

JOSEBA K. FERNÁNDEZ GAZTEA

**LA FUNCIÓN
ADMINISTRATIVA**
Concepto y aplicaciones

Marcial Pons

MADRID | BARCELONA | BUENOS AIRES | SÃO PAULO

2025

ÍNDICE

	<u>Pág.</u>
ABREVIATURAS	13
INTRODUCCIÓN	15
CAPÍTULO PRIMERO LA FALTA DE UNA TEORÍA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	19
1. ENSEÑANZAS DEL MUSEO DEL PRADO	19
2. LA FALTA DE UN CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA EN EL DERECHO ESPAÑOL.....	23
2.1. La función en la normativa estatal	23
2.2. La función en las normativas autonómica y local.....	29
2.3. La función en la jurisprudencia.....	33
2.4. La atención que ha recibido la función administrativa por parte de la doctrina	34
CAPÍTULO SEGUNDO LAS VERWALTUNGSAUFGABEN	39
1. LAS DIFERENTES POSTURAS DOCTRINALES SOBRE EL VALOR DE LAS <i>VERWALTUNGSAUFGABEN</i>	40
2. LA RELEVANCIA DE LAS <i>VERWALTUNGSAUFGABEN</i> EN EL DERECHO PÚBLICO ALEMÁN	46
2.1. La relevancia teórica de las <i>Verwaltungsaufgaben</i>	46

	Pág.
2.2. La relevancia práctica de las <i>Verwaltungsaufgaben</i>	49
2.3. Las <i>Verwaltungsaufgaben</i> y el control judicial de la adecuación al fin	52
CAPÍTULO TERCERO EL CONCEPTO DE FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	57
1. LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y LA SITUACIÓN DE FUNCIÓN.....	57
2. ENTIDADES EN SITUACIÓN DE FUNCIÓN Y QUE DESEMPEÑAN FUNCIONES ADMINISTRATIVAS..	65
3. LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS CONTRIBUYEN A LA SATISFACCIÓN DEL INTERÉS GENERAL, EN OCASIONES TAMBIÉN CON LA COOPERACIÓN DE SUJETOS JURÍDICO-PRIVADOS.....	67
4. LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS Y CONCEPTOS CONEXOS.....	70
4.1. Los principios rectores y los objetivos del Estado.....	70
4.2. El objeto de las normas	73
4.3. Los fines	75
4.4. El interés general.....	83
4.5. La noción de servicio público	87
4.6. Las potestades administrativas.....	89
4.7. La competencia	92
CAPÍTULO CUARTO LOS TIPOS DE FUNCIONES ADMINISTRATIVAS	99
1. ENUMERACIÓN, AUMENTO Y VARIACIÓN DE LAS FUNCIONES ADMINISTRATIVAS	100
2. LAS CLASIFICACIONES TEÓRICAS.....	104
3. LAS CLASIFICACIONES DOGMÁTICAS O CON EFECTOS JURÍDICOS	107
3.1. La reflexión de Wahl.....	108
3.2. Las funciones explícitas e implícitas	110
3.3. Las funciones potestativas y las obligatorias.....	114

	Pág.
CAPÍTULO QUINTO LAS VIRTUALIDADES DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	117
1. VIRTUALIDAD LEGITIMADORA	117
2. VIRTUALIDAD DESCRIPTIVA	119
3. VIRTUALIDAD DOGMÁTICA	119
CAPÍTULO SEXTO LA APLICACIÓN DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA	123
1. LA FUNCIÓN Y LA POTESTAD DE AUTOORGANIZACIÓN	124
2. LA OBLIGACIÓN DE CUMPLIR CON LA FUNCIÓN	126
3. LA DEJACIÓN DE FUNCIONES	129
4. LA ADHESIÓN A UNA CAUSA POLÍTICA O SOCIAL Y EL DESVÍO DE FUNCIÓN.....	130
5. LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA Y LA CAUSA.....	134
CONCLUSIONES	137
BIBLIOGRAFÍA	141

INTRODUCCIÓN

La parte general de nuestro Derecho administrativo padece un desequilibrio crónico en virtud del cual las facultades pesan más que las finalidades. Las proclamaciones del carácter servicial de las Administraciones se hacen en el contexto de una red de conceptos que sesga la mirada hasta hacer creer que lo que se tiene delante son entidades que, más que cumplir con los encargos que les encomienda la ciudadanía a través del Derecho, despliegan poder.

Ciertamente, no hay duda de que toda acción y poder de la Administración están supeditados a la consecución del interés general y sometidos a los fines que los justifican. Sin embargo, por una inversión de los términos paradójica, a la hora de concretar ese interés y esos fines, la atención está centrada en el poder que la potestad y la competencia implican, pero alejada de las tareas que hay que cumplir para satisfacerlos. Se sobreentiende que cuando una Administración es titular de una potestad, o cuando es competente, le corresponde un cometido o una función, *pero no se repara en que es titular de esa potestad, o es competente, por el hecho de que preexiste dicha función, que es, precisamente, la que legitima, configura, y sostiene en el tiempo el sentido de tales facultades.*

Un síntoma de que el poder y los conceptos de potestad y competencia son los que priman, es lo disonante que resultaría

plantear, por ejemplo, que se conciba la vinculación a la ley como acción de la Administración engarzada en una serie de funciones, en lugar de en una serie de potestades; o sugerir que se entienda el desvío en el cumplimiento de la misión asignada como una desviación de función más que como una desviación de poder. La centralidad de estas ideas deja ensombrecida la realidad palmaria de que las Administraciones actúan también sin hacer valer potestades ni competencias, como cuando estudian, atienden o comunican. Para explicar esas actuaciones resulta necesario optar, bien por racionalizar esa acción con un uso inconsistente de los conceptos de potestad y competencia, bien por obviarla. Viene a completar este estado de las cosas la apertura sin límites del interés general, cualidad que lo ha despojado de relevancia jurídica inmediata y ha hecho de él una cláusula ayuna de virtualidad descriptiva o prescriptiva.

Urge, pues, corregir la situación. Se ha de dotar de eficacia jurídica a esos cometidos establecidos por las normas sin obviarlos por más tiempo, haciendo como si no existieran o no fueran relevantes, puesto que ellos son la premisa de la acción y poder de la Administración. La solución a este déficit la ofrece el concepto de función administrativa que se propone, noción que da noticia del contenido objetivo del ordenamiento, pero también de sus reflejos en la esfera subjetiva de los ciudadanos. El concepto de función administrativa que aquí se precisa ya está presente en la normativa y en la jurisprudencia.

«Función» ha de significar lo que no pueden las nociones de interés general, potestad ni competencia: cometidos, responsabilidades. La propia idea refuerza la instrumentalidad de la Administración puesto que con meramente reconocer su existencia se llega obligadamente a la conclusión de que, sea lo que sea que esta haga, *debe actuar siempre en el cumplimiento de una función*, indistintamente de si para ello hace uso de potestades o competencias. Da buena cuenta, en consecuencia, de lo que la Administración hace, también cuando no ejercita potestad o competencia alguna. El concepto tiene, además, el potencial de reorientar las explicaciones de la parte general, puesto que sitúa las responsabilidades en el centro. Admitir la virtualidad jurídica de la función administrativa nos animará a revisitar desde esta perspectiva, entre otras, la

vinculación de la Administración a la ley, la desviación de poder, y la discrecionalidad. Elevar el perfil de los encargos confiados a la Administración por medio de la idea de función catalizará un debate sobre la cosa pública más informado, una democracia mejor.

Descansa este razonamiento en la voz que cíclicamente recuerda que, también en el Derecho público, los medios (los conceptos, la forma, el poder) están subordinados a los fines. Este principio, contenido en la réplica de finales del siglo XIX a la jurisprudencia de conceptos¹, fundamentaba la advertencia de que el formalismo del Estado liberal obstaculizaba la implantación del Estado social². Más recientemente, con el cambio de siglo, se evidencia en los esfuerzos de la «nueva ciencia del Derecho administrativo» por asegurar la eficacia de la acción administrativa³. Las reflexiones que ha suscitado, incluida la elaboración alemana de las *Verwaltungsaufgaben*, sirven bien de parangón para desarrollar un concepto de función administrativa para nuestra jurisdicción.

Es lo que se ensaya en los capítulos que siguen. El primero de ellos hace por mostrar el contraste entre la falta de una teorización de la función administrativa y su presencia en la normativa y jurisprudencia. El segundo estudia qué recorrido ha tenido el concepto de función o tarea administrativa en Alemania. El tercero expone el concepto que se propone de función administrativa. Los que le siguen se ocupan de los tipos de funciones administrativas (el cuarto), sus virtualidades (el quinto), y su aplicación (el sexto). Cierran las conclusiones.

Antes de pasar a desarrollarlos, sin embargo, quiero agradecer sentidamente a Borja López-Jurado que me sugiriera esta investigación y que me haya guiado pacientemente. Por la atención prestada, quiero mostrar mi reconocimiento también a José Esteve, José María Rodríguez de Santiago, Silvia Díez Sastre y Wolfgang Kahl.

¹ R. von Jhering, 1877.

² P. Badura, 1966.

³ E. Schmidt-Assmann, 2003.

CAPÍTULO PRIMERO

LA FALTA DE UNA TEORÍA DE LA FUNCIÓN ADMINISTRATIVA

1. ENSEÑANZAS DEL MUSEO DEL PRADO

Quien se prepara para visitarlo por primera vez espera algo bastante concreto. Como sabe que es una de las pinacotecas más importantes del mundo, asume que encontrará un inmueble preparado al efecto, con unas salas espaciosas, bien iluminadas y climatizadas, con los cuadros ordenadamente expuestos, listos para ser examinados. Supone que la organización estará volcada en procurar que los visitantes disfruten del arte.

Si, por el contrario, al llegar allí resultara que la visita es muy difícil o imposible porque el horario es muy restringido, los precios excesivos, las salas están abarrotadas, la climatización e iluminación inexistentes, o el orden de exposición incomprensible, acabará por juzgar que la entidad que lo gestiona no está actuando debidamente. La premisa para llegar a su conclusión será, sencillamente, que «el museo no cumple su función». Esa persona pensaría igual de las respectivas Administraciones si se le atendiera después de meses cuando su

dolencia requiere respuesta en semanas, si no pudiera circular por los caminos cercanos a su casa por estar intransitables, o si se encontrara desamparada frente a la devastación de una catástrofe natural.

La lógica es clara desde el punto de vista de un visitante, un paciente, un conductor, o un vecino, pero no lo es tanto desde el punto de vista de un jurista. No se llegaría rápidamente a la conclusión de que la entidad encargada del museo¹ estaría actuando antijurídicamente por incumplir su función. De entrada, no es fácil subsumir las actuaciones que prevengan al museo de satisfacer sus cometidos en normas que las sancionen. Es cierto que en el caso de determinadas acciones u omisiones sí que es sencillo; por ejemplo, se infringen varias disposiciones² si un visitante con movilidad reducida no puede entrar al museo porque no se han llevado a cabo las obras necesarias para adecuar los accesos al inmueble. Pero en otros casos no es así. Parece que ningún precepto impediría elevar el precio de 15 a 65 euros para la entrada individual general, o fijar un nuevo horario en el que solo se abriera al público los lunes, martes y jueves laborables. No hay disposición que establezca un precio máximo³, ni un horario mínimo⁴. En caso de que se dieran, estos excesos habría que subsumirlos en el incumplimiento de algún principio general (el de buena administración, el de proporcionalidad), o en el de normas deontológicas de ámbito supraestatal de carácter jurí-

¹ Es el organismo público Museo Nacional del Prado.

² Se contravendría la normativa de promoción de accesibilidad y supresión de barreras; entre otros, los arts. 4.1 y 17 de la Ley de la Comunidad de Madrid 8/1993, de 22 de junio, de Promoción de la Accesibilidad y Supresión de Barreras Arquitectónicas.

³ El precio de la entrada es un precio público y, como tal, tiene que cubrir los costes mínimos de la actividad. Una actividad cultural como esta puede subvencionarse parcialmente si existe cobertura presupuestaria. Pero —hasta donde este autor llega— no hay una norma que fije un máximo para el precio. Así se deduce del art. 25 de la Ley 8/1989, de 8 de abril, de Tasas y Precios Públicos. La calificación de este precio como precio público se deduce del art. 18.1 de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado.

⁴ Véanse la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado y el RD 433/2004, de 12 de marzo, por el que se aprueba el Estatuto del Museo Nacional del Prado.

dico discutible⁵. Si, a diferencia de lo que ocurre con precios y horarios⁶, lo que evita que el museo cumpla con su misión son actuaciones no conectadas directamente a una disposición específica, entonces concluir su antijuridicidad es más difícil aún. Este sería el caso si el museo iluminara los cuadros muy inadecuadamente, o ambientara las estancias con una música que imposibilita la contemplación.

La respuesta adecuada frente a esta hipotética actitud está en el precepto que establece que corresponde al museo, «b) Exhibir ordenadamente las colecciones en condiciones adecuadas para su contemplación y estudio. c) Fomentar y garantizar el acceso a las mismas [las colecciones] del público (...)»⁷. Lo previsto en este artículo sería la vía directa para concluir que hay ilicitud. Sin embargo, una reclamación fundamentada exclusivamente en el incumplimiento de estas funciones no tendría demasiado recorrido.

Desde una perspectiva distinta a la del control de la legalidad, más preocupada por explicar qué es lo que debe hacer y hace la Administración que gestiona, también se tiene que preguntar —inevitablemente— acerca de cuáles son sus funciones. Prescribir y describir la actividad del organismo Museo del Prado con un mínimo de exactitud requiere más que lo que aportan las nociones de potestad, competencia o interés general porque el organismo debe hacer y hace mucho más que ejercer competencias y potestades. La afirmación de que su cometido es la consecución del interés general es tan amplia que no dice prácticamente nada. Pasa así también con el resto de Administraciones; piénsese en cuando la AEMET vigila la composición

⁵ El art. 1.4 del Código de Deontología del ICOM establece que el órgano rector de un museo debe velar por el acceso de todos. Cabe calificar esta disposición como de Derecho Administrativo Global. Compárese la diversidad de pareceres sobre la eficacia de estas normas entre M.^a M. DARNACULLETA GARDELLA, 2016 y H. IGLESIAS SEVILLANO, 2020.

⁶ Los precios y horarios se fijan mediante resolución de la Comisión Permanente del Real Patronato del Museo Nacional del Prado.

⁷ Art. 3 c) de la Ley 46/2003, de 25 de noviembre, reguladora del Museo Nacional del Prado. Adviértase que el encabezado de este artículo reza «Objetivos y fines» y no «funciones», que es lo que se considera aquí que en realidad son. Se trata de una confusión entre las nociones de fines y funciones que se explica más adelante en los apdos. 4.2. y 4.3. del capítulo tercero siguiente.