

El principio de jerarquía en la Administración. Del paradigma de la objetivación al de la «fidelitas» personal

SUMARIO: I. LA SIGNIFICACION DE LA IDEA DE JERARQUIA, EN SU PROYECCION SOBRE LAS CONCEPCIONES DEL ESTADO Y SU ADMINISTRACION. A) La noción de jerarquía, en general. 1. Las distintas aprehensiones de la idea de jerarquía. II. LA ACUÑACION DEL PRINCIPIO DE JERARQUIA DESDE EL PARADIGMA DE LA OBJETIVACION: EL CONTEXTO EN QUE SE FORMULA. A) La caracterización del Estado y su organización. 1. El Estado, en cuanto estructura para el ejercicio de una función de dominación. 2. La ordenación jerárquica en el proceso de objetivación y despersonalización de la estructura administrativa. B) La decantación conceptual de la jerarquía en la teoría jurídico-administrativa. C) La configuración del funcionariado, como su correlato sustancial. D) La objetivación de la legalidad. E) El «fazer justicia» de la Administración. F) El Estado como modelo en el origen y primer desenvolvimiento de la denominada organización científica del trabajo. III. LA MUTACION PAULATINA DEL CONTEXTO. EL CURSO PARALELO DE LAS ORGANIZACIONES PUBLICAS Y PRIVADAS: MIMETISMOS Y DISIDENCIAS. A) La distinción entre dirección y gestión rutinaria: la formalización de la tecnoestructura. 1. La distinción, en las organizaciones empresariales. 2. La distinción, en el seno de la Administración Pública. B) La fragmentación de la estructura: la distinción entre núcleo y halo de la organización. 1. Núcleo y halo en las organizaciones empresariales. 2. La fragmentación de las estructuras de la Administración Pública: la descentralización por servicios. C) La ampliación del sentido y el régimen de la actividad administrativa. 1. Eficacia frente a control. 2. La obligada distinción funcional entre la Administración y jurisdicción. 3. Renovación de las concepciones del Derecho y sentido del Derecho Administrativo. 4. Jerarquía y burocracia profesional. IV. EL RENACIMIENTO DE LA «FIDELITAS». LA CRISTALIZACION DE UN DUALISMO BUROCRATICO: LA CONFIANZA Y EL MERITO COMO CLAVES DE AGLUTINACION. A) La «fidelitas» como fundamento de los vínculos de superioridad y dependencia: el estrato directivo de las organizaciones públicas y privadas. 1. El empleo público basado en la confianza política. a) La base constitucional de la dualidad de sistemas de empleo publico. b) Las situaciones de supremacía basadas en la confianza: la sede que les es propia. c) La sustantivación del estrato directivo basado en la confianza política, a partir del núcleo de confianza originaria. 2. El ámbito abarcado por el empleo público de confianza y las relaciones con el empleo fundado en el mérito. a) Los vigentes criterios delimitadores de su ámbito. b) El doble sentido de los procesos de ósmosis: la exigencia de confianza a la élite profesional y el tránsito de ésta hacia el empleo basado en la confianza política. c) Claves de la relación entre el empleo de confianza y el basado en el mérito. 3. La confianza como fundamento en el empleo laboral: la noción de alto cargo empresarial. B) La relación de autoridad ba-

sada en el mérito, en cuanto recesivo del sistema de la jerarquía administrativa. 1. Jerarquía administrativa y principio del mérito: el significado organizatorio del mérito en la actualidad. C) La consolidación de la relación común o general de empleo, bajo el esquema de la contraposición de intereses. 1. Evolución de su significado. 2. La formalización exhaustiva del vínculo jerárquico y de la exigencia de responsabilidad. a) La formalización, y consiguiente desvirtualización, del vínculo jerárquico. b) Contraposición de intereses y acantonamiento de las responsabilidades del funcionariado. La disolución de la singularidad de la relación estatutaria. V. EL SENTIDO DE ESTE RETORNO Y LAS OTRAS OBJETIVACIONES DEL PRINCIPIO DE JERARQUIA ADMINISTRATIVA. A) La exigencia de lealtad como refuerzo en la concepción mecánica de la relación de autoridad. 1. La fidelidad, como añadido de la concepción mecánica de la relación de autoridad. 2. Consenso y disenso, en cuanto desbordamientos del acatamiento mecánico. B) Las otras objetivaciones de la jerarquía administrativa: de intereses, de funciones, de competencias. 1. La jerarquización de intereses públicos. a) La jerarquización, en la esfera competencial de las entidades territoriales. b) Jerarquización de intereses en el sistema de relaciones entre las entidades territoriales. 2. La primacía de unas funciones sobre otras.

I. SIGNIFICACION DE LA IDEA DE JERARQUIA, EN SU PROYECCION SOBRE LAS CONCEPCIONES DEL ESTADO Y SU ADMINISTRACION

A) LA NOCIÓN DE JERARQUÍA, EN GENERAL

1. *Las distintas aprehensiones de la idea de jerarquía*

La noción de jerarquía evoca una significación nuclear, inmediatamente adherida al vocablo, que arroja una cierta sensación de certeza sobre su significado. Pero, por otra parte, en seguida se advierte que estamos ante el clásico homónimo que alberga una pluralidad de significados; la noción de jerarquía se aplica, en efecto, con matices bien distintos en las varias regiones del saber y la realidad. Una ojeada elemental a esas expresiones de la idea permite, no obstante, una significación de sentido más global¹. Cuando, por ejemplo, la Astronomía ordena los agregados a que se refiere, realiza una clasificación por su rango; en ella, el rango deriva de los tamaños de esos agregados. La Biología, desde una perspectiva bien distinta, lleva a cabo una disposición de los elementos de un sistema de modo que el nivel superior constriñe el comportamiento de los niveles inferiores. Tanto en uno como en otro casos, más los que en sentido análogo pudieran citarse, la jerarquía es una ordenación; la misma rige la distribución y el comportamiento sistemático de los distintos cuerpos, seres, artefactos del universo. Puede afirmarse también que, por lo común, cada grado de

¹ *Las estructuras jerárquicas* (Actas del Simposio celebrado el 18-19 de noviembre de 1968 en los Douglas Advanced Research Laboratories, Huntington Beach (California), trad. esp., Madrid, 1973).

Abreviaturas: CE (Constitución española); LRBRL (Ley 7/1985, de 2 de abril, Reguladora de las Bases del Régimen Local); STC (Sentencia del Tribunal Constitucional); STS (Sentencia del Tribunal Supremo); TC (Tribunal Constitucional).

esa clasificación o sistema incluye, si es superior, los que se sitúan debajo del mismo. La noción genérica, este homónimo de significados dispares, se acaba encontrando, de un modo u otro, en torno a una noción que reuniría determinados caracteres. En primer lugar, una estructura, una identidad, dotada de niveles funcionales, entre los que se desarrollan relaciones recíprocas (no unidireccionales, salvo que, en excepcionales casos, se observen solamente las relaciones de jefatura); una identidad cuya clausura o diferenciación se realiza, bien con arreglo a un carácter topológico, el espacio que abarca, bien a un parámetro temporal; uno y otro proporcionarían la identificación. Identificación y ordenación que darían lugar a una disposición ordenadora, adoptada desde fuera de la propia estructura. Es decir, y hasta cierto punto, objetivada.

Según la noción general, pues, la jerarquía es nota propia de determinadas estructuras; en ellas, la pluralidad de sus elementos queda reconducida a unidad, identificada y diferenciada de otras; además, objetivada conforme a un esquema de relaciones internas. En último término, ordenada para el cumplimiento de su función o funciones. Esta unidad, objetivación y esquema de relaciones están gravitando sobre una disposición de sus elementos en niveles, de modo que los superiores influyen —desarrollan un grado de influencia— sobre los inferiores. En cuanto la idea se proyecta sobre las organizaciones sociales, se le añaden unos ingredientes determinados. Sobre todo, la noción de *autoridad*: cada nivel o posición de superioridad se torna en autoridad respecto del inferior o inferiores. Cualesquiera que sean las perspectivas desde las que se considere esta otra noción², hay que constatar que con la autoridad el grupo humano deja de ser acéfalo. Y, en la medida en que —idolatrías aparte— los miembros reconocen la superioridad del grupo u organización sobre cada uno de ellos, la persona o personas que encarnan la autoridad expresan esa supremacía de la colectividad sobre sus componentes individualmente considerados. La autoridad viene a ser, pues, una individualización o personalización del grupo en cuanto tal; ella simboliza y hace suyos los propósitos colectivos.

Es, por ello, el grupo quien constituye la autoridad, la sostiene y apoya; sea cual sea la forma que adopte la investidura; en ocasiones, mediante el puro y simple reconocimiento de un ascendiente personal, como ocurre en las legitimaciones carismáticas³, o en las comunida-

² M. MARSAL: *La autoridad*, trad. esp., Barcelona, 1971. J. M. BOCHENSKY: *¿Qué es la autoridad?*, trad. esp., Barcelona, 1979.

³ En esta línea, Javier CONDE: «tratemos de comprender lo que de singular tiene el *princeps*: es ni más ni menos que su *auctoritas*. El que obedece lo hace por su propia voluntad, en razón del prestigio y peso personal y de la superioridad de juicio del que manda. El milagro romano consiste... en haber dado al hacer político augusteo, fundado de manera eminente sobre la *auctoritas* personal del César, fisonomía duradera y consistencia institucional» (*Teoría y Siste-*

des en la formulación de TOENNIES⁴. A su vez, la autoridad sostiene y proporciona cohesión al grupo. La noción de autoridad es, pues, ya en su origen, relacional. Más allá de ese origen, la esencia de la relación radica en que hay quien manda y hay quien obedece⁵. Mas, aun en su dinámica, a quien obedece le corresponde algo más: *proporciona a la autoridad la fuerza que le es propia*; aunque esto se lleve a cabo en formas diversas de asentimiento: desde el que se formula de modo expreso hasta la simple dejación o automarginación. La actitud de obediencia encuentra, además, su fundamento en las creencias sociales, compartidas por los miembros del grupo. Y, ante todo, en la creencia en la identidad y existencia del grupo en cuanto tal. De ahí que ese fundamento se acabe hallando en la convicción sobre la superioridad del grupo, y sobre la superioridad que, por ello, encarna la autoridad⁶. Se genera, además, la conciencia de que cada uno —el que manda y el que obedece— es del otro, el otro le pertenece, produciéndose así una identificación.

La estructura de las organizaciones de poder público descansa, así, sobre unos niveles de autoridad: autoridad que se ejerce hacia fuera, la propia colectividad, y en el interior, respecto de los niveles inferiores. Una noción amplia de la jerarquía desemboca, por ello, en una o varias cadenas de autoridades; confluyendo todas en una cúspide que es la que personifica la organización, asume sus objetivos y le proporciona su unidad. Es, precisamente, este objetivo de la unidad el que, una y otra vez, la teoría y la práctica del Estado, vinculan a la noción genérica de jerarquía.

Es éste su significado primario desde la perspectiva *estructural*, en lo que tiene de estructurante. Está también la perspectiva *relacional*: la que aborda la conexión entre las situaciones de superioridad y dependencia. El sentido de esa conexión queda pendiente del contenido que en cada caso se otorgue a cada una de esas situaciones. Es, en este punto, donde se hacen presentes configuraciones bien distintas. La organización estatal es el marco de integración de una pluralidad de poderes, con sus respectivas voluntades; y, en la ordenación de esta pluralidad, se van abriendo paso dos opciones rigurosamente antitéticas: de una parte, la que tiende a lograr, siempre y en todo caso, la afir-

ma de las formas políticas, Madrid, 1953, pp. 124-125). La proyección de la *auctoritas* personal sobre la estructura del Estado en su *Representación política*, Madrid, 1945. La formación y desarrollo de la idea romana, en J. F. FUEYO: «La idea del *auctoritas*: géneris y desarrollo», incluido en *Estudios de Teoría Política*, Madrid, 1968.

⁴ F. TOENNIES: *Comunidad y Asociación*, trad. esp., Barcelona, 1979, especialmente pp. 79 y ss.; H. FREYER: *Introducción a la Sociología*, trad. esp., Madrid, 1951, pp. 7 y ss.

⁵ Una síntesis de las posturas teóricas en E. FERNÁNDEZ GARCÍA: *La obediencia al Derecho*, Madrid, 1987; E. FROM: *Sobre la obediencia y otros ensayos*, trad. esp., Buenos Aires, 1982.

⁶ Véase, entre otros, W. J. H. SPROTT y otros: *Psicosociología y Sociología del líder*, trad. esp., Buenos Aires, 1967.

mación incondicionada de la voluntad colocada en la instancia superior; de otra, la que —por convicción o por la fuerza de los hechos— entiende que también cuenta la voluntad de la instancia inferior; que ésta posee un ámbito propio de proyección, en el que se ponen de manifiesto su poder, aptitudes o aspiraciones diferenciadas.

Desde su fase germinal, el Estado «moderno» aloja una noción de la relación de autoridad que está girando sobre la primera de estas alternativas: se trata de configurar una voluntad que se impone, sin más, desde la cúspide de la organización. La construcción de esta última se lleva a cabo, además, desde la seducción que proporciona *la racionalidad*⁷ de *lo mecánico* que impregna la Filosofía Natural, primero, la Filosofía Social, después⁸. La organización del Estado es una *máquina*⁹ y puede y debe atenerse a las leyes de la mecánica; de acuerdo con ellas, es la instancia superior la que imprime el movimiento a las inferiores, de las que no se requiere mucho más que la inercia inicial y el acatamiento ulterior. A su imagen y semejanza, se forja después el estereotipo de las organizaciones empresariales. Y, en general, puede afirmarse que, con los mimbres que se utilizan, queda dibujado un tipo ideal de jerarquía; en ella, la posición del inferior, del que ha de obedecer, tiende a constituir, simplemente, el eco de la voluntad y energía del que manda. Con las mutaciones que se han ido haciendo presentes poco a poco —agrietando ese tipo ideal, según después se dirá— esta concepción se inserta en las Administraciones Públicas y en ellas perdura. Más allá del entorno estrictamente burocrático, la organización estatal ha debido bordearla y acceder a construcciones diferentes de la relación de autoridad¹⁰. Se lo han impuesto estos dos problemas: 1.º el de la ordenación del tríptico ya clásico de poderes: la superioridad del legislativo no reduce, ni mucho menos, a la inanidad la posición del ejecutivo; 2.º el de la configuración de un sistema que exprese y dé un lugar propio a las colectividades territoriales que conforman la Nación y que, por ello, se integran en la organización territorial del Estado.

⁷ J. F. FUEYO: «El sentido del Derecho y el Estado moderno», en *La mentalidad moderna*, Madrid, 1967. El tránsito hacia la legalidad positiva, en E. GÓMEZ ARBOLEYA: «El racionalismo jurídico y los códigos europeos», en *Estudios de Teoría de la sociedad y del Estado*, Madrid, 1962. El punto de referencia obligado Max WEBER: *Economía y Sociedad*, trad. esp., México, 1964, vol. II, pp. 707 y ss. En torno a la idea de racionalidad de este autor, J. M. VINCENT: *La metodología de Max Weber*, trad. esp., Barcelona, 1972; M. J. FARIÑAS: *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, 1991.

⁸ E. CASSIRER: *Filosofía de la Ilustración*, 2.ª ed. cast., México, 1955; W. DILTHEY: *Hombre y Mundo en los siglos XVI y XVII*, trad. cast., México, 1944; B. VON WIESE: *Cultura de la Ilustración*, trad. cast., Madrid, 1954; F. KAUFFMANN: *Metodología de las Ciencias Sociales*, México, 1986 (2.ª ed. cast.).

⁹ L. MUNFORD: *El mito de la máquina*, trad. esp., Buenos Aires, 1969.

¹⁰ El tránsito hacia «un nuevo sentido del vocablo autoridad», en M. GARCÍA PELAYO: «Auctoritas», en *Idea de la Política y otros escritos*, Madrid, 1983, pp. 187 y ss.

La primera de estas dos cuestiones aparece contemplada y resuelta, desde las exigencias de una unidad, en el Derecho Público clásico. Así, en CARRE DE MALBERG, DUGUIT o JELLINEK ¹¹. El primero de ellos ¹², razonando sobre la teoría de la división de poderes, señala que la recepción de la misma en los constituyentes de 1791 no deja de ser equívoca y contradictoria. La Constitución de 1791 realiza una separación absoluta de los poderes, de modo que cada uno de ellos está colocado en condiciones de igualdad con los demás e independencia respecto de los otros dos. Sin embargo, lo que MONTESQUIEU señala es una relación de supremacía y correlativa subordinación de los otros dos a la legalidad; y la subordinación a la legalidad equivale a la primacía del poder legislativo. Hay, pues, entre ellos una vinculación que les coloca en planos diferentes y será, precisamente, esta relación de subordinación la que hace posible la unidad del Poder del Estado. Así, la subordinación de funciones, con la primacía de la función legislativa —la propia jerarquía de funciones— lleva consigo la jerarquía de poderes, de los órganos que realizan tales funciones. De ahí que pueda concluir que la «unidad estatal se encontraría rota si el Estado se organizara a base de tres poderes colocados en condiciones de igualdad e independencia». Añadirá que, incluso, aún se puede elevar hacia arriba el lazo jerárquico, en la medida en que existe un escalón superior, en el que está el poder y el órgano constituyentes, que se colocan en posición de superioridad sobre los órganos y poderes constituidos, formalizados en la Constitución. Toda la trama de poderes, en fin, tiende a hacer efectiva y producir una voluntad unitaria, la voluntad del Estado; voluntad que es, a su vez, expresión de la voluntad de la Nación en la medida en que el Parlamento la hace suya y la expresa en forma de Ley. Esto le permitirá decir que lo que se encuentra consagrado en el Derecho Público francés, más que una separación de poderes, es una *gradación* de los mismos.

Las soluciones a la segunda cuestión toman igualmente como punto de apoyo el alejamiento de los hábitos del mando directo. Frente al predominio sin más de la instancia territorial superior, el ceñimiento de la superioridad «a su esfera y a su orden»; más allá, la colectividad territorial inferior encuentra un ámbito de proyección de la propia voluntad ¹³. En lugar de la jerarquía de voluntades, más clara se plantea la situación, cada situación, si se la enfoca como *jerarquía entre intereses públicos*, que pueden estar contrapuestos. En estos y otros casos

¹¹ R. CARRE DE MALBERT: *Contribution a la théorie générale de l'Etat*, París, 1927 (3.ª ed.); G. JELLINEK: *Teoría General del Estado*, trad. esp., México, 1988.

¹² *Ob. cit.*, tomo II, p. 52, véase también pp. 48 y ss.

¹³ Sobre la significación del artículo 137 de la CE, en la organización del Estado, véase mi trabajo en el volumen colectivo *Pasado, presente y futuro de las Comunidades Autónomas*, dirigido por S. Martín-Retortillo, Madrid, 1989.

—en los que los intereses públicos no se contraponen sino que se complementan— el conjunto estatal no se mueve al grito seco de una orden de mando, sino después de un concierto de voluntades que, aunque estén en escalones distintos, valen todas.

Estas dos configuraciones de la relación de superioridad y dependencia no constituyen, sin embargo, nuestro tema. Aquí se trata de abordar la que, viniendo de la fase germinal del Estado «moderno», permanece en su organización administrativa. Es el denominado principio de la *jerarquía administrativa*, cuyos presupuestos y contenido van a seguir una suerte necesariamente bien distinta¹⁴. Veámosla al hilo de dos paradigmas —en el sentido que le otorga T. KUHN— que se han hecho en ella presentes¹⁵.

II. LA ACUÑACION DEL PRINCIPIO DE JERARQUIA DESDE EL PARADIGMA DE LA OBJETIVACION: EL CONTEXTO EN QUE SE FORMULA

A) LA CARACTERIZACIÓN DEL ESTADO Y SU ORGANIZACIÓN

1. *El Estado, en cuanto estructura para el ejercicio de una función de dominación*

Los historiadores nos han dado testimonio de que, en la génesis y desenvolvimiento del Estado «moderno» —la forma política en que aún hoy nos movemos—, hay una óptica que le es inherente: la pura idea de *dominación*. En la política se acentúa ese su rasgo permanente de que constituye un arte para el dominio del hombre sobre otros hombres; el Estado se organiza para el ejercicio de esa función de dominio de la sociedad¹⁶. De ahí que la organización administrativa del Esta-

¹⁴ Una exposición de las teorías administrativas en Aparicio MENDES: *La jerarquía*, Montevideo, 1973. Las exposiciones que pasan por clásicas, en A. AMORTH: *La nozione di gerarchia*, Milán, 1936; A. DE VALLÉS: *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Padova, 1931.

¹⁵ *La estructura de las revoluciones científicas*, trad. esp., México, 1971.

¹⁶ F. MEINECKE: *La idea de la razón de Estado en la Edad Moderna*, trad. cast., Madrid, 1959; L. DIEZ DEL CORRAL: «Estudio preliminar» a la obra de MEINECKE; G. FERNÁNDEZ DE LA MORA: *La quiebra de la razón de Estado*, Madrid, 1956 (2.ª ed.); M. GARCÍA PELAYO: *Sobre las razones históricas de la razón de Estado*, en el volumen titulado *Del mito y de la razón en el pensamiento político*, Madrid, 1968, pp. 246-319; LUIS XIV: *Memorias sobre el arte de gobernar* (prólogo, selección y traducción de Manuel Granell), Buenos Aires, 1947; J. CONDE: *El saber político de Maquiavelo*, Madrid, 1948; J. BURNHAM: *Los maquiavelistas*, 2.ª ed. cast., Buenos Aires, 1953; F. ALDERISIO: *Machiavelli. L'Arte dello Stato nell'azione scritte*, Bolonia, 1950, 2.ª ed.; M. BRION: *Machiavel*, París, 1948; F. CHABOD: *Del Principi di Machiavelli*, Roma, 1926; A. RENAUDET: *Machiavel, étude d'histoire des doctrines politiques*, 2.ª ed., París, 1956; G. SASSO: *Niccoló Machiavelli. Storia del suo pensiero politico*, Nápoles, 1958; L. STRAUSS: *Meditación sobre Maquiavelo*, trad. cast., Madrid, 1964; O. TOMMASINI: *La vita egli scritti di Niccoló Machiavelli nella loro relazione col machiavellismo*, Roma, 1882-1911, 2 vols.; G. TOFFANIN: *Machiavelli e il tacitismo: la politica*

do se vaya dibujando de acuerdo con aquel objetivo. Así, asume una función de *presencia* en todos los ámbitos sociales. La ciencia administrativa clásica recoge este rasgo y lo eleva a exigencia jurídica¹⁷. Es, por otra parte, un carácter que poseen las otras grandes organizaciones sociales que la Administración toma como modelo durante largo tiempo: la Iglesia Católica y el Ejército. La consecuencia, en el diseño de la estructura, es un alargamiento indefinido de la misma; se le van añadiendo los eslabones precisos para que se cumpla esa presencia y, con ella, la dominación perseguida.

Pero esta estructura tiene, además, una precisa función: la de transmitir y ejecutar la única voluntad que vale, en el interior de la organización: la voluntad situada en la cúspide, en la cabeza de la misma. Es esa voluntad la que, a su vez, ejerce un dominio absoluto de la organización. Dicha voluntad traza las pautas de conducta a seguir por todos sus agentes. La organización, pues, asume el papel de ejecutar la voluntad del vértice actuando cada uno de sus elementos bajo la vigilancia del superior¹⁸. El constitucionalismo añade, ya en el siglo XIX, un matiz: la voluntad de la cúspide, plasmada en la norma (ahora es el Parlamento y su forma de expresión, la Ley) refleja las actividades *permanentes* del Estado; lo mudable para los políticos, lo permanente para la burocracia. La teoría clásica de la organización, formulada desde distintos ángulos del saber o la técnica, vuelve a identificarla con los artefactos mecánicos: es una máquina que hace funcionar, de acuerdo con sus dictados, la voluntad que la domina (Max WEBER, FAYOL, GULICK, TAYLOR)¹⁹. Una vez más, como señalara MUMFORD, es el ser humano que se proyecta como «hacedor de herramientas»²⁰.

storica della Contro-Riforma, Padua, 1921; P. VILLARI: *Niccolò Machiavelli e suoi temi*, Milán, 1937, 3.ª ed. y vols. Desde una perspectiva más amplia, E. CASSIRER: *El mito del Estado*, trad. esp., México, 1968, pp. 166 y ss.

¹⁷ M. COLMEIRO: *Derecho administrativo español*, tomo I, pp. 76 y ss., Madrid, 1865 (3.ª ed.).

¹⁸ Este rasgo acentuado al hilo de la jerarquía como elemento de la organización administrativa, ya en la primera ciencia jurídico-administrativa. Así, por todos, A. DE OLIVÁN: *De la Administración Pública con relación a España*, Madrid, 1842.

¹⁹ «La teoría tradicional de la organización considera el organismo humano como una simple máquina. En este modelo, los jefes están limitados en su realización de los fines de la organización sólo por las restricciones impuestas por las capacidades, velocidades, resistencia y costes de estas simples "máquinas"» (J. G. MARCH y H. A. SIMÓN: *Teoría de la Organización*, trad. esp., Barcelona, 1987, p. 37).

²⁰ L. MUMFORD: *Arte y Técnica*, trad. esp., Buenos Aires, 1968, p. 40. Del mismo autor: *Técnica y civilización*, trad. esp., Madrid, 1971.

2. La ordenación jerárquica, en el proceso de objetivación y despersonalización de la estructura administrativa

El principio de jerarquía asume un haz de significaciones. Todas ellas se han ido depurando a través de un sostenido proceso histórico; pero han ido encarnando en conceptualizaciones distintas, referidas a la organización del Estado. Se encuentra, en este sentido, una construcción política del mismo y de la estructura, alimentada desde las posiciones ideológicas que se apoyan en perspectivas distintas sobre la superioridad de unos sobre otros y sobre la desigualdad a mantener o a imponer. Hay también configuraciones sociológicas de variada índole. Pero, sobre todo, existe una construcción jurídica. La misma incorpora, desde luego, matices políticos y sociológicos de importancia. No obstante, en sí misma considerada, refleja preocupaciones permanentes sobre la problemática de la organización del Estado y su Administración. El proceso de formación y su alcance actual constituye, por ello, la imagen de la institución que está expresando el *artículo 103.1* de la CE ²¹.

En este aspecto, el primer rasgo a señalar es el de que la instauración del principio de jerarquía, en la organización administrativa del Estado, es consecuencia de un continuado impulso hacia la objetivación de las relaciones de poder y la despersonalización de la estructura. Desde los comienzos de la Edad Moderna, la evolución del Estado camina hacia esa objetivación; en las relaciones con el súbdito, el papel fundamental corre a cargo de la legalidad: el ciudadano acaba acostumbrándose al acatamiento de algo tan objetivo e impersonal como es la norma jurídica. Paralelamente, en el interior de la organización discurre otro proceso de objetivación ²². En la situación medieval antecedente, el poder de la Corona se afirma a través de una cadena de lealtades personales; basta el fallo de uno de sus eslabones para que ese poder se encuentre frente a una situación crítica. El Estado «moderno» toma de la Iglesia Católica una ordenación de la estructura por niveles y grados; paulatinamente irán pasando a ser instancias objetivadas de función y poder. La ordenación jerárquica toma como punto de apoyo la progresiva despersonalización del propio poder de la realeza, que se va convirtiendo en una gama de competencias o poderes jurídicos específicos. La estructura que le sirve de soporte pasa por

²¹ A ello se refiere A. Nieto en su contribución a este número monográfico.

²² E. SPRANGER: *Formas de vida*, trad. esp., Madrid, 1966 (2.ª ed.), pp. 124 y ss.; J. F. FUEYO: «El sentido del Derecho y el Estado moderno», incluido en *La mentalidad moderna*, Madrid, 1967, pp. 142 y ss.

una fase intermedia, la comisarial a que se ha referido O. HINTZE²³, para acabar cuajando en los distintos niveles; éstos tienen carácter permanente y son ámbitos de desenvolvimiento de actividad pública servidos por los correspondientes titulares. De este modo, dicha actividad reposa sobre una estructura estable. Esa estabilidad no es ya la consecuencia de una serie de lealtades personales a la cúspide. Pero, además, quienes se incardinan en la organización no constituyen un conjunto de delegados del poder regio; delegados que, para ejercer la función pública, hayan de invocar un mandato personal de aquel poder. Por otra parte, también las distintas posiciones de superioridad y dependencia aparecen igualmente objetivadas. La legalidad va dibujando en términos abstractos las esferas sucesivas de función y poder de modo que las superiores abarcan y exceden los contenidos de las inferiores. De este modo, la superioridad se ejerce desde los niveles más altos sobre la competencia asignada a los niveles inferiores. La potestad de mando del superior jerárquico se ciñe al ámbito de la función y a ese ámbito se ciñe el deber de obediencia del inferior.

Al mismo tiempo, ha ido cuajando la concepción de la función pública como una suma de oficios; y la dedicación a ella, como una profesión²⁴. Se objetiva, en fin, la situación personal de los profesionales de la Administración. A lo largo del siglo XIX se va gestando un Estatuto del funcionariado, que cuaja después plenamente en 1918. A partir de entonces, el colectivo burocrático encuentra un régimen jurídico propio, en el que se recogen estrictamente formalizadas las relaciones entre superior e inferior. En el interior de la organización, la jerarquía administrativa encuentra un soporte en una gradación estrictamente jerarquizada de profesiones y profesionales agrupados en los Cuerpos de funcionarios²⁵. Definitivamente, el inferior no depende, ni en la totalidad de su persona ni en lo que concierne al ejercicio de su profesión, del superior. Este, no obstante, cuenta con la potestad disciplinaria como garantía de su superioridad. Superioridad, en fin, que sólo podrá imponerse en el ámbito de la función y siempre de acuerdo con las exigencias de la legalidad aplicable al caso.

²³ «El Comisario y su significación en la historia general de la Administración», incluido en su *Historia de las formas políticas*, trad. esp., Madrid, 1968. Véase también E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La organización y sus agentes», en *La Administración española*, Madrid, 1961.

²⁴ Max WEBER: *Qué es la burocracia*, trad. esp., Buenos Aires, s.f.

²⁵ C. CARRASCO CANALS: *La burocracia en la España del XIX*, Madrid, 1975; A. NIETO: «Afirmación, apogeo, decadencia y crisis de los Cuerpos de Funcionarios», en el volumen colectivo *Estudios sobre la burocracia española*, Madrid, 1974; A. DE LA OLIVA DE CASTRO: «La articulación en Cuerpos de la Función Pública española. Origen, evolución y resultados ante la clasificación de puestos de trabajo», en esta *Revista*, núm. 96, 1965.

B) LA DECANTACIÓN CONCEPTUAL DE LA JERARQUÍA EN LA TEORÍA JURÍDICO-ADMINISTRATIVA

La ciencia jurídico-administrativa define la jerarquía como una agrupación típica de oficios administrativos, dispuestos en una serie de grados sucesivos, a modo de pirámide, que aparece y se comporta como un todo unitario. El impulso y las directrices para la acción, para la actividad, descienden desde el vértice hasta la base; a su vez, desde ésta a los órganos superiores se elevan elementos (información, propuestas) idóneos para la orientación del conjunto; y, en fin, en los grados intermedios se traban unas vinculaciones que impiden cualquier desviación de cada órgano singular en el desenvolvimiento de sus actividades. Tomando esta óptica genérica, se intenta después acceder a una noción específicamente jurídica. En ella, según el ya clásico estudio de AMORTH, quedarían incluidos estos dos conceptos: el de *ordenamiento jerárquico* y el de *relación jerárquica*²⁶. En el primero estamos ante «una particular ordenación de la competencia por grados sucesivos»; en la segunda, en «un vínculo de subordinación que discurre entre las personas titulares de oficios públicos». Se pretende con esta distinción, en realidad, captar dos aspectos de un mismo fenómeno: la configuración de una estructura, en la que quedan insertados un conjunto de órganos o unidades administrativas que desenvuelven un haz común de competencias; y, además, el engarce que queda trabado, en el interior de esa estructura, entre los distintos elementos u órganos que la componen.

DE VALLÉS intenta una profundización en la primera de las perspectivas apuntadas²⁷. Por ello, sitúa el énfasis en la ordenación y distribución de las competencias en el interior de las organizaciones administrativas. Frente a aquellas hipótesis en que se atribuye a los órganos una competencia propia, diferenciada de la que resulta atribuida a otros, en la jerarquía se otorga una competencia global, sobre una materia o actividad determinada, a un conjunto de órganos; éstos quedan, desde luego, ordenados en grados sucesivos, subordinados: y, aunque ninguno de ellos tenga formalmente otorgada una competencia distinta —todos tienen la misma— el vínculo de subordinación lleva consigo el predominio de la voluntad del superior en la materia o actividad a que la competencia se refiere. La relación jerárquica se establece sobre la base de una distribución de funciones y poderes realizada de mayor a menor: en la cúspide de la jerarquía, la función asumida por

²⁶ *La nozione di gerarchia*, Milán, 1936, p. 6; una exposición de las diversas posiciones teóricas, en Aparicio MENDES: *La jerarquía*, Montevideo, 1973.

²⁷ *Teoria giuridica della organizzazione dello Stato*, Padova, 1931, tomo I, pp. 294 y ss.

la cadena de esferas o centros de actuación tiene el ámbito material más amplio, como el poder necesario para ejercitarla. Conforme se desciende a través de la escala de situaciones, cada grado o eslabón cuenta con una esfera funcional o territorial y una dimensión de poder más concreta y limitada. Pero, en todo caso, la función y el poder, en sus distintas dimensiones, *se refieren a un mismo objeto o materia* desde la cúspide a la base. Es esa distribución desde el más al menos la que hace factible *que en la esfera del superior estén incluidas las atribuciones que pudiera ejercer el inferior o inferiores*. Y esta coincidencia en funciones y poderes —sólo diferenciada en cada grado por su extensión y por su intensidad— permite que el superior considere suyos, de su responsabilidad, unas y otros aunque formalmente se lleguen a ejercer por el inferior o inferiores. En la medida en que la totalidad de la competencia está, siempre y en todo caso, incluida en la esfera del superior, se hace factible que la voluntad de éste vincule a la de los inferiores en lo que concierne al desempeño de los concretos poderes o las singulares funciones que cada inferior tiene atribuidas.

El rango está, desde luego, presente desde la fase germinal de la construcción de la jerarquía administrativa. Y obedece al fundamento mismo de ésta: el de hacer posible, siempre y en todo caso, el predominio de la voluntad del superior sobre sus inferiores. La identidad de competencia material o funcional permite las configuraciones de ese predominio en los conocidos poderes de anulación, reforma y revocación, por el superior, de los actos de inferior; como también, y sobre todo, los de emitir órdenes e instrucciones relativas a la conducta de los subordinados.

La posición del superior, conformada desde esta perspectiva de la jerarquía, arrastra inexorablemente a una consecuencia: la de que, correlativamente a su poder, asume también la total responsabilidad. Esta responsabilidad se extiende —de hecho, en la esfera política, más los supuestos en que lo es también de derecho— tanto a la que se derive de los actos propios del superior como de los de quienes de él dependen. La concentración de responsabilidad lleva a una consecuencia hasta cierto punto lógica: la concentración de la competencia material en la cúspide de la estructura jerárquica.

C) LA CONFIGURACIÓN DEL FUNCIONARIADO, COMO SU CORRELATO SUSTANCIAL

El funcionariado, y su carrera profesional, se diseñan desde la base que proporciona el modelo descrito. Las Administraciones reclutan a su personal en el instante y a la edad en que ha culminado su formación teórica. La recluta se lleva a cabo de modo que se acaba instau-

rando el sistema del mérito como un formidable logro. La carrera funcional es el correlato de la concepción de la estructura: cada una de las líneas que van del vértice a la base contienen una escala gradual de puestos²⁸. El funcionario ingresa por los más bajos, una vez que ha acreditado la formación teórica inicial, y luego va ascendiendo en la escala conforme acumula experiencia, expresada en años de servicio. El mecanismo de ascenso queda, de este modo, objetivado; dotado de un alto grado de automatismo, una vez que termina por cuajar el régimen funcional; se proscriben la arbitrariedad y, en todo caso, se evitará la intervención del superior.

A su vez, las tareas o atribuciones están estereotipadas, contenidas en las normas reguladoras de los distintos cuerpos en que se aglutina el funcionariado²⁹. En la medida en que, como ya se ha expresado, el funcionariado asume las tareas permanentes de la organización, esas tareas han sido formuladas por la cabeza de la misma, como manifestación de su voluntad de mando. La norma neutraliza, con su permanencia, todo influjo de mudanza de fines temporales o esporádicos, que pudieran venir de las voluntades intermedias; distintas de la voluntad de la cúspide plasmada en la norma ordenadora de la función de cada cuerpo y de cada uno de los oficios al mismo atribuidos³⁰.

La pieza que cierra el sistema queda situada en el vínculo de pertenencia. Como ocurriera en el feudalismo, el vínculo con el señor —aquí con el Estado— es de por vida; abarca toda la proyección vital del funcionario. Esto permite apartarle de todo objetivo profesional que no esté relacionado con el servicio: en el mismo ha de encontrar su seguridad personal y el reconocimiento social adecuado. El colectivo funcional se presenta, por ello, como un grupo profesional segregado del resto de la población laboral; diferenciado, dentro del conjunto de situaciones de empleo por cuenta ajena. El dato fundamental, a este respecto, es el de que el ingreso en la Administración le aparta para siempre del mercado de empleo, al que no vuelve salvo que voluntariamente se desprenda de la condición de funcionario público. La negación del despido conforma una situación personal marcada por la seguridad en la conservación de la relación de empleo. Según las épocas, esa segregación acarrea desventajas notables, ya que el funcionariado queda por debajo de la dinámica que siguen las retribuciones en el conjunto de la población laboral. El dato de la segregación ha per-

²⁸ Véanse los estudios y documentación que constituyen los núms. 210-211 y 212-213 de esta *Revista*, correspondientes a mayo-septiembre de 1987 y octubre 1987-mayo 1988.

²⁹ Hasta la reforma de la función pública que se lleva a cabo en la Ley de Bases de 20 de julio de 1963; de ahí que constituyan un *corpus* sobre estructura y distribución de tareas en la función pública española.

³⁰ Los estudios de A. GUTIÉRREZ REÑÓN, J. ALVAREZ y J. L. CÁDIZ, del núm. 210-211 de esta *Revista*.

mitido, además, una marginación del funcionariado respecto de la evolución de los resortes defensivos del trabajador: los derechos de sindicación, huelga y negociación colectiva; el cambio de situación, en la actualidad, ha ido llevando desde luego a una cierta asimilación con el resto de los trabajadores, en el otorgamiento de estos derechos.

Esta segregación del resto de la población laboral responde, sin embargo, a una razón positiva. El ordenamiento ha pretendido, con el funcionariado, sustantivar el ejercicio de la profesión, de cada profesión, en las organizaciones administrativas. Dibujar un modo de proyección profesional de la persona que se prolongue durante todo el tiempo de ejercicio de la profesión. Es decir, la *carrera* administrativa³¹. Y que esa proyección personal quede aislada, indemne, frente a las posibles interferencias de la política (de ahí la exigencia de neutralidad en el desarrollo de la profesión), de los poderes de hecho (consagrando el imperativo de la imparcialidad, y de los atractivos de la profesión privada (trazando un desenvolvimiento de la profesión administrativa en sentido ascensional). Así se ha venido a entender que queda garantizado el mejor ejercicio de las funciones públicas; y, aún hoy, cuando los hechos están contradiciendo fuertemente el modelo, lo reitera el legislador. La Ley de 28 de julio de 1988, que modifica la LRFP tras su impugnación ante el TC, establece la regla general del funcionariado, añadiendo que la contratación de trabajadores sólo se ha de realizar cuando se trate de tareas de carácter no permanente, o requieran conocimientos especializados que no posea ningún cuerpo de funcionarios. La LRBRLL expresa el criterio cualitativo de preferencia: la reserva generalizada «para mejor garantía de la objetividad, imparcialidad e independencia en el ejercicio de la función».

Si se observa el régimen funcional, esta garantía reposa sobre la integración permanente, que ha de llevar consigo una identificación plena entre el funcionario y las exigencias de la función³². Y es que esta vinculación sin retorno lleva consigo un efecto de pertenencia que se hace presente en un doble sentido. Por una parte, la Administración siente como suya la persona y su desarrollo profesional. Lo que implica una limitación doble en los derechos y libertades del funcionario: las libertades constitucionales —es característica a este respecto la libertad de expresión— quedan moduladas por la exigencia de una lealtad a la institución a la que sirven; los derechos propios de todo trabajador por cuenta ajena, singularmente los de huelga y negociación colectiva, quedan disminuidos por las conveniencias o necesidades propias del servicio público. La Administración, por su parte, en el marco

³¹ Además de los trabajos citados en las notas anteriores, el análisis de R. PARADA: *Derecho administrativo II*, Madrid, 1991, pp. 358 y ss.

³² R. MARTÍN MATEO: «La inamovilidad de los funcionarios públicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 51, 1966.

de la ley, le ha de proporcionar el desenvolvimiento progresivo de la carrera profesional, con las ventajas a ella inherentes. Esta pertenencia, en fin, se proyecta incluso sobre la conducta personal del funcionario dentro y fuera de la Administración: la legalidad y las tradiciones institucionales han terminado por diseñar un código de conducta personal, exigible, en su caso, por las vías administrativa (potestad disciplinaria) y penal.

Pero esta relación de pertenencia funciona también en una segunda dirección: como característicamente han predicado la legalidad y la jurisprudencia, el empleo público es una *propiedad*. Aunque jurídicamente no tenga sentido la expresión de funcionarios o plazas *en propiedad*, son insoslayables las consecuencias que de esta concepción se derivan. La sociología ha puesto de relieve la mentalidad dominante en los grupos burocráticos, una vez que se consolidan: el aparato de poder se siente como una propia posesión. Lo que, sin más, genera tensiones con los equipos dirigentes, pertenecientes a la clase política, igualmente convencidos de la posesión del aparato del poder, y más en el caso de quedar previamente legitimados por la vía electoral. En todo caso, la inamovilidad de los componentes del grupo burocrático les permitirá una desidentificación e independencia frente a los equipos directivos.

En lo que concierne al sentido de la incardinación en la organización administrativa, el ordenamiento tiende a una *objetivación* del vínculo de dependencia. La vieja fidelidad medieval se sustituye por los deberes de lealtad a la institución y obediencia al superior jerárquico. Ello habilita una situación de neutralidad ideológica. Esa neutralidad ideológica tiene su terreno propio, en lo que se refiere a los programas políticos concretos. Y, al margen de lo que incida en la actitud del funcionario en el desempeño del cargo, se proyecta también sobre el ámbito de actividades que se reservan al funcionariado y el carácter con que se dispone su realización. El rasgo dominante de estas tareas, aunque no haya sido objeto de formulaciones legales expresas, es el de la objetivación previa de las mismas, con la correlativa sustituibilidad de quien la realiza. Una objetivación lo más acabada posible, de modo que quede reducido al mínimo el margen de discrecionalidad de quienes la realizan.

Este rasgo, en lo que tenga de reproche, es fruto tanto de la desconfianza de la política frente a la burocracia como de la mentalidad que segrega el trabajo rutinario. El contenido de la actividad burocrática ha quedado previamente descrito e impuesto por la norma aplicable. Lo que se completa después con las instrucciones emanadas del superior. Pero, en todo caso, el propio vínculo de jerarquía queda también objetivado, ya que las facultades de mando del superior han de adecuarse a las previsiones contenidas en la norma; el contenido del

deber de obediencia, su contrapartida, radica y tiene su límite en ese ajuste a la legalidad de la orden del superior³³. La aplicación, pues, de la norma, y la adecuación a ella de las conductas —la propia y la de los administrados— constituirá, hasta por tradición, el trazo decisivo de la actividad funcional.

Como secuela de ello, una mentalidad predominante que tiende a encerrar y circunscribir la vida real a un *expediente*, en cuanto documentación formal del impulso hacia la aplicación de la norma³⁴. El expediente, en fin, contribuye a enquistar más a la persona en el aparato de la organización y diferenciarla de la dinámica social. La objetivación de la tarea permite, además, que pueda distribuirse sin que predomine la consideración sobre la persona y sus aptitudes singulares: teniendo en cuenta solamente criterios generales y abstractos de distribución, o cualidades o saberes propios de los distintos colectivos funcionariales (titulación académica, antigüedad, etc.). Se da, así, la fungibilidad, la sustituibilidad del titular del puesto sin que pueda resultar perjuicio alguno para la organización.

D) LA OBJETIVACIÓN DE LA LEGALIDAD

Ha dicho RECASÉNS que el pensamiento jurídico y la práctica de la jurisprudencia, durante los dos últimos siglos, han sido bien distintos de lo que venían siendo a lo largo de su historia. La diferencia radicaría, para el autor citado, en que el razonamiento de índole matemática y exacta, en el pensar axiomático, proporcionaría unos límites excesivamente angostos para que en su interior cupiera todo lo que, desde siempre, ha formado parte de la marcha hacia lo justo que cualifica el Derecho como herramienta de la vida social. Y, precisamente, esa concepción del Derecho que predomina en los dos últimos siglos constituye una pieza decisiva para el logro de la objetivación total que, como paradigma, se impone en la teoría del Estado. Esa concepción del Derecho discurre en paralelo con lo que es el Estado visto desde el orden burocrático que propugna Max WEBER³⁵. A tales efectos, vale

³³ L. MORILLAS: *La obediencia debida*, Madrid, 1984; J. J. QUERALT: *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona, 1986.

³⁴ Aparte de la obligada referencia a Max Weber, son de recordar las reflexiones de H. LEFEBRE: «La historia de la escritura (para y por la sociedad) mostraría en la cosa escrita el prototipo y la condición *sine qua non* de las instituciones. No hay institución sin escritura... la cosa escrita hace referencia a "algo" diferente, costumbre, práctica, acontecimiento. Luego pasa a ser referencia. La cosa escrita sustituye al referente de la escritura... La burocracia funda su poder en la cosa escrita y en la acumulación de las cosas escritas. El poder de la cosa escrita sobrepasa los topes, las trabas, ya no conoce límites. Competencia, saber, racionalidad burocrática, fundada en las escrituras y justificada por ellas. Se extienden hasta el menor detalle» (*La vida cotidiana en el mundo moderno*, trad. esp., Madrid, 1968, pp. 189 y ss.).

³⁵ M. J. FARIÑAS DULCE: *La sociología del Derecho de Max Weber*, Madrid, 1991.

destacar dos rasgos de cultura jurídica de esta época: 1.º el sentido de la objetivación en el campo del Derecho Positivo; 2.º el enclaustramiento de la ciencia del Derecho en un entorno propio.

En lo que hace al primero de ellos, la ciencia del Derecho y la jurisprudencia se mueven en el paradigma de la objetivación con una finalidad clara: es la lucha contra la *arbitrariedad* del poder, y en esa lucha el Derecho positivo es garantía, acotamiento del arbitrio del poder público³⁶. De ahí que el Derecho, en cuanto conjunto de respuestas anticipadas para los problemas que luego plantea la vida social, ha de proporcionar certidumbre, *certeza*³⁷: la norma, la ley, ha de ser un conjunto de soluciones, ya de antemano previstas, para su aplicación a cada problema en términos puramente mecánicos; esto es, sin dejar margen al arbitrio de quién haya de aplicarlos, el poder público. La ley, además, es un mandato que viene del Parlamento; y sólo el Parlamento puede emitir mandatos hacia el ciudadano. En suma, se pretende que el Derecho positivo tenga la totalidad de respuestas que exige la vida social, que realice una previsión exhaustiva de problemas y soluciones. De este modo, el Juez se limitará a la pura y simple subsunción del caso que tiene delante en la norma aplicable³⁸; de lo contrario, el Juez, que es autoridad que no tiene una legitimidad democrática, se abstendrá de toda tarea de creación jurídica, pues la creación corresponde sólo al Parlamento.

El segundo rasgo, el del enclaustramiento, es fruto del trabajo de la ciencia, en general, que fracciona y hace autónomas las distintas perspectivas de contemplación de la realidad social. La problemática de la convivencia se ha ido ordenando, desde el punto de vista del conocimiento, en compartimentos estancos, con una nula comunicación entre sí. En cada uno de esos ámbitos de conocimiento, se ha ido construyendo una racionalidad propia y distinta, desde la que se intenta encontrar una explicación particular, especializada de la realidad. También la ciencia jurídica, desde el intento capital del positivismo³⁹, se

³⁶ El ya clásico trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «La lucha contra las inmunidades del poder», *Revista de Administración Pública*, núm. 38, 1962; T. R. FERNÁNDEZ: *Arbitrariedad y discrecionalidad*, Madrid, 1991.

³⁷ P. RESCIGNO: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, Nápoles, 1978, p. 30.

³⁸ Los jueces no son más que «la bouche qui prononce les paroles de la loi; des êtres inanimés qui n'en peuvent modérer ni la force ni le rigueur» (MONTESQUIEU: *L'esprit des lois*, Ouvres complètes, París, 1964, p. 589).

³⁹ «Con su concepción del Derecho como fenómeno histórico social, el positivismo se enfrenta con un principio metódico fundamental del pensamiento jurídico de los siglos modernos: la escisión del universo jurídico en dos esferas herméticas e incommunicables entre sí, la esfera de la pura normatividad y la esfera fáctica y amorfa del acontecer social. De estas dos esferas, sólo una, la esfera de la normatividad, es, en sentido estricto, objeto de la Ciencia del Derecho, mientras que la facticidad social sólo es susceptible de un conocimiento empírico, situado por definición más allá de las fronteras de la Ciencia jurídica. O dicho con otras palabras: el Derecho, en tanto que objeto de conocimiento científico, no es entendido desde el mundo social ni referido a él, sino como un conjunto abstracto de proposiciones unidas entre sí por relaciones de

configura como un entorno intelectual que se cierra sobre sí mismo; que se separa de la realidad social y de los demás saberes sobre ella. Es así como llega a alumbrar el ideal de la jurisprudencia de conceptos; al decir de ASCARELLI, cifrado en lograr «un paraíso jurídico al margen de la historia, un Derecho que se desarrolle independientemente de la realidad»⁴⁰. Desde esta perspectiva, aun descontando sus exageraciones, cualquier actitud interdisciplinar constituye una osadía cuyo único precio es la descalificación.

Desde su perspectiva, autónoma y distinta de las otras posibles, la ciencia jurídica y el Derecho positivo funcionan como una racionalidad diferenciada, sin conexión ninguna con otros órdenes del saber o de explicación de la realidad. La ciencia jurídica, el propio Derecho positivo, se contempla y construye en situación de disociación de cualesquiera otros elementos que pudieran enturbiar esa construcción, ya vengan de la propia vida social, ya vengan de otros saberes de carácter no jurídico. Como las racionalidades se diversifican, cada una de ellas se mueve en ámbitos de experiencia y vivencia diferentes, según la perspectiva adoptada. De este modo, la ciencia jurídica se hace y vive al margen de la ciencia económica, de la sociología, etc. Se hace, en fin, una racionalidad que ejerce su mediación —explicando, justificando, resolviendo temáticas— sin conexión alguna con cualesquiera otras racionalidades mediadoras⁴¹.

Pero esta objetivación autónoma del Derecho positivo, al margen de cualesquiera otras objetivaciones, tiene un añadido que es consecuencia del primero de los dos rasgos que se han apuntado. En la época en que esta cultura jurídica alcanza todo su esplendor, se entiende —como diría HABERMAS— que los problemas de la convivencia pueden preverse y controlarse del mismo modo que los procesos naturales. De ahí que se construya el Derecho positivo como un sistema *cerrado de respuestas* a los problemas de la vida real, y no como un conjunto de *criterios* para resolver estos mismos problemas⁴². Va una gran distancia entre una y otras maneras de abordar la temática de lo justo. Cuando se entiende que la norma es el conjunto agotador de respuestas posibles sobre lo justo, el jurista, el que aplique la ley, ha de limi-

carácter lógico» (F. GONZÁLEZ VICEN: «Sobre el positivismo jurídico», en *Estudios de Filosofía del Derecho*, La Laguna, 1979, p. 195).

⁴⁰ Apud. U. CERRONI: «Conocimiento científico y Derecho», en *Metodología y Ciencia Social*, trad. esp., Barcelona, 1971, p. 115.

⁴¹ J. L. PINTOS: «Conflicto de racionalidades», en *Las fronteras de los saberes*, Madrid, 1990, pp. 87 y ss.

⁴² La contraposición entre los sistemas jurídicos *cerrados* y *abiertos*, y la evolución de unos y otros, en la obra clásica de J. ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho Privado*, trad. esp., Barcelona, 1961. La trascendencia del *criterio* sobre lo justo, en el seno de la dogmática jurídica, en N. LUHMANN: *Sistema jurídico y dogmática jurídica*, trad. esp., Madrid, 1983, pp. 36 y ss.

tarse sola y exclusivamente a atender a la norma; el código es entonces como una especie de teología, y basta mirarlo para extraer del mismo la respuesta. Si el Derecho positivo, en cambio, proporciona, aunque sea para casos de difícil previsión, sólo el criterio para buscar y establecer lo justo, estaremos ya ante una actitud más cercana a la presente orientación de la Jurisprudencia.

E) EL «FAZER JUSTICIA» DE LA ADMINISTRACIÓN

La planta del Estado español contemporáneo, que se va asentando una vez se supera el primer tercio del siglo pasado, incluye una concepción de la Administración Pública en la que, a partir del modelo de sistema administrativo que se ha impuesto en Francia, se incorporan otros rasgos que le proporcionan un propio perfil. De aquella concepción resalta, ante todo, el designio de construir una Administración omnipresente, que asume en posición de monopolio la satisfacción de los intereses generales. Detrás de la expresión *fomento*⁴³, en la que quedan encerrados los ideales de promoción de la prosperidad que mueven a sus fundadores, está latente la imagen de desvalimiento de la sociedad y la correlativa prepotencia del poder público que es propia del despotismo ilustrado: como un fruto tardío, se ha hecho presente en una situación cultural bien distinta e impregna la dinámica de la legalidad administrativa. Pero, además, el constitucionalismo recoge y acentúa de hecho un viejo rasgo de la Administración antecedente: el que la orienta a «fazer justicia»⁴⁴, a la realización del Derecho. El esquema constitucional es muy simple: el poder legislativo hace la ley, y los poderes ejecutivo y judicial la ejecutan. Surge, así, un paralelismo entre Administración y Juez que supone una reverberación de antiguas pautas institucionales; por otra parte, una tendencia asimilista y suplantadora de la Administración respecto a los Jueces, de modo que la Administración también se dedica a «hacer justicia». El poder administrativo, en el contexto del Estado de Derecho, asume, de este modo, los ideales de realización de la justicia de un modo harto peculiar. Dada su omnipresencia en la sociedad, y la inmediatez de su acción sobre ella, resultará que se encuentra en condiciones de adelantarse una y otra vez a la intervención del Poder judicial. Es así como la Administración va paulatinamente entendiendo su función en actitud mimética respecto de la del Juez, y abandonando de modo corre-

⁴³ El sentido de la expresión, en el contexto histórico, en mi trabajo «La competencia de fomento de las Diputaciones provinciales», en el volumen colectivo *La provincia en el sistema constitucional*, dirigido por R. Gómez-Ferrer Morant, Barcelona, 1991, pp. 113 y ss.

⁴⁴ J. M. PÉREZ-PRENDES: «Fazer justicia. Notas sobre actuación gubernativa medieval», *Moneda y crédito*, núm. 129, 1974.

lativo un modo propio de actuar en la tarea de realización de la justicia.

Ese mimetismo se hace ostensible hasta en la *procesalización* de la actividad administrativa⁴⁵; el procedimiento administrativo se ha venido a concebir a imagen y semejanza del proceso judicial; tanto que hay un patrón común para los actos procesales y los del procedimiento; en éste, como en aquél, comparecen enfrentadas las partes, en cuanto portadoras de intereses contrapuestos; y la resolución, en fin, ha de adoptarla la Administración con arreglo al Derecho en vigor. En último término, el interesado accede al Juez como si éste sólo fuese competente en concepto de segunda instancia, instancia revisora destinada al fallo de los recursos.

Se explica, entonces, que se vaya perfilando un funcionariado cuyo cometido sustancial es el de tramitar y resolver con arreglo a la legalidad las pretensiones de los particulares. Esto requiere, en fin, una operación complementaria: la de reducir el elemento personal a una tarea de formalización documental. El modelo de funcionario que tiene presente el esquema weberiano es el que podemos denominar «personal de oficina»; el que se encuentra detrás de una mesa y desde ella se limita a aplicar las reglas de comportamiento que le han suministrado sus superiores; reglas de comportamiento que se circunscriben, por otra parte, a formalizar documentalmente el acto de aplicación de la regla a los supuestos de la vida real que se les presenten.

Es tanta la fuerza expansiva de este modelo que ha terminado por conseguir una implantación demasiado generalizada. En la evolución contemporánea de la Administración española tenemos expresivas ejemplificaciones de esa expansión. Una amplia gama de profesiones, al realizarse desde la Administración Pública, quedan amputadas, circunscritas a las tareas que da de sí un expediente. Su contacto con la vida real acaba siendo única y exclusivamente el que provoque cada expediente. Y, como consecuencia, el saber profesional que aplican queda embebido en las reglas de funcionamiento interno de la organización, de este modo, le vale más conocer esas reglas que las de la profesión propia. Se ha podido observar, durante mucho tiempo, y todavía se puede comprobar, cómo las profesiones genuinamente técnicas se ejercen en la Administración Pública de modo hartamente limitado: frecuentemente el técnico no hace los proyectos de obra pública, sino que se limita a examinar y, en su caso, aprobar los que se le proponen desde la esfera privada. Como tampoco dirige las obras; en todo caso, las inspecciona y, en su caso, las aprueba.

Son, pues, los profesionales que no están en la Administración los que, mediante fórmulas ajenas al vínculo funcional, hacen las tareas

⁴⁵ L. M. MIGUEL IBARGÜEN: «Vía gubernativa», *Revista General de Legislación y Jurisprudencia*, 1883.

propias de las distintas profesiones de la ingeniería y la arquitectura. Durante tiempo, muchos Ayuntamientos no han podido beneficiarse de las ayudas para obras y servicios de interés local porque no podían abonar los honorarios de los proyectos, a pesar de contar el sector público de un crecido número de profesionales con aptitud legal para ello. Por añadir otro ejemplo, bien distinto, la organización real de la asistencia sanitaria, en la Seguridad Social, puede terminar consistiendo en un montón de recetas que se formalizan y abonan periódicamente.

La Administración española, por otra parte, ha caminado de modo irresistible hacia un modelo de personal de despacho, con un perfil estrictamente urbano; ha relegado, por ello, una porción creciente de tareas que no se desempeñan en el interior de una oficina. Esas tareas que se relegan son las típicas de un haz de profesiones imprescindibles en el quehacer de la Administración. Se va abriendo, así, un foso cada vez más ancho y profundo entre la vida real y el expediente administrativo: la vida real exige soluciones materiales inmediatas para los problemas; el expediente administrativo requiere tan sólo una tramitación depurada y una resolución acorde con la legalidad.

Esa legalidad queda en manos de un colectivo, como el burocrático, que por designio de la propia legalidad ha de enclaustrarse respecto de la sociedad, cortar sus lazos con ella y trabajar desde una situación de *conventualidad*, de aislamiento respecto de ella. No sorprende, por ello, que en el expediente administrativo quede reflejada una realidad distinta de la propia realidad⁴⁶. No es, sin embargo —como se ha insistido— una construcción *legal* de la realidad sino una construcción *conventual*, propia de un grupo social conscientemente aislado de la trama social; precisamente, porque ese aislamiento hace posible la imparcialidad. Se ha de añadir, en fin, una reducción dramática que se opera en el pensamiento que modela la institución: hacer justicia es realizar el derecho; es *resolver* —como el Juez— de acuerdo con la norma en cada caso aplicable. Se explica, de este modo, que la función administrativa se identifique con el acto administrativo; y, desde luego, que el procedimiento administrativo se configure como un trasunto del proceso.

Pero, a su vez, la legalidad administrativa responde a una mentalidad de control; control a través del cual se ha de hacer efectiva la subordinación del Ejecutivo y su Administración al Parlamento⁴⁷. Esta mentalidad de control está, desde un primer punto de vista, imbuida

⁴⁶ M. BELTRÁN VILLALBA: *La construcción administrativa de la realidad social*, Madrid, 1986.

⁴⁷ L. SCHMITT: *Teoría de la Constitución*, trad. esp., Madrid, s.d.; C. J. FRIEDRICH: *Teoría y realidad de la organización constitucional democrática*, trad. esp., México, 1946, pp. 429 y ss.; F. KARSCH y V. SCHMIEDERER: «Evolución funcional del poder legislativo», en *Introducción a la Ciencia Política*, de Abendroth y otros, trad. esp., Barcelona, 1971.

a los Parlamentos en el propio esquema de poderes que trae el constitucionalismo y que éstos trasladan a las Leyes; las Leyes que aquí son punto de referencia, son las que ordenan la dinámica interna de la organización administrativa. Es que la legalidad que proyectan los Parlamentos tiende a hacer efectivo el control de los mismos sobre la ordenación de los medios y la actividad material de la Administración Pública. Esta legalidad ordenadora está mirando, ante todo y sobre todo, la ordenación de una gama de controles para que la Administración no rebase la legalidad establecida por el Parlamento⁴⁸. Son típicas, a este respecto, las sucesivas Leyes de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, después la Ley General Presupuestaria. Es también evidente el impacto que la necesidad de un control financiero ha producido en determinadas ordenaciones de la Administración Pública; quizá el ejemplo más claro sea el de la legalidad de contratos administrativos, en la que se llega a una verdadera subversión de la dinámica real del contrato, como consecuencia de un conjunto de controles establecidos; los que, sin embargo, no van a ser efectivos y, en cambio, llevan a la patología de la contratación administrativa actual.

Hay una segunda mentalidad de control que se hace efectiva, y de ella es portadora el funcionariado⁴⁹. La burocracia viene a ser, o a asumir, como una de sus más características significaciones, la de ser un instrumento de control social⁵⁰. Es decir, situada en una posición de aislamiento de la sociedad y frente a ella, la burocracia va segregando una mentalidad de control de las actividades sociales. La vieja idea de la policía, entendida como actividad de limitación y control de las ilegalidades que pudieran cometer los particulares, se ha hecho aquí presente. El funcionariado, frecuentemente, no actúa con una mentalidad de impulso de las actividades sociales sino de vigía de la legalidad para que la misma no sea conculcada. La finalidad del grupo burocrático, en cuanto grupo social diferenciado del resto de la sociedad, acaba siendo la de imponer a la sociedad el cumplimiento de la norma; y en dicho cumplimiento, sin más, se cifra la finalidad institucionalmente asumida. Pero imposición de un cumplimiento mediante la oportuna

⁴⁸ J. L. VILLAR PALASÍ: «La dinámica del principio de legalidad presupuestaria», *Revista de Administración Pública*, núm. 49, 1966, pp. 9 y ss.; la formación de los mecanismos descritos en R. MENDIZÁBAL ALLENDE: «El Tribunal de Cuentas y el nacimiento de la Administración contemporánea», en la misma revista y número; varios autores: *Itinerario histórico de la Intervención General del Estado*, Madrid, 1976, el volumen colectivo *Control del gasto público*, Madrid, 1979; también de varios autores: *Análisis de la Ley General Presupuestaria*, Madrid, 1977; P. DEVOLUE y H. LESGUILLONS: *Le controle parlementaire sur la politique économique et budgétaire*, París, 1964.

⁴⁹ Para un análisis de la burocracia son fundamentales los trabajos de A. NIETO: *El mito de la Administración prusiana* (Sevilla, 1962) y *La burocracia y el pensamiento burocrático*, Madrid, 1976. Véase el trabajo, ya clásico, de R. CROZIER: *El fenómeno burocrático*, trad. esp., Madrid, 1965; también H. JACOBY: *La burocratización del mundo*, trad. esp., México, 1972; C. MOYA: *Burocracia y Sociedad industrial*, Madrid, 1972.

⁵⁰ I. DEUTSCHER: *Las raíces de la burocracia*, trad. esp., Barcelona, 1970.

resolución en la que se autoriza o no se autoriza el desarrollo de una actividad social y, en su caso, se sanciona la infracción de la legalidad cometida en las actuaciones sociales.

F) EL ESTADO COMO MODELO EN EL ORIGEN Y PRIMER
DESENVOLVIMIENTO DE LA DENOMINADA ORGANIZACIÓN
CIENTÍFICA DEL TRABAJO

«La fábrica y la administración —señalaba F. PERROUX— están sometidas al mismo esquema de organización según la racionalización utilitaria que ha caracterizado justamente Max WEBER»⁵¹. La concepción de la empresa, en efecto, ha partido también del molde que se ha ido gestando y que expresa la organización del Estado. La empresa se sustantiva en torno a un poder en el que reside la energía configuradora; en todo caso, ni siquiera se plantea en ella el problema de la legitimación para el mando, que pudiese poner en cuestión el esquema de ordenación. El tema está resuelto de antemano porque la propiedad del establecimiento constituye el soporte desde el que se instaura el vínculo de dominación sobre los empleados; ese vínculo traslada a la empresa la misma actitud de obediencia en que se apoya el despliegue de las funciones propias de la jefatura. Convendrá recordar, en fin, que la imagen de la organización acabará siendo, por ello, piramidal y ordenada con arreglo a la pauta de la jerarquía. Desde su cumbre, no sólo se manda sino que, además, se formulan los objetivos a perseguir, adecuando la conducta de todos a su conseguimiento. Si el campo de observación se amplía, podrá advertirse que este paradigma no es, en el fondo, más que la trasposición al mundo social de un esquema de ordenación ya detectado en la visión de la naturaleza y que, después, se traslada al de la máquina. La verticalidad de las estructuras —sociales, naturales, de artefactos— se acaba entendiendo como una exigencia que se impone en toda porción del cosmos. Como señala el viejo mito, así se impide que, en lugar del cosmos, se produzca el caos.

La teoría del Estado, desde sus viejos y ancestrales orígenes, no ha sido ajena a este paradigma sino que ha contribuido grandemente a perfilarlo. Tomando siempre como contrapunto la imagen horizontal propia de las utopías anarquistas y los mitos de la primera y segunda Edades de Oro, en la que nadie manda porque mandan todos, la teoría del Estado, incluso, ha entendido siempre la política como un fenómeno de poder; y, en el intento de ordenación, se ha permitido darle al rasgo de la verticalidad una mayor rigidez. En la medida en que Max WEBER estaba dibujando una estructura de poder, los rasgos del

⁵¹ *Alienación y Sociedad industrial*, trad. esp., Caracas, 1971, p. 65.

modelo se extrapolan para encontrarlos presentes en todo fenómeno de la misma índole, en toda situación de poder que relaciona a unos sujetos y otros.

Las primeras reflexiones sobre la empresa han partido de esta concepción de las organizaciones como marco de referencia. Insistirán en la presencia de una autoridad capaz, con su sola fuerza, de mover el conjunto organizativo en la dirección deseada. Lo que implica que todas las demás voluntades integradas en la organización quedan pendientes de aquélla: en situación de estricta obediencia. Y, además, que dicha obediencia puede ser recabada en los términos categóricos que hace posible el vínculo jerárquico. No se olvide, por ejemplo, que TAYLOR y FAYOL están contemplando las últimas décadas del siglo XIX y, a lo sumo, los primeros años del siglo XX. Parten, pues, de un resorte de dominación, sin casi posibilidades de resistencia. Desde esta reducción y simplificación de la problemática de las organizaciones trabaja la primera fase de la ciencia administrativa. Recién salida de la fábrica o escrita desde ella, dando la espalda a temáticas que aún no se han planteado en los establecimientos fabriles, o que se piensa no se han de plantear nunca: los cuestionamientos sobre el poder, las controversias en torno a los objetivos, la segmentación de la estructura en grupos portadores de intereses contrapuestos, etc. El afán se centra en desgarnar en reglas una especie de postulado global de racionalidad: racionalidad que la jefatura impone a los comportamientos humanos, para de ese modo lograr la máxima eficiencia⁵².

Y es que estas aproximaciones conceptuales han tomado unos puntos de partida característicos; y, además, han limitado sus objetivos. Así, han dado por supuesto, desentendiéndose de su problemática, el decisivo tema de la *legitimación* del poder, de quien manda en una organización. Por eso, sabiendo esta cuestión resuelta —y, con ella, la rigurosa indiscutibilidad de las órdenes emanadas de la jefatura— han podido limitar las preocupaciones y el análisis al logro de la *eficacia* en la gestión. Todas las investigaciones giran, pues, en torno al quehacer de una jefatura acatada; y es ese quehacer el que, sometido a determinadas reglas, arroja como logro la eficacia de la organización.

⁵² Sobre esta primera época, en su contraste con la evolución posterior, N. P. MOUZELIS: *Organización y burocracia*, trad. cast., Barcelona, 1973; A. GUERREIRO RAMOS: *Relaciones Humanas en el trabajo (Introducción a la Sociología Industrial)*, México, 1951.

III. LA MUTACION PAULATINA DEL CONTEXTO. EL CURSO PARALELO DE LAS ORGANIZACIONES PUBLICAS Y PRIVADAS: MIMETISMOS Y DISIDENCIAS

A) LA DISTINCIÓN ENTRE DIRECCIÓN Y GESTIÓN RUTINARIA: LA FORMALIZACIÓN DE LA TECNOESTRUCTURA

1. *La distinción, en las organizaciones empresariales*

El contexto en que se han sustantivado las organizaciones públicas y privadas está marcado, pues, desde sus orígenes contemporáneos, por la imagen mecánica: cada uno de los elementos que la componen reitera de modo constante e idéntico su tarea, y es ello lo que hace posible la constitución de un conjunto apto para el logro de los objetivos. Las concepciones sobre la organización reposan, por ello, sobre la imagen de un haz de rutinas llevadas a cabo por el personal, ordenadas desde fuera por el *dominus*, en la empresa privada, o por el Gobierno, en las organizaciones administrativas. Sin embargo, paulatinamente se irá introduciendo, entre uno y otro elementos, uno nuevo y distinto: el que J. K. GALBRAITH denominará la *tecnestructura*: «al formarse la compañía moderna y al constituirse la organización requerida por la tecnología y la planificación modernas... el empresario ha dejado de existir como persona individual en la empresa industrial madura... el empresario como fuerza directora de la empresa queda sustituido por la gerencia, el *management*»⁵³. Es el propio autor el que insiste en mostrar la diferencia con el pasado reciente: «la elaboración de decisiones por un grupo arraiga profundamente en la estructura de la empresa. La participación real no está estrictamente correlatada en el rango de la jerarquía formal de la organización... todo el mundo es sensible a la influencia del diagrama estereotipado de la organización de la empresa... y se supone que el poder desciende de la cumbre paso a paso...; es verdad que eso ocurre, pero sólo en organizaciones muy pequeñas»⁵⁴.

La sustantivación del *management*, como pieza clave de las grandes organizaciones empresariales, se produce, además, mediante un esfuerzo intelectual que discurre en paralelo, por parte de la teoría de la organización. Por un instante parece haberse dado con la pieza que lo explica todo. Ello, incluso, al margen de exageraciones, como la conocida de J. BURNHAM. Más adelante, sin embargo, se irá clarificando

⁵³ *El nuevo Estado industrial*, trad. esp., Barcelona, 1967, p. 90. Véase también C. PARMES: *Introducción al management*, Madrid, 1974.

⁵⁴ *Ob. cit.*, p. 85.

un factor que la propia magnificación de la tecnoestructura parecía dejar en la penumbra: el del poder como fenómeno social, puro y simple; además de una organización diseñada de cara al mercado —como su contexto propio— la empresa es también un sistema de decisión que genera poder y que se mueve en los ámbitos de encuentro de otros poderes sociales. De ahí que ni siquiera la dirección empresarial pueda y deba reconducirse a pura y simple tecnoestructura; la gran empresa no se dirige sola y exclusivamente ateniéndose a pautas de comportamiento dictadas por la técnica organizativa; y tampoco los elementos integrantes de la dirección son sola y exclusivamente especialistas en el manejo de los saberes convenientes. Hay, pues, un plus sin el cual la empresa no podría desenvolverse en el entorno de poderes sociales (financieros, sindicales, políticos, administrativos) y lograr sus objetivos⁵⁵.

Ello aparte, está claro que la tecnoestructura viene a constituir un elemento que transforma el primitivo dualismo organizativo generando, entre otras consecuencias, una concepción diferente de la estructura. En primer lugar, la imagen piramidal en que se apoya la jerarquía se va desfigurando: la tecnoestructura se coloca en una posición horizontal, alimentando la aptitud de decisión de la cúspide; integra, en realidad, la propia cúspide. Con arreglo a su situación organizativa realiza el haz de previsiones relativas a los objetivos de la organización y de las actividades a desarrollar. De este modo, centraliza la implantación de pautas de conducta a seguir por el personal, que prepara y pasa luego a la línea de mando para su adopción y aplicación.

Pero sobre todo, y en lo que hace a nuestro tema, parece claro que el vínculo con la empresa se transforma. Desde luego, va perdiendo componentes ya objetivados por el ordenamiento laboral: aparece la nota de la confianza, entre la línea de mando y el staff, sin la que el vínculo queda desprovisto de sentido. Ello porque la tecnoestructura pasa a compartir una responsabilidad que excede de la que se deriva de la pura y simple condición de trabajador. Desde otro punto de vista, la concepción tradicional del lazo jerárquico se rompe; en la misma queda claro que el trabajador se ha de limitar a prestar obediencia a las reglas dictadas por la dirección. Frente a la burocracia *maquinal* —en la terminología de MINTZBERG— se configura aquí una burocracia *profesional*⁵⁶. Es decir, un conjunto de personas que se radican en el staff, precisamente, por la aptitud profesional demostrada en el ejer-

⁵⁵ A. TOURAINE: *La sociedad post-industrial*, trad. esp., Barcelona, 1969, pp. 143 y ss.

⁵⁶ *La Estructuración de las Organizaciones*, trad. esp., 1988, pp. 393 y ss.; sobre la configuración del staff, E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Estructura Orgánica y Administración consultiva», en *La Administración Española*, Madrid, 1961, pp. 41 y ss.; L. BLANCO DE TELLA: «Sobre el diseño de la organización y otras cuestiones», en *Organización y Procedimiento administrativos*, con F. GONZÁLEZ NAVARRO, Madrid, 1975.

cicio de la especialidad que le es propia. El haz de especialistas que constituyen el staff guarda entre sí unas características relaciones bien diferentes de las que son propias de la maquinaria gestora. Por otra parte, la vinculación de cada uno de estos elementos a la organización es distinta de la relación laboral ordinaria, con bastante frecuencia. En la medida en que participan de los poderes de decisión, preparando y controlando la decisión en sí misma considerada, participan de la confianza de los directivos y, como consecuencia, también de su responsabilidad ante la Junta General de la Sociedad o el órgano que ejerza la propiedad de la organización. La carrera profesional, por consiguiente, no coincide con los saltos hacia arriba, pausados y precisos, propios del empleo laboral, sino yendo de unas a otras organizaciones, según los incentivos o el tipo de trabajo que en cada caso se les ofrezca. De ahí la diferenciación clara entre las características del ejercicio de la profesión del staff y, como contrapunto, el de trabajador integrado en la organización puramente maquinal que se observa en el resto de la estructura.

2. *La distinción, en el seno de la Administración Pública*

En el planteamiento originario, esta distinción reposa sobre otra, la que diferencia Política y Administración. La función de dirección de la Administración Pública corresponde al Gobierno y, por extensión, a los titulares de ciertos cargos cuyo nombramiento se reserva. La dirección, pues, queda fuera de la propia organización administrativa. En el seno de ésta se desencadena, por otra parte, una evolución tendente a la consolidación de un régimen jurídico para los funcionarios públicos. Una de las claves de este régimen reside, precisamente, en la independencia del funcionario frente al estrato político; se estima que sólo desde una posición de independencia se puede administrar con *imparcialidad*. En todo caso, la dinámica real —como ha mostrado A. NIETO— nos muestra una sostenida lucha entre los estratos político y burocrático, con resultados cambiantes en cada época⁵⁷.

El rasgo diferencial de esta evolución reside, pues, en que las tareas de dirección se enquistan en la clase política. Y, por otra parte, su crecimiento acantona al funcionariado de carrera en las gestiones rutinarias, en las decisiones «regladas». Tarda, en fin, en irse consolidando, como un añadido, una tecnoestructura cubierta por profesionales, poseedores de los distintos saberes especializados; es decir, un staff estrictamente profesional que, a su vez, «profesionalice» una par-

⁵⁷ A. NIETO: «Concepciones burocráticas y reformas funcionariales», en *Estudios históricos sobre administración y Derecho Administrativo*, Madrid, 1986.

te de las tareas de dirección. Aunque después se ha de insistir en esta temática, ya en este instante se ha de señalar la mutación sustancial del esquema de ordenación del vínculo de jerarquía, tal como queda dibujado desde el paradigma de la objetivación. La consolidación del estrato directivo toma otro eje de gravitación: es la lealtad mutua derivada de una misma afiliación partidista, o la lealtad personal de unas personas respecto de otras. Poco a poco, sin embargo, entra también en consideración la cualificación profesional, bien mediante el recurso al mercado de empleo adecuado, bien a través de la ósmosis de funcionarios de carrera hacia el estrato directivo.

B) LA FRAGMENTACIÓN DE LA ESTRUCTURA: LA DISTINCIÓN ENTRE NÚCLEO Y HALO DE LA ORGANIZACIÓN

1. *Núcleo y halo en las organizaciones empresariales*

La estructura heredada, basada en el modelo de las organizaciones militar y eclesiástica, es una estructura *monolítica*, uniforme, *que se agranda desde el vértice a la base sin soluciones de continuidad*. Precisamente, es el principio de unidad el que no admite fisuras, y, en todo caso, cuando estas fisuras se aceptan se genera la concepción de la descentralización administrativa, siempre sobre unas bases características: debilitación de la voluntad de los poderes que reciben las competencias descentralizadas, y entendimiento de que, siempre y en todo caso, tales competencias corresponden originariamente a la organización en su unidad. Paralelamente, la empresa privada, las organizaciones empresariales, se han ido separando paulatinamente de aquel planteamiento de unidad estructural, alejándose de una concepción monolítica de la misma; es decir, de una concepción en la que el crecimiento de la estructura es, lisa y llanamente, un alargamiento de la distancia que media entre el vértice y la base, a través de la creación de nuevos escalones intermedios.

Las organizaciones empresariales han tenido que proceder a características fragmentaciones estructurales; precisamente, por la presión de los objetivos a conseguir. En principio, la empresa responde a un objetivo de dominación —en este caso, del mercado— que se sitúa en paralelo con la evolución del aparato del Estado. Se observa, así, que desde la Revolución industrial existe una tendencia hacia la plasmación de plantas industriales y empresas de servicios a gran escala: un incremento de capital y mano de obra debe llevar a una organización mayor que aumenta la eficiencia del empleo de capital y mano de obra. Sin embargo, el análisis racional de la organización empresarial iba a poner de relieve que el postulado de *eficiencia* no va ligado al puro y

simple crecimiento del tamaño: la relación costo-beneficio queda conectada, en cada caso, a la dimensión adecuada de la actividad que se desenvuelva; además, la capacidad de la dirección tiene también un límite; en último término, puede atentar a la eficiencia la magnitud creciente de la plantilla de trabajadores, por el alargamiento de las relaciones con la dirección y la desmotivación respecto de los objetivos de la empresa⁵⁸. Por otra parte, la óptica de la teoría de la organización va mutando la percepción de la empresa como una máquina y se abre a las dimensiones psicológica y sociológica: con ellas, con el planteamiento de las *relaciones humanas*, queda abierta la perspectiva de las organizaciones como sistema de poder y como marco de situaciones de conflicto⁵⁹. La búsqueda de la escala adecuada, la *dimensión óptima* para cada actividad, del *aseguramiento del poder de dirección* y de control de los directivos, va llevando consigo una característica fragmentación en las grandes estructuras organizativas. Esa fragmentación se expresa en una *distinción entre núcleo y halo de la organización*⁶⁰. En el *núcleo* quedan concentradas las funciones inherentes a la dirección de la organización. De consiguiente, es en él donde se diseñan e imponen las pautas de comportamiento de la organización en su conjunto. El *halo*, en cambio, se ordena en núcleos diferenciados de gestión ordinaria y de responsabilidad.

Esta fragmentación de la estructura la aleja de la imagen de una pirámide: no está ya constituida de modo unitario, de modo que consista en una serie de líneas que van desde la cúspide a la base. En el halo se sitúan segmentos organizativos diferenciados que guardan una posición horizontal entre sí, y que se vinculan de modo directo al centro o núcleo de la organización. Estos segmentos diferenciados del halo adoptan, en cada caso, el tamaño y la forma adecuada al sector de actividad que se les encomienda. En las grandes empresas, la estructura constituye una urdimbre que recoge una pluralidad de unidades productivas, gobernadas por un núcleo que concentra los poderes rectores del conjunto. La jerarquía se construye depositando en los distintos niveles o unidades productivas un correctivo a su autonomía funcional; ese correctivo tiene por misión el «ajuste de subsistemas» bajo las directrices de la cúpula⁶¹.

La estructura fragmentada en un núcleo y su halo expresa en cada uno de estos dos elementos la transformación que se va llevando a

⁵⁸ P. SARGANT FLORENCE: *Economía y Sociología de la industria*, trad. esp., Barcelona, 1965; A. JACQUEMIN: *La nueva organización industrial*, trad. esp., Barcelona, 1985. Vid., asimismo, los escritos recopilados por T. BURNS: *El hombre industrial*, trad. esp., Buenos Aires, 1971.

⁵⁹ A. GUERREIRO RAMOS: *Relaciones humanas del trabajo (Introducción a la Sociología industrial)*, citado.

⁶⁰ A. JACQUEMIN: *ob. cit.*, pp. 11 y ss.

⁶¹ A. TOURAINE: *ob. cit.*, p. 156.

cabo. El núcleo, desde luego, revela una diferencia trascendente respecto de la etapa anterior: en el mismo se aloja una instancia de decisión que se proyecta tanto hacia el interior de la empresa como hacia el exterior de la misma. Esto significa que, en aspectos trascendentales, esa instancia de decisión tiende a comportarse como propietario de la organización empresarial: aunque *es* parte de la organización, se considera tenedor, que *tiene* una organización que es la empresa. Esto va a llevar consigo una transformación importante de los vínculos de dependencia en el interior de la misma. Ello aparte, conviene ahora tener en cuenta la conformación del núcleo y halo de estas organizaciones.

En primer lugar, se trata de configurar un núcleo que sea capaz de concentrar todas las informaciones, saberes, medios precisos para la toma de decisiones. Decisiones que, después, se habrán de cumplir por el resto de la estructura. En este aspecto, no hay una variación importante, en el sentido de que la cabeza de la organización, su vértice o núcleo, tiende a seguir concentrando el mayor número de poderes de decisión, de modo que sea la voluntad central, la colocada en el vértice de la organización, la que se haga efectiva a lo largo de toda ella. No hay, pues, diferencias ostensibles con los diseños de la organización militar y eclesiástica; las diferencias serán apreciables desde el punto de vista de la configuración de la estructura, a los efectos de que la voluntad del superior acabe imponiéndose en el resto de los niveles organizativos. La restante estructura se encuentra en diversos estados de sustantivación, a los efectos de hacerla eficaz; pero eficaz desde el punto de vista del acatamiento, del riguroso cumplimiento de las decisiones del núcleo.

Hay varias razones que conjuran en favor de la dispersión y el polimorfismo del halo. Una primera es a efectos de la sustantivación de unidades de gestión autónomas bajo un solo mando. La problemática que suscita una estructura vertical y monolítica es la de que *la responsabilidad se va trasladando hacia arriba, hacia el vértice*, que es el que concentra poderes de decisión. La dispersión y polimorfismo del halo tiende a cuajar en unidades de gestión que, por una parte, pueda dominar un solo mando; de este modo, ese mando intermedio recibe las órdenes del núcleo de la organización y responde ante el mismo de su cumplimiento por la unidad gestora⁶². Frente a la vieja concentración

⁶² Sobre el «polimorfismo» de los modos de organización, con independencia de su formalización jurídica, el libro ya citado de A. JACQUEMIN, pp. 117 y ss. La transformación de los vínculos de subordinación, en el marco de la nueva «descentralización productiva», en F. PÉREZ DE LOS COBOS: *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Valencia, 1990; desde otro ángulo de observación, E. GALLEGO SÁNCHEZ: *La franquicia*, Madrid, 1991. Está por hacer, en este aspecto, una valoración del impacto del subcontrato en determinados sectores empresariales; la aproximación jurídica, en R. LÓPEZ VILAS: *El subcontrato*, Madrid, 1973; F. A. RODRÍGUEZ MORATA: *La acción directa como garantía personal del subcontratista de obra*, Madrid, 1992.

de la responsabilidad en las alturas, este fenómeno dispersivo tiende a configurar *niveles intermedios de responsabilidad*, responsabilidad concerniente al mando y actuación de la unidad gestora constituida. De este modo se proporciona, además, *una simplificación de la esfera de actuación de los distintos niveles de mando*, y se adecua a la capacidad efectiva de mandar en cada uno de esos niveles. Se tiende a *corregir*, por ello, *la exageración apreciada en la cabeza de la organización*. Además, se realiza una clarificación de las responsabilidades de la línea de mando, exigibles por el núcleo, al acotarlas y diferenciarlas.

La sustantivación de unidades autónomas, bajo un solo mando, lleva consigo, según se acaba de notar, una diversificación gestora. Los establecimientos se diversifican, no sólo a efectos de su gobierno y control, sino con la finalidad de atender a una especialización de actividades. No hay, por ello, una sola pauta de configuración del halo, sino varias, según convenga a los objetivos propios de cada unidad productiva. Es el propio objetivo de eficiencia el que a veces fuerza cambios fundamentales en la concepción del halo de la empresa; hasta llegar, incluso, a la situación en que los fragmentos del mismo —todos o el número que convenga— desaparecen: la organización aligera sus costes prescindiendo de porciones estables de su estructura y, en lugar de ellas, encomienda, subcontrata o concede la gestión a una empresa distinta. Se constata, pues, una tendencia a la reducción de la magnitud de las organizaciones empresariales, generando, a cambio, una constelación de vínculos, más o menos estables, con unidades productivas que se derivan de la principal o que de algún modo quedan subordinadas, pero que funcionan como una organización distinta, con responsabilidad propia, a veces incluso, con sus propios accionistas.

2. *La fragmentación de las estructuras de la Administración Pública: la descentralización por servicios*

Cuando la fragmentación estructural se plantea en el seno de la empresa, las Administraciones Públicas han recorrido ya un camino, más o menos silente; también en ellas se observa una evolución hacia la distinción neta entre núcleo y halo, al irse abriendo paso la denominada *descentralización por servicios*. Las unidades gestoras que se van sustantivando, al hilo de cada función o servicio que se separa del tronco y recibe una gestión diferenciada, suponen, en un principio, un esfuerzo racionalizador de carácter estrictamente técnico. Podemos distinguir, desde el punto de vista del molde organizativo adoptado, dos grandes etapas: una, primera, en la que predomina el modelo fundacional, y otra segunda, en que la orientación va hacia el de la sociedad mercantil.

El modelo fundacional tiene tres hitos diferenciados: el de la asimilación de los organismos creados a la fundación benéfica, la configuración de un régimen para las Cajas especiales, y el de la fundación empresa. Y es que, aunque cruza el siglo XIX la noción de *establecimiento público*⁶³, no logra un arraigo y funcionalidad convenientes. De ahí que, casi hasta llegar a nuestro tiempo, el ordenamiento haga uso del estatuto de protección de las entidades benéficas (inembargabilidad de sus bienes, exenciones fiscales, defensa judicial en condiciones de gratuidad). Es este estatuto el primer embrión de la descentralización por servicios, aplicándose a instituciones que, prácticamente, llegan hasta nuestro tiempo⁶⁴. La propia dinámica de la descentralización por servicios llevaba consigo la creación de las denominadas *cajas especiales*; estos organismos suponían la constitución de un fondo patrimonial adscrito a la actividad que se descentraliza. Pues bien, la administración separada de estos fondos se encuadra dentro de una problemática más amplia, derivada de la peculiar estructura y necesidades de la Hacienda Pública del siglo XIX. Frente al principio de unidad de caja que pretendía imponer la legalidad presupuestaria, la dificultad de comunicaciones y el traslado de fondos, como las modalidades recaudatorias a través de agentes diversos, habrían originado la existencia de *cajas especiales*; para la recaudación de fondos específicos y la realización de pagos, las leyes relativas a la actividad financiera del Estado llegan a una solución transaccional, en cuya virtud subsistirán las *cajas especiales* «en que se custodien fondos que estén debidamente intervenidos» (Ley de Contabilidad de 25 de febrero de 1850, art. 3; Ley de Contabilidad de 25 de junio de 1870, art. 4; Ley de Administración y Contabilidad de 1 de julio de 1911, art. 4).

Realmente, existían dos problemas distintos: 1.º el de realizar una gestión administrativa más ágil y directa; 2.º el de proceder a un control de la actividad financiera de estas cajas especiales que habían ido logrando un funcionamiento «autónomo». La legalidad que regula con carácter general los organismos autónomos se centra en el segundo problema, contemplándolos como masas patrimoniales adscritas a determinados fines de interés general, sometiéndolas al régimen de la Hacienda Pública; esto llevaba consigo un sistema de controles: aprobación de presupuestos, intervención y contabilidad pública, etc. En lo que atañe al primer problema, la «huida» del Derecho Administrativo⁶⁵ común o general en cuanto búsqueda de una agilidad para la ges-

⁶³ A. NIETO: «Valor actual de los establecimientos públicos», en *Perspectivas del Derecho Público en la segunda mitad del siglo XX. Homenaje al Profesor Enrique Sayagües Laso*, vol. IV, Madrid, 1969, pp. 1051 y ss.

⁶⁴ A ello me refiero en «Notas sobre el arcaísmo del Derecho de las fundaciones benéficas», *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 17, Civitas, 1978.

⁶⁵ La expresión de M. CLAVERO: «Personalidad jurídica. Derecho General y Derecho Singular en las Administraciones Autónomas», *DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA*, núm. 58, 1962.

ción, queda neutralizada cuando se van promulgando las grandes Leyes reguladoras del régimen jurídico de la Administración Pública (de Procedimiento Administrativo, Expropiación Forzosa, Régimen Jurídico de la Administración del Estado, Patrimonio, Jurisdicción Contencioso-administrativa, etc.), desapareciendo este rasgo diferencial en su mayor parte. Los organismos autónomos reciben, en toda su plenitud, el *status* de Administraciones Públicas; sus rasgos diferenciales con la Administración Central del Estado son absolutamente secundarios.

Antes y después, sin embargo, de los años centrales del propio siglo XIX, se conoce una segunda expresión de la Fundación. Existe un tipo de fundaciones, también consideradas benéficas, como ocurre con los Pósitos y las Cajas de Ahorro cuya funcionalidad real va a ser bien distinta, identificándose poco a poco con la empresarial⁶⁶. La formalización de la distinción entre uno y otro tipos fundacionales ha tardado en abrirse paso en el Derecho de la organización administrativa. Esto se comprueba examinando el tramo de la evolución legislativa que arranca del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales de 1955, y se cierra con la Ley General Presupuestaria de 1977. Aquel Reglamento prevé, en su artículo 85, la facultad de las entidades locales de constituir dos tipos de fundaciones: la típica Fundación benéfica (para actividades de carácter asistencial, docente o cultural) y la denominada «Fundación pública» para la gestión de servicios públicos de su competencia. La primera se acogería al Derecho privado, en su organización y actividad, y la segunda recibiría el *status* de entidad administrativa.

La Ley de Entidades Estatales Autónomas, de 26 de diciembre de 1958, toma un camino diferente, ya que proporciona con carácter general la forma de Sociedad para las personas jurídicas constituidas por el Estado, salvo que vayan a gozar del *status* de Administraciones Públicas. El esquema es, pues, el siguiente: para el desenvolvimiento de actividades mercantiles e industriales y, caso de que sea adecuado, el cauce es el de constitución de Sociedades Anónimas. Pero si la Anónima no fuese forma idónea, entonces la alternativa es la constitución de un Organismo Autónomo, esto es, una persona jurídica que tiene el *status* de Administración Pública. Sin embargo, la reforma de RENFE, en 1964, iba a suponer un paso adelante, al proceder a la creación de un modelo nuevo y distinto: la constitución de una Empresa mercantil, en sentido plenario de la expresión, no acogida a la forma de

La dificultad del traslado puro y simple de criterios organizativos empresariales, en R. LAUFER y A. BURLAUD: *Dirección pública: gestión y legitimidad*, Madrid, 1989, pp. 107 y ss.

⁶⁶ J. M. GONZÁLEZ MORENO: *Naturaleza y régimen jurídico de las Cajas de Ahorros*, Madrid, 1983; Bautista DELGADO: *Los pósitos agrícolas*, Madrid, 1947; E. ROCA: *Los pósitos municipales*, Madrid, 1965.

Sociedad ni tampoco al régimen de los Organismos Autónomos⁶⁷. En realidad se trataba de configurar una Fundación y otorgarle un *status* diferente del de Administración Pública. La Ley General Presupuestaria de 1977 consolida esta evolución al generalizar aquel supuesto singular; no importa ahora que coloque juntos estos supuestos, bajo la rúbrica de «Sociedades estatales»: a) las sociedades mercantiles en cuyo capital sea mayoritaria la participación del Estado o de sus organismos autónomos, y b) las Entidades de Derecho público con personalidad jurídica «que por ley hayan de ajustar sus actividades al ordenamiento jurídico privado», supuesto que parece dedicado a fundaciones que se constituyan como auténticas empresas de la Administración. Hay que observar, sin embargo, que el fenómeno de la Fundación Empresa no ha tenido aún el desenvolvimiento teórico que permiten sus posibilidades prácticas⁶⁸.

Unos años después, el modelo societario tiende a ocupar un espacio creciente. Los argumentos se agolpan, en un instante en que parecen haber hecho crisis los parámetros estables del paradigma desde el que se levanta la construcción *objetivada* del Estado: crisis de sus aptitudes gestoras, de su modelo burocrático, de la legalidad interna que lo rige. Frente a la gestión pública, la privatización: no sólo de actividades propiamente mercantiles, también de servicios públicos genuinamente tales. Factores mucho más coyunturales no dejan de estar presentes: limitaciones presupuestarias en situación de crisis, congelación de las retribuciones funcionariales frente a la libertad de pactos salariales en el sector privado, etc. No obstante, parece como si, en paralelo con la evolución de la empresa privada, también la Administración acabe desembocando en la fracción entre núcleo y halo; ese halo, en proporción creciente, se iría situando en un marco de referencia distinto del propiamente administrativo, y, desde luego, sus lazos de unión con el núcleo serán bien diferentes del ya tradicional y objetivado vínculo jerárquico⁶⁹.

La dialéctica de la descentralización por servicios nos está llevando, así, al otro extremo: el de la desaparición de una gama de contro-

⁶⁷ S. ARAUZ DE ROBLES: «Notas sobre el régimen jurídico del patrimonio de la RENFE», *Revista de Administración Pública*, núm. 46, 1965.

⁶⁸ V. VALERO: *La Fundación como forma de empresa*, Valladolid, 1969.

⁶⁹ La polémica queda abierta ya antes de la promulgación de la Constitución de 1978. De entre las aportaciones críticas, hay que señalar las de G. ARIÑO: «La empresa pública», en el volumen colectivo *El modelo económico en la Constitución española*, Madrid, 1981, vol. II; JIMÉNEZ DE CISNEROS: *Los Organismos autónomos en el Derecho público español: tipología y régimen jurídico*, Madrid, 1987; L. PAREJO: *Crisis y renovación del Derecho público*, Madrid, 1991; A. ALONSO UREBA: *La Sociedad mercantil de capital como forma de la empresa pública local*, Madrid, 1988; LAVILLA RUBIERA: «Congreso de los Diputados y demás poderes públicos: información, control y responsabilidad», en el volumen colectivo *Homenaje al Profesor García de Enterría*, tomo III, Madrid, 1991; J. M. SALA ARQUER: «Huida al Derecho privado y huida del Derecho», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 75, Cívitas, 1992.

les. No se trata simplemente de buscar sustitutos eficaces a la tradicional legalidad interna de la Administración, a los efectos de lograr una gestión más fluida. La dinámica emprendida supone el logro de una situación en la que los administradores públicos quedan exentos del control judicial previsto —el efectuado por la jurisdicción contencioso-administrativa, especializada para ese fin— y el control parlamentario; éste, en efecto, queda limitado al examen genérico y en sus aspectos más generales, de las actividades públicas llevadas a cabo por las Sociedades constituidas por las Administraciones. Pero, además, estas Sociedades quedan igualmente exentas del control instrumentado con arreglo al Derecho mercantil. La Ley de Sociedades Anónimas, en efecto, sitúa en los administradores una responsabilidad clara y rotunda sobre la gestión social. Naturalmente, la exigencia de esa responsabilidad queda en manos de la Junta General y de los accionistas; en las sociedades públicas no hay manera de poner en marcha esos mecanismos, salvo en situaciones de rigurosa excepción. Es que los administradores sociales no son distintos de la autoridad administrativa del sector —frecuentemente, es la misma persona, en virtud del principio de acesión de cargos— o administran a base de un nombramiento fundado en la confianza. Una vez más, la confianza genera una gestión de tipo fiduciario, en la que el administrador societario hace de *longa manu* de la autoridad administrativa del sector. La gestión queda, de ese modo, inmune a todo control. La descentralización por servicios ha terminado, por ello, rompiendo con la clave de las Administraciones contemporáneas: la sumisión *plena* a la Ley y el Derecho (art. 103 de la CE) y el control judicial y parlamentario efectivo de esa sumisión.

C) LA AMPLIACIÓN DEL SENTIDO Y EL RÉGIMEN DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

1. *Eficacia frente a control*

Tres trazos, todavía relativamente borrosos, empiezan a definir un nuevo contexto de desenvolvimiento de la actividad administrativa, así como unos objetivos diferentes. Estos trazos pueden ser: 1) la afirmación del objetivo de eficacia social frente al absolutismo de la mentalidad de control imperante, en la legalidad y en la práctica cotidiana de las Administraciones Públicas; 2) el alejamiento paulatino, por parte de la Administración, de su mimetismo con la jurisdicción, en los enfoques de los problemas y en la implantación de las soluciones; 3) la progresiva incardinación de las creencias sociales y de la técnica en la «textura abierta» del Derecho administrativo. A primera vista, el ob-

jetivo constitucional de eficacia en la gestión parece ser el resultado de un trasplante de la pauta correlativa existente en las organizaciones empresariales privadas. Una y otra vez se ha llegado a decir que, frente a un estricto sometimiento a reglas, la empresa privada ha superado ese sometimiento en la medida en que viene regida, en todos sus actos, por un imperativo de eficacia; en términos simples, por la racionalización de los medios y la consecución de los fines propuestos. Una consideración más detenida del principio de eficacia nos lleva, en primer lugar, a situarlo en el contexto constitucional, que es el que primariamente lo proclama, en relación con las Administraciones Públicas⁷⁰. Desde esta perspectiva, esta exigencia no es otra cosa que la consecuencia de la dinámica funcional impuesta por la Constitución a los poderes públicos, en concreto a la organización administrativa. Es, ante todo, expresión de que los objetivos del poder no son la pura y simple dominación, sino la misma finalidad social del Estado. Además, refleja que los gobernantes son elegidos periódicamente para afrontar las necesidades colectivas y solventarlas; que sólo se justifican, en cuanto elegidos por la colectividad, en la medida en que respondan al reto de las necesidades con las soluciones adecuadas.

Hay, además, en esta exigencia un claro consenso social sobre este punto. El logro de los fines de interés general requiere una corrección profunda del actual modo de ser de las Administraciones Públicas. Requiere un cambio, en primer lugar, en la mentalidad que la trayectoria le ha ido dando a la institución; desde una posición de control social, que luce en el ejercicio constante de la autoridad frente a la ciudadanía, a una identificación con las necesidades de ésta y la disposición más conveniente para satisfacerlas. Esto exige, además, una superación de la mentalidad que la política ha ido proporcionando a la burocracia; es decir, estableciendo una disociación clara entre la ética del éxito, que es la que cultivan los políticos, y el conjunto burocrático, al que, en nuestro presente contexto político, no se le ha dado un papel propio que desempeñar. Parece la burocracia, en este sentido, un recesivo que casa mal con el nuevo ambiente en que pretenden moverse los poderes públicos, un grupo social que no tiene un papel propio en el nuevo concierto. De este modo parece difícil que se incorpore de modo activo a la nueva situación y los retos que la misma plantea. Es decir, que afronte la progresiva destrucción de la ya notada realidad «conventual» en que ha ido quedando encerrada; la realidad constitucional va ya empujándola hasta caer en la verdadera realidad social, con sus retos urgentes. El principio de eficacia impone, así, la búsqueda de una evolución que despoje a la Administración Pública de los

⁷⁰ Vid. los trabajos incluidos en el núm. 218-219 de esta Revista, monográfico destinado al principio de eficacia de la Administración.

rasgos negativos de la situación antecedente. La mentalidad de eficacia que ha de impregnarla se opone, así, a la mencionada mentalidad de control: control de la sociedad mediante el ejercicio de actos de autoridad, y control interno como mecanismo de neutralización de la propia dinámica gestora. Esto no quiere decir, como después se insistirá, que hayan de oponerse eficacia y legalidad, en cuanto motores de culturas administrativas distintas, de modo que el objetivo de la eficacia venga a subrogarse en el papel que la legalidad administrativa ha ido ocupando hasta ahora.

Esta perspectiva del requisito de eficacia nos permite diferenciarlo, aunque la diferenciación sea relativa, del que es propio de la empresa privada⁷¹. La eficacia de la Administración no se identifica, como ocurre en la Empresa, con el logro del mayor nivel de beneficios, evaluados en sentido estrictamente económico. Pero el paralelismo con la empresa privada se pone, sobre todo, de manifiesto cuando se tiene en cuenta el amplio abanico de necesidades públicas que pueden satisfacerse más adecuadamente dejando a un lado la autoridad y tomando el espíritu y las formas del empresario. Aunque esta identificación de modos de actuar tenga sus límites, se identifican también estratos comunes: modos de disposición de los medios, mediante el diseño de la organización adecuada, pautas de comportamiento comunes en lo que se refiere a la actividad, que han dado lugar a las políticas públicas de gestión, como modulaciones que vienen de modos de pensamiento análogos surgidos en la empresa privada.

La exigencia, en fin, se agudiza en una civilización que se mueve, de modo constante, en un ambiente de *finitud* en lo que se refiere a los medios. Es palpable, aquí y allá, que si los economistas tomaron como punto de apoyo —aunque fuere un manejo académico y conceptual— la idea de la «escasez» de los bienes, hoy se tiene conciencia de que, en muchos aspectos, se ha producido un tránsito hacia la idea de «agotamiento» o límite de los recursos. Es decir, durante largo tiempo, la teoría se ha movido en la seguridad de que los bienes con que cuentan las Administraciones Públicas, y la sociedad en su conjunto, son regenerables; que su regeneración se produce periódicamente, de modo que los nuevos podrán sustituir, siempre y en todo caso, a los anteriores. Bajo esta creencia de limitación, de agotabilidad de los recursos disponibles —no sólo los naturales, también los monetarios— la Administración no puede seguir constituyendo una sonora excepción: como cualquier otra organización finalista, se ha de proponer unos resultados acordes con sus objetivos institucionales, y teniendo en cuenta que los medios para conseguirlos son limitados, siempre y

⁷¹ Esta revista ha dedicado a ello los núms. 223 (*Técnicas gerenciales de la Administración Pública*) y 224-225 (*Políticas públicas y Organización administrativa*).

en todo caso. De ahí que la eficacia, en lo que concierne al poder administrativo, encuentre un soporte cultural que rebasa todo lo que, desde la empresa privada, se ha venido estableciendo.

2. *La obligada distinción funcional entre la Administración y jurisdicción*

Aparte de las delimitaciones teóricas que, entre una y otra, se han venido haciendo, el acento se va poniendo ahora, paulatinamente, en el desarraigo de las actitudes miméticas que, respecto de la jurisdicción, ha venido teniendo la Administración Pública. Sobre todo, dos que suponen un característico lastre. Por una parte, la devolución al *expediente* de su carácter instrumental y subordinado, de modo que no siga soslayando la realidad vital. Un definitivo alejamiento de la Administración respecto del viejo aforismo judicial *quod non est in actis non est in mundo*. Por otra parte, el trazado de la diferencia de actitud y posición en el momento de abordar y resolver los problemas de su respectiva incumbencia. El Juez es un jurista que se circunscribe a contemplar cómo los contendientes, ayudados por los peritos en su caso, le proporcionan los hechos y su estimación técnica; él se limita a traducir ese instrumental, basado en artes y saberes no jurídicos, al sentido común —según VINOGRADOFF— a las «reglas de la sana crítica», como dispone la Ley de Enjuiciamiento Civil. La Administración, en cambio, ha de conjugar saberes y técnicas jurídicas y no jurídicas, antes de tomar una decisión; al administrador no le basta oír y reducir al nivel de la sana crítica lo que se le aporte; es el propio administrador el que ha de decidir, basándose en los saberes aplicables, conforme a Derecho; la diferencia está, pues, en la mentalidad, la preparación y el modo de abordar y resolver los problemas.

El centro de gravedad de la actuación administrativa, siempre realizada con arreglo a Derecho, no es el acto administrativo —entendido como declaración de voluntad de la Administración— sino la *conducta* que la Administración adopte frente a cada necesidad pública⁷². Hay que entender que lo que el Derecho positivo se propone es *disponer el comportamiento de la Administración, adecuado a los logros que ha de conseguir, y, dentro de ese comportamiento, el acto administrativo —la resolución del expediente— es sólo el principio (el comienzo, el tí-*

⁷² Ciertamente, la objetivación de la perspectiva de lo jurídico ha llevado, durante tiempo, a esquematizar la dinámica en torno al negocio y la relación jurídica (véase, por ejemplo, DE BUEN: «La Teoría de la relación jurídica en el Derecho civil», en *Libro homenaje a don Felipe Clemente de Diego*, Madrid, 1940). Ello ha podido oscurecer la idea central del Derecho, que se proyecta en un haz de reglas de conducta. Véase F. RICO: *La conducta de las personas en el Derecho civil*, Segovia, 1973.

tulo legitimador de la acción), pero no el final. Cuando la Administración resuelve, en relación con el interés público, tiene ya el fundamento para su actuación; luego le queda hacer lo que socialmente vale: llevar a cabo la actuación conveniente. Esa actuación es también una cuestión jurídica; más aún, es lo que también jurídicamente vale, porque el Derecho no es una simple declaración sobre lo que es justo: *es el logro de lo justo*. He aquí la diferencia frente a una concepción y aplicación burocrática, en el sentido weberiano, del Derecho.

3. *Renovación de las concepciones del Derecho y sentido del Derecho administrativo*

No es momento de detenerse en una digresión que, aunque importante, no es ahora decisiva; la de que el Derecho positivo, y sus posibilidades aplicativas, no se identifica con los modos de hacer y resolver típicos, por lo limitados, de las burocracias enquistadas en el poder desde la consolidación del Estado «moderno». La cuestión es ahora más profunda. Es que, a la vista de las diversas «racionalidades» disponibles, se viene a entender que existe alguna o algunas de ellas que puede proporcionar al poder resultados más satisfactorios; que, desde el punto de vista de la eficacia en la solución de los problemas de interés general, vale más la mediación de una racionalidad distinta de la que ha construido el Derecho, en cuanto orden de conocimientos y de mandatos sobre la propia realidad⁷³. Esta subrogación pretendida tiene su lógica si la teoría jurídica y la legalidad positiva continúan renunciando a la actitud y el enfoque que tienen que serle propios. *El Derecho viene a ser una racionalidad en la que se insertan muchas otras,*

⁷³ Esta influencia se llega a cifrar en el diseño de una nueva *cultura administrativa*; la misma, según bastantes de los que la postulan, vendría a significar un abandono del Derecho como conjunto de pautas de comportamiento para la burocracia. Quizá sea conveniente matizar: esa nueva cultura administrativa habría de llevar consigo una supresión paulatina de las deformaciones del Derecho positivo y de su aplicación, en el interior de las organizaciones administrativas, según se señaló antes. Es ésta, precisamente, una de las deformaciones en que insiste R. K. MERTON cuando realiza en 1940 la que, según C. MOYA, es la primera crítica profunda del modelo weberiano de burocracia: «la eficacia de la estructura social depende en definitiva de infundir a los participantes del grupo actitudes y sentimientos apropiados. Como veremos, hay en la burocracia dispositivos definidos para inculcar y fortalecer tales sentimientos. Por el momento, basta con observar que para conseguir la disciplina (la necesaria confiabilidad en la reacción) esos sentimientos son con frecuencia más intensos de lo que es técnicamente necesario. Hay un margen de seguridad, por decirlo así, en la presión que ejercen esos sentimientos sobre el burocrata para que se ajuste a sus obligaciones normadas de un modo muy parecido a como el ingeniero hace concesiones sobre estimaciones de precaución al calcular los apoyos de un puente. Pero esta misma acentuación lleva a la transferencia de los sentimientos de los *objetivos* de la organización a los detalles particulares de conducta exigidos por las reglas. La adhesión a las reglas, concebidas originariamente como un medio, se transforma en un fin en sí misma; tiene lugar un proceso familiar de *desplazamiento de metas* por el cual «un valor instrumental se convierte en un valor final», en *Teoría y estructuras sociales*, trad. esp., México, 1965 (2.ª ed.), pp. 205-206.

a los efectos de pasarlas por el crisol de la justicia. La tarea del Derecho no es la de erigirse en un mundo aparte, sino la de integrar, dar un nuevo valor, a otras racionalidades, a otros ámbitos de vivencia y experiencia que encierran soluciones para los problemas de la convivencia.

Como ha escrito VIEHWEG, hemos vivido en una forma de pensamiento *no situacional*, a la que ahora se va oponiendo, progresivamente, una actitud *situacional*; esto supone para el autor un movimiento que toma como punto de partida el problema y, a partir de él, se busca la respuesta en un sistema no cerrado⁷⁴; desde otra perspectiva, estaríamos ante la evidencia de la «textura abierta del Derecho», en la expresión de HART. Según este último, no es posible regular «en tono no ambiguo y por adelantado» determinadas esferas de conducta por medio de reglas generales⁷⁵. De ahí el rescate de la vieja distinción entre normas *rígidas y flexibles*, con la expansión progresiva de estas últimas. En el Derecho administrativo se parte siempre de la sensación de que la norma flexible deja los huecos por los que se introduce la arbitrariedad del poder público. El diseño de la noción de discrecionalidad, su acotamiento (frente, por ejemplo, a la noción de concepto jurídico indeterminado tal y como se maneja en la jurisprudencia contencioso-administrativa) y las técnicas para su control, han abierto un camino por el que seguir transitando⁷⁶. Hay, no obstante, todo un cúmulo de situaciones que, pese a su trascendencia, están aún por resolver. Son las que plantea la aplicación de técnicas y saberes no jurídicos, que constituyen en la actualidad la sustancia misma de las decisiones y la actividad material de las Administraciones Públicas; concretamente, allí donde la fuente de conocimiento (no jurídico) a la que la norma se remite no proporciona una sola y cierta respuesta. Es ésta la exigencia que la jurisprudencia ha tenido en cuenta al manejar los conceptos jurídicos indeterminados, y de ahí que, cuando la respuesta cierta y única no existe, el control jurisdiccional tiene que tomar otra dirección o abdicar de su función.

Pues bien, es ahí donde va tomando cuerpo un Derecho administrativo más pendiente de los principios jurídicos generales que de la prescripción concreta en que se expresan⁷⁷. Un ordenamiento que su-

⁷⁴ «Sobre el desarrollo contemporáneo de la tópica jurídica», incluido en su *Tópica y Filosofía del Derecho*, trad. esp., Barcelona, 1991, pp. 117 y ss. Una panorámica del actual pensamiento tópico, en J. A. GARCÍA AMADO: *Teorías de la tópica jurídica*, Madrid, 1988. Una perspectiva diferente, aunque complementaria, en CH. PERELMAN: *La lógica jurídica y la nueva retórica*, trad. esp., Madrid, 1988.

⁷⁵ *El concepto del Derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1990, pp. 160 y ss.

⁷⁶ A partir, desde luego, del trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *La lucha contra las inmidades...*, que se acaba de citar.

⁷⁷ E. GARCÍA DE ENTERRÍA: «Reflexiones sobre la ley y los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo», *Revista de Administración Pública*, núm. 40, 1963.

jete la actividad *técnica* —expresión globalizadora de los saberes no jurídicos, según el uso doctrinal y jurisprudencial— en vez de proceder a la disociación entre el elemento legal y el técnico (como hace, aunque en caso extremo, la STC 39/1983, de 17 de mayo, y, en otros casos, el Tribunal Supremo cuando afronta los de *discrecionalidad técnica*)⁷⁸. Se trata, en realidad, de invertir los términos del planteamiento, ya mencionado, de VINOGRADOFF; la consecución de lo justo, por parte de una burocracia profesionalizada que aplique una amplia gama de saberes no jurídicos, puede y debe hacerse devolviendo al Derecho administrativo el viejo rasgo de *arts boni e equi*. Es decir, construyéndolo y aplicándolo lo más cerca posible del sentido común y gravitando sobre principios y criterios generales de actuación. Una medida de carácter financiero, el trazado de un camino, la organización de un hospital, etc., se llevan a cabo manejando opciones de carácter técnico que, cada vez más, quedan exentas de un análisis de conformidad o disconformidad con la concepción de *lo justo* a que responde el Derecho positivo. Y, sin embargo, parecen quedar muy claras estas dos constataciones. Primera, que la *técnica* no es *neutral*, desde el punto de vista de la consecución de un orden justo: no produce, como es evidente, las mismas consecuencias una medida económica que otra, si las dos constituyen alternativas a un problema planteado, y ello mirando las soluciones desde el punto de vista de la justicia distributiva. Segunda, que la *técnica* no puede erigirse en una racionalidad mediadora única, a los efectos de consecución de un orden justo: «por definición —señalaba ORTEGA— el técnico no puede mandar, dirigir en última instancia»⁷⁹. De ahí la indispensable función mediadora de las típicas racionalidades integradoras, entre las cuales se encuentra el Derecho. Al Derecho positivo toca, en efecto, el cometido de diseñar e imponer las figuras e instituciones necesarias a la sociedad; diseño que ha de realizar, según lo expuesto, a partir de la gama de saberes y técnicas que le son, en principio, ajenas. De ese modo, se proporciona a los poderes públicos la expresión adecuada de las exigencias de lo justo, acallando esa Babel, esa pluralidad multiforme de lenguas procedentes de los saberes especializados, cada uno de los cuales está soplando al oído de la política su propia y diferente versión de los problemas y de sus soluciones.

Las Administraciones contemporáneas tienen la necesidad ineludible de institucionalizar en su seno esa pluralidad de saberes y técnicas; han de colocar, además, cada saber y cada profesional que le posee en su lugar. Todo este conjunto ha de funcionar con arreglo a un

⁷⁸ La significación y alcance de esta noción, en la jurisprudencia actual, en J. L. PIÑAR MAÑAS: «El pleno control jurisdiccional de los concursos y oposiciones y la discrecionalidad técnica de la Administración», DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA, núm. 220, 1989.

⁷⁹ *Meditación de la técnica*, p. 49 de la 3.ª ed., Madrid, 1957.

ordenamiento jurídico que impone unos principios generales de los que se desprenden unas reglas de comportamiento que, o define expresamente la norma, o remite a pautas de conducta nacidas en otros ámbitos pero a las que la norma proporciona un valor añadido, el propiamente jurídico. Allí donde no existan pautas seguras, o se den alternativas de actuación —cosa harto frecuente— que el Derecho positivo siga incorporando normas *standard*; es decir, criterios de actuación cifrados en la normalidad, racionalidad, etc.⁸⁰ Ciertamente, estas normas flexibles no proporcionan la certeza matemática que la teoría vino exigiendo al Derecho positivo, en aras de la seguridad jurídica. Pero es que esa certeza sólo es posible allí donde la aplicación de la norma es *mecánica*; es decir, que no requiere la colaboración del saber y la voluntad de quien la aplique. La evolución del Derecho Administrativo ha puesto de relieve que los procesos de satisfacción de los fines de interés general conllevan esa *impredecibilidad* a que se refiriese HART. Son precisas, pues, normas flexibles⁸¹ que impongan *criterios* sobre lo justo; criterios que permitan a la Administración Pública cumplir con el papel que la Constitución le confiere: ese cometido es de imposible desempeño si el esquema de la división de poderes se entiende desde la visión puramente mecánica, más propia de la Física de la época de MONTESQUIEU. La realidad contemporánea exige una aplicación abierta de una legalidad que brinde opciones, que proporcione márgenes de apreciación de los problemas y las soluciones, en el entorno de los intereses públicos.

Es esto lo que de algún modo se pretende cuando se alude a la *reserva* de asuntos y decisiones en favor de la Administración Pública⁸².

⁸⁰ La concepción anglosajona del estándar en el libro citado de Hart; también, en J. PUIG BRUTAU: *La jurisprudencia como fuente del Derecho*, Barcelona, s.d. Desde la perspectiva propia de las concepciones continentales, M. O. STATI: *Le standard juridique*, París, 1927; M. HAURIUO: «Police judiciaire et fond de Droit», *Revue Trimestrelle de Droit Civil*, 1926. La proyección del estándar en el contencioso-administrativo francés, en S. RIALS: *Le juge administratif français et la technique du standard*, París, 1980. Una concepción amplia, como vía de apertura en los sistemas jurídicos cerrados, en ESSER: *Principio y norma en la elaboración jurisprudencial del Derecho privado*, trad. esp., Barcelona, 1962. Sobre la necesaria presencia de «lo razonable» como criterio sobre lo justo, véase *Archives de Philosophie du Droit*, tomo 23, París, 1978, sobre *Formes de rationalité en Droit*; en especial las aportaciones de CH. PERELMAN, H. A. SCHWARZCIEBERMANN y Z. ZIEMBINSKI. A resaltar la contribución de L. RECASÉNS sobre la «lógica de lo razonable», en *Nueva filosofía de la interpretación del Derecho*, México, 1973, 2.ª ed.

⁸¹ La distinción entre normas rígidas y flexibles, en F. DE CASTRO: *Derecho Civil de España*, I, 1.º, Madrid, 1956. La profundización en las distintas hipótesis de elasticidad de las normas se ha venido realizando, entre nosotros, desde la preocupación por el control jurisdiccional; sobre todo, desde el camino que queda abierto con la publicación del citado *La lucha contra las inmunidades del poder*, de GARCÍA DE ENTERRÍA. Desde perspectivas de análisis teórico más generales, M. MARTÍN GONZÁLEZ: «El grado de determinación legal de los conceptos jurídicos», *Revista de Administración Pública*, núm. 54, 1967, y J. F. SAINZ MORENO: *Conceptos jurídicos, interpretación y discrecionalidad administrativa*, Madrid, 1976.

⁸² Recientemente, S. DEL SAZ: «Desarrollo y crisis del Derecho Administrativo. Su reserva constitucional», en *Nuevas perspectivas del Derecho administrativo tras estudios* (con C. CHINCHILLA y B. LOZANO), Madrid, 1992.

Lo que no impide que, *a posteriori*, la jurisdicción enjuicie la *razonabilidad* del comportamiento administrativo, en aplicación de los criterios establecidos por la ley. Es así como el Derecho privado pudo ir cubriendo vacíos que la evolución tecnológica ha ido generando; toda la ulterior sistematización de un Derecho de daños, que emprende la teoría alemana a partir de determinados principios generales (buena fe⁸³, responsabilidad), constituye un buen ejemplo de una tarea creadora que, en otros ámbitos, es también indispensable. Como en el ya lejano pasado, la jurisprudencia, además, puede así volver a ser un patrimonio de saber no especulativo, que no se mira a sí mismo, sino que va destinado a proporcionar el punto de vista de lo *bonum et equum* sobre los problemas que la realidad de las necesidades públicas plantea.

4. Jerarquía y burocracia profesional

Este planteamiento, al que se va accediendo con mayor o menor claridad, constituye el soporte de una evolución necesaria en la concepción de la jerarquía administrativa. La vinculación entre inferior y superior, en entornos administrativos cada vez más amplios, no es mecánica. La complejidad de la acción encomendada al inferior exige que éste no se limite al cumplimiento exacto de la voluntad del superior, sino que añada lo que corresponde al saber, la técnica o la experiencia propia le están exigiendo, en el entorno del problema planteado. Se ensancha así el campo cubierto por una burocracia *profesional*, destinada a incorporar a la gestión algo más que una rutina exenta del pensar propio. Y con ello, la responsabilidad, de cara a los resultados, se reparte en los distintos niveles de la organización, sin acumularse en la cúspide.

Los caracteres de este tipo burocrático, desde la óptica que nos proporciona el principio de jerarquía, se refieren tanto al tipo de personal que alberga como a los distintos elementos que componen la estructura organizativa. En lo que concierne al personal que compone el núcleo básico de actuación, cuenta con una aptitud, una preparación para la toma y ejecución de decisiones, que se valoran por el Derecho positivo y la realidad de una manera adecuada. En la burocracia maquina, el funcionario cuenta solamente con la aptitud necesaria para llevar a cabo la decisión de otro; en este otro tipo burocrático, el profe-

⁸³ La proyección de determinados aspectos del principio jurídico general de buena fe en forma de estándar, ep L. DIEZ PICAZO: *La doctrina de los propios actos. Un estudio crítico sobre la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Barcelona, 1963; J. L. DE LOS MOZOS: *El principio de buena fe. Sus aplicaciones prácticas en el Derecho civil español*, Barcelona, 1965. Véase también F. WIEACKER: *El principio general de buena fe*, trad. esp., Madrid, 1982.

sional cuenta con los conocimientos y la libertad para decidir, por sí mismo, ante los problemas que la realidad le plantea y cuya solución le corresponde. La teoría y la práctica ponen en evidencia otros rasgos complementarios del mayor interés. Así, en la burocracia puramente maquina, el Derecho positivo, prima, como factor de ascenso en la carrera administrativa, la pura y simple permanencia; hoy, además, se encuentra el aditivo, para los niveles más altos de la estructura, de la lealtad personal; el funcionariado, como regla general, asciende según permanezca en la organización, y para llegar a los puestos de libre designación, ha de poner un plus de lealtad en el superior y la confianza de éste en él. Por el contrario, en la burocracia de tipo profesional la promoción personal se relaciona con la aptitud de cada uno para hacer frente a problemas profesionales cada vez más complejos.

En lo que hace al principio de jerarquía, la normación de cada actividad profesional descansa sobre las reglas de la ciencia o la técnica propias; y los postulados que una y otra establecen son inderogables, para los niveles superiores de decisión administrativa: es decir, una instancia externa a la organización, ajena a la voluntad de los superiores, que es la que ordena el quehacer profesional, impone las reglas de comportamiento de los inferiores. Mediante la técnica del reenvío, son otras ordenaciones —impuestas por la ciencia y la técnica— las que adquieren fuerza bastante para imponerse a la voluntad del superior. Esto se hace presente, a modo de consecuencia, en la temática de la responsabilidad. En la medida en que la voluntad del superior no se impone a la del inferior, no la sustituye, tampoco existe un desplazamiento hacia arriba de la responsabilidad. Quien actúa, en el marco de la libertad de ejercicio de la profesión, responde, evidentemente, con una responsabilidad personal. Toda libertad conlleva la correlativa responsabilidad.

IV. EL RENACIMIENTO DE LA «FIDELITAS». LA CRISTALIZACION DE UN DUALISMO BUROCRATICO: LA CONFIANZA Y EL MERITO COMO CLAVES DE AGLUTINACION

A) LA «FIDELITAS» COMO FUNDAMENTO DE LOS VÍNCULOS DE SUPERIORIDAD Y DEPENDENCIA: EL ESTRATO DIRECTIVO DE LAS ORGANIZACIONES PÚBLICAS Y PRIVADAS

1. *El empleo público basado en la confianza política*

a) La base constitucional de la dualidad de sistemas de empleo público

El Derecho público contemporáneo parte del principio de que las tareas de Gobierno de las organizaciones administrativas se han de desempeñar solamente por aquéllos a quienes la colectividad de que se trate haya otorgado, de modo inmediato o mediato, una legitimación basada en la confianza que a tal efecto le ha suscitado. Es a la propia colectividad a la que el Derecho público defiere enjuiciar las aptitudes personales para ello, sin establecer parámetros objetivos sobre el posible mérito de los aspirantes. De ahí que cada una de estas situaciones de empleo descansen sobre la *confianza otorgada*: la que proporciona la colectividad a quienes elige, o la autoridad que —respaldada por la confianza que la colectividad le ha entregado— designa para un determinado cargo público. Se genera así una cadena de autoridades que comparten y participan de una misma confianza: la otorgada originariamente por el electorado.

El modelo de empleo público adoptado toma su primer y fundamental punto de apoyo en el sistema de la participación indirecta, establecido a partir del artículo 23 de la CE⁸⁴, apartado 1, con el ámbito y en los términos que la jurisprudencia constitucional ha ido clarificando. Ante todo, se trata, en cuanto a su ámbito, de la representación política. La participación indirecta, a tenor del precepto, es la que otorga al ciudadano y se instrumenta «por medio de representantes libremente elegidos en elecciones periódicas por sufragio universal». Como señala la STC 23/1984, de 20 de febrero, «se refiere a los cargos públicos de representación política, que son los que correspon-

⁸⁴ F. GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Madrid, 1980, pp. 298-299. E. GARCÍA TREVIANO: «Consideraciones en torno al derecho de igualdad en el acceso a la función pública», *Revista de Administración Pública*, núm. 121, 1990, pp. 247 y ss. M. PULIDO QUECEDO: *El acceso a los cargos y funciones públicas. Un estudio del artículo 23.2 de la Constitución*, Madrid, 1992.

den al Estado y a los entes territoriales en que se organiza..., ya que el derecho que define el mencionado artículo 23.2 es un reflejo del Estado democrático en que —art. 1.2— la soberanía reside en el pueblo español, del que emanan todos los poderes del Estado».

A partir de esta concepción constitucional, la clave de la participación indirecta reside, desde luego, en que, como dice la STC 5/1983, de 4 de febrero, «*los representantes dan efectividad al derecho de los ciudadanos a participar...* y que la permanencia de los representantes depende de la voluntad de los electores»; es propio de la representación, añade la STC 10/1983, de 21 de febrero, en que «la voluntad del representante es la voluntad de los representados, en razón de la cual son imputados a éstos... los actos de aquél». En las entidades territoriales —no las corporaciones de Derecho público, que no tienen ese carácter, cuyos cargos quedan al margen del sistema de la representación política— la colectividad subyacente elige, pues, periódicamente a quienes, en su nombre, asumen el desempeño de las funciones públicas. El Estado y las Comunidades Autónomas tienen organizadas separadamente las funciones públicas de representación (Cortes, Parlamentos autonómicos) y de Gobierno y Administración de los intereses de la colectividad. Por ello, es la Asamblea representativa la que, actuando en nombre de la colectividad, usa de la confianza recibida para, a su vez, otorgarla a la persona que designa como Presidente del Gobierno, o el Consejo de Gobierno. En las entidades locales, en cambio, no se da una separación tan nítida entre representación y Administración; si bien el fenómeno de transmisión e individualización de la confianza viene a ser análogo, en favor del elegido por la Asamblea para el cargo de Presidente de la Diputación o Alcalde. Pero el sistema de la participación indirecta, en lo que concierne a las organizaciones administrativas, prolonga su eficacia más allá. Una vez que la Asamblea representativa ha conferido el encargo individual de Gobierno a la persona del Presidente, el designado, a su vez, hace uso de la confianza recibida, incorporando a otros con los que, aunque en planos distintos, compartirá la responsabilidad de gobernar asumida. Se genera, de este modo, una cadena de nombramientos más o menos larga, que arranca de la cúspide y ocupa el espacio inmediato de la estructura administrativa. En ese espacio si sitúa uno de los tipos de empleo público: aquél que toma como fundamento la posesión de una confianza de la colectividad: bien *originaria*, como ocurre en los cargos electivos que la reciben en cada elección; bien *derivada*, esto es, otorgada a partir de la originaria, por quienes gozan de ésta o traen causa de ella.

El artículo 23.1, al referirse a la participación indirecta, está, pues, proporcionando un fundamento constitucional a una de las modalidades de empleo público. La otra se encuentra en el artículo 103.3. Con-

vendrá señalar que existe un precepto, el apartado 2 del artículo 23, que contempla con carácter general el acceso a las funciones y cargos públicos; como una especificación del mismo, el artículo 103.3 recoge el supuesto de desempeño de cargos públicos con carácter profesional. La generalidad, la visión de conjunto del empleo público que contiene aquel apartado 2, quedará subrayada en la discusión parlamentaria que precede a su aprobación. La Ponencia había propuesto introducir en el texto de este 23.2 el requisito del mérito para el acceso a las funciones y cargos públicos; según la redacción proyectada, los ciudadanos «tienen derecho a acceder en condiciones de igualdad a las funciones y cargos públicos, según su mérito y capacidad, con los requisitos que señalen las leyes». La eliminación del criterio del mérito permite incluir en el supuesto de hecho todas las variedades de acceso a los cargos públicos. Así, desde luego, la propia de los cargos representativos; es decir, la vía electoral, que exige igualdad entre los aspirantes pero que ha de ser ajena al sistema de mérito. Pero también, como queda claro en el debate, la propia de «determinados cargos de designación o confianza en el apartado burocrático del Estado». Es decir, la de aquéllos que, coparticipando de la confianza política otorgada a la cúspide del ejecutivo, se integran en las Administraciones Públicas y comparten con aquél el ejercicio de las tareas de dirección de la organización. El criterio del mérito desaparece, pues, del artículo 23.2 y pasa a integrarse en el artículo 103.3 que, contempla el empleo público como profesión.

Ciertamente, tanto el TC como el TS han entendido que el artículo 23.2 contempla el acceso a cargos públicos de representación política. Resume la doctrina sentada la STS de 18 de diciembre de 1990, que enjuicia la demanda de anulación de unas oposiciones para el ingreso en una Escala de Funcionarios. Razona así: «entiende la parte actora que se ha vulnerado el artículo 23.2 de la Constitución y a este respecto hay que tener en cuenta, como declara el Tribunal Constitucional y el Tribunal Supremo, que el precepto se refiere al derecho de acceso de los ciudadanos a la función pública en condiciones de igualdad, con los requisitos señalados en las leyes, pero concretando a los cargos públicos de representación política...». A pesar de ello, parece que con carácter general es razonable la conexión que entre el 23.2 y el 103.3 establece, entre otras, la STS de 11 de marzo de 1986: «la supuesta inadmisibilidad del recurso por cuanto que el artículo 23.2 de la Constitución no haga referencia a la función pública profesional, sino a los cargos públicos, no puede ser tomada en consideración, por cuanto a dicho precepto vienen anexionados los principios de mérito y capacidad por su mandato final en los términos de “con los requisitos que señalen las leyes”, que incorpora por sí solo la garantía del artículo 23.2 el contenido del artículo 103 de la Constitución».

- b) Las situaciones de supremacía basadas en la confianza: la sede que les es propia

El Derecho público dibuja los rasgos de esta relación de confianza al configurar paulatinamente al Parlamento como institución política que ostenta la primacía que deriva de su condición de institución representativa de la Nación, otorgándole competencias de la mayor trascendencia con virtualidad bastante para dejar el ejecutivo en posición subordinada. Esa primacía adquiere un contenido y consecuencias específicas en aquellos regímenes en que además el Parlamento otorga o retira su confianza al Presidente del Gobierno a tenor de la gestión programada o realizada por el mismo.

Al incardinarse en la organización administrativa del Estado determinadas colectividades sociales, el principio democrático incide sobre la estructura interna de la institución en que logran su expresión jurídica. La Constitución señala al respecto el obligado acatamiento al postulado democrático en «la estructura interna y funcionamiento» de las organizaciones profesionales y económicas (arts. 6, 36 y 52), así como el gobierno de las entidades que constituyen la Administración Local (arts. 140 y 141); en general, la legalidad ordinaria recoge también ese principio para otros supuestos de entidades de base asociativa o corporativa. La consecuencia es que en estos casos existe un órgano en que encarna la soberanía de la colectividad (Asamblea representativa, Ayuntamiento, Pleno, etc.) y otros que se colocan en una determinada situación de dependencia frente al mismo. Pero esta situación de dependencia no responde, en general, al contenido y caracteres de la jerarquía. En la medida en que la Asamblea es portadora de la representación directa de la colectividad, asume en nombre de ella las competencias decisorias de mayor significación, y de ese modo predetermina y condiciona las competencias de los otros órganos, los que aparecen por ello realizando una gestión subordinada a la voluntad de la Asamblea. Es, pues, el *carácter representativo del órgano dominante* y de las competencias que ejerce las que le colocan en una particular situación de supremacía. Situación que se refuerza cuando, como ocurre en las entidades locales, es la Asamblea o Pleno la que, mediante elección, otorga o retira legitimación a uno de sus miembros para que acceda al cargo de Alcalde o Presidente. Pese a que la jurisprudencia haya sentado, en reiteradas ocasiones, la regla de mutua independencia de los organismos municipales (Pleno, Comisión de Gobierno, Alcalde) en el ejercicio de las competencias que la legalidad atribuye a cada uno, es claro que en este y otros supuestos semejantes la Asamblea representativa queda colocada en posición de supremacía, y esa posición queda asegurada por diversas técnicas jurídicas.

- c) La sustantivación del estrato directivo basado en la confianza política a partir del núcleo de confianza originaria

La CE lleva a cabo, en el esquema de ordenación adoptado, una sustantivación, en el seno de la burocracia, de dos estratos bien diferenciados: por una parte, el que se aglutina en torno a la confianza que ha recibido de la cúspide; por otra, el que accede a las funciones públicas en base al mérito personal, y en consideración al mismo sigue ejerciendo funciones públicas. Se configura, en efecto, una línea de mando que incluye a una parte de la clase política y a grupos profesionales característicos. Desde luego, el partido o partidos políticos depositarios de la confianza política recibida en el lance electoral, copan con sus efectivos la línea de mando⁸⁵. Se trata de asegurar la ejecución del programa de gobierno propuesto a los electores. Resulta claro, aunque se haya de notar solamente de pasada, que las elecciones pueden llegar a mutar la legitimación racional en carismática; o, al menos, proporcionarle una dosis de ésta última. A partir de ahí, los hechos nos están evidenciando un ensanchamiento paulatino de la noción, largamente indefinida, de «alto cargo» y la marginación expresa y paulatina del funcionariado. La primera, por ejemplo, se aplica ahora de hecho o de derecho desde el nivel del Director General, en el Estado o en las Comunidades Autónomas, o de los Delegados Provinciales de Servicios, en unas y en otras. A partir de ahí, hacia arriba, se instala el empleo basado en la confianza política, que va haciendo suya la línea de mando.

Ciertamente, los partidos políticos actuales tienen un déficit, más o menos amplio según los casos, en punto a los equipos de formulación de políticas administrativas concretas. De ahí la presencia de profesionales que se reclutan de modo intermitente o que pasan a ocupar determinados cargos directivos, aunque no cuenten con afiliación política. Se observa, además, que existe un marco de desenvolvimiento de una carrera, que a veces tiene ya un carácter profesional, trazada mediante un gradiente de altos cargos o de representación política. Incluso, el Derecho positivo está ahora atendiendo a trazar un sistema retributivo y de Seguridad Social que acerca el ejercicio de esta profesión a la propiamente funcional; al menos, en lo que se refiere a lo que, en un plano genérico, podríamos caracterizar como relación de servicio. Junto a la clase estrictamente política, la línea de mando cuenta, pues, con un staff que queda constituido, frecuentemente, por profesionales cuya promoción personal no está relacionada con el ascenso

⁸⁵ Frente al funcionariado de carrera se producirá aquí la distinción de M. GARCÍA PELAYO, entre tecnestructura y buroestructura, en *Burocracia y Tecnoestructura*, Madrid, 1974, pp. 62 y ss.

en una escala administrativa; ese ascenso depende de un prestigio propio, logrado frecuentemente fuera de la Administración. En base a ese fundamento, común a todos los que desempeñan estos cargos, se genera una coherencia interna del colectivo. Tal coherencia se sostiene, además, sobre una lealtad personal. Tal lealtad permite, en último término, hacer frente a una específica responsabilidad, la responsabilidad política, que se hará efectiva ante quien otorgó aquella confianza originaria, por parte de quienes la recibieron. *Confianza y responsabilidad* compartidas, y *lealtad personal*, son los tres rasgos configuradores de este colectivo. La coherencia se sostiene, pues, mediante una exigencia de lealtad personal que no es de razón cuando se trata del empleo público como carrera. En éste, la fidelidad se presta a la legalidad; en el empleo de confianza, además, a la persona o personas de quienes se depende. Precisamente, este rasgo diferencial constituye, en la práctica, uno de los de más difícil mantenimiento, sobre todo en las organizaciones administrativas de menor tamaño. El vínculo, pues, se subjetiva, en el empleo de confianza —vínculos funcionales apoyados en relaciones *intuitu personae*— en tanto que se objetiva en el campo del empleo profesional, en el sistema del mérito. De ahí que aquella relación de empleo público quede siempre pendiente, en su subsistencia, de la continuidad de la confianza otorgada: el cese no precisa otra justificación que la de la pérdida de la confianza en la persona del titular de esta clase de empleo público.

La coherencia lo es, sobre todo, de actitudes, y deriva del respaldo otorgado por el partido o partidos políticos ganadores de la elección. Los elegidos, porque figuraron en las listas propuestas por el partido al electorado; los después designados, porque pasan a compartir la responsabilidad adquirida por el partido gobernante. La ruptura de esa coherencia, mediante la transgresión o desaparición de la lealtad personal o de la confianza depositada en cada uno, plantea una problemática a la que el Derecho positivo y la jurisprudencia han debido de atender. La confianza ha sido otorgada con una concreta finalidad: la de que, quienes la reciben, asuman las tareas de dirección de la organización administrativa. El empleo basado en la confianza puede, entonces, definirse como aquel colectivo que se integra en una organización administrativa para asumir las tareas inherentes a la dirección de la misma: unos la ejercen, otros apoyan de modo directo dicho ejercicio. Dichas tareas son también el ámbito de exigencia de la responsabilidad política que asume. La función delimita el ámbito del empleo de confianza. En principio, se habría de referir a los niveles más altos de la organización; esto es, aquéllos en que han de adoptarse las decisiones sobre las que se proyecta y va cobrando realidad el programa o conjunto de determinaciones que mueven al equilibrio de Gobierno de la entidad. En esos niveles quedarían incardinadas las funciones que

la teoría incluye como *directivas*. La ya notada fragmentación de la estructura diversifica, sin embargo, el empleo de confianza, anidando en diversos eslabones, no continuos, en los que se concentra un resorte de decisión o de responsabilidad.

2. *El ámbito abarcado por el empleo público de confianza y las relaciones con el empleo fundado en el mérito*

a) Los vigentes criterios delimitadores de su ámbito

El Derecho positivo viene conjugando criterios nada precisos para marcar el ámbito abarcado por el empleo basado en la confianza política. Por una parte, uno formal y negativo; por otra, el de carácter sustancial, cifrado en el carácter *directivo* de las funciones atribuidas al puesto o la *especial responsabilidad* que asume quien lo desempeña. El primero de estos criterios viene formulado en el sentido de que el empleo de confianza abarca todos los puestos de trabajo de las Administraciones Públicas *no reservados* a sus funcionarios y trabajadores. Se trata, por ello, de empleos que no figuran en la correspondiente relación de puestos de trabajo. Resulta claro, sin embargo, que en esta relación quedan también incluidos puestos cuya designación es libre y, por consiguiente, esa designación depende, en mayor o menor grado, de la confianza que la autoridad designante deposita en el funcionario designado; la permanencia en el puesto depende igualmente del mantenimiento de esa confianza, que es la causa del nombramiento y del cese.

La evolución expansiva del sistema de la confianza, frente al del mérito, viene apoyada en este criterio delimitador, puramente negativo; pero, sobre todo, en la amplitud que se viene otorgando a los criterios sustanciales. La legalidad funcional vincula el sistema de libre designación para cargos a la *naturaleza de las funciones* atribuidas al puesto de que se trate. Esta cláusula legal se viene a identificar, por lo común, con *funciones directivas*. Y es en esta identificación donde se generan determinados equívocos. Así, en primer lugar, habría que distinguir entre unas funciones directivas y otras, cualquiera que sea la noción que se maneje de ellas. Es evidente, por ejemplo, que la función de control ha de ejercerse, precisamente, por aquéllos cuyo nombramiento y cese no depende de la confianza de las autoridades a que ha de controlar: es que la propia posibilidad de control se desvanece. Y, en general, es difícil sostener que haya de basarse en la confianza del superior el vínculo de quien ha de realizar en la organización un trabajo que implique una aportación diferenciada, distinta, de la del que le nombra; así, por ejemplo, cuando la norma proporciona un valor

jurídico propio a esa aportación: la expresión de un parecer o una voluntad propia y distinta, que suponga una contribución necesaria a la decisión que se adopte. Es decir, una aportación a la organización que constituya una tarea diferenciada (no hace falta que sea contrapuesta, sino simplemente distinta) de las de ejecución de la voluntad del superior designante. La confianza otorgada, que puede retirarse en cualquier momento, neutraliza la posibilidad real de esa aportación personal requerida por el ordenamiento.

Ocurre lo mismo cuando se maneja el otro criterio sustancial, el de la *responsabilidad*. Sería preciso distinguir aquí de qué tipo de responsabilidad se trata, y no sólo de que sea «alta» o «especial», que son los vocablos que emplea el Derecho positivo. Así, puede ser una responsabilidad personal, propia, y de este modo exigida por las normas; o, por el contrario, trasladable de hecho o de derecho al superior de quien se depende. Desde otro punto de vista, habría que separar los supuestos en que el titular de un cargo responde de la ejecución, en su esfera, de un concreto programa de Gobierno; o, por el contrario, su responsabilidad se centra en los fines permanentes de la institución. La responsabilidad personal, como la referida a fines u objetivos permanentes, habría de quedar al margen de la confianza, a otorgar o denegar, de la autoridad temporal que ha asumido el concreto programa de gobierno, porque se corre el riesgo de confundir ese programa con los fines permanentes. En la práctica, tanto este criterio de la responsabilidad como el de las funciones directivas, desembocan en uno bastante más simple: el del *nivel* que los puestos tengan asignado en la organización. Los niveles superiores, sea cual sea el contenido del puesto, se entregan al ámbito de la confianza pública.

De este modo, se van soslayando exigencias elementales, algunas de ellas impuestas por la Constitución a las organizaciones administrativas. De ahí que se observe, en reformas llevadas a cabo en países de nuestro mismo sistema administrativo, una tendencia a extraer del ámbito del sistema de la confianza determinadas áreas de decisión, en las que la nueva ordenación pretende asegurar el principio de imparcialidad, liberándolas de toda presión que provenga de los equipos de gobierno. Así, por ejemplo, aquéllas en que se trata, ante todo, de la aplicación sistemática de la legalidad en vigor; aplicación que se ha de llevar a cabo en condiciones de objetividad e imparcialidad totales. No presenta ventaja alguna la presencia del empleo de confianza en temáticas como las de Administración personal (convocatorias para el acceso a la función pública, adjudicaciones de puestos), de selección de contratistas (de obras, servicios, suministros), otorgamiento de autorizaciones, gestión tributaria, etc. En cambio, las organizaciones administrativas asumen, con dicha presencia, un riesgo innecesario a la exigencia de objetividad, dada la tentación clientelar de las asociaciones

políticas; como el riesgo de decisiones carentes de una fundamentación legal o técnica adecuadas a decisiones administrativas en estas materias. Además, cuando la dirección de los ramos o sectores administrativos descansa sobre profesionales de la función pública, los servicios logran una continuidad y una acumulación de experiencia gestora; esa ventaja se pierde cuando la dirección propiamente administrativa es ocupada por el empleo de confianza, cuya presencia en la organización es esencialmente temporal.

En último término, cuando la clase política invade la gestión puramente administrativa (caso, por ejemplo, de los Concejales acogidos al régimen de dedicación exclusiva, que rebasan el ámbito funcional de la dirección superior e invaden las tareas estrictamente burocráticas), está adquiriendo unos riesgos impropios, sin la capacidad técnica conveniente. Y, al situarse en paralelo con el funcionariado, acaba perdiendo la posibilidad de crítica, control y reforma sobre el mismo.

- b) El doble sentido de los procesos de ósmosis: la exigencia de confianza a la élite profesional y el tránsito de ésta hacia el empleo basado en la confianza política

El ya aludido extravasamiento de la confianza, en cuanto fundamento del acceso a los puestos funcionariales de mayor nivel, implica en la práctica una quiebra del mayor alcance en el sistema del mérito. El desempeño de estos puestos —expresión de la culminación de una carrera profesional— no queda pendiente de las aptitudes y la experiencia profesional. Hace falta, además, la confianza personal del superior, que designa y destituye; y conlleva un añadido de lealtad a la persona del superior, distinta de la fidelidad a la función, que es la propia del funcionario ⁸⁶.

Este deslizamiento hacia abajo de la cadena de lealtades personales se ve favorecido por un doble impulso. Uno, que viene de las agrupaciones políticas, y que propende a la cobertura de un número amplio de puestos por parte de profesionales miembros del partido o integrantes de su clientela. En el mejor de los casos, se entiende que de ese modo se asegura para la dirección el componente ideológico del programa de gobierno. En el elemento burocrático, a su vez, se produce una evolución reciente, complementaria de la anterior. Dicha evolución responde a un impulso *igualitario* y *uniformista* que ha llevado a un achatamiento y pérdida de significación del colectivo funcional. El igualitarismo viene a ser una secuela de la situación inmedia-

⁸⁶ Un examen de la jurisprudencia en M. BEATO ESPEJO: «La libre designación a la luz de la doctrina jurisprudencial», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 56, Cívitas, 1987.

tamente anterior, dominada por los cuerpos de funcionarios poseedores de resortes de influencia; en su lugar, el sindicalismo funcional —aprovechando la presión de la base social— empuja hacia el *antielitismo*; esto es, contradecir y borrar una estructura social —la constituida por el empleo profesional— basada en un gradiente de aptitudes profesionales y titulaciones académicas. La consecuencia es la del abandono por parte de la burocracia de los niveles de decisión administrativa, de las situaciones de responsabilidad.

La estrechez creciente de la carrera funcional, en lo que atañe a las posibilidades de desenvolvimiento de su élite, constituye una razón más en favor de una vieja tendencia: la que lleva a la élite profesional a traspasar el umbral del funcionariado e instalarse en el estrato político. Este fenómeno constituye una constante en las organizaciones administrativas. A veces, se subraya este tránsito como muestra del poder real de la burocracia, de sus resortes de influencia, en lo que atañe a la función pública superior. No se suele insistir en un hecho trascendente: que entre éste y los rasgos complementarios que se han mencionado, el empleo profesional va quedando invertido; que las organizaciones administrativas españolas se quedan sin un estrato superior consolidado, que pudiera proporcionar una dirección de los servicios estable, profesional, suficientemente tecnificada ⁸⁷.

c) Claves de la relación entre el empleo de confianza y el basado en el mérito

Parece claro que, frente al colectivo de funcionarios de carrera, paulatinamente se observa que estos profesionales que acceden a la Administración, en base a la confianza política que se les otorga, realizan respecto del funcionariado de carrera estas cuatro tareas: primero, una formalización exhaustiva de los comportamientos asignados a dicho funcionariado; segundo, la reducción paulatina a la gestión rutinaria; tercero, le colocan en una situación de abdicación práctica de responsabilidades; cuarto, le van situando progresivamente en una situación colectiva de anomía, ya que le ponen delante de un problema de legitimación de los mandos intermedios ante la base funcional: en la medida en que esos mandos intermedios, aunque funcionarios de carrera, ocupan puestos de jefatura en base a la confianza que reciben de la línea de mando, sin una consideración generalizada de los méritos acumulados para el desempeño de dichas jefaturas.

⁸⁷ Está por hacer el análisis del impacto del sindicalismo funcional en el seno de las Administraciones Públicas. El encaje constitucional de la sindicación, en L. ORTEGA: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983. Desde la óptica de las relaciones colectivas, S. DEL REY: *Estado, sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, Madrid, 1986.

3. *La confianza como fundamento en el empleo laboral: la noción de alto cargo empresarial*

Esta misma dualidad se encuentra también en el mundo empresarial⁸⁸. El Derecho positivo distingue ya, con claridad, entre la relación laboral común y la relación laboral especial de alto cargo. Primeramente, es la propia jurisprudencia social la que, en los últimos treinta años, acaba configurando la noción de alto cargo laboral y considerándola como una relación laboral especial. Puede cifrarse el punto de partida de esta construcción jurídica en la Sentencia de 28 de febrero de 1962. En la misma prevalece la condición de empleado —y, por tanto, la extinción del contrato se somete a la legislación laboral estricta—, el caso de un empleado de banca que asciende y pasa a ser Director de sucursal de una provincia, accediendo después a la condición de Subdirector General. La tesis aparece ya reiterada en las *Sentencias de 23 de septiembre, 15 de noviembre y 10 de diciembre de 1982*; esta última recoge y relata los precedentes jurisprudenciales recaídos hasta la fecha, con la de *13 de junio de 1983*. Todo ello, por citar las afirmaciones jurisprudenciales que preceden a la norma ordenadora, que es el *Real Decreto 1382/1985, de 1 de agosto*. La jurisprudencia recaída después aporta algunas precisiones adicionales sobre el perfil del «alto cargo laboral». Así, la distinción entre funciones genéricamente directivas y las propias de la «alta dirección» de la empresa. Dicha distinción aparece, sobre todo, en la de *24 de enero de 1990*. Es ella expresiva de que no todo directivo de una empresa puede ser incluido en el personal de la alta dirección; que no basta con ocupar cargos de mando ni tener la facultad de impartir órdenes y adoptar decisiones en la esfera de actuación de la empresa. Del mismo tenor es la *Sentencia de 13 de marzo de 1990*, para la que resulta necesario distinguir el ámbito propio de unas funciones directivas comunes, con las propias de la alta dirección. En la de *11 de junio de 1990* se afronta la situación del actor, que desempeña un puesto gerencial, apoyado en la responsabilidad y confianza que le otorga la empresa; pero el análisis material de las facultades que le han sido otorgadas revela que son parciales y limitadas, no conectadas a los objetivos generales de la empresa, y, por ello, no cabe confundir el ejercicio de esas funciones directivas con la alta dirección propiamente dicha.

⁸⁸ E. BORRAJO DACRUZ: *Altos cargos laborales*, Madrid, 1984; T. SALA FRANCO: *La relación laboral de los altos cargos directivos de las empresas*, Bilbao, 1990; M. IGLESIAS CABERO: *Relación laboral de carácter especial del personal de alta dirección*, Madrid, 1991; *El Estatuto de los Trabajadores* (comentario dirigido por E. Borrajo), tomo II, vol. I, Madrid, 1987; G. VIDAL CARUANA: «El alto directivo y su relación laboral», en el volumen colectivo *El cambio laboral en la década de los 90*, Madrid, 1991.

Sobre este criterio distintivo se observa, además, un avance en el sentido de añadir caracteres positivos propios de la alta dirección. Así, en la *Sentencia de 17 de marzo de 1988* se examina si los poderes otorgados al actor suponen un ejercicio efectivo de los mismos y si, además, son o no de carácter sectorial. Se trata de nuclear la alta dirección en el sentido de que el titular de la misma tiene aptitud para tomar decisiones en actos fundamentales de gestión, propios de la actividad empresarial. En la misma línea, la *Sentencia de 24 de enero de 1990* trata de deslindar las facultades que efectivamente se ejercen, relativas al mando en la empresa, de lo que es propio de la alta dirección: la capacidad de llevar a cabo actos y negocios jurídicos en nombre de la empresa y realizar actos de disposición patrimonial, teniendo la facultad de obligar a ésta frente a terceros. Se insiste, pues, en que el alto cargo se singulariza porque tiene aptitud para tomar decisiones, y esas decisiones vienen referidas a actos fundamentales, generales, de gestión de la actividad empresarial, de suerte que obligan a la propia empresa. En este sentido, la *Sentencia de 11 de julio de 1990*, una vez que identifica «poderes con facultades», exige que la amplitud de las mismas llegue a la atribución personal de decisiones que pudieran abarcar el entero giro o tráfico de la empresa; de ahí que aparte de la condición de alto cargo a quien ocupa un segundo escalón de mando en la empresa. La *Sentencia de 2 de enero de 1991*, en fin, recoge este rasgo en el sentido de que es necesaria la participación en la toma de decisiones en actos fundamentales de gestión de la actividad empresarial. De lo que se desprende que, como primer rasgo, la alta dirección se cualifica, en el entorno del ejercicio de funciones directivas, por su capacidad para tomar decisiones; lo que aparta del supuesto todos aquellos casos en los que no se tomen decisiones, no se realicen declaraciones de voluntad sin condicionamiento de los superiores, sino que se realicen meramente propuestas o una simple gestión subordinada. El núcleo elemental de la alta dirección está, como no podía ser menos, en la aptitud para tomar decisiones, decisiones que afecten al núcleo fundamental de la empresa.

En segundo lugar, se ha de tratar de decisiones que supongan la aptitud para subrogarse o sustituir a los órganos de gobierno de la empresa. Así se resalta en las *Sentencias de 11 de marzo y 26 de junio de 1989*. Según esta última, no es alto cargo quien no ha ejercido poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa. Lo que reiteran las de *10 de noviembre de 1989 y 24 de enero de 1990*. En todas las citadas se pone de relieve esta idea de sustitución de los órganos decisorios de la empresa, expresada en una vinculación exclusiva y directa a los órganos superiores de gobierno y administración de la entidad, por parte del alto cargo; es este tipo específico de vinculación el que permite al alto cargo poner su voluntad y hacerla valer como voluntad de

la otra persona, la empresa. Así, en la *Sentencia de 6 de octubre de 1990*, que exige el ejercicio de poderes inherentes a la titularidad jurídica de la empresa; es decir, subrogarse en el ejercicio de esas facultades, sustituir, con la voluntad propia, la voluntad de los órganos decisorios de la empresa.

En último término, la norma y la jurisprudencia, esta última tras un largo recorrido, toman como punto de partida la nota de una recíproca confianza entre trabajador y empleador, como distintiva de esta relación jurídica especial. La presencia de *la confianza* es dato que está en el fondo de un conjunto de relaciones jurídicas; en nuestro caso, está claro que, por parte de la empresa, la relación de alto cargo se entabla cuando se tiene, en un trabajador determinado, un plus de confianza; confianza es lo que se espera de una persona, la seguridad sobre el modo de su conducta futura; se cree en ella porque se conoce de antemano cómo se comportará, y se sabe que lo hará leal y eficazmente; por ello se deja a su cuidado algo propio del que confía, del que otorga la confianza. De esta nota de la confianza deriva el ordenamiento al modo de ejercicio de las funciones de alta dirección: la autonomía para decidir y la delegación u otorgamiento de una parcela de responsabilidad personal, referida a la esfera jurídica propia de la empresa y ajena al que actúa, propia del que confía en el trabajador.

B) LA RELACIÓN DE AUTORIDAD BASADA EN EL MÉRITO, EN CUANTO RECESIVO DEL SISTEMA DE LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA

1. *Jerarquía administrativa y principio del mérito: el significado organizatorio del mérito en la actualidad*

La noción objetivada de la jerarquía administrativa descansa, desde que culmina su configuración, en el empleo público logrado con arreglo al principio del mérito. Reducido, en la actualidad, el ámbito de este tipo de empleo público, resulta necesario señalar, además, los factores que le están llevando a la condición de una especie de *recesivo* del sistema de la jerarquía administrativa. Desde luego, parece claro que en la mencionada formación objetivada la jerarquía gravita sobre la noción del mérito: el superior está legitimado para serlo en atención al mérito que posee y le ha sido debidamente reconocido. Concebida la carrera del funcionario como un gradiente de situaciones personales ascendentes, las mismas han de llevar consigo el gradiente correlativo de posiciones de mando en la organización. Los méritos que se van adquiriendo permiten, pues, el reconocimiento de los inferiores y, como consecuencia, la prestación de la obediencia jerárquica. Sin embargo, la situación presente dista de contar con un esquema que

permita el funcionamiento adecuado. Tres problemas asedian y están ocluyendo muchas de las posibilidades de futuro de la jerarquía basada en el mérito: 1.º la desvirtuación progresiva de la propia noción del mérito, en su proyección sobre la carrera administrativa; 2.º la formalización exhaustiva de la relación de mando, con la eliminación práctica de la responsabilidad funcional; 3.º la pérdida de contenidos propios y diferenciales por parte del vínculo estatutario basado en el mérito.

Por lo que hace al primero de ellos, la noción es fruto de una coyuntura histórica determinada, y la misma ha influido de modo decisivo en su suerte última. El principio del mérito nace como un ariete frente a la arbitrariedad en el acceso al empleo público. Desde la Declaración de Derechos del Hombre y el Ciudadano, en 1789, hasta la Constitución nuestra de 1978, se estructura como un derecho que tiene el ciudadano a acceder a las funciones públicas en condiciones de igualdad; derecho que se hace efectivo en concurrencia con otros aspirantes, resolviéndose la competencia con arreglo a los méritos con que cuenta cada uno. El énfasis del principio constitucional ha quedado, por ello, ceñido al inicio de la carrera funcional. Aun así, es palpable que el desarrollo del principio ha quedado pendiente de las claves de entendimiento de la función pública profesional en su concepción más clásica.

Tal y como puede observarse en la realidad jurídica presente, el valor organizatorio del principio del mérito —contemplado desde la óptica de la jerarquía administrativa— aparece muy limitado por tres razones fundamentales. En primer lugar, la expresión «mérito» se ha construido, desde luego, desde una perspectiva objetivada. El mérito, en la legalidad y la práctica funcionariales, no es algo inherente a la personalidad de cada uno; muy al contrario, es un *añadido* que, mediante el esfuerzo individual (estudios que den una capacitación teórica, en algún caso la experiencia) se logra constituyendo una especie de patrimonio de teoría que puede llegar a diferenciar a unos de otros. Ese *añadido* de conocimientos, y en algún caso de experiencia, se diferencia del requisito de *capacidad*, cifrada en un grado de aptitud personal exigida a los aspirantes al desempeño de la función pública. No obstante, todo lo que constituyen cualidades personales —tanto «innatas» como adquiridas— queda al margen del mérito, en cuanto objeto u objetos añadidos, en cuanto «patrimonio» personal.

La reciente STS de 23 de mayo de 1992 afronta un caso verdaderamente límite: el de la condición de «jurista de reconocida competencia», estipulado como requisito para el acceso a la judicatura. En las concepciones predominantes se ha distinguido entre *mérito* —el añadido de conocimientos y experiencia con que cuenta el aspirante— y *capacidad* —requisitos de aptitud personal— y la Sala se ve en la ne-

cesidad de separar uno y otra, a pesar de la dificultad: «la condición o cualidad de “jurista de reconocida competencia” ofrece una naturaleza bifronte, en cuanto que... hace referencia a la capacidad específica para ingresar en la Carrera Judicial por esta vía excepcional... y, de otra, entraña un contenido de mérito revelador de la aptitud necesaria para el desempeño del cargo judicial... junto a un componente de conocimientos y experiencias técnico-jurídicos, integra un claro contenido de valores ético-sociales y de prestigio...». Junto a ésta, otras Sentencias han debido dejar al margen de la noción del mérito todo cuanto es o como es la persona del aspirante, como ocurre con la descalificación de la denominada «tacha psicológica»; a lo sumo, la aptitud psicológica podrá ser tenida en cuenta en casos de excepción, como es el del acceso a la condición de policía ⁸⁹.

El paradigma de la objetivación nos muestra, así, las limitaciones de concepción del sistema del mérito. Partiendo de la clave constitucional de la igualdad, queda fuera de toda consideración la persona del aspirante, en sí misma considerada; las cualidades que le son inherentes, que no han sido adquiridas mediante el consiguiente esfuerzo de capacitación. Sólo una concepción más abierta del mérito, con una radicación del mismo más cercana al entorno de la personalidad individual, permitiría ir superando la situación presente en lo que concierne a la jerarquía administrativa basada en el mérito: *mérito personal e idoneidad* para el ejercicio del cargo se irían aproximando. Son de añadir, no obstante, algunas otras consideraciones. Así, el mérito se configura en los sistemas de selección del funcionariado de acuerdo con la concepción tradicional de la Función Pública. La edad y configuración vital de las personas entre las que se produce la selección responde a la vieja idea de una vinculación perpetua, establecida desde el principio, entre la persona y la Administración. Por ello se convoca a los que aún tienen mentalidad escolar y solamente conocimientos teóricos; se desdeña la especialización, porque se entiende que será adquirida con el desempeño del puesto. De ahí que el sistema universalmente admitido, entre nosotros, sea la oposición, entendida como competencia entre los aspirantes en torno a un programa de teoría, con una demostración ante el tribunal, en un momento determinado, de la posesión de los conocimientos teóricos exigidos. Se confía, además que la experiencia adquirida en los años de servicio proporcione un plus de formación. Una formación técnica diferenciada e incluso una ulterior especialización en el desempeño de saberes y ciencias determinadas e imprescindibles no ha sido contemplada como una exigencia del sistema. De ahí que, en una Administración progresivamente tecnificada, el mé-

⁸⁹ El punto de vista jurisprudencial, en J. A. TARDÍO PATO: *Control jurisdiccional de concursos de méritos, oposiciones y exámenes académicos*, Madrid, 1986.

rito tenga mucho menos sentido, si se exige en el acceso al funcionariado, en la noción expuesta ⁹⁰.

Si del momento en que se accede a la Función Pública pasamos al desarrollo de la denominada carrera administrativa, las dificultades actuales del sistema del mérito son bastante mayores. No hay todavía un modo satisfactorio y objetivado de ganar méritos y acreditarlos, una vez que el funcionario ha superado el procedimiento de ingreso en el empleo público. No hay, pues, una manera de vincular de modo efectivo el mérito y la carrera funcionarial, entendida como un desempeño en sentido ascendente de los puestos que lleven consigo la dirección del trabajo de un grupo y la asunción de la responsabilidad consiguiente. La Administración no tiene a punto mecanismos suficientes de formación y perfeccionamiento de sus funcionarios, así como de control de los resultados individuales alcanzados en el desempeño de los distintos puestos. La inanidad real del sistema del mérito tiene consecuencias negativas muy profundas sobre la clave jerárquica de la organización administrativa; la jerarquía exige, en este sistema, que quien asciende a posiciones de superioridad lo haga en virtud de un mérito reconocido y aceptado como tal por todos los que, pudiendo ascender mañana, hoy han de acatar las decisiones del ahora ascendido. Y, por supuesto, en base a un sistema de méritos que permita decantar la idoneidad para el cargo del designado para su desempeño ⁹¹.

C) LA CONSOLIDACIÓN DE LA RELACIÓN COMÚN O GENERAL DE EMPLEO BAJO EL ESQUEMA DE LA CONTRAPOSICIÓN DE INTERESES

1. *Evolución de su significado*

En el esquema weberiano la ordenación del personal constituye el elemento básico para el correcto funcionamiento del sistema; tanta importancia tiene que, hasta hace bien poco tiempo, el término abstracto, *organización*, ni siquiera se menciona porque lo que cuenta es la *burocracia*, el elemento personal. El enfoque del mismo cuenta con la reducción de los individuos a un actuar mecánico; y la evolución tiende a reflejar, a nivel de la realidad, la situación personal desentendida y alienada que las organizaciones, públicas y privadas, parecían necesitar para su correcto funcionamiento. Se comprende entonces que el

⁹⁰ Véase J. MORALES MARÍN: *Los sistemas de formación de los funcionarios públicos*, Madrid, 1962; A. ARMANDO PENNA: *La función pública española y el sistema de reclutamiento de Administradores Generales*, Madrid, 1977; J. JUNQUERA GONZÁLEZ: *La crisis de las oposiciones*, Madrid, 1972. La evolución en R. JIMÉNEZ ASENSIO: *Políticas de selección en la Función Pública española (1808-1978)*, Madrid, 1989.

⁹¹ Véase el núm. 210-211 (mayo-septiembre de 1987) de esta *Revista*, que dirige y coordina R. Parada Vázquez, dedicado a la carrera funcionarial.

progreso, en la ordenación de las relaciones de empleo, se dirija hacia una formalización jurídica de los derechos y las obligaciones que ambas partes, empleador y empleados, asumen frente a frente. Dicha formalización, en sí misma considerada, tiene como efecto añadido el proporcionar la seguridad jurídica conveniente al vínculo.

Lo trascendente es, sin embargo, a nuestros efectos, el sentido mismo que el propio vínculo conlleva. Tanto si estamos ante el contrato de trabajo⁹² como si lo que se contempla es el denominado vínculo *estatutario*⁹³, propio del funcionariado, en uno y otro supuesto el esquema de ordenación acaba siendo el mismo: el que es propio de una situación de intereses que aparecen contrapuestos. No podía ser de otro modo. La ordenación de las instituciones, tanto en el Derecho público como en el privado, se ha venido realizando desde una óptica que sólo permite apreciar las situaciones en que los intereses de cada sujeto están en *posición contrapuesta*, de mutua oposición entre sí. El paradigma de los intereses contrapuestos ha estado omnipresente en la ordenación de las instituciones durante largo tiempo, no dejando margen para la apreciación de cualquier evidencia distinta, que proporcionara una base de configuración a aquéllas. Se explica entonces que pueda llegar a afirmarse que todo «juicio jurídico» —expresión empleada por CARNELUTTI— implica una valoración de las conductas que los sujetos adoptan en torno a las situaciones de conflicto entre sus intereses y los de otro u otros. No hay, seguramente, una institución que refleje con mayor nitidez el paradigma de la contraposición de intereses que la del contrato, tal y como se elabora en las fuentes romanas y en los sistemas jurídicos que se inspiran en ellas. En el contrato, se dice, se crea una contraposición de intereses que da vida a una dinámica en la que cada parte encuentra su satisfacción en el interés de la otra⁹⁴.

La consecuencia de este planteamiento de la relación acaba siendo cada vez más nítida: en el seno de las organizaciones públicas y privadas, cada una de las partes —empleador y empleados— es portado-

⁹² «Sería perfectamente posible contemplar el doble desarrollo estatal y paccionado del Derecho del Trabajo como una progresiva limitación de los poderes autoritarios del empresario sobre la relación de trabajo y, consiguientemente, sobre el trabajador mismo» (M. ALONSO OLEA: *Introducción al Derecho del Trabajo*, Madrid, 1963, p. 103).

⁹³ A. NIETO: «Los derechos adquiridos de los funcionarios», *Revista de Administración Pública*, núm. 39, Madrid, 1962; L. ORTEGA ALVAREZ: *Los derechos sindicales de los funcionarios públicos*, Madrid, 1983; R. GARCÍA MACHO: *Las relaciones especiales de sujeción en la Constitución española*, Madrid, 1992.

⁹⁴ Expresivamente, L. DUGUIT: *Las transformaciones del Derecho*, trad. esp., Buenos Aires, 1975, pp. 22 y ss. J. PUIG BRUTAU se ha referido, como «deformaciones de la noción de contrato» a los acuerdos entre partes cuyas posiciones no sean contrapuestas (*Fundamentos de Derecho Civil*, tomo II, vol. I, Barcelona, 1954, pp. 38 y ss.). La generalización del paradigma de la contraposición de intereses, llevándolo a la definición de relación jurídica, es hoy bastante común; véase, por ejemplo, la de P. RESCIGNO: *Manuale del Diritto Privato Italiano*, cit., pp. 223 y ss.

ra de un interés propio y distinto; y cada interés tiende, en un plano institucional, a encontrar su satisfacción a costa del correlativo sacrificio del interés de que es portadora la otra parte. Lo que significa, a nuestros efectos, que es la Administración, como el empresario, quien es portador y tiene la disponibilidad, que hace suyos, los objetivos de la organización en cuanto tal⁹⁵. Hay, en este fenómeno de disociación y contraposición de intereses, un factor que en seguida toma el carácter de decisivo; es el de la responsabilidad personal que en cada estrato se asume. La evolución del régimen funcionarial tiende a la consolidación de un sistema en el que al funcionario sólo se le puede exigir responsabilidad administrativa cuando infringe, con su conducta, el ordenamiento jurídico aplicable; y, además, el sistema de exigencia se considera incardinado en el orden punitivo del Estado: la aspiración, ya desde luego lograda, radica en asimilar el procedimiento disciplinario al proceso penal (imparcialidad rigurosa en el Instructor, ritualización de los trámites para el logro de plenas garantías; y, por otra parte, la infracción disciplinaria y su sanción quedan modeladas por la teoría del delito y la pena⁹⁶. Esto quiere significar que, en un plano general, el funcionario de carrera queda indemne ante los déficits o fracasos de la gestión administrativa. Como tampoco será suyo, en principio, el éxito. En el estrato político, la incidencia del éxito o fracaso, en la esfera personal de sus elementos, se irá haciendo cada vez más transparente. Es decir, la responsabilidad personal —que se expresa en el cese o en el acceso a otros cargos— va ligada a la suerte que corra la gestión encomendada.

Un camino paralelo ha seguido el contrato de trabajo; de ahí que acabe desembocando en una especificación minuciosa de los derechos y obligaciones de cada una de las partes. Las ordenanzas laborales y los convenios colectivos terminan por definir al detalle el régimen del personal y la carrera profesional, clasificada y categorizada adecuadamente. En lo que se refiere a la contraposición de intereses, la evolución se clarifica, incluso, al bascular la ordenación sobre el requisito de la *buena fe contractual*, que exige a ambas partes el Estatuto de los Trabajadores, desterrando definitivamente toda huella de la exigencia de *fidelidad*⁹⁷. Ciertamente, con la misma no habría llegado la legali-

⁹⁵ El movimiento paralelo de concentración de la responsabilidad en la cúspide, en lo que concierne a las Sociedades Mercantiles, en los artículos 133 y concordantes de la Ley de Sociedades Anónimas.

⁹⁶ Véanse los trabajos recientes de J. SUAY RINCÓN: *Sanciones administrativas*, Madrid, 1989, y «La discutible vigencia de los principios de imparcialidad y de contradicción en el procedimiento administrativo sancionador», en *Revista de Administración Pública*, núm. 123, 1990; F. CASTILLO BLANCO: *Función pública y poder disciplinario del Estado*, Madrid, 1992.

⁹⁷ Vid. A. MARTÍN VALVERDE: «Ideologías jurídicas y contrato de trabajo», en el volumen colectivo del mismo título, Sevilla, 1978. También el volumen colectivo dirigido por J. APARCIO y BAYLOS: *Autoridad y democracia en la empresa*, Valladolid, 1992. M. F. HERNÁNDEZ LÓPEZ: «El poder disciplinario en la empresa», Madrid, 1991.

dad a hacer partícipe al trabajador de los objetivos de la organización, que encomienda en exclusiva al empresario. Así se desprende en la actualidad del artículo 38 de la CE, que reconoce la libertad de empresa; la productividad es, pues, problema del empresario. De ahí que también en la empresa se sustantive una tendencia hacia la cobertura del vacío que se va generando entre las posiciones jurídicas asignadas al empresario y el trabajador. Ese vacío es el que viene a cubrir la *fidelitas* como fundamento de determinadas situaciones de empleo. Por encima del estrato burocrático regido por las relaciones *comunes* de empleo, el vínculo estatutario o el laboral, se coloca ahora una gama de relaciones diferentes, basadas en la confianza que otorga una de las partes, y que la otra, en contraposición, otorga una específica lealtad.

2. *La formalización exhaustiva del vínculo jerárquico y de la exigencia de responsabilidad*

a) *La formalización, y consiguiente desvirtualización, del vínculo jerárquico*

Es preciso, además, contemplar otras consecuencias, inherentes a la concepción de la burocracia que está en el punto de partida, que han ido recayendo sobre el ámbito del empleo público basado en el mérito; es decir, el adoptado como una profesión y que tiene como soporte la conocida relación *estatutaria*. La incidencia a considerar es una derivación de estos dos rasgos: 1.º la concepción puramente mecánica de aparato burocrático, regido por unas pautas de conducta impuestas por una legalidad absorbente y formalizadora; 2.º la bipolarización Administración-funcionariado, descansando sobre el esquema de la contraposición de intereses de una y otro.

En lo que se refiere al primero de estos rasgos, la ordenación de la burocracia funcional ha ido cayendo en una previsión detallada y exhaustiva de las reglas de comportamiento, a los efectos de que su funcionamiento sea rigurosamente mecánico. Esta formalización de conductas termina por ahogar, precisamente, las posibilidades del sistema, desde el punto de vista de la dinámica de la jerarquía. Esto puede comprobarse en la configuración de las claves de ésta: el poder de mando y su correlato: el deber de obediencia⁹⁸. La jurisprudencia dejó clara, hace tiempo, la asimilación de la falta disciplinaria de desobediencia al delito del mismo tenor, en cuanto a sus requisitos. Para que exista falta de desobediencia ha de existir, como presupuesto previo,

⁹⁸ J. MESTRE LÓPEZ: *El delito de desobediencia a la autoridad o sus agentes*, Barcelona, 1988; J. J. QUERALT: *La obediencia debida en el Código Penal*, Barcelona, 1986; L. MORILLAS: *La obediencia debida. Aspectos legales y político-criminales*, Madrid, 1984.

«un mandato claro, expreso y terminante, emanado de autoridad competente y con fuerza de obligar, un requerimiento, revestido de las formalidades legales, a la persona que debe cumplirlo y una obstinada oposición por parte del requerido a hacer lo que se le ordenó por el que tiene facultades para ello» (*Sentencia de 12 de enero de 1956*).

En la *Sentencia de 6 de junio de 1956* se hace referencia, igualmente, a «órdenes precisas y terminantes y de una oposición rotunda e inmotivada por parte del recurrente». Para que exista la desobediencia —dice la *Sentencia de 8 de febrero de 1966*— «se requiere el no cumplimiento de una orden definitiva emanada de superior jerárquico, con facultades para producirla».

Por tanto, la gravedad de esta falta de desobediencia y de las consecuencias punitivas que produce ha hecho que el Tribunal Supremo matice debidamente los elementos de este ilícito insistiendo, de manera particular, en la importancia que tienen las formas y formalidades como elementos imprescindibles del tipo. Así, en la última *Sentencia* citada, se resalta esta perspectiva:

«En lo relativo a la supuesta desobediencia, prescindiendo de todos los requerimientos verbales de que fue objeto la expedientada, para que trasladara su escuela al antiguo local donde no había ejercido nunca su cargo, por ser formalmente improcedentes, queda demostrada su insistencia en lograr una orden estricta, la que no se produce hasta el 22 de noviembre de 1963, en que se hace constar por la Inspección el acta que se sienta en el libro de visitas de la escuela...»

Otro tanto se desprende de la *Sentencia de 10 de abril de 1967*, en que se aboga por la necesidad de las comunicaciones escritas:

«... actitud que aparece justificada, porque no consta la orden municipal que por escrito le ordena con notificación adecuada la entrega de las llaves, sino que la Corporación acudió a procedimientos indirectos y confusos, procediendo en consecuencia declarar injustificada la sanción descrita».

b) Contraposición de intereses y acantonamiento de las responsabilidades del funcionariado. La disolución de la singularidad de la relación estatutaria

Se ha notado ya la evolución de la relación de empleo, en general, bajo la óptica de la contraposición de intereses⁹⁹. En el empleo público funcional, las consecuencias principales son estas dos: 1.ª la desvinculación del funcionariado de las responsabilidades derivadas de la gestión, limitándose su responsabilidad a las conductas infractoras de la ley y exigiéndose bajo los principios rectores del orden punitivo del Estado; 2.ª la pérdida paulatina de los contenidos diferenciales propios de la relación estatutaria. La primera de ellas se ha ido haciendo paulatinamente clara. En la situación actual, y como un derivado más de las concepciones mecánicas, el estrato burocrático basado en la confianza política parece erigirse en el resorte destinado a proporcionar movimiento a una maquinaria inicialmente inerte, una máquina cuya energía viene de fuera de sí misma. *Energía*, pues, frente a *inercia*. El correlato es que la responsabilidad queda endosada a aquel estrato, en tanto que el funcionariado ve acantonada su responsabilidad en los solos supuestos de conducta infractora de la legalidad. De acuerdo con el esquema de la contraposición de intereses, parece como si el empleo de confianza hubiere absorbido el problema del interés general, y la responsabilidad consiguiente, en tanto ha ido dejando fuera de estas exigencias al funcionariado.

Efectivamente, el funcionariado público ha visto caer la exigencia de su responsabilidad administrativa en unos términos de formalidad y garantía prácticamente asimilados a la responsabilidad penal. El punto final de la evolución se constata en la jurisprudencia recaída en el Tribunal Constitucional. Sentencias como las de 8 de junio y 7 de octubre de 1983, reflejan con claridad una afirmación ya establecida reiteradamente en la doctrina del Tribunal Supremo: «los principios penales son de aplicación, con ciertos matices, a las sanciones administrativas».

Pero, sobre todo, es el procedimiento sancionador el que, a su vez, va a ir incorporando un haz de garantías que tienden a asimilarlo al proceso penal. Precisamente, la citada *Sentencia de 8 de junio de 1981*, del Tribunal Constitucional, contemplaba una hipótesis en la que la infracción era de carácter procedimental. Del análisis de la misma, como de la amplísima jurisprudencia del Tribunal Supremo, queda claro que

⁹⁹ Una comparación, estrictamente formal, en M. MAIRAL: *El derecho constitucional a la igualdad en las relaciones jurídicas de empleo público*, Málaga, 1990; desde otro punto de vista, T. SALA FRANCO: *Incidencia de la legislación laboral en el marco de la función pública*, Madrid, 1988.

el ejercicio de la potestad disciplinaria requiere un procedimiento formalizado, rodeado de garantías, en el que esté presente el principio de contradicción, en el desenvolvimiento de sus trámites, y el de imparcialidad cuando, a su final, se ha de adoptar una Resolución. En último término, el ordenamiento no identifica ya el poder de sanción disciplinaria como uno de los contenidos propios de la posición del superior.

V. EL SENTIDO DE ESTE RETORNO Y LAS OTRAS OBJETIVACIONES DEL PRINCIPIO DE JERARQUÍA ADMINISTRATIVA

A) LA EXIGENCIA DE LEALTAD COMO REFUERZO EN LA CONCEPCIÓN MECÁNICA DE LA RELACIÓN DE AUTORIDAD

1. *La fidelidad, como añadido de la concepción mecánica de la relación de autoridad*

El análisis realizado tenía por objeto clarificar una evolución que se produce en el contexto de dos paradigmas que, aparentemente, vienen a oponerse. Los paradigmas, dice T. KUHN, no se demuestran; simplemente, se constata su existencia¹⁰⁰. Por supuesto, no es de razón hacer aquí ninguna indagación demostrativa. Pero sí examinar el sentido que tiene la incidencia de este requerimiento de lealtad personal, en progresión constante en las organizaciones administrativas. Sobre todo, en lo que esa expansión tiene de fenómeno desnaturalizador de la figura de la confianza, que ha venido a extravasarse su lugar propio: el de constituir el fundamento de determinadas relaciones de poder propias del Derecho público contemporáneo. La confianza, como fundamento de las posiciones de superioridad, se ha ido extrapolando cada vez más; y, sin dejar de permanecer allí donde es necesario para que las instituciones funcionen, se ha hecho también presente en la jerarquía propiamente administrativa. Más aún, ahora pasa por ser considerada indispensable para el funcionamiento de las organizaciones administrativas y empresariales. Lo que proporciona, en fin, al vínculo de jerarquía un cambio profundo de significación es este su distinto fundamento; es en el mismo donde se observa un renacimiento y generalización paulatina de la lealtad, la *fidelitas*, como soporte del vínculo entablado entre superior e inferior. Una ojeada a la evolución de aquellas organizaciones revela un desenvolvimiento paralelo, en sentido extensivo, del vínculo basado en la lealtad. En uno y otro caso,

¹⁰⁰ *La estructura de las revoluciones científicas*, citado, 1971, pp. 13 y ss.

el predominio de la confianza lleva consigo también la sobrevaloración de la adhesión personal a la jefatura sobre una apreciación objetiva de las aptitudes del funcionario o del empleado; una infravaloración correlativa del *mérito*, en el sentido que ha sido utilizado, primero en el Derecho público, luego en el laboral. Este predominio de la confianza en el inferior, de la seguridad en la lealtad del mismo, trae como consecuencia obligada la asunción de la total responsabilidad, por parte de la línea de mando, en estas organizaciones. Tanto dicha línea como el staff que la acompaña se van estructurando sobre el desenvolvimiento de unos vínculos de confianza; estos vínculos específicos *se colocan en determinados lugares o grados de la jerarquía establecida*. De este modo, con el dominio estratégico, por parte del superior, de esos eslabones de la cadena, basados en la lealtad personal, se tiende a controlar y manejar la organización en su conjunto. Organización sobre la que, como correlato, se ha tomado la total responsabilidad. La lógica de quien concentra la decisión y la responsabilidad de la organización en su conjunto, o de alguno de sus sectores, es buscar, *quien acate y ejecute, sin más, lo ordenado*. De ese modo, se reconstruye el viejo hábito del mando directo y se vuelve a concentrar la voluntad decisoria en la cúspide.

Esta especie de nueva Edad Media —como podría decir U. ECO—¹⁰¹ es la consecuencia, paradójica pero necesaria, de la *racionalidad puramente mecánica* que como concepción viene inspirando el diseño de las grandes organizaciones; y de la *simplificación antropológica* que lleva consigo. Es que el paradigma de la objetivación, que acoge y proporciona sentido a las construcciones culturales desde los comienzos de la Edad Moderna, se ha proyectado sobre las organizaciones administrativas *en una sola y específica dimensión*. Identificando organización y artefacto mecánico, se ha diseñado aquella de modo que todos sus elementos encuentren su quehacer en la transmisión pura y simple de la voluntad de la cúspide. Cuando la legalidad, manejando otros requerimientos del paradigma de la objetivación, construye la posición del inferior a base de ir acumulando garantías —del funcionario, del trabajador— *la maquinaria organizativa no funciona*. Mejor sería decir que la organización no funciona como una máquina. La reacción, desde las posiciones de superioridad —en la Administración y en la empresa— ha consistido en asaltar aquel castillo de garantías, *colocando la relación de mando en otro contexto*: aquél en que el superior recobra su predominio incondicionado; aquél en que la relación de autoridad se sustenta solamente sobre la voluntad del que manda. Por eso puede afirmarse que la generalización del requisito de fidelidad personal, para el acceso a cargos administrativos de cierta significación, sólo tiene un sentido: el de devolver a la organización una dinámica

¹⁰¹ En U. ECO y otros: *La nueva Edad Media*, trad. esp., Madrid, 1974.

estrictamente maquinal. En la medida en que la tendencia objetivadora, apurando su propia dialéctica, ha terminado en una formalización exhaustiva de la relación de autoridad, la exigencia de *fidelitas* va excepcionando esa formalización jurídica. Y esto, con una clara finalidad: la de que la cúspide pueda desatarse de las limitaciones que la ordenación —administrativa y laboral— le ha venido imponiendo.

2. *Consenso y disentimiento, en cuanto desbordamientos del acatamiento mecánico*

Desde la otra perspectiva de la relación jerárquica, desde la del que obedece, pueden también observarse las limitaciones de concepción de la racionalidad mecánica con la que se ha configurado aquella relación. Interesa recordar que, según ya se dijo, la jerarquía y, en general, toda relación de autoridad descansa sobre la actitud de acatamiento del que obedece, del inferior. Habíamos insistido, no obstante, en que es su asentimiento el que proporciona la fuerza a quien manda. Pero puede observarse que, en las construcciones conceptuales de la situación de autoridad, se ha tomado como punto de partida una *simplificación antropológica*, ahora en vías de superación. No se trata de una prédica más, del «asalto a la razón» a que se refiere LUCAKS¹⁰²; todo lo contrario. Es que el paradigma de la objetivación, aplicado a las organizaciones administrativas, se ha proyectado en un sentido y con una significación muy específica: se ha dado vida únicamente a una *racionalidad mecánica*.

La evolución ulterior de la relación de autoridad va de la mano de las alteraciones que se van produciendo en las actitudes de acatamiento por parte del que en términos generales se considera como súbdito, subordinado o inferior en la relación de autoridad. Es, precisamente, la consecuencia de las diversas dimensiones que se dan cita en el ser humano, la que desborda el planteamiento abstracto de la construcción clásica de la relación de autoridad. En la noción mecánica del vínculo el inferior se limita a hacer suya y materializar la voluntad del que manda. Tiende, pues, a quedar configurado como un elemento más de la maquinaria montada por el poder, público, económico o, genéricamente, social. La esfera vital del que obedece queda reducida a un actuar mecánico. La situación, pues, empuja al inferior a sentir los objetivos del que manda *como algo que le es estrictamente ajeno*; siéndole cosa extraña, se comprende que sólo se ocupe y atienda a lo que de modo directo le afecta. Está claro, sin embargo, que ni la autoridad

¹⁰² Y menos aún, de identificar, como hace el autor, irracionalismo y filosofía burguesa reaccionaria (vid. *El asalto a la razón*, trad. esp., Barcelona-México, 1968).

pública ni el empresario pueden lograr sus objetivos actuando en tal soledad. Por otra parte, es la propia autoridad la que, ante determinadas circunstancias, ha de admitir e institucionalizar las actitudes que la propia realidad social va tipificando. Actitudes que se recaban, como ocurre con las distintas manifestaciones del *consenso*, o actitudes que se aceptan, de hecho o de derecho, como son las del *disentimiento*, más o menos organizado.

La búsqueda del consenso entre el superior y los inferiores tiene una característica significación. En unos casos, viene a funcionar como un añadido que proporciona la vigencia efectiva a las posiciones de superioridad; en otros, como un límite a los poderes de supremacía. Cuando se institucionaliza el consenso como *un añadido* que precisa la propia autoridad, está intentando lograr una mayor eficacia y vigencia efectiva a su poder de mando, porque es la única alternativa posible a determinadas situaciones sociales y políticas que se han de superar. El ejemplo característico nos viene dado en el marco de la política económica; se manda desde la claridad que proporciona la convicción de que los objetivos de la política económica sólo pueden conseguirse mediante un consenso de voluntades, públicas o privadas, todas convencidas de que hay que moverse en determinada dirección, si se quieren superar riesgos o situaciones negativas características ¹⁰³. El consenso es también *un límite* al poder de supremacía, en la medida en que ha de utilizarlo el poder público como un recurso frente a la presión de los grupos sociales y políticos que ejercen características funciones de mediación, en relación con individuos colocados en situación idéntica. Se trata, con el consenso, de evitar desde ya situaciones de conflicto que, en el futuro, podrán producirse. Quizá, en el marco de la política social pueden encontrarse en la actualidad los ejemplos más característicos, en la medida en que es en él donde se producen convenios, acuerdos, entre el poder público y los sindicatos y asociaciones representativas de colectivos de ciudadanos en situaciones de contraposición de interés. Lo que puede decirse es que la instrumentación del consenso viene ganando terreno y, en la actualidad, se presenta como un replanteamiento, incluso, de la teoría de las fuentes del Derecho positivo. Frecuentemente, el acuerdo o convenio incorpora la norma jurídica que conlleva un deber general de observancia, o en ejecución del convenio el poder público promulga la norma que previamente ha acordado con los actores sociales interesados en su promulgación ¹⁰⁴.

¹⁰³ A. OJEDA AVILÉS (dir.) y otros: *La concertación social tras la crisis*, Barcelona, 1990.

¹⁰⁴ S. DEL REY GUANTER: *Estado, Sindicatos y relaciones colectivas en la Función Pública*, Madrid, 1986; del mismo autor: *Los medios extrajudiciales de solución de conflictos de trabajo en la Función Pública*, Madrid, 1991.

Junto a la expansión del consenso, en cuanto instrumento necesario para el ejercicio de determinadas funciones de autoridad, la realidad y el Derecho positivo van haciendo expresivos, cuajando en moldes característicos, determinados actos o actitudes de disenso. La disensión tiene, en gran parte, el rango y carácter de una *situación de hecho* que el poder se ve forzado a tolerar de alguna manera, en la medida en que las situaciones de crisis no le permiten una reacción que imponga los contenidos del ordenamiento en su integridad. Así, desde luego, se observa en determinados ámbitos de la situación social y política. Es el caso de la *economía sumergida*, que se plantea como un desacatamiento a las normas que han de imponer las Administraciones Tributaria y de la Seguridad Social; o la *desobediencia civil* mediante la invocación de estados de necesidad, como ocurre en ocasiones en el ámbito del seguro de desempleo ¹⁰⁵. En otros casos, el desacatamiento *tiende a lograr una expresión jurídica propia*, porque está reflejando una oposición de la conciencia del individuo a los mandatos que lleva consigo la norma; se trataría aquí de situaciones análogas a las que van plasmando en estados reconocidos de *objeción de conciencia*, como en el ámbito del servicio militar o en el de las profesiones sanitarias frente a ciertos actos admitidos por la norma, que chocan con la conciencia de quienes han de llevarlo adelante ¹⁰⁶.

B) LAS OTRAS OBJETIVACIONES DE LA JERARQUÍA ADMINISTRATIVA:
DE INTERESES, DE FUNCIONES, DE COMPETENCIAS

1. *La jerarquización de intereses públicos*

a) La jerarquización, en la esfera competencial de las entidades territoriales

Resta añadir una última consideración. Se refiere a configuraciones de la jerarquía administrativa que, aunque no constituyan una creación reciente, han ido ganando fuerza en el contexto organizativo. Tienen, además, la ventaja de que permiten encontrar argumentos con los que puede bordearse el nudo gordiano de la cuestión: la del predominio de una voluntad sobre otra, por el hecho simple de que el portador de la que se impone está en un escalón más alto. En estas expresiones renovadas de la jerarquía se ventila la primacía de un interés público sobre otro, o de una función, o de un determinado título competencial. Siempre sobre la base de que es el concreto interés, función o tí-

¹⁰⁵ J. MALEM SEÑA: *Concepto y justificación de la desobediencia civil*, Barcelona, 1988.

¹⁰⁶ A. FERNÁNDEZ PAMPILLÓN: *Ordenamiento jurídico de la objeción de conciencia*, Madrid, 1988.

tulo competencial el que ha recibido esa primacía, previa valoración o contraste con los otros que se han hecho presentes. Hasta cierto punto, el conflicto se despersonaliza, al encontrar salida al margen de las voluntades contendientes ¹⁰⁷.

La jerarquización de intereses generales es tarea que el Derecho público ha de realizar en dos ámbitos. Uno en el interior de la esfera competencial de cada entidad administrativa; otro, al ordenar el sistema de relaciones entre ellas. Así, por ejemplo, ha venido constituyendo una tradición legislativa señalar a las entidades locales un elenco de obligaciones mínimas «o servicios básicos», cuya realización han de anteponer al desarrollo de otras posibilidades de actuación. En general, sin embargo, la jerarquización de intereses, en el seno de las Administraciones territoriales —legitimadas para la persecución de la universalidad de fines propios de la colectividad a la que sirven— viene impuesta por la propia realidad; ésta, a su vez, otorga un margen de maniobra a los órganos rectores. Debe considerarse, no obstante, la dificultad que encuentra, frecuentemente, la organización para reflejar en su esquema de ordenación esta primacía de un interés sobre otro. Las técnicas organizativas brindan, en este aspecto, pocas soluciones eficaces en apoyo de estas jerarquizaciones internas de intereses.

b) Jerarquización de intereses en el sistema de relaciones entre las entidades territoriales

Con mayor claridad ha de pronunciarse el Derecho positivo cuando los intereses públicos en contraste corresponden a entidades administrativas diferentes y sus títulos competenciales coinciden sobre una misma materia o realidad. En esta última hipótesis, el ordenamiento realiza una distribución de ámbitos de desenvolvimiento de cada título; pero, además, dicha distribución conlleva una gradación más o menos intensa de títulos competenciales. El ejemplo más reiterado, a partir de la Constitución de 1978, es el que proporciona la distinción entre *bases* —lo básico— y *desarrollo*, que constituye el soporte más común de la asignación de esferas de actuación al Estado y las Comunidades Autónomas ¹⁰⁸.

Es de recordar, por otra parte, que la jerarquización de intereses no se resuelve ya debilitando la voluntad de la colectividad territorial inferior, mediante su sometimiento a tutela. A diferencia de la situa-

¹⁰⁷ Es éste un criterio reafirmado, una y otra vez, en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Al mismo, con las ventajas y riesgos que comporta, me he referido en *La Administración Local*, Madrid, 1984.

¹⁰⁸ Sobre problemas actuales de jerarquía de las fuentes del Derecho, A. RUGGERI: *Gerarchia, competenza e qualità, nel sistema costituzionale delle fonti normative*, Milán, 1977.

ción anterior, las hipótesis de conflicto no se resuelven, por ello, otorgando a la entidad territorial superior el poder de neutralizar por sí misma la voluntad o la conducta manifestada por la entidad territorial inferior. La regla general queda situada en el otorgamiento de una legitimación para recurrir y, de ese modo, encontrar en el órgano jurisdiccional el apoyo —que puede ser inmediato por la vía de la suspensión del acuerdo— para la prevalencia del título competencial propio frente a otro u otros. No estamos, pues, ante una solución al conflicto, adoptada de antemano por el legislador por la vía de la consideración del ente territorial inferior como un «menor de edad sometido a tutela»: jurídicamente, su voluntad tiene una eficacia plena, y sólo quedará neutralizada cuando extravase el ámbito de decisión que le es propio, en perjuicio del interés público de otra voluntad.

2. *La primacía de unas funciones sobre otras*

La noción de jerarquía que ha construido la teoría administrativa —valga una nueva remisión a AMORTH y DE VALLÉS— se circunscribe a situaciones orgánicas determinadas: la relación jerárquica se instaura entre órganos cuya competencia se refiere a un mismo ámbito o materia; de ahí que, con toda naturalidad, pueda extraerse la consecuencia: la prevalencia de la decisión del órgano superior, que puede en todo caso revisar y dejar sin efecto la adoptada por el órgano jerárquicamente inferior. En cuanto la organización administrativa alcanza una cierta complejidad, se fragmenta en unidades diferenciadas, dedicadas cada una —o cada grupo de ellas— a una materia distinta. Es entonces cuando resulta indispensable dibujar situaciones de superioridad y dependencia para, desde las mismas, hacer efectivas las funciones de dirección de la organización ¹⁰⁹. Estas funciones, radicadas en principio en la cúspide, se han ido desgajando y quedan depositadas en otros niveles de la organización. Son, según la caracterización ya habitual, las de dirección propiamente dicha, *planificación*, *coordinación* y *control*. La suerte que han de seguir, sobre todo estas tres últimas, su ejercicio efectivo, queda pendiente de que el Derecho positivo disponga en su favor de un haz de consecuencias jurídicas: todas ellas dirigidas a respaldar el deber de acatamiento de sus prescripciones, por parte de los órganos restantes.

La superioridad deriva del *contenido* de la función, que es la que conlleva la exigencia de acatamiento en el ejercicio de las otras competencias administrativas de la entidad. De ahí que no se trate, al me-

¹⁰⁹ E. PICOZZA: *L'attività di indirizzo della pubblica amministrazione*, Padova, 1988, pp. 242 y ss.

nos siempre y en todo caso, de colocar en un escalón más alto a los órganos portadores de estas funciones; simplemente, dar a sus decisiones un valor vinculante frente a los otros órganos, aunque guarden una posición horizontal con ellos en el esquema organizativo. La primacía de estas funciones se puede observar también más allá del orden interno de las organizaciones; es decir, en las relaciones entre las entidades administrativas. Siempre, por supuesto, que el Derecho positivo haya ponderado los contenidos que, en cada caso, lleva inherente el ejercicio de las mismas; y, por consiguiente, haya ordenado el acatamiento, por las demás Administraciones afectadas, del despliegue de alguna de estas funciones por la Administración dotada del correspondiente título competencial. El ejemplo prototípico puede constituirlo la competencia urbanística ¹¹⁰. Situada de modo sustancial en el nivel territorial inferior, el Municipio, vincula sin embargo a las Administraciones Públicas, sea cual sea su posición (art. 134 del Texto Refundido de la Ley del Suelo de 26 de junio de 1992). Se produce, de este modo, una inversión de la imagen cotidiana de la relación de autoridad: las autoridades territoriales superiores quedan vinculadas, en la proyección espacial de sus competencias administrativas, a las determinaciones establecidas y luego custodiadas por la autoridad municipal. La ley, como se sabe, no consigna más que una reserva: la de que el Consejo de Ministros invoque un excepcional interés público de que es portadora la Administración del Estado (art. 244 del mismo Texto Refundido); sólo así podrá ejecutarse un proyecto en situación de disconformidad con el planeamiento.

¹¹⁰ Véanse mis trabajos «La Administración urbanística: sus rasgos peculiares ante la reforma de la Ley del Suelo», *Revista de Derecho Urbanístico*, núm. 33, mayo-junio de 1973, y «La departamentalización del urbanismo», en esta *Revista*, núm. 170, abril-junio de 1976; también las «Observaciones sobre los principios de ordenación de la Administración sanitaria del Estado», *Revista de Derecho Administrativo*, núm. 1, Cívitas, abril-junio de 1974.

