidad varía enormemente.

**58.** Se han puesto tres ejemplos, entre los innumerables posibles, de entidades públicas dotadas de personalidad jurídica. El Defensor del Pueblo previsto constitucionalmente (art. 54 CE), por contraste, carece de personalidad jurídica. Esa carencia no es óbice para que: a) ostente legitimación expresa constitucional para interponer los recursos de inconstitucionalidad y amparo (art. 162.1 CE)<sup>169</sup>; b) esté facultado para «de oficio ejercitar la acción de responsabilidad contra todas las autoridades, funcionarios y agentes civiles del orden gubernativo o administrativo, incluso local, sin que sea necesaria en ningún caso la previa reclamación por escrito»<sup>170</sup>; c) disponga de legitimación pasiva ante los órganos de la jurisdicción contencioso-administrativa respecto de los actos y disposiciones que dicta en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público. No se da personalidad jurídica; pero existe capacidad de enorme relevancia.

<sup>163</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, 1967, pp. 808-810, trata de las organizaciones especiales sin personalidad jurídica.

<sup>164</sup> Leopoldo TOLIVAR ALAS, «Tipología del sector público: un pozo sin fondo, pero con fondos», en *EsPúblico*, 16/2/2017, <http://www.administracionpublica.com/tipologia-del-sector-publico-un-pozo-sin-fondo-pero-con-fondos/> acceso 17/4/2018. La razón es la proliferación en nuestro ordenamiento de figuras reconocidas sin personalidad de la que se citan como ejemplos: el art. 14.2.b) Ley 39/2015, de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, el art. 24 bis Ley 7/1985, de Bases de Régimen Local, el art. 40 de la Ley 58/2003, General Tributaria y el art. 18 Ley 29/1998, Reguladora de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa.

<sup>165</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, pp. 203, 265 y 267.

<sup>166</sup> Véase, el art. 1.1 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado.

<sup>167</sup> Véase, el art. 1.2 de sus Estatutos, aprobados por Real Decreto 1495/2007, de 12 de noviembre.

<sup>168</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, p. 236.

<sup>169</sup> Véase, además, el art. 29 Ley Orgánica 3/1981, del Defensor del Pueblo, de 6 de abril (LODP) y los arts. 32.1.c) y 46 Ley Orgánica del Tribunal Constitucional.

<sup>170</sup> Art. 26 LODP.

**59.** Una superación de la personalidad jurídica se da en el caso de que la personificación de los centros de referencia de relaciones jurídicas conduzca a extremos inadmisibles<sup>171</sup>. La jurisprudencia, mediante la técnica del *alzamiento del velo* de la personalidad jurídica importada del mundo anglosajón<sup>172</sup>, penetra –cuando pudiera concurrir fraude de ley o de intereses de terceros– hasta el sustrato real de relaciones que subyacen tras el dato formal de la existencia de una persona jurídica<sup>173</sup>. Un requisito *sine qua non* para el levantamiento del velo es el de la *instrumentalidad* entre dos sujetos –dominante y dominado–, reflejo de una identidad material entre dos personas jurídicas formalmente distintas y que se encuentran en una relación de dependencia<sup>174</sup>. Se trata de un planteamiento garantista a favor de terceros «perjudicados por el juego de las personificaciones realizado por los poderes públicos»<sup>175</sup>.

En la misma línea, la responsabilidad infractora no requiere la personalidad jurídica y puede ser apreciada respecto de grupos de afectados, uniones y entidades sin personalidad jurídica y patrimonios independientes o autónomos; en el caso de que una Ley les reconozca capacidad de obrar, conforme a la redacción dada al art. 28 Ley Régimen Jurídico del Sector Público. Novedad relativa, pues había sido anticipada por la legislación procesal tanto contencioso-administrativa como civil supletoria<sup>176</sup>.

La atribución de personalidad jurídica se realiza por ley, por voluntad de Gobiernos o Administraciones, por voluntad de particulares. Algunas de las consecuencias principales de ser persona jurídica pueden encontrarse, sin embargo, en entidades o grupos que carecen de esta cualidad. Existe, de este modo, una gradación conforme a la cual ciertas consecuencias de la personalidad jurídica se observan en *subjetividades* carentes de personalidad.

#### 8.4. La capacidad y la legitimación procesal

**60.** Casos claros de lo que se acaba de afirmar pueden encontrarse en las reglas de capacidad y legitimación establecidas en la Ley 29/1998, Reguladora de la Juris-

<sup>171</sup> J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, 1967, p. 366.

<sup>172</sup> Federico DE CASTRO Y BRAVO, *op. cit.*, 1991, pp. 39-41, sitúa el origen de la doctrina en la primera guerra mundial como respuesta a la cuestión de si eran o no aplicables las disposiciones sobre súbditos enemigos a sociedades anónimas nominalmente nacionales cuyo accionariado de control estaba en manos de nacionales de países enemigos.

<sup>173</sup> Ricardo DE ÁNGEL YAGÜEZ, *La doctrina del 'levantamiento del velo' de la persona jurídica en la reciente jurisprudencia*, 2.ª ed., Civitas, Madrid, 1991, pp. 20 y 193-209.

<sup>174</sup> Santiago ORTIZ VAAMONDE, *El levantamiento del velo en el Derecho administrativo: Régimen de contratación de los entes instrumentales de la Administración, entre sí y con terceros*, La Ley, Madrid, 2004, pp. 78-79 y 156.

<sup>175</sup> Santiago GONZÁLEZ-VARAS IBÁÑEZ, «El levantamiento del velo y Derecho administrativo privado en el ámbito de la Administración local», *REALA* núm. 274-275, 1997, p. 385.

<sup>176</sup> Alexandre PEÑALVER I CABRÉ, «Capacidad e interesados en el procedimiento administrativo», en *Estudios sobre las leyes 39/2015 del procedimiento administrativo común de las administraciones públicas y 40/2015 del régimen jurídico del sector público*, en Joaquín TORNOS MAS (coord.), Atelior Universidad de Barcelona, Barcelona, 2017, pp. 151-179, (p. 155).

dicción Contencioso-administrativa (LRJC-A). Su art. 18 establece la existencia de capacidad procesal cuando la ley lo declare expresamente de: «grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos, *entidades todas ellas aptas para ser titulares de derechos y obligaciones al margen de su integración en las estructuras formales de las personas jurídicas*». El art. 19.1.b) LRJC-A extiende la legitimación a los grupos y entidades a las que se refiere el art. 18 que resulten afectados.

**61.** Esa misma norma contiene, por otra parte, una importante limitación procesal respecto de algunas entidades dotadas de personalidad jurídico-pública. Su art. 20.c) prohíbe la interposición de recurso contencioso-administrativo a las «Entidades de Derecho público que sean dependientes o estén vinculadas al Estado, las Comunidades Autónomas o las Entidades locales, respecto de la actividad de la Administración de la que dependan». Exceptuando, a renglón seguido, aquéllas entidades a las que por Ley se haya dotado de un estatuto específico de autonomía respecto de dicha Administración. La interpretación literal de dicha previsión supone una restricción de la legitimación procesal de esas entidades que quedan *en situación de dependencia de perfiles similares a la subordinación interorgánica*. Ese precepto admite, sin embargo, interpretaciones menos restrictivas si la prohibición se considera limitada a la estricta actividad de tutela y no al resto de actividad de la Administración matriz<sup>177</sup>. En todo caso, parece como si se estuviera ante una *personalidad jurídica a ciertos efectos, en aspectos concretos, para unas operaciones sí y para otras no*<sup>178</sup>. En supuestos concretos, el propio ordenamiento limita los efectos de la personalidad jurídica que atribuye, produciendo una cierta «desmitificación»<sup>179</sup> del concepto.

**62.** El art. 21.1.a) LJC-A, de forma coherente *con la perspectiva flexible que esta Ley adopta respecto de la personalidad jurídica*, admite la legitimidad pasiva de «cualesquiera de los órganos mencionados en el artículo 1.3 contra cuya actividad se dirija el recurso». Así se reconoce la capacidad procesal y la legitimación de: a) Los órganos competentes del Congreso de los Diputados, del Senado, del Tribunal Constitucional, del Tribunal de Cuentas y del Defensor del Pueblo, así como de las Asambleas Legislativas de las Comunidades Autónomas y de las instituciones autonómicas análogas al Tribunal de Cuentas y al Defensor del Pueblo; respecto de los actos y disposiciones en materia de personal, administración y gestión patrimonial sujetos al Derecho público. b) Del Consejo General del Poder Judicial respecto de sus actos y disposiciones, así como de los órganos de gobierno de los Juzgados y Tribunales en lo

<sup>177</sup> Alejandra BOTO ÁLVAREZ, *La administración instrumental en el proceso*, Reus/Universidad de Oviedo, Madrid, 2011, pp. 188, 209, 212, expone las distintas posibilidades de interpretación con base en la falta de identidad de los intereses del ente matriz y con los de las entidades dependientes.

<sup>178</sup> Basado en el Derecho positivo de aquel momento, lo afirmó, Gaspar ARIÑO ORTIZ, *La Administración Institucional (Bases de su régimen jurídico): Mito y realidad de las personas jurídicas en el Estado*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1972, pp. 401, 408-410.

<sup>179</sup> Respecto los organismos autónomos en ese momento lo afirmó Gaspar ARIÑO ORTIZ, *Sobre la personalidad jurídica en el Derecho público. Los Organismos Autónomos: Consecuencias e inconsecuencias de su declaración de personalidad*, Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1971, p. 101.

referido a su actividad administrativa, en los términos de la Ley Orgánica del Poder Judicial. c) De la Administración electoral, en los términos previstos en la Ley Orgánica del Régimen Electoral General. Se constata que la LJCA *trata estas entidades como si fueran sujetos* aun cuando se considere que lo hace por razones elementales de simplificación del lenguaje<sup>180</sup>. La LRJC-A asigna legitimidad pasiva y los efectos propios de ésta a concretas estructuras organizativas carentes de personalidad jurídica.

**63.** La LRJC-A anticipó, de esa forma, lo que la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil (LEC) plasma en la regulación de las partes en el proceso «superando, a efectos procesales, *el dualismo de las personas físicas y las jurídicas*»<sup>181</sup>. Hasta qué punto se supera dicho dualismo puede comprobarse con la consulta de sus arts. 6 (capacidad para ser parte) y 7 (comparecencia en juicio y representación), en los que junto a las personas físicas y jurídicas se incluyen: los patrimonios separados (art. 6.1.4º, art. 7.5), las entidades sin personalidad jurídica a las que la ley reconozca capacidad para ser parte (art. 6.1.5º, art. 7.6); los grupos de consumidores y usuarios afectados por un hecho dañoso cuando los individuos que lo compongan estén determinados o sean fácilmente determinables (art. 6.1.7º, art. 7.7). La capacidad para ser parte, como aptitud genérica para ser demanda o demandante en un proceso, se extiende (art. 6.2 LEC) a las «entidades que, no habiendo cumplido los requisitos legalmente establecidos para constituirse en personas jurídicas, estén formadas por una pluralidad de elementos personales y patrimoniales puestos al servicio de un fin determinado». Aun cuando la capacidad para ser parte no venga referida en la LRJC-A, debe entenderse implícita en el reconocimiento de capacidad procesal recogido en el art. 18 LRJC-A<sup>182</sup> y en lo previsto en el art. 6 LEC de aplicación supletoria a aquél orden jurisdiccional, conforme a la Disposición final 1ª LRJC-A y al art. 4 de la LEC.

## 8.5. Las entidades intermedias

**64.** El reconocimiento de la existencia de entidades intermedias no dotadas de personalidad jurídica, pero con subjetividad propia no es algo desconocido en nuestro Derecho positivo. La Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas de 1958 incluía en su ámbito de aplicación (art. 1.2), junto con los organismos autónomos y las empresas nacionales, «los servicios administrativos sin personalidad jurídica distinta de la del Estado, bien se trate de servicios públicos centralizados, dotados total o parcialmente con subvenciones, bien de cajas, comités, juntas, comisiones y, en general, de organismos que tengan a su cargo exclusivamente

<sup>180</sup> José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «Delimitación del sujeto pasivo necesario de la Justicia administrativa», en *La Justicia Administrativa: Libro Homenaje al Prof. Dr. D. Rafael Entrena Cuesta*, María Jesús MONTORO CHINER (coord.), Atelier, Barcelona, 2003, pp. 301-326, (p. 314).

<sup>181</sup> Apartado VII de su Exposición de Motivos.

<sup>182</sup> Faustino CORDÓN MORENO, *El proceso contencioso-administrativo*, Navarra: Aranzadi, Navarra, 2001, p. 106.

la administración y distribución de fondos». De los servicios públicos centralizados y de los órganos creados para administrar fondos especiales, cada tipo con sus peculiaridades, se afirmó que son *organizaciones híbridas* con *semi-personalidad* o con *personalidad parcial*, a las que se reconoce una parcela de capacidad sin que esto conduzca inevitablemente al reconocimiento de toda la capacidad, ni en todos los campos<sup>183</sup>. La relación de *instrumentalidad* de esas entidades respecto de la entidad que las crea obligaba «a relativizar un tanto el dato mismo de la personificación, esto es, la autenticidad y solidez de la personalidad jurídica de que están dotados estos entes»<sup>184</sup>, de lo que se concluye que la personalidad de tales entidades no es plena, aunque sí un dato relevante a tener en cuenta<sup>185</sup>.

**65.** De modo más audaz se avanzó la hipótesis de emplear la noción de *establecimiento público*, concepto de importación francesa<sup>186</sup>, para designar «una unidad orgánica –personificada o no– que dotada de unos medios, personales, materiales y técnicos específicos, ofrecen una serie de prestaciones a los particulares para la satisfacción de un fin público determinado»<sup>187</sup>. Ejemplos de establecimientos públicos serían: la Biblioteca Nacional, Hospitales, Facultades Universitarias, Cementerios, Institutos de Enseñanza Media, Piscinas Municipales o Públicas, etc. «y tantas otras unidades administrativas que la doctrina *por el hecho de no estar personificadas, ni estudia ni analiza*, conformándose con denominarlas Órganos»<sup>188</sup>. La función de estos establecimientos sería prestadora y no ordenadora<sup>189</sup>. El concepto mismo de establecimiento público, sería un concepto funcional que atraviesa toda la Administración pública, esté o no personificado<sup>190</sup>. Su virtualidad fundamental sería la de permitir una superior penetración analítica y clasificatoria en la organización administrativa<sup>191</sup>.

La anterior construcción doctrinal presenta algunos de los inconvenientes que se exponen más adelante a propósito de las doctrinas arraigadas normativa y doctrinalmente de los *uffici pubblici* en Italia y de las *öffentliche Anstalten* en Alemania; fundamentalmente la posibilidad de incluir en la misma categoría entes dotados de personalidad (Museo del Prado) y organizaciones carentes de personalidad (Biblioteca Nacional). Una construcción doctrinal de ese tipo debería aclarar *qué elementos determinan la subjetividad externa propia* que distingue a los llamados *establecimientos públicos* frente a los entes personificados, por un lado y frente a los órganos administrativos propiamente dichos, por otro.

<sup>183</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, 1967, pp. 812-814.

<sup>184</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 1193.

<sup>185</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 1193.

<sup>186</sup> Francisco J. JIMÉNEZ DE CISNEROS CID, *op. cit.*, 1987, p. 70.

<sup>187</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1987, IX-XLII, p. XXXVIII.

<sup>188</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1987, p. XXXVIII.

<sup>189</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1987, p. XXXVIII.

<sup>190</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1987, p. XXXIX.

<sup>191</sup> Alfredo GALLEGO ANABITARTE, *op. cit.*, 1987, p. XXXIX.

**66.** Las entidades intermedias son bien conocidas en otros Derechos de nuestro entorno. En Italia los *uffici pubblici* siguen ocupando un lugar central como elemento de la organización administrativa<sup>192</sup>. Se los considera constituidos por conjuntos de medios materiales y personales que son llamados a desarrollar una función específica para la satisfacción de un determinado objetivo<sup>193</sup>. Los *uffici pubblici* pueden estar dotados de personalidad jurídica o carecer de ésta<sup>194</sup>. Mientras en el Derecho privado las personas jurídicas están claramente identificadas, en el Derecho público son numerosos los *uffici* que cuentan con elementos propios de la personalidad, sin que ésta les haya sido formalmente atribuida, por lo que puede decirse que *son sujetos no personas*<sup>195</sup>. Es el caso de las *aziende autonome*, incardinadas en un Ministerio, que pueden carecer de personalidad jurídica a pesar de lo cual cuentan con su propia organización separada de la ministerial, desarrollan actividades prevalentemente técnicas y gozan de capacidad contractual, a la vez que pueden ser titulares de relaciones jurídicas aunque carezcan de patrimonio propio<sup>196</sup>. Estas entidades que, en otros tiempos, tuvieron una enorme importancia en la economía italiana (como, por ejemplo, la *Azienda autónoma delle ferrovie dello Stato*, hoy convertida en sociedad mercantil), han sufrido un proceso de supresión o de transformación, según los casos, en sociedades mercantiles o en entes públicos económicos<sup>197</sup>.

En Alemania las *öffentliche Anstalten* constituyen formas organizativas estructuradas como un conjunto de medios, materiales y personales, que, en manos de un sujeto de Administración pública, están destinados a servir, de manera permanente, a un interés público determinado<sup>198</sup>. Se trata de organizaciones a medio camino entre las corporaciones y las fundaciones, siendo el dato crucial en las primeras la existencia de una pluralidad de miembros, mientras que en las segundas lo es la existencia de patrimonio vinculado al fin fundacional; en las *öffentliche Anstalten*, sin embargo, el dato relevante es su carácter de estructuras de prestación<sup>199</sup>. Estas entidades pueden tener capacidad jurídica (como por ejemplo, las cajas de ahorro municipales), no tenerla (en el ámbito municipal: los colegios de enseñanza, hospitales, museos y cementerios) o tenerla solo parcialmente, categoría en la que solían incluirse con condiciones el *Bundesbahn* –los ferrocarriles federales– y el *Bundespost* –correos alemán–<sup>200</sup>. Tam-

<sup>192</sup> Sabino CASSESE, *Le Basi del Diritto Amministrativo*, Scientifica Einaudi, Torino, 1989, pp. 106-111.

<sup>193</sup> Elio CASSETTA, *Manuale di Diritto Amministrativo*, 14.ª ed. Giuffrè, Milano, 2012, p. 163.

<sup>194</sup> Sabino CASSESE, *op. cit.*, 1989, p. 117.

<sup>195</sup> Sabino CASSESE, *op. cit.*, 1989, p. 118.

<sup>196</sup> Elio CASSETTA, *op. cit.*, 2012, p. 250.

<sup>197</sup> Elio CASSETTA, *op. cit.*, 2012, p. 250-251.

<sup>198</sup> Otto MAYER, *Derecho Administrativo Alemán*, t. IV, H. H. Heredia y E. Krotoschin (trads.), Ed. Arayú, Buenos Aires, 1954, p. 179. Es traducción de *Le droit administratif allemand*, Edit. V. Giard y E. Brière, Paris, 1906.

<sup>199</sup> Hans J. WOLFF, Otto BACHOF, Rolf STOBBER, Winfried KLUTH, *Verwaltungsrecht*, t. II, 7.ª ed., C. H. Beck, München, 2010, pp. 470, 476-477.

<sup>200</sup> Harmut MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, 9.ª ed., C. H. Beck, München, 1994, pp. 544 y 546.

bién en Alemania, consecuencia del fenómeno de la privatización de infraestructuras se ha producido una transformación de *Anstalten* del tipo de patrimonios separados (*Sondervermögen*), en sociedades por acciones, manteniéndose solo en algunos casos como es el del *Bundeseisenbahnvermögen* (patrimonio de los ferrocarriles federales)<sup>201</sup>.

Se citan las doctrinas de los *uffici pubblici* y de las *öffentliche Anstalten* alemanas, como casos de entidades en las que la personalidad jurídica presenta una limitada cualidad configuradora de la realidad jurídica. *Casos en que es posible subjetividad sin personalidad*. Se trata, sin embargo, de doctrinas surgidas en culturas jurídicas distintas a la nuestra. Doctrinas cuya asunción requeriría ingentes esfuerzos de depuración<sup>202</sup>, de resultados más bien dudosos.

## 8.6. La personalidad jurídica como requisito de las Administraciones públicas

**67.** Si algo deja claro la regulación incluida en la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público (LRJSP) es que ésta considera la personalidad jurídico-pública como condición para ser *Administración pública*. No todas las personas jurídico-públicas son *Administración pública*, pero para ser *Administración pública ha de contarse con personalidad jurídico-pública normativamente atribuida*. Este vínculo imprescindible se establece en el art. 3.4 de esa misma norma, siguiendo una larga tradición. No cabe quebrar ese vínculo sin producir un considerable aumento de confusión.

**68.** Predicar la condición de Administración pública de los órganos constitucionales<sup>203</sup>, contradice el hecho de que carecen de atribución expresa de personalidad jurídica por parte del ordenamiento. Desde el punto de vista competencial, ofrece problemas incluir a algunos de estos órganos como Administraciones públicas cuyo régimen jurídico básico corresponda establecer al Estado conforme al art. 149.1.18ª CE —piénsese en la configuración de algunos Defensores del Pueblo, Tribunales de Cuentas o Consejos Consultivos Autonómicos—. Se corre, sobre todo, el riesgo de inducir a confusión entre el cumplimiento de la *función originaria constitucional* atribuida a esos órganos y el cumplimiento de la *función administrativa auxiliar*, ya que ambas son referibles a un mismo sujeto como es el Estado, o la Comunidad Autónoma ¿en nombre de quién sino del Estado, por la autoridad que le confiere la Constitución de la Nación española, dicta sus sentencias el Tribunal Constitucional? El mismo Estado al que cabe reconducir, más remotamente eso sí, la aprobación de las bases de los concursos y convocatorias para la incorporación de personal funcionario o laboral al servicio del mismo Tribunal Constitucional. La naturaleza de ambas actuaciones es claramente distinta. Ni predicar la existencia de una *Administración*

<sup>201</sup> Hans J. WOLFF, Otto BACHOF, Rolf STÖBER, Winfried KLUTH, *op. cit.*, 2010 p. 469.

<sup>202</sup> Entre los *uffici pubblici* carentes de personalidad jurídica se consideran, por ejemplo, los Ministerios. Véase, Sabino CASSESE, *op. cit.*, 1989, pp. 111, 117.

<sup>203</sup> José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑOZ, *Introducción al Derecho administrativo*, Tecnos, Madrid, 1986, p. 86.

*pública* del o en el Tribunal Constitucional es adecuado; ni explicar su actuación administrativa sin referente a una estructura organizativa propia parece una explicación convincente.

Ciertamente hay organización y actuación administrativa en las Cámaras, en el Poder Judicial y en el Tribunal Constitucional, por poner claros ejemplos, pero resulta inexacto considerar que existe una «Administración Judicial Autónoma», una «Administración del Tribunal Constitucional», una «Administración de la Casa del Rey»<sup>204</sup>; «Administraciones públicas auxiliares del Poder Legislativo correspondiente» en el caso de los Tribunales de Cuentas o de los Defensores del Pueblo<sup>205</sup>, o una «Administración parlamentaria»<sup>206</sup>, por más que ejerzan potestades administrativas, el control jurisdiccional de sus actos sea contencioso-administrativo, sus contratos se ajusten las reglas previstas para las *Administraciones públicas* por la Ley de Contratos del Sector Público y el régimen de responsabilidad patrimonial aplicable sea el de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas<sup>207</sup>.

## 8.7. La personalidad jurídica como concepto clasificatorio

**69.** De lo expuesto se sigue la necesidad de establecer distinciones más matizadas respecto de las que permite el concepto de persona jurídica<sup>208</sup>. La categoría *personalidad pública* carece, pues, de virtualidad como *concepto clasificatorio general* ya existen *organizaciones administrativas dotadas de subjetividad propia* más allá de la personalidad jurídica. Opera, sin embargo, como *concepto clasificatorio secundario* de modo que sin *personalidad jurídica* no cabe afirmar la existencia de *Administración pública*. Dicho de otra forma: a) la personalidad jurídica es un dato imprescindible a la

<sup>204</sup> José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, 1986, p. 86-87 y del mismo autor con un desarrollo actualizado, «Delimitación de las Administraciones públicas a los efectos del artículo 149.1. 18ª CE», en *Régimen Jurídico Básico de las Administraciones públicas. Libro Homenaje al Profesor Luis Cosculluela*, Manuel REBOLLO PUIG, Mariano LÓPEZ BENÍTEZ, Eloísa CARBONELL PORRAS (coords.), Iustel, Madrid, 2015, pp. 163-196 (pp. 183-187).

<sup>205</sup> José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, *op. cit.*, 2003, pp. 316 y 321. A propósito de la Disposición Adicional 5.ª de la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (22.ª Ley de Régimen Jurídico del Sector Público), lamentando la reticencia de la Ley a identificar en esos órganos constitucionales las correspondientes Administraciones Públicas estatales o autonómicas de apoyo, José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ, «El contexto y los principios inspiradores de las Leyes 39 y 40/2015», en Clara Isabel VELASCO RICO (dir.), *Análisis crítico de las Leyes de Procedimiento Administrativo Común y de Régimen Jurídico del Sector Público*, Marcial Pons, Madrid/Barcelona/ Buenos Aires/ Sao Paulo, 2017, pp. 9-30 (p. 13).

<sup>206</sup> Fabio PACUA MATEO, *Fuentes y Control del Derecho Parlamentario y de la Administración Parlamentaria*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, en especial, pp. 145-158.

<sup>207</sup> Véase al respecto, el completo análisis de, Fabio PACUA MATEO, *op. cit.*, 2014, pp. 155-157, 261-284.

<sup>208</sup> Eberhardt SCHMIDT-ASSMANN (1998/2003), *La teoría general del Derecho administrativo como sistema: objeto y fundamentos de la construcción sistemática*, INAP/Marcial Pons, Madrid/Barcelona, 2003, p. 253. Alejandro Huergo Lora (trad. de ese capítulo). Traducción de la 1.ª edición del *Das allgemeine Verwaltungsrecht als Ordnungsidee*, Springer, Berlin.

hora de realizar una exposición sistemática de las *organizaciones administrativas*, b) la presencia de personalidad jurídica no puede ser considerada un dato excluyente de la integración de estructuras como *organizaciones administrativas*.

Por tanto, se pueden considerar como *organizaciones administrativas* aquellas estructuras que, aun carentes de personalidad jurídica, *cuenten con subjetividad propia que las distinga de los órganos administrativos* tal y como aparecen definidos, actualmente, en el art. 5 Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Esta constatación hace necesaria la delimitación de caracteres tipológicos de esas entidades intermedias carentes de personalidad jurídica, pero dotadas de *subjetividad propia externa*.

## 9. LA CLASIFICACIÓN DE LAS ORGANIZACIONES ADMINISTRATIVAS: HIPÓTESIS

70. La idea de *sector público*, abusada por el Derecho positivo, carece de virtualidad explicativa; no hay uno, sino varios sectores públicos, según el ámbito normativo que contenga esa denominación, a los que se asocian consecuencias jurídicas diversas. El reto que se plantea es buscar una noción alternativa. Se propone la noción de *organizaciones administrativas* más coherente desde el punto de vista sistemático que la de *sector público*, y compatible con la legislación positiva. La delimitación de lo que sean las *organizaciones administrativas* sigue las pautas generales señaladas anteriormente (núm. marg. 2), a las que se añade ahora una determinación tomada en préstamo de la teoría de conjuntos:

La observación detenida de las distintas formas organizativas muestra una primera y radical cesura. De un lado las Administraciones a las que el Derecho asigna funciones generales, del otro aquellas formas y estructuras administrativas a las que el Derecho asigna funciones específicas. Las primeras, pueden calificarse como *Administraciones generales* se caracterizan por su *instrumentalidad abierta*. Las segundas, *estructuras administrativas especializadas* cuentan con una *instrumentalidad enfocada* a la satisfacción de objetivos concretos. El conjunto *organizaciones administrativas* vendría determinado por la suma de esos dos subconjuntos: la *Administraciones generales* y las *entidades públicas especializadas*.

71. Como *Administraciones generales* se contarían las *organizaciones administrativas* que tienen atribuidas funciones generales y potestades coherentes con la satisfacción de dichas funciones. El segundo grupo de *organizaciones administrativas* sería el de las *entidades públicas especializadas*, caracterizadas por el desempeño de funciones específicas. Todas las *Administraciones generales* cuentan con personalidad jurídica. Todas las *entidades públicas especializadas* están dotadas de subjetividad propia externa; muchas de ellas como personas jurídicas. Las *Administraciones generales* son *Administraciones públicas*, mientras que solo algunas *entidades públicas especializadas* lo son. Algunas *entidades públicas especializadas* cuentan con un entronque constitucional, otras son meramente administrativas.

72. La delimitación de las *entidades públicas especializadas* en el Derecho español puede exponerse a partir del análisis del triple canon que la misma noción incorpora: a) el de *entidad*, b) el de entidad *pública* y c) el de entidad *especializada*. La *especialización* puede derivar de precepto normativo constitucional o legal, o de una decisión, cualquiera que sea su naturaleza, prevista legalmente determinante del surgimiento de la entidad.

La *integración en el ámbito público* debe ser determinada conforme a parámetros normativos y fácticos como, aunque no exclusivamente, la previsión constitucional o legal expresa y la vinculación efectiva. A la delimitación positiva se debe añadir una negativa que distingue a las *entidades públicas* de los poderes constitucionales (o estatutarios) mismos a los que están vinculadas. Las estructuras organizativas mediante las que se ejercen los *poderes constitucionales originarios* deben excluirse de la consideración de *entidades públicas* en el sentido que aquí se emplea. Son entidades constitucionales o políticas, si se quiere. El Gobierno o los Consejos de Gobierno, en el ejemplo más cercano, *dirigen* las respectivas Administraciones públicas; pero *no son* Administración pública. De modo *análogo* a lo que sucede con el Gobierno y la Administración General del Estado, puede afirmarse de otros órganos constitucionales o estatutarios respecto de sus *estructuras administrativas de soporte*. Esos órganos dirigen sus estructuras de soporte con las que no se confunden. Es analogía por el hecho de que, aun siendo identificables elementos de semejanza, la función de dirección de la *Administración pública* es parte de la función constitucional originaria del Gobierno; mientras que la dirección de las estructuras de soporte es una tarea meramente auxiliar de los órganos constitucionales o estatutarios con la que se hace posible el normal desarrollo de las tareas asignadas.

Se denominan *entidades* pues cuentan con subjetividad propia externa proporcionada por estar dotadas de personalidad jurídica, supuesto más habitual, o por reunir los siguientes requisitos: a) *El reconocimiento normativo explícito por norma constitucional, estatutaria o con rango de ley*, b) *que el reconocimiento normativo establezca funciones especializadas*, c) *contar con un ámbito de decisión propio*, d) *carecer de mecanismos de resolución de conflictos que hagan que las decisiones propias sean susceptibles de control por otras organizaciones administrativas*; e) *contar con una estructura administrativa propia, aunque sea mínima*.

Dichos requisitos las diferencian de los órganos administrativos en sentido estricto tal y como aparecen caracterizados normativamente en el art. 5 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público. Estos últimos cuentan con *subjetividad meramente interna* en cuanto se relacionan con los demás órganos<sup>209</sup>, actuando en las relaciones interorgánicas como auténticas unidades *subjetivadas*<sup>210</sup>. Los órganos administrativos

---

<sup>209</sup> José Antonio GARCÍA-TREVIJANO FOS, *op. cit.*, 1967, pp. 193-194, siguiendo al Consejo de Estado, afirma *la subjetividad interna* –cierta individualidad– de los órganos administrativos lógica consecuencia del hecho necesario de que las Administraciones públicas se manifiesten no a través de su complejo aparato, sino de partes concretas con determinadas competencias.

<sup>210</sup> Juan Alfonso SANTAMARÍA PASTOR, *op. cit.*, 1988, p. 856.

carecen de *subjetividad propia* pues se relacionan con terceros por y para la *persona jurídica* o la entidad dotada de subjetividad externa de la que forman parte.

La existencia mecanismos de control judicial y de exigencia de responsabilidad patrimonial, así como la indiscutible unidad de acción frente a terceros, permite obtener para las *entidades públicas especializadas* carentes de personalidad jurídica las ventajas normalmente asociadas a la presencia de dicha personalidad.

73. A la vista de las consideraciones anteriores se está en condiciones de avanzar una tipología de *entidades públicas especializadas*. Los atributos de cada uno de los tipos no tienen por qué darse necesariamente de forma cumulativa y simultánea, basando con que concurren unos y otros con la suficiente intensidad como para poder identificar cierta realidad<sup>211</sup>. La inclusión de concretas entidades en uno u otro tipo permite apreciar las características esenciales de su posición frente al Derecho y las coordenadas que lo sitúan en relación con otras entidades dentro de la galaxia de las *organizaciones administrativas*. El panorama general de *entidades públicas especializadas* incluye los siguientes tipos:

a) Los *organismos administrativos*. Dentro de esta categoría se incluirían dos subcategorías: a.1) La de *organismos administrativos comunes*, y a.2) La de *organismos administrativos sectoriales*.

b) Las *entidades públicas empresariales*.

c) Las *entidades públicas de cooperación* entre Administraciones generales.

d) Las *autoridades independientes*. En dicha categoría se incluyen: d.1) Las *autoridades administrativas independientes de regulación o supervisión*, como por ejemplo la Agencia Española de Protección de Datos, d.2) El Banco de España, d.3) Las entidades personificadas de consulta como el Consejo Económico y Social.

e) Las *entidades independientes de prestación*. La categoría incluye: e.1) Las *entidades independientes de comunicación*; así los entes públicos de radiotelevisión en Comunidades Autónomas, como por ejemplo el de las Islas Canarias, e.2) Las *entidades independientes culturales*; como el Museo del Prado o el Museo Centro de Arte Reina Sofía, e.3) Las *Universidades públicas*.

f) Las *corporaciones públicas*. Cabe incluir en esta categoría: f.1) Los *colegios profesionales*, f.2) Las *federaciones deportivas y ligas profesionales*, f.3) Las *comunidades de usuarios de recursos hidráulicos*, f.4) Las *cámaras oficiales*, f.5) Las *cofradías de pescadores*, f.6) Las *denominaciones de origen*, f.7) Las *Mutuas colaboradoras con la Seguridad Social*.

g) Las *entidades públicas de Derecho privado* dependientes de Administraciones generales. Se incluyen aquí: g.1) Las *sociedades mercantiles públicas*, a su vez con delimitaciones adicionales según la estructura del capital social o la actividad a que se dediquen, g.2) Las *fundaciones públicas*.

<sup>211</sup> Silvia DÍEZ SASTRE, *op. cit.*, 2015, p. 122, núm. marg. 31.

h) Las *entidades de soporte de funciones constitucionales o estatutarias*. Esta categoría incluye: h.1) La *Administración electoral*, h.2) Las *entidades administrativas de soporte parlamentario*, h.3) Las *entidades administrativas de soporte órganos de enjuiciamiento constitucional o estatutario*, h.4) El Consejo General del Poder Judicial y, h.5) La Casa del Rey.

i) *Las entidades consultivas y de control previstas constitucional o estatutariamente*. Integran esta categoría: i.1) El Consejo de Estado y los Consejos Consultivos autonómicos o equivalentes, como la Comisión Jurídica Asesora en Cataluña, i.2) Los Tribunales de Cuentas, estatal y autonómicos, como el caso singular de la Cámara de Comptos de Navarra, i.3) Los defensores del pueblo, estatal y figuras autonómicas análogas.

j) *Las entidades de participación previstas legalmente*. Incluyen: j.1) Los *consejos escolares*, j.2) Los *consejos de la juventud*, j.3) El Consejo de Universidades, j.4) Los *consejos sociales de las Universidades públicas*, j.5) Los consejos en otros ámbitos sociales, culturales, lingüísticos o de atención a la dependencia, como el caso del Comité Consultivo del Sistema para la Autonomía y Atención a la Dependencia.

k) *Los tribunales administrativos*. Responden a este perfil: k.1) Los *jurados de expropiación*, k.2) Los *tribunales de recursos contractuales*, k.3) Los *tribunales económico-administrativos*, k.4) Los *tribunales administrativos del deporte*, k.5) Los *tribunales administrativos en el ámbito de las entidades locales*, singularmente el Tribunal Administrativo de Navarra.

l) *Las entidades públicas de prestación* de las que pueden ser ejemplo las áreas de salud.

El despliegue del mapa trazado llevaría a la explicación de cada tipo, de su virtualidad prescriptiva (por ajuste al Derecho vigente) y expositiva; así como a la justificación de unos y otros entes en el respectivo tipo. La hipótesis es que la propuesta contribuye significativamente a clarificar el complejo campo de las *organizaciones administrativas*, distintas de las *Administraciones generales*, cuya estructura o actuación resulta regulada, total o parcialmente, por el Derecho administrativo.

## 10. CONCLUSIONES

74. Cuanto antecede puede sintetizarse en unas pocas palabras. La perspectiva institucional influye en el Derecho de la organización, pero es poco relevante a efectos clasificatorios. El *territorio*, erigido en elemento de distinción entre unas y otras *organizaciones administrativas* presenta innegables carencias derivadas, entre otras razones, de una confusión fundamental entre entidad política y organización administrativa de soporte. El *carácter instrumental* empleado con efectos clasificatorios dificulta la comprensión de la finalidad de las *organizaciones administrativas* y carece de virtualidad explicativa. El *carácter instrumental secundario* es eficaz en el

ámbito limitado de la distinción entre entidades dependientes, y entidades dotadas de garantías de autonomía.

75. La *necesidad*, acertada como tipología clasificatoria, presenta escasa profundidad. Cada vez resulta más difícil anudar consecuencias explicativas o prescriptivas concretas a la dualidad tipológica *institución/ corporación*. El concepto de *corporación*, sin embargo, reconocido normativamente, sirve como *concepto clasificatorio secundario*. El *encuadramiento en el poder ejecutivo* no puede erigirse en concepto clasificatorio, en requisito imprescindible de la consideración de una institución como *organización administrativa*. Solo son *Administraciones públicas* las *personas jurídicas*, pero cabe subjetividad propia externa más allá de la *personalidad jurídica*.

76. Las carencias apuntadas hacen necesaria la reconstrucción de los criterios de clasificación de las *organizaciones administrativas*. La hipótesis que se formula permite orientar dicha reconstrucción.

