

# Principales tendencias del Derecho de la organización administrativa en Portugal

*SUMARIO:* 1. ADAPTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AL MODELO CONSTITUCIONAL. 2. COMPLEJIZACIÓN DE LAS RELACIONES INTRA-ADMINISTRATIVAS DE NATURALEZA INTERSUBJETIVA. 3. PRIVATIZACIÓN DE LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA. 4. AMPLIACIÓN TEMÁTICA DE LAS RELACIONES INTRA-ORGÁNICAS E INTERORGÁNICAS. 5. BIBLIOGRAFÍA PORTUGUESA.

## 1. ADAPTACIÓN DE LA ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA AL MODELO CONSTITUCIONAL

1.1 La Constitución portuguesa de 1976, tal como la mayoría de los textos constitucionales de la segunda mitad del siglo XX, además de la definición de todo un complejo de fines de actuación del poder público en el sentido de implementar un modelo de Estado de bienestar y cuya vinculatividad alcanza también a las entidades encargadas de ejercer la función administrativa, haciendo de ésta un instrumento activo de realización efectiva del propio modelo constitucional de sociedad, contiene todavía un conjunto de normas sobre la organización y el funcionamiento de la Administración Pública y de sus relaciones con los administrados.

En todo esto se traduce, en síntesis, el campo de la operatividad del concepto de «Constitución administrativa» que, basada en los va-

lores del pluralismo, de la juridicidad y del bienestar, comporta en sí un área específica de principios y normas referentes a la organización de la Administración Pública, reconducible, por consiguiente, a la idea de «Constitución de la organización administrativa» cuya fuerza vinculante se proyecta sobre las estructuras legislativas y administrativas encargadas de producir y ejecutar a un nivel infraconstitucional el designado Derecho de la organización administrativa.

1.2. En lo que respecta al ámbito material de la «Constitución de la organización administrativa», en tanto que expresión específica del papel de la Constitución como fuente directa del Derecho de la organización administrativa, podemos verificar que existen tres ámbitos principales de incidencia:

- i) En primer lugar, la Constitución define los grandes principios a los que debe obedecer la organización de la estructura subjetiva y orgánica de toda la Administración Pública, destacándose aquí cinco ideas nucleares: descentralización, desconcentración, subsidiariedad, unidad y eficacia.
- ii) En segundo lugar, la propia Constitución define las principales estructuras decisorias de la Administración Pública, confiriéndoles, directa e indirectamente, poderes correspondientes a sus grandes fines de actuación, y establece, simultáneamente, las reglas cotejadoras de la legitimación y responsabilización político-democrática de los respectivos titulares.
- iii) En tercer lugar, la Constitución procede a la distribución por los diferentes órganos constitucionales de la competencia decisoria sobre materias referentes a la organización administrativa, fijando las principales reglas a que debe obedecer su ejercicio legislativo o reglamentario y, en un momento posterior, el propio ejercicio de la competencia por los órganos administrativos.

1.3. La búsqueda de articulación entre la Constitución y la legislación ordinaria en materia de organización administrativa no se muestra, sin embargo, simple, implicando una constante tensión entre valores constitucionales: si, por un lado, la prosecución de un modelo de bienestar exige eficiencia, igualdad y unidad de acción, apuntando, en consecuencia, hacia un refuerzo del papel del Estado y, muy en particular, del Gobierno, la verdad es que la implementación de los principios de descentralización, de desconcentración y de subsidiariedad determinan, en otro sentido, una progresiva reducción del peso de la Administración del Estado y de la centralidad del Gobierno como órgano de planificación y decisión, fenómeno éste posible de comportar

efectos sobre el grado de bienestar alcanzado o, por lo menos, la eficiencia y la igualdad en su concretización.

En el límite, la implementación de un modelo constitucional de bienestar, implicando la existencia de una Administración prestadora o constitutiva tendiente a satisfacer las necesidades de todos los particulares y en todo el territorio, se muestra en colisión directa con una visión descentralizada del Estado, reveladora en sus decisiones de las especificidades de cada comunidad infraestatal y, de este modo, diferenciadora y asentada sobre una regla de intervención de la Administración del Estado basada en el principio de subsidiariedad.

Todo el dramatismo dilemático de la situación se resume en una simple interrogación: ¿será que se debe sacrificar un grado de implementación general del bienestar en términos igualitarios o no discriminatorios, esto aún que sea hecho a través de una preponderancia de la Administración del Estado o, por lo contrario, será que se debe sacrificar la igualdad y la propia eficiencia de un modelo de bienestar ya alcanzado o por alcanzar, ahora en beneficio de una organización administrativa descentralizada?

1.4. En otro contexto, el actual modelo de organización administrativa consagrado en la Constitución de 1976, a pesar de proclamar en diversas normas los principios de descentralización, de desconcentración y de subsidiariedad, la verdad es que se encuentra marcado por dos fuertes tradiciones centralizadoras de poderes en el Estado y, atendiendo a las restantes experiencias europeas, a una incomparable concentración de competencia administrativa (y también legislativa) en el Gobierno:

- i) Por una parte, la Constitución de 1976 fue aún heredera del modelo oriundo de la Constitución de 1933, privilegiando al Gobierno y, de este modo, al Estado entre las demás entidades integrantes de la Administración Pública: todas las restantes estructuras decisorias de la Administración tienen su existencia constitucional recortada en función del respectivo posicionamiento frente al Gobierno, definido por la Constitución como «órgano superior de la Administración Pública».
- ii) Por otro lado, la Constitución de 1976 tuvo aún en su versión primitiva un fuerte cuño socialista de matriz marxista, habiendo, aún así, aprovechado la centralidad del Gobierno oriunda del modelo constitucional 1933 como instrumento al servicio de la implementación de la «transición hacia el socialismo» o para la construcción de una «sociedad sin clases».

Sucedió, no obstante, que el socialismo nunca fue implementado, habiendo incluso desaparecido de la Constitución, a pesar de conti-

nuar ahí la posición preeminente del Gobierno en el contexto de la estructura de la Administración Pública –hoy incluso justificada por la responsabilidad política de este órgano ante la Asamblea de la República–, circunstancia ésta que, conjugada con la afirmación constitucional de los principios de descentralización, de desconcentración y de subsidiariedad, permite afirmar que el texto constitucional consagra un modelo de organización administrativa basado en el postulado de la unidad en el pluralismo.

1.5. El hecho de la Constitución comporta un cierto dilema entre la implementación igualitaria del bienestar y un modelo organizativo asentado en intentos descentralizadores, por un lado, y el afirmar un modelo de Administración Pública basado en la síntesis de la unidad en el pluralismo, por otro, revela la considerable ambigüedad que la adaptación legislativa del modelo de organización administrativa siempre implica, exigiendo constantes esfuerzos legislativos y doctrinales de armonización entre los dichos principios conflictivos o de difícil articulación.

La adaptación de la organización administrativa a la Constitución se muestra, por esto mismo, compleja y pasible de permanentes litigios, expresando las tendencias contradictorias resultantes del modelo constitucional: la descentralización debe atenuarse ante orientaciones centrípetas definidas por el texto y por la práctica constitucionales, y agravadas incluso por la profundización del proceso de integración europea, al tiempo que la desconcentración está limitada por la preferencia de la Ley Fundamental por un sistema jerárquico de repartición de la competencia administrativa que encuentra en el Gobierno el principal centro decisorio.

## 2. COMPLEJIZACIÓN DE LAS RELACIONES INTRA-ADMINISTRATIVAS DE NATURALEZA INTERSUBJETIVA

2.1. Al contrario del entendimiento tradicional que partía de la existencia de una rigurosa delimitación horizontal de las materias integrantes del ámbito decisorio de las diversas entidades públicas, determinando que sobre una materia en concreto existiese una única entidad con un exclusivo poder de decisión, el moderno Estado de Derecho, expresando la pluralidad de intereses subyacente al fenómeno descentralizador, procedió a una considerable división vertical de la intervención decisoria o consultiva de diversas entidades sobre una misma área material: una estructura organizativa rígida, al tiempo que basada en una separación radical entre intereses de las diferentes entidades públicas, fue siendo progresivamente sustituida por una

mezcla de intereses, implicando un modelo organizativo que apela a frecuentes ponderaciones entre diversos tipos de intereses públicos protagonizados por diferentes entidades públicas.

Sobre una misma materia podemos hoy encontrar, en consecuencia, una diversidad entrecruzada de intereses de naturaleza pública que justifica la intervención decisoria de una pluralidad de entidades públicas. Así, a título de ejemplo, la materia referente al ordenamiento del territorio y urbanismo exige, según el artículo 65º, nº4, de la Constitución, la intervención decisoria del Estado, de las regiones autónomas y de las autarquías locales: fuentes de naturaleza estatal, regional y local son llamadas a intervenir en la disciplina jurídica de la materia, provocando un inmediato fenómeno de concurso de fuentes. El fenómeno puede incluso ser reforzado en sectores de intervención decisoria de la Comunidad Europea.

Existen aquí, de este modo, formas escalonadas o grados de intervención decisoria de diferentes entidades que sobre una misma área material generan una pluralidad y heterogeneidad de fuentes de Derecho administrativo, instalando muchas veces la diversidad y la contradicción de soluciones que, por esa misma vía, implican conflictos entre intereses antagónicos, constantes «líneas de fuerza» entre los diversos centros de decisión e incluso potenciales rupturas en la unidad del sistema jurídico.

En un último análisis, la conflictividad resultante de la diversidad entrecruzada de intereses y de niveles de intervención de las diferentes entidades públicas en la disciplina jurídica sobre cada materia nunca puede dejar de abarcar relaciones normativas de prevalencia decisoria de ciertos intereses sobre los demás: los intereses públicos de ámbito más amplio se han de reconocer primados sobre aquellos intereses que gozan de un campo de operatividad más reducido, esto sin perjuicio de que los primeros nunca podrán suprimir o aniquilar un espacio mínimo de relevancia de estos últimos, verificándose también aquí, de este modo, una relación intradministrativa asentada sobre el postulado de la unidad en el pluralismo.

2.2. La repartición de grados o niveles de intervención decisoria entre diferentes entidades públicas, expresando la diversidad entrecruzada de intereses públicos sobre una misma materia, determinando relaciones de prevalencia entre intereses públicos y, por consiguiente, entre entidades públicas protagonistas de tales intereses públicos, acarrea todo un nuevo tipo de relaciones intra-administrativas de naturaleza intersubjetiva: al lado de los intereses públicos sobre determinada materia y normalmente a cargo de las entidades infraestatales nunca podrá ser excluida la existencia de intereses públicos generales sobre esas mismas materias protagonizados por el Estado que se muestran susceptibles de justificar una intervención decisoria prevaleciente.

En realidad, el progresivo entrecruzamiento de intereses si, por un lado, resulta ampliado de la incidencia del fenómeno descentralizador sobre un número considerable de materias, la verdad es que se infiere, igualmente, de la necesidad de asegurar la salvaguarda del interés general o nacional, residiendo aquí, por esto mismo, un espacio reservado de intervención del Estado, armonizando los diferentes intereses en conflicto o, en último análisis, haciendo prevalecer aquella que será la solución más apropiada con el interés general o el interés nacional al que se encuentra vinculado por la Constitución.

En estos términos carece de sentido cualquier interpretación que reconduzca a una atribución de intereses «propios» a determinada persona colectiva pública infraestatal a una forma de «independencia» con relación al Estado, creándose aquí una especie de coto privado o feudo de poderes exento de cualquier intervención decisoria por parte del Estado: al lado de los intereses legalmente confiados a la prosecución de las entidades infraestatales, sino incluso encima de tales intereses, existen siempre intereses de índole general cuya tutela es atribuida al Estado por la Constitución, esto en términos tales que los entes infraestatales nunca se pueden configurar como Estados dentro del Estado, antes se deben entender en un contexto de un modelo organizativo basado en el principio constitucional de la unidad de la Administración.

2.3. El desarrollo de un nuevo tipo de relaciones intra-administrativas basadas en el entrecruzamiento de intereses públicos protagonizados por varias entidades públicas y, en consecuencia, abarcando diversos niveles de intervención decisoria sobre una misma materia, se comporta, por una parte, una considerable complejización de delicados equilibrios entre potenciales (o efectivos) conflictos de intereses a cargo de diferentes entes públicos, la verdad es que, por otra parte, permite afianzar la aparición legislativa de un nuevo arsenal de instrumentos de intervención estatal sobre la actividad decisoria de las entidades infraestatales.

En efecto, al lado de los tradicionales poderes de tutela o de superintendencia, la atribución constitucional al Estado de la prosecución de intereses de índole nacional o general, implicando la defensa y la prevalencia de valores de toda la colectividad sobre meros intereses locales o regionales, fundamenta el desarrollo legislativo de nuevos mecanismos de intervención intra-administrativa.

De este modo, a título de ejemplo, la garantía de los principios inherentes a un Estado de Derecho democrático, designadamente los derechos fundamentales, la juridicidad y el bienestar, nunca pueden dejar de implicar la consagración de poderes de intervención del Estado sobre la actividad de las entidades infraestatales. En igual sentido, la defensa del ambiente, del ordenamiento del territorio —aquí inclu-

yéndose todo el sector del urbanismo— o del patrimonio cultural, tal como la salvaguarda del respeto por compromisos internacionales del Estado, desde luego en el ámbito de la Comunidad Europea, permiten afianzar una amplia y nueva panoplia de instrumentos intra-administrativos de acción del Estado sobre la actividad de las personas colectivas públicas infraestatales implicadas en la prosecución de alguno o algunos de los intereses referentes a tales materias.

En este preciso contexto, el propio artículo 199º, línea g), de la Constitución es un instrumento de garantía efectiva de la salvaguarda de ciertos intereses públicos relativos al modelo de Estado definido por la Constitución, incluyendo la fundamentación de un poder de intervención sustitutiva por parte del Estado sobre los entes infraestatales insistentemente violadores (por acción u omisión) de valores que la propia Constitución atribuye al Estado la responsabilidad última (v. *infra*, nº 4.4.).

2.4. La fundamentación constitucional de nuevos mecanismos de intervención intra-administrativa del Estado sobre los entes infraestatales, relegando hacia un nivel secundario los tradicionales instrumentos de la tutela y de la superintendencia administrativas —al mismo tiempo que expresión de mecanismos clásicos de prevalencia, control, orientación o armonía de intereses públicos sin una directa o inmediata incidencia constitucional—, nunca podrá hacer olvidar, aún así, la existencia de un pluralismo heterogéneo de entidades públicas infraestatales.

En realidad, podemos destacar las siguientes principales categorías de entes públicos infraestatales:

- a) Tenemos, en primer lugar, las entidades públicas que tienen una existencia constitucionalmente garantizada, habiendo aquí que diferenciar, con todo, tres tipos de entes infraestatales:
  - i) Los entes infraestatales sujetos a un principio de tipicidad en cuanto a su número, tal y como sucede con las regiones autónomas que, dotadas de autonomía político-administrativa, se encuentran circunscritas a dos —la región autónoma de las Azores y la región autónoma de Madeira.
  - ii) Los entes infraestatales sujetos a un principio de tipicidad con relación a las respectivas categorías, tal como sucede con las autarquías locales, comprendiendo los municipios y parroquias, a pesar de que en el ámbito de cada una de estas dos categorías el legislador goza de un considerable margen de libertad en la creación o extinción del número de las autarquías en concreto.
  - iii) Los entes infraestatales que, gozando de una garantía institucional conferida por la Constitución, no se encuentran limita-

dos a cualquier principio de tipicidad, tal como sucede con las universidades públicas y las asociaciones públicas.

b) Existen, en segundo lugar, todo un amplio conjunto de entidades infraestatales que, carentes de cualquier garantía de existencia consagrada en la Constitución —salvo las genéricas referencias resultantes del principio de descentralización y de la obligatoriedad de existencia de una Administración indirecta del Estado—, pueden ser libremente creadas o extintas por el legislador ordinario.

2.5. El pluralismo heterogéneo de entidades infraestatales se muestra pasible, a su vez, de proyectar efectos al nivel de la relación de tales entes con el Estado, asistiéndose aquí a una diversificación de relaciones intra-administrativas que obedece al siguiente principio general: cuanto mayor fuere la garantía constitucional de autonomía decisoria del ente infraestatal menor será la amplitud de la intervención del Estado.

Asistimos aquí, de este modo, a una fundamentación constitucional de diferentes niveles de intervención intra-administrativa del Estado sobre las diversas entidades públicas. Se trata, con todo, de niveles que expresan mecanismos de intervención intra-administrativa indispensables, o sea, de ejercicio irrenunciable: el Estado no puede, bajo pena de inconstitucionalidad, «abdicar» o renunciar al ejercicio de tales poderes de intervención sobre las entidades infraestatales.

2.6. La existencia de diferentes tipos legales y constitucionales de intervención intra-administrativa del Estado sobre las diversas entidades infraestatales no puede hacer olvidar, aún así, otros dos fenómenos complementarios:

- i) Por una parte, paralelamente a los vínculos de naturaleza intra-administrativa de origen legal, urge advertir sobre la posibilidad de ser creadas vinculaciones contractuales entre diferentes entidades públicas, designadamente entre el Estado y sus entes infraestatales en materia financiera, que, a su vez, acarrearán relaciones específicas intra-administrativas de base contractual.
- ii) Por otra parte, tal y como el Estado establece relaciones con entes públicos infraestatales, la verdad es que las propias entidades infraestatales pueden establecer entre sí diversos tipos de relación legal o contractual, observándose aquí la aparición de toda una nueva gama de niveles infraestatales de relación intra-administrativa.

En todos estos aspectos, sin olvidar las múltiples conexiones que dichos fenómenos acarrearán, reside, en último análisis, la creciente complejización de las relaciones intra-administrativas. Un ejemplo ilustrativo, por otra parte, de tal complejidad se encuentra en la propia amplitud o configuración del fenómeno de las relaciones intra-administrativas de base contractual: ¿se podrá asistir a través de este fenómeno a una disponibilidad del grado legal (o constitucional) de autonomía administrativa de las entidades infraestatales en su relación con el Estado o con otras entidades públicas? ¿Será válida, según otro ángulo, la constitución de relaciones contractuales con entidades privadas (v. g., instituciones bancarias) que impliquen un grado de intervención sobre la actividad de las entidades públicas superior a aquel que el Estado sobre ellas se encuentra legal o constitucionalmente habilitado a ejercer?

Éstas son algunas de las cuestiones, entre muchas otras, que apenas se pueden dejar aquí planteadas.

### 3. PRIVATIZACIÓN DE LAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN ADMINISTRATIVA

3.1. Hasta los años ochenta, se puede decir que toda la estructura de la Administración Pública se asentaba casi exclusivamente en formas organizativas de Derecho público: las personas colectivas de Derecho público de base territorial, institucional y asociativa traducían el elenco de las estructuras decisorias públicas.

Aun durante ese período, es necesario destacarlo, era verificable la existencia, sin embargo, de diferentes modalidades de intervención puntual de entidades privadas en el ejercicio de funciones públicas y, por otra parte, de algunos fenómenos de gestión de servicios públicos confiados a entidades privadas a través de concesión o delegación de servicios públicos, situaciones éstas que generaban dudas acerca de la integración o no de tales entidades en el ámbito orgánico de la Administración Pública, habiendo quien defendiese tratarse de verdaderos órganos indirectos de la Administración o, en sentido contrario, de simples formas de colaboración de entidades privadas con la Administración.

Independientemente de la naturaleza del fenómeno descrito, la verdad es que el mismo era excepcional en el ámbito de un Estado fuertemente intervencionista y sin gran repercusión a respecto de las concepciones liberales ochocentistas, a pesar de que, desde muy temprano, casi todo el sector empresarial público regía ya su actividad por el Derecho privado, provocando, de este modo, un fenómeno general de empresas públicas (en tanto que entidades dotadas de una personalidad jurídica de Derecho público) dotadas de gestión privada.

Sucede, sin embargo, que a finales de los años ochenta y durante todos los años noventa se ha ido asistiendo a un progresivo y constante fenómeno de privatización de la Administración Pública, subvirtiéndose por completo el modelo de organización y actuación de la Administración.

Al fenómeno privatizador no habrá sido totalmente ajeno, no obstante, la contribución del Derecho comunitario que, a pesar de afirmar el principio de la neutralidad comunitaria en cuanto al régimen de la propiedad en los diversos Estados Miembros, fue desarrollando un concepto de empresa pública asentado sobre la existencia de una «influencia dominante», directa o indirecta, de los poderes públicos. La forma jurídica de Derecho público o de Derecho privado de la respectiva personalidad jurídica se volvía, por consiguiente, irrelevante para la cualificación de la entidad como empresa pública.

3.2. La privatización de la Administración Pública puede decirse que tuvo (y tiene) su expresión en dos fenómenos principales:

- a) En primer lugar, la privatización incidió sobre la estructura empresarial pública, habiendo aquí que marcar las siguientes fases:
  - i) En una primera fase, la privatización significó la transformación de las empresas públicas en sociedades de capitales íntegramente públicos, esto es, la extinción de personas colectivas públicas y su conversión en sociedades comerciales dotadas de personalidad jurídica de Derecho privado.
  - ii) En una segunda fase, se observó la apertura del capital de tales sociedades de capitales públicos a la participación del capital de entidades privadas, determinando la privatización de más del 50% del respectivo capital la transferencia de tales entidades del sector público hacia el sector privado de los medios de producción, salvo si hubiese ocurrido una «privatización imperfecta», esto es, la mera transferencia de participaciones sociales entre entidades integrantes del sector público.
  - iii) En una tercera fase, la privatización del capital de las antiguas sociedades de capitales mixtos, puede incluso haber alcanzado el 100%, circunstancia ésta que, sin perjuicio de los casos de transferencia de participaciones sociales en el interior del sector público, conducirá a una privatización integral, a una efectiva reducción del peso del Estado sobre la economía y, en último análisis, a una disminución de la estructura organizativa típica de la Administración Pública.

b) En segundo lugar, la privatización incidió también sobre el sector público administrativo, verificándose que un cada vez mayor número de entidades públicas pasó a pautar su actividad (en el todo o en parte) por el Derecho privado, circunstancia ésta que, además de sus efectos desorientadores sobre sede contenciosa, ha conducido ya a hablar de la existencia de una «fuga hacia el Derecho privado» de la Administración Pública.

3.3. Circunscribiendo el análisis subsiguiente únicamente a los aspectos organizativos que la transformación de las antiguas empresas públicas en sociedades de capitales públicos o en sociedades de capitales mixtos controladas por entidades públicas proponen, podemos resumirlo todo en la siguiente interrogación: ¿será que tales entidades empresariales dotadas de personalidad jurídica de Derecho privado y controladas por entidades públicas integran o no la estructura orgánico-subjetiva de la Administración Pública?

Se hace evidente, en primer lugar, que las empresas resultantes de un proceso de intervención económica del Estado sobre el respectivo capital social, especialmente las que poseen una personalidad jurídica de Derecho privado bajo la forma comercial y son controladas (total o mayoritariamente) por entidades públicas, están siempre vinculadas a proseguir con la actividad definida por su objeto social o interés público que presidió la respectiva participación social por parte del Estado (o de otra entidad pública). En realidad, bajo pena de ilegalidad en la participación pública, la presencia de entidades públicas en la titularidad mayoritaria o exclusiva al capital de tales empresas ha de determinar siempre una línea de actuación empresarial que aún pretenderá, en último análisis, la prosecución de intereses públicos o de intereses con una directa relevancia pública.

Se verifica, de este modo, que la prosecución del interés público ya no es algo exclusivo de entidades colectivas de Derecho público, ni de personas colectivas privadas que, a través de un título jurídico de concesión o delegación de servicios públicos, reciben tal prerrogativa.

Es necesario tener presente, en segundo lugar, que la ola de privatizaciones llevó para formas jurídicas de organización típicas de Derecho privado el ejercicio de muchas actividades empresariales hasta aquel entonces desarrolladas por entidades de estructura empresarial con una personalidad jurídica de Derecho público, mostrando una interpenetración entre el sector público y el sector privado de la economía y, por otra parte, una ruptura irreversible con el principio tradicional según el cual las entidades públicas adoptaban únicamente formas públicas de personificación, estando de ellas excluido el acceso a formas del Derecho privado.

Una alteración tal de la forma de organización jurídica de las entidades públicas, utilizando para la prosecución indirecta de sus fines entidades de Derecho privado que crea o en cuyo capital social pasa a participar, determina que se constituya una verdadera «Administración paralela» bajo la forma privada o, también llamada, Administración Pública bajo forma privada.

Observemos mejor este efecto de la privatización de las formas de organización de la Administración Pública.

3.4. Vinculadas las sociedades de capitales públicos y las sociedades de capitales mixtos controladas a la prosecución del interés público, en tanto que expresión instrumental de intereses integrantes de los fines o atribuciones de la entidad pública que participa en el respectivo capital social, puede afirmarse que hay una equivalencia estructural y funcional entre estas entidades privadas y los institutos públicos integrantes de la Administración indirecta.

En rigor, todas las entidades privadas resultantes de la intervención accionista del Estado sobre la mayoría o en la totalidad del respectivo capital social son el resultado indirecto de una reestructuración de la anterior Administración indirecta del Estado de tipo empresarial, comulgando, por ello mismo, en aspectos estructurales comunes:

- i) En ambos casos, por una parte, las entidades empresariales creadas son siempre instrumentos al servicio de la prosecución o realización de fines del Estado.
- ii) En ambas hipótesis, por otra parte, el Estado es titular de amplios poderes de intervención orientadora y de control sobre la actividad de tales entidades, pudiéndose hablar de la existencia de una «influencia dominante» de los poderes públicos.
- iii) En cualquiera de las situaciones, a pesar de competirle al Estado la responsabilidad financiera inicial por las diversas entidades, la verdad es que, disponiendo cada una de ellas de personalidad jurídica y patrimonio propio, por los respectivos actos y deudas nunca es el Estado el que responde en términos civiles.
- iv) En ambos casos, por último, se encuentra en manos del Estado la supervivencia en concreto de cada una de esas entidades, significando esto, en otras palabras, que su extinción puede ser libremente decidida por el Estado, en tanto que titular de poderes públicos de autoridad o, específicamente al nivel de las entidades privadas, en tanto que accionista mayoritario o único.

Puede concluirse, de este modo, que tal como el Estado tiene una Administración indirecta pública, esto es, constituida por entidades

colectivas dotadas de una personalidad jurídica de Derecho público, puede también existir una Administración indirecta privada, interando las sociedades de capitales públicos y las sociedades de capitales mixtos mayoritariamente titulados por el Estado. En cualquiera de las situaciones, adviértase, las entidades en causa, a pesar de ya no ser el Estado, la verdad es que todavía completan el Estado, estando, por esto mismo, con él íntimamente relacionadas.

La existencia de tal Administración indirecta privada conlleva una inevitable reforma del concepto orgánico-subjetivo de Administración Pública, hoy susceptible, en consecuencia, de admitir personas colectivas privadas sujetas a un control o influencia dominantes de los poderes públicos. Siendo posible hablar, por otra parte, de la existencia de un fenómeno de devolución privada de poderes o de descentralización privada, esto a la par de la tradicional devolución pública de poderes o de descentralización de atribuciones estatales hacia entidades públicas menores.

La privatización de las formas de organización empresarial ha comportado, por todo esto, una verdadera revolución silenciosa en la Administración Pública.

3.5 La revolución silenciosa que la privatización de la organización administrativa implica no se muestra exenta, aun así, de generar dos preocupaciones principales:

a) Por supuesto, aparece el problema de los límites a la libertad conformadora del legislador en el proceso de privatización de las formas de organización de la Administración Pública:

- i) Salvo expresa disposición constitucional contraria, debe concluirse que la Constitución prohíbe que sea confiado a entidades organizadas bajo forma jurídica privada el ejercicio, a título normal o no precario, de poderes o prerrogativas de autoridad soberana, tal como se les debe considerar negada la atribución del ejercicio normal de actividades nucleares o típicas de la función administrativa.
- ii) En consecuencia, el ejercicio de poderes de soberanía con carácter permanente o de funciones de autoridad típicas de la función administrativa se encuentra reservado por la Constitución a entidades dotadas de personalidad de Derecho público, estando aquí prohibido, bajo pena de inconstitucionalidad, cualquier proceso de privatización de las entidades encargadas del ejercicio de tales prerrogativas.
- iii) Por otra parte, incluso la privatización del sector empresarial público nunca podrá conducir a niveles extremos de transferencia

integral o mayoritaria de todo el capital social para el sector privado, dejando sin contenido o desmantelando completamente el sector empresarial público que está garantizado por la Constitución y, de este modo, violando también el principio de la coexistencia de tres sectores de propiedad de los medios de producción.

b) Una segunda preocupación que la privatización de la organización administrativa comporta, a semejanza de la privatización al nivel del Derecho regulador de su actividad, se refiere a sus efectos en sede contenciosa:

- i) Por una parte, la privatización provoca un efecto desorientador sobre los particulares en cuanto a la determinación de los tribunales competentes en el control de las decisiones provenientes de esta Administración Pública bajo forma privada.
- ii) Por otra parte, la privatización nunca puede conducir a una violación de competencia decisoria conferida a los tribunales administrativos por el artículo 212º, nº3, de la Constitución, permitiendo aquí afianzarse una verdadera «reserva de Derecho administrativo» que conduce, de este modo, a una consecuente garantía institucional a favor de la forma jurídico-pública de organización de un determinado núcleo de entidades integrantes de la Administración Pública.

#### 4. AMPLIACIÓN TEMÁTICA DE LAS RELACIONES INTRA-ORGÁNICAS E INTERORGÁNICAS

4.1. Partiendo de una camuflada influencia puntual de la vieja teoría de la impermeabilidad de las relaciones que se establecen en el interior de la Administración Pública o incluso de una su pretendida naturaleza ajurídica, se afirma hoy, con todo, de un modo general e inequívoco, la subordinación a la Constitución y a la legalidad de todo el amplio sector de las relaciones que se establecen entre los diferentes órganos en el interior de la Administración Pública, sean las mismas entre estructuras decisorias situadas en el interior de una misma persona colectiva o entre órganos de diferentes personas colectivas públicas.

Las relaciones intra-orgánicas e interorgánicas, tal y como todo el Derecho de la organización administrativa, se subordinan a la juridicidad, expresándose en actos de naturaleza jurídica y fundamentándose, directa o indirectamente, en la Constitución.

La verdad, no obstante, es que puede discutirse la existencia aquí, esto es, en el ámbito de las relaciones intra-orgánicas e interorgánicas,

de ciertas zonas de debilitamiento de la subordinación a la legalidad o incluso de resistencia a la legalidad. El deber de obediencia a autoridades jerárquicas ilegales sería, por otra parte, el ejemplo paradigmático: encontrándose los órganos y agentes subalternos vinculados a la ley y a las órdenes imperativas provenientes de los respectivos superiores jerárquicos, verificándose la existencia de un orden ilegal (esto en términos de mera anulabilidad y nunca de nulidad), ¿la obediencia será debida a la ley, como exigiría el principio de legalidad, o a la orden del órgano superior, como determinaría el principio jerárquico?

El simple planteamiento de esta cuestión en torno al deber de obediencia entre órganos ligados por un vínculo jerárquico muestra la posible tensión conflictual en cuanto al exacto alcance del principio de legalidad al nivel de cierto tipo de relaciones intra-orgánicas e inter-orgánicas.

4.2. Es necesario señalar, sin embargo, que no se pueden interpretar tales situaciones de relación jerárquica intra-orgánica o interorgánica como la expresión de zonas internas de la Administración inmunes al principio de legalidad: la consagración constitucional de un Estado de Derecho democrático, al tiempo que Estado de juridicidad, determina que nunca se pueda admitir la existencia de un principio jerárquico situado paralelamente o en oposición al principio de juridicidad. En los términos de la Constitución, toda la Administración (interna o externa) se encuentra subordinada a la juridicidad: todas las zonas de la Administración, incluyendo sus relaciones intra-orgánicas e interorgánicas, se encuentran vinculadas por el principio de legalidad, inexistiendo espacios exentos de Derecho o marginales a la juridicidad.

No obstante, tal subordinación a la juridicidad no significa la existencia de una legalidad uniforme para toda la Administración, ni exige que la legalidad de la actividad externa de la Administración sea la misma que pauta su actividad interna. El principio de juridicidad no impide, en otras palabras, que exista otra legalidad interna diferente de la legalidad externa, desde que, sin embargo, la primera se fundamente en esta última. O sea: el principio de juridicidad no excluye que la legalidad externa habilite la existencia de una legalidad interna *sui generis*.

En este preciso contexto se debe interpretar el artículo 112º, nº6, de la Constitución, en tanto que norma habilitadora de la existencia de actos legislativos que confieran a actos de otra naturaleza la facultad de éstos, a nivel exclusivamente interno, interpretar, modificar, suspender o anular preceptos legales.

Se puede decir, de este modo, que resulta de la propia Constitución la susceptibilidad de existir una legalidad especial en el interior de la Administración, la cual corresponderá todavía, en verdad, a una

subordinación a la ley, resultando residir en esta última el fundamento jurídico habilitador de la existencia y validez de tal legalidad interna.

Se comprende, por esto mismo, que la obediencia a órdenes jerárquicas ilegales no sea una excepción al principio de legalidad, antes expresa el cumplimiento de una norma legal: aquella que, imponiendo en tales casos el deber de obediencia, nos dice que obedecer a la ilegalidad aún es respetar la ley.

De este modo, resultando de la ley ser legal el cumplimiento de una orden ilegal, se verifica que puede existir en el interior de la Administración Pública una legalidad especial al nivel de cierto tipo de relaciones intra-orgánicas e interorgánicas que todavía se fundamenta jurídicamente, sin embargo, en la legalidad exterior, circunstancia ésta que permite concluir que ninguna excepción se verifica al principio de legalidad.

4.3. Otro sector de particular relevancia de las relaciones interorgánicas en el ámbito del Derecho de la organización administrativa se refiere a la temática de la delegación de poderes o delegación de competencia.

Tradicionalmente circunscrito al acto de delegación de poderes al nivel de las relaciones interorgánicas de índole intrasubjetivo, tal como todavía hoy surge implícito en el tratamiento que a la figura es dado por el Código del Procedimiento Administrativo, la verdad es que en los últimos años se ha asistido a una progresiva evolución de la técnica de la delegación de competencias hacia el ámbito de las relaciones interorgánicas de naturaleza intersubjetiva.

Ahora bien, como es evidente, la delegación de poderes entre órganos de diferentes entidades públicas, aparte de la natural discusión en torno a la verdadera naturaleza desconcentradora o descentralizadora del fenómeno y de la cuestión de saber si un órgano de una entidad pública puede proseguir fines que respetan a otra entidad, acarrea inevitables consecuencias sobre el régimen de invalidez de los actos practicados al «descubierto» de delegación o al abrigo de delegación ineficaz en el ámbito de los poderes delegables: ¿serán tales actos nulos, en tanto que expresión de un vicio de incompetencia absoluta por parte de su autor o, por lo contrario, meramente anulables, ahora como resultado de la existencia de una ley de habilitación que ha comunicado la titularidad de tales poderes propios del delegante también al órgano delegado?

La respuesta a la interrogación formulada depende, no obstante, de la postura que se adopte sobre la exacta naturaleza jurídica del acto de delegación de poderes, Y aquí, bien puede ser afirmado, el único punto de acuerdo en la doctrina nacional será la ausencia de acuerdo. No obstante, como el ejemplo deja evidenciar, la discusión teórica so-

bre la naturaleza de la delegación de poderes no será inocua en los casos de delegación intersubjetiva.

Para quien defienda que la delegación de poderes se limita a alargar o a extender el ejercicio de poderes cuya desnuda titularidad ya había sido confiada por ley al órgano delegado, tales actos practicados al descubierto de delegación o de delegación ineficaz en el ámbito de poderes delegables entre órganos de diferentes entidades públicas serán simplemente anulables. Por el contrario, quien entienda que el acto de delegación comporta una transferencia del ejercicio de poderes o, simultáneamente, de la titularidad del ejercicio, estaremos ante situaciones que en el ámbito de delegaciones intersubjetivas se reconducirán siempre a actos nulos.

La primera solución se debe tener, aún así, como preferible.

4.4. Aun al nivel de las relaciones interorgánicas se propone, por otra parte, el problema de la exacta relevancia de la figura de la sustitución y, muy en particular, del respectivo encuadramiento a la luz de la organización administrativa de un Estado de Derecho democrático.

En este sentido, se puede decir que el poder de la sustitución encuentra fundamento constitucional directo en la unidad de la soberanía del Estado, en la existencia de poderes de intervención intra-administrativa (sean ellos de naturaleza intrasubjetiva o intersubjetiva) y aún en la titularidad de una competencia autónoma conferida al Gobierno para la promoción del desarrollo económico-social y la satisfacción de las necesidades colectivas.

En realidad, la sustitución surge configurada como una competencia de ejercicio subsidiario, traduciendo la última garantía administrativa de efectividad de los valores inherentes al Estado de Derecho democrático consagrado en la Constitución (v. *supra*, n° 2.3.): la salvaguardia de los derechos fundamentales de un modelo organizativo pluralista, tal como la efectivación de la juridicidad y del bienestar encuentran en la sustitución interorgánica el *ultimum remedium* administrativo.

Podrá incluso ser dicho, en consecuencia de la amplitud material de la cláusula general de sustitución resultante para el Gobierno del artículo 199°, línea g, de la Constitución, que existe aquí una apertura constitucional para un modelo de flexibilidad de las reglas legales consagradoras de la existencia de un único órgano exclusivamente competente sobre materias referentes al desarrollo económico-social y a la satisfacción de las necesidades colectivas: al lado del órgano normal, primaria o preferencialmente competente para ejercer tales poderes, la Constitución consagra una competencia excepcional de ejercicio sucesivo y subsidiario a favor del Gobierno, circunstancia ésta que confiere a este órgano el estatuto de último guardián administrativo del Estado de Derecho democrático.

En un último análisis, se confirma aquí, una vez más, la existencia de un modelo de relación interorgánica coherente con el postulado organizativo determinado por la Constitución de la unidad en el pluralismo.

4.5. Por último, las relaciones intra-orgánicas e interorgánicas de naturaleza administrativa, incluyendo la amplitud de los vínculos jerárquicos y el área de ejercicio de un poder gubernamental de sustitución, nunca pueden dejar de ser analizadas en su estrecha ligación de índole constitucional con la legitimación político-democrática de la Administración Pública.

El Derecho de la organización administrativa permite también cotejar la fundamentación y la responsabilización política de la decisión administrativa, esto en los siguientes términos:

- i) La legitimidad política de los titulares de los órganos superiores de las principales estructuras decisorias administrativas, además de reflejarse en los nombramientos subsiguientes a las que proceden, se traduce en sus propias decisiones (individuales o normativas) y en los comandos internos que por fuerza de vínculos jerárquicos son transmitidos a todas las estructuras subalternas de la Administración, pudiéndose aquí formular la siguiente regla: cuanto más elevado sea el titular, mayor será la respectiva legitimidad política, circunstancia que afianza la formulación de un principio de legitimidad política ascendente de las estructuras decisorias de la Administración Pública.
- ii) El hecho de que el modelo de organización administrativa permita concentrar en los órganos superiores la legitimidad política y, simultáneamente, proceder por la vía de los vínculos jerárquicos a su difusión junto con las estructuras subalternas de la Administración o al ejercicio de poderes de control preventivo, represivo o sustitutivo, permite hacer efectiva la respectiva responsabilidad política parlamentaria: cada ministro es políticamente responsable de las acciones u omisiones de todas las estructuras decisorias de su departamento en la exacta medida de los respectivos poderes de intervención intradministrativa –cuantos menores fueren los poderes de intervención, menor será el grado de responsabilidad.

En este último sentido, independientemente de las conclusiones en términos limitativos de descentralización y de desconcentración, lo cierto es que una distensión de los vínculos jerárquicos o de intervención sustitutiva, designadamente a través de la creación desmedida de órganos independientes de la Administración Pública tendrá siempre como efecto inevitable un debilitamiento del grado de responsabili-

dad política del Gobierno junto con el Parlamento, sino también la «quiebra» de la propia legitimidad político-democrática de tales estructuras decisorias independientes, mostrándose también aquí finalmente, la verdadera plasticidad del modelo de organización administrativa frente a los opciones políticas fundamentales.

## BIBLIOGRAFÍA PORTUGUESA

AMARAL, Diogo Freitas do –*Curso de Direito Administrativo*, I, 2ª ed., Almedina, Coimbra, 1994;

CAETANO, Marcello –*Manual de Direito Administrativo*, I, 10ª ed., Reimp, Almedina, Coimbra, 1980;

CAUPERS, João –*A Administração Periférica do Estado. Estudo de Ciência da Administração*, Editorial Notícias, Lisboa, 1994;

CORREIA, Sérvulo –*Noções de Direito Administrativo*, I, Editora Dánúbio, Lisboa, 1982;

GARCIA, Maria da Glória F. P. Dias –«Organização Administrativa», en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, VI, Lisboa, 1994, p. 235 seg.;

MACHADO, João Baptista –*Participação e Descentralização. Democratização e Neutralidade na Constituição de 76*, Almedina, Coimbra, 1982;

MOREIRA, Vital –*Administração Autónoma e Associações Públicas*, Coimbra Editora, Coimbra, 1997;

OLIVEIRA, António Cândido de –*Direito das Autarquias Locais*, Coimbra Editora, Coimbra, 1993;

OTERO, Paulo –«Autonomia Regional, Igualdade e Administração de Bem-Estar», en *O Direito*, 1998, p. 89 seg.;

OTERO, Paulo –*A Competência Delegada no Direito Administrativo Português*, Associação Académica da Faculdade de Direito de Lisboa, Lisboa, 1987;

OTERO, Paulo –*Conceito e Fundamento da Hierarquia Administrativa*, Coimbra Editora, Coimbra, 1992;

OTERO, Paulo –«Hierarquia Administrativa», en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993, p. 66 seg.;

OTERO, Paulo –«Institutos Públicos», en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, V, Lisboa, 1993. P. 250 seg.;

OTERO, Paulo –*O Poder de Substituição em Direito Administrativo: enquadramento dogmático-constitucional*, 2 vols., Lex, Lisboa, 1995;

OTERO, Paulo –*Privatizações, Reprivatizações e Transferências de Participações Sociais no Interior do Sector Público*, Coimbra Editora, Coimbra, 1999;

OTERO, Paulo –*Vinculação e Liberdade de Conformação Jurídica do Sector Empresarial do Estado*, Coimbra Editora, Coimbra, 1998;

PEREIRA, André Gonçalves —«Da Delegação de Poderes em Direito Administrativo», separata da revista *O Direito*, Coimbra Editora, Coimbra, 1960;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues —«Descentralização», en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, III, s.d., p. 569 seg.;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues —*A Descentralização Administrativa «sub specie iuris»*, Coimbra, 1974;

QUEIRÓ, Afonso Rodrigues —«Desconcentração», en *Dicionário Jurídico da Administração Pública*, II, s.d., p. 577 seg.;

SOUSA, Marcelo Rebelo de Sousa —*Lições de Direito Administrativo*, I, Lex, Lisboa, 1999.