

BIBLIOGRAFIA

SINTESIS BIBLIOGRAFICA

DERECHO GENERAL DE ORGANIZACION

35.07

Resumen del libro del mismo título de ALFREDO GALLEGO ANABITARTE, Instituto de Estudios Administrativos. Madrid, 1971, 394.

CAPITULO PRIMERO

El Derecho general de organización en la sistemática del Derecho administrativo actual y tradicional

1. La «Organización administrativa», que forma una parte coherente y cerrada en sí del Derecho administrativo, aparece constituida, en el Derecho positivo español—sin paralelismo en otros países europeos—, por el tratamiento teórico doctrinal de unos principios y conceptos, junto al estudio de la Administración Cen-

tral del Estado y de las relaciones, en virtud de supremacía, entre ésta y otras realidades jurídico-administrativas organizadas: la Administración local y la corporativa e institucional.

La exposición de esta parte del Derecho administrativo se suele colocar después de la introducción general a la asignatura y el consiguiente estudio de las fuentes del derecho y legalidad de la Administración.

2. El Derecho de organización está dominado por una serie de tópicos y enfoques determinados. Se suele decir que la organiza-

ción administrativa ha sido tradicionalmente olvidada en los estudios de Derecho administrativo. La razón que se aduce es el carácter marcadamente individualista con que surge, tras la Revolución francesa, el Derecho administrativo, con una acusada preferencia por las normas de relación, frente a las normas de organización, determinada por la preocupación de la burguesía dominante en proteger con garantías los bienes de la *libertad y propiedad* frente a la Administración pública. Por todo ello, el llamado Derecho orgánico fue acogido antes por el Derecho constitucional que por el administrativo, que cargará el acento en las relaciones entre la Administración y los administrados.

Sin embargo, esta opinión sobre el Derecho administrativo tradicional tiene poca base en las fuentes doctrinales y es producto de una vulgarización de determinadas ideas de un sector de la teoría alemana del Derecho público de finales del siglo XIX. El Derecho administrativo tradicional español ha estado dominado por la organización administrativa y lo orgánico ha sido su enfoque y materia principal, afirmación que, por otra parte, parece que puede aplicarse con carácter general a toda Europa.

Ahora bien, ¿la comprensión y sistemática entonces imperantes eran válidas? La contestación es afirmativa para el Derecho administrativo anterior al despegue dogmático y teórico del Derecho público europeo, que a finales del siglo XIX, en la escuela alemana de Derecho público (Gerber, Laband, Otto Mayer, Jellinek, etc.),

que más tarde habría de afectar a la sistemática del Derecho de organización, caracterizándose por su rigor jurídico, la exclusión de razonamientos políticos, sociales, filosóficos, el *método constructivo*, etcétera.

La influencia del Derecho administrativo alemán en el europeo y, en concreto, en el español está fuera de duda, si bien la sistemática de la doctrina alemana del primer tercio de este siglo, distinguiéndose el Derecho público o estatal en el sentido estricto y el Derecho administrativo, no ha sido recibida en nuestro país, donde el tema de la organización ha sido considerado siempre como parte sustancial del Derecho administrativo, como sucede hoy en Alemania.

3. El examen de la obra de cuatro autores de nuestro Derecho administrativo tradicional —Posada, Royo-Villanova, Fernández de Velasco y Gascón y Marín—, que abordaron desde distintas perspectivas la problemática del Derecho de organización, revela que algunas de las afirmaciones que se suelen hacer hoy en torno a la organización, su relación y tratamiento por el Derecho administrativo tradicional son infundadas. Son muchos los tópicos —falsos tópicos— que aún dominan en el Derecho administrativo español, que, por incorporar plena y rotundamente el estudio de los órganos superiores del Estado a la disciplina, hace que la construcción de un Derecho general de organización distinga una parte teórico-conceptual y otra referente a los órganos superiores del Estado o Administración Central.

Esta construcción aparece con carácter urgente ante el abandono de una comprensión jurídico-institucional de todo el fenómeno orgánico por el Derecho político español, cuya evolución doctrinal ha llevado al Derecho administrativo a constituir el Derecho público-estatal español.

CAPITULO II

Estudios generales de Derecho de organización

1. VILLAR PALASÍ

En unos apuntes de cátedra dedica cuatro lecciones al tema de la organización administrativa: el poder organizatorio, la función del territorio en la organización administrativa, tipos estructurales de organización y centralización (desconcentración, personificación, desconcentración).

Tras la afirmación de que la organización es prius lógico del ordenamiento jurídico, se utiliza el concepto de potestad organizatoria u organizativa, para designar uno de los aspectos, el dinámico, del examen de la organización administrativa: facultad que la Administración ostenta para crear o suprimir órganos, atribuir competencias, coordinar actividad, etc. El otro aspecto, el estático, es un análisis de cómo están articulados los órganos de la Administración.

En cuanto al órgano y la personalidad, se afirma que el órgano no tiene personalidad, sino que ésta se atribuye sólo al ente al que pertenece, a la Administración como persona. El órgano tiene

competencia, no personalidad, ni responsabilidad. Es evidente que la terminología es oscilante y se llama órgano al propio funcionario (Kelsen, Merkl), o al *officium*, que es distinto del funcionario titular del mismo (Jellinek, Michoud), o se distinguen entre ente (Administración) y sus órganos, con sus correspondientes competencias, y los funcionarios (Romano, Ranelletti), pero lo decisivo es la distinción entre la personalidad de la Administración y la simple competencia de los órganos.

Por ello, el paso siguiente es estudiar la competencia, uno de los principios jurídicos de la organización, y que es la esfera de atribuciones y acción legal de un órgano administrativo. Competencia y capacidad que se atribuye a una persona jurídica son, pues, conceptos diferentes. Tras una breve referencia a las clases de competencia, estudia los órganos administrativos y sus clases.

El siguiente principio que se estudia es el de jerarquía. Del artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico se desprende que dicha Ley acepta la teoría del órgano y la ordenación jerárquica de los órganos. Jerarquía es un principio que actúa paralelamente al principio de distribución racional de competencia. Estos dos principios son prácticamente los dos fundamentos sobre los que se estructura el régimen administrativo continental.

En el desarrollo de una teoría general de la organización administrativa, tras el estudio de la teoría del órgano, de los principios de jerarquía y competencia y de la base territorial de la organiza-

ción, el paso siguiente es el análisis de una serie de conceptos (tipos estructurales de organización), que reflejan una gran inestabilidad terminológica y convencionalismo: autonomía, autarquía, tutela.

La lección final de esta teoría de la organización estudia la centralización, desconcentración y descentralización y sus diversas formas, para acabar con el principio de colegialidad.

Un breve juicio sobre todo lo expuesto permite destacar que la organización administrativa se concibe aquí centrada fundamentalmente sobre la gran cuestión teórica de la relación Administración-órgano y un enfoque dinámico de los principios jurídicos de organización: competencia, jerarquía, tutela, descentralización-personificación y colegial, en el marco político del poder organizatorio (legislativo-ejecutivo) y las bases sociológicas de la organización (racionalización de competencias, variedad, unidad de dirección). Poco interés existe por un análisis conceptual y estructuras administrativas internas.

2. GARCÍA DE ENTERRÍA

En otros apuntes de cátedra, con otros rasgos que los anteriores, se estudia, en primer lugar: la teoría del órgano y del oficio público; la terminología aquí se inclina por llamar órgano al titular de una unidad administrativa en que se descompone la organización de un ente público, mientras que la expresión oficio se refiere al conjun-

to de atribuciones y medios materiales que la integran. Las unidades administrativas ordenadas a un fin constituyen una institución, que es la base necesaria para que el Ordenamiento jurídico pueda convertir al órgano en persona jurídica. La exposición, después, utiliza la expresión órgano en el sentido de oficio y estudia la relación entre el titular del órgano y la Administración, que se resuelve por la teoría orgánica, donde *desaparece la dualidad órgano y ente-persona*.

Bajo el epígrafe relaciones internas de organización se estudian: la jerarquía y sus poderes; las diversas excepciones al principio de irrenunciabilidad de la competencia y su ejercicio por los órganos administrativos: delegación, sustitución, suplencia y avocación. Y se termina con una referencia a los principios capitales de la organización, la coordinación, el control. Se finaliza con una nota sobre los conflictos de atribuciones entre los órganos administrativos.

Lo interesante a destacar es que frente al denso enfoque anterior desde unos principios jurídicos de la Administración, aquí el orden es, por un lado, una referencia a dos problemas: órgano y personalidad, y al concepto de competencia, para después abarcar una serie de principios bajo el epígrafe de relaciones internas de organización, para, finalmente, referirse a la descentralización, que sería, al fin y al cabo, relaciones externas de la organización entre entes con diferente personalidad, salvo la descentralización burocrática.

3. GARCÍA OVIEDO Y MARTÍNEZ USEROS

Este conocido manual incluye en su Doctrina de la Organización administrativa el derecho del funcionario, sistemática que enlaza con la concepción decimonónica y que siguen algunos autores hoy, aunque no es dominante. Por esto, en sus elementos orgánicos de la Administración, esto es, su teoría de la organización, se encuentran conceptos y problemas que aparecen normalmente en el tema de la función pública.

Los diversos capítulos de los elementos orgánicos se agrupan en: principios organizativos, elementos de la organización administrativa (territorio, población y funcionarios), oficio y funcionarios, ordenación de oficios públicos y clasificación de órganos administrativos, y, por último, un análisis del concepto de jerarquía administrativa.

Los principios organizativos se analizan a partir de las perspectivas de la Ciencia de la Administración y se distingue entre los institucionales e instrumentales.

Un punto tratado con interés es el complejo referente a la relación Órgano-Administración y a la relación titular del órgano y Administración, que aquí se desarrolla a través de los diferentes conceptos de oficio, órgano, titular del oficio, con una detenida consideración del Derecho administrativo italiano: Alessi, Zanobini, De Valés, etc.

Como la exposición de la organización está íntimamente unida al Derecho de funcionarios, es de

destacar que el primer concepto definido es el de oficio o empleo.

Las actividades del Estado aparecen distribuidas en múltiples centros autónomos que se denominan con el concepto de oficio. Todo oficio tiene un titular, que recibe el nombre de funcionario público. El problema es fijar la relación entre estos funcionarios con el Estado. Hay que destacar que aquí los conceptos no son órganos-Administración (Estado), sino oficio-Administración. La cuestión se resuelve conforme a la exposición convencional de teoría del mandato, teoría organicista; si se recuerda, tal como se expone esta última teoría, la cuestión quedaba zanjada al establecer una identidad entre el órgano y la Administración.

Pero esta distinción teórica entre oficio y órgano no tiene vigencia al estudiar la *ordenación de los oficios públicos*, utilizándose entonces indistintamente el término órgano. Las cuatro grandes clases de órganos no reflejan sino las cuatro categorías distintas de actividades de la Administración activa, deliberante, consultiva y de vigilancia.

La última lección de esta doctrina de la organización se refiere al concepto de jerarquía, que alcanza a los oficios y al personal que aparece constituido por líneas, del superior al inferior, cuyos diversos centros de autoridad son los grados.

Los rasgos que caracterizan, pues, el tratamiento de la organización que aquí se hace son: elaboración, principalmente doctrinal, con la introducción del concepto italiano de oficio, y no tanto a

partir del Derecho positivo; clara interconexión con el Derecho de funcionarios, preocupación por un enfoque o referencia a la organización desde la Ciencia de la Administración; no se exponen, conjuntamente, unos principios jurídicos de la organización, sino que la exposición está dominada por los conceptos (órganos, oficio, etc.) y el principio de la jerarquía, llevándose a otro lugar el estudio de las «relaciones entre los organismos administrativos, y de las relaciones del Estado con sus órganos». El análisis es estático y no político-dinámico.

4 RAMÓN ENTRENA CUESTA

En cinco capítulos se desglosa un análisis razonado y cerrado de la organización administrativa, que se estudia tras la introducción y fuentes y separada sistemáticamente del estudio de la función pública.

Buscando una síntesis del nervio del análisis, se puede decir que el estudio de la organización se divide en dos partes: las relaciones y problemas entre los entes descentralizados (conceptos de descentralización, tutela, vigilancia, tres primeros capítulos) y las relaciones iterorgánicas (concepto y clases de órganos, competencia y jerarquía, dos últimos capítulos). Importa destacar que el autor quiere alcanzar una visión general de la Administración, frente al examen fragmentario de diversos extremos por los autores, y el estudio será tan sólo de los aspectos jurídico-administrativos, es decir, se excluye el enfoque de Ciencia de la Administración.

5. GARCÍA-TREVIJANO FOS

En esta visión sobre los tratamientos de tipo general sobre el derecho de organización actual se debe centrar la atención, por último, sobre la obra del profesor García-Trevijano, donde este tema ha sido desarrollado con más amplitud y profundidad.

Esta teoría de la organización está constituida por diversas partes, que, con cierta abstracción, se resumiría de la siguiente forma:

A) Estudio general de la organización desde una perspectiva teórico-jurídica y de ciencia de la Administración, que abarca también la potestad organizatoria, las normas de organización y las clases de ésta.

B) El concepto de órgano (relaciones orgánicas y de servicio) y la personalidad jurídica y clases de órganos.

C) Dos temas generales que permiten trazar las líneas maestras para posteriores análisis: entes de cobertura, Administración directa e indirecta y el estudio de las personas jurídicas y entes públicos (clases, etc.).

D) Por último, los principios jurídicos de organización.

Es ésta una exposición de gran densidad doctrinal que se enfrenta, directamente, con grandes problemas conceptuales y teóricos (ordenamiento, organización, órgano, personalidad, etc.) con una muy elaborada concepción de las estructuras estatales-administrativas, y cuyo instrumento analítico es el principio jurídico de organización, más que las relaciones externas e interorgánicas de la Administración pública.

CAPITULO III

Trabajos doctrinales concretos del Derecho de organización

1. ALGUNOS PRINCIPIOS DE ORGANIZACIÓN

1.1 *Unidad, competencia, jerarquía (Jordana de Pozas, Gascón Hernández)*

En Jordana la idea o principio de unidad, con su proyección política e histórica en la España del XIX, se entiende como «un atributo trascendental del ente, en virtud del cual no solamente existe indiviso, sino que no puede dividirse sin perder o alterar su esencia. No se trata de unidad exterior, formal, sino de unidad interna y de esencia». Y esta idea de unidad, aplicada al Estado, tiene una serie de consecuencias sobre el territorio y población y sobre el orden del poder político, en especial en lo que puede afectar a la llamada división de poderes. A la vista de la legislación hasta 1939, se señala que el principio de unidad exige la del poder, y, por tanto, impide la división en los poderes legislativo, ejecutivo y judicial, y se añade que en nuestro país tampoco existe una división de funciones encarnadas en órganos diferentes, por lo que respecta a las funciones legislativa y ejecutiva.

Desarrollando este punto de partida, unos años más tarde se expone por Gascón Hernández la «unidad, competencia y jerarquía como principios de organización administrativa», aunque, pese a este título, más bien se critica di-

cha trilogía. Es cierto que la unidad y competencia (variedad administrativa) vienen a ser tesis y antítesis, que en el juego dialéctico nos llevan al principio de jerarquía. Pero el hecho es que el principio de competencia quizá no exista y sea más bien una noción jurídica y técnica que propiamente administrativa, y el principio de unidad pase a ser más bien un principio político. Ambos principios acaso pudieran englobarse en un único principio, el de jerarquía..., verdadero principio de unidad en la organización administrativa, porque lo indiscutible es que la jerarquía constituye la más radical consecuencia administrativa del principio de unidad.

1.2 *Principio de coordinación*

No se puede pasar por alto el surgimiento con toda fuerza de un principio de organización del que se carecía de plena conciencia no hace muchos años; el principio de coordinación. En 1956 publica Ortiz Díaz un estudio sobre el *principio de coordinación*. Introduce la coordinación como un principio autónomo, que, junto a la jerarquía, es la vía para lograr la armonía entre la unidad y la competencia. La coordinación, que es un principio que tiene por objeto conseguir la necesaria rapidez y eficacia de la actitud administrativa mediante la coherencia, estructura adecuada y actuación sincronizada o jerarquizada de los fines y medios (competencia, funciones, atribuciones y órganos), así como alcanzar «la más posible economicidad» en la gestión administrativa, se diferencia de la coope-

ración porque aquí los órganos actúan, al menos parcialmente, en común, y aquélla se mantiene simplemente en el plano de la ordenación simultánea y los órganos realizan sus actividades con independencia, aunque dicha ordenación plasme en unos órganos coordinadores. También frente a la opinión tradicional, la coordinación difiere de la jerarquía, que exige identidad de competencia y órgano superior territorial que abarca la competencia del inferior, esto es, y siguiendo a Vallés, la jerarquía es la antítesis de competencia exclusiva, mientras que la coordinación surge en los supuestos opuestos; y todavía más: la coordinación se da entre órganos y oficios con personalidad jurídica, diferencia radical con la jerarquía.

En el marco de un análisis crítico de las funciones administrativas—desde el ángulo fundamentalmente de la ciencia de la Administración— estudia De la Morena la función coordinadora, que, junto con prever, organizar, mandar y controlar, constituyen las funciones administrativas directivas. Señala que la coordinación supone la existencia de distintos propósitos, que, sin ser idénticos entre sí, son relacionables los unos con los otros, de forma que sea posible reconducirlos a un valor o realización superior; se diferencia conceptualmente de la cooperación no tanto en base al criterio jurídico de relación de subordinación—jerarquía, relación de igualdad—coordinación, sino en base a que la ejecución sea, por separado, entre diversas unidades (coordinación) o en equipo (cooperación).

No a un nivel especulativo de

ciencia administrativa, sino como principio jurídico básico para explicar aspectos de la articulación en la Administración pública, se ha utilizado el principio de coordinación, por Pallarés Moreno. De acuerdo con el convencionalismo dominante, se afirma que la Administración indirecta responde al principio de la descentralización, mientras que la Administración periférica responde a los principios de desconcentración y de delegación, aunque también cabe una relación de delegación intersubjetiva entre la Administración estatal y local.

El análisis histórico y de Derecho positivo muestra cómo el gobernador civil ha sido concebido como órgano coordinador a nivel provincial. Esta función coordinadora de los gobernadores civiles, desde sus orígenes, quiebra en 1883 (real decreto de 3 de noviembre), al ser privado de sus funciones administrativas, acentuándose su carácter político, su función de gobernación, frente a las atribuciones realizadas por funcionarios con conocimientos especiales en los diversos servicios administrativos. Este proceso de continua politización y pérdida de su carácter coordinador se continúa en esta época hasta el decreto de 10 de octubre de 1958, que pretende realizar su misión coordinadora.

Pero este análisis histórico-institucional, desde el ángulo de la función coordinadora, no se puede admitir sin ciertas reservas. Si bien es correcto ver una línea histórica desde el jefe político de Cádiz al gobernador civil de la provincia de 1850, cuya raíz no es el prefec-

to francés, sino el secular corregidor castellano, que perderá sus funciones judiciales a favor de los jueces de Primera Instancia en 1835, bajo el influjo de la separación de poderes del constitucionalismo europeo, que supuso una radical separación orgánica de funciones, concepción nada nueva, sino secular en el Derecho español, conservando las funciones políticas y económicas, lo que no se puede admitir es el estudio indiscriminado de cada una de estas configuraciones institucionales sin su marco político, bajo una formal caracterización de la función coordinadora. Así, el jefe político de Cádiz estaba dominado por la Diputación en lo económico-administrativo, frente al Gobierno político (en el sentido de orden público, policía), que corresponde al alcalde y al jefe político, en base a un completo sistema democrático, desde los ayuntamientos a las Cortes. Y, en cambio, el jefe político y el gobernador de 1845-50 domina de todas las maneras a las corporaciones locales, cortadas de su base popular, y, además, con elecciones manipuladas. Y esto no se puede llamar concentrar para coordinar, sino centralización antidemocrática y antiliberal.

Benzo Mestre aborda el análisis de la coordinación en la ley de Entidades estatales autónomas. El hecho es que en la *teoría de la coordinación* de la ley de 1958 se vio una evidente homogeneidad, siendo injusto desconocer las grandes riquezas que encierra, tanto legales como doctrinales, consistiendo la explicación de esta teoría en una repetición de frases de la exposición de motivos articuladas

en un bello cuadro retórico, donde la unidad de poder se conjuga con la necesidad de unidades intermedias... (con) capacidad de actuación autónoma, pero dependientes, con vistas a lograr la máxima eficacia en la actividad de la Administración institucional, y donde la aplicación del principio de descentralización por servicios llevado a ultranza se compensa con la *ratio legis* de la ley, que quiere asegurar la unidad de conducta entre todos los sectores de la Administración pública, siendo justamente la esencia de esa unidad «el ejercicio por parte del Estado de una función coordinadora sobre la actividad de la Administración institucional».

Los medios (modalidades) de coordinación en el sistema de la ley se desglosan en cuatro: coordinación jurídica, coordinación funcional, coordinación financiera y coordinación técnica.

Tras la exposición de la teoría de la coordinación en la ley de 26 de diciembre de 1958, en un punto final, que contiene una crítica del sistema y conclusiones, a la pregunta de si con «una gama tan rica de instrumentos de planificación, de programación y de control... se efectúa una verdadera coordinación de la Administración institucional», se contesta que la ley está dominada por una opresiva desconfianza sobre la gestión financiera de los organismos autónomos, y que en ella toda idea de coordinación general de la Administración institucional está ausente, lo cual es una afirmación difícil de conciliar con la expuesta *teoría de la coordinación*.

Como conclusión de toda esta

doctrina sobre la coordinación, expresa Gallego Anabitarte reservas ante la función coordinadora, quien la deja expuesta en el marco de una ambiciosa teoría de la coordinación. Es evidente la necesidad de coordinar en toda organización lo que ya no está en absoluto claro es si el principio técnico-jurídico de coordinación se puede colocar como principio autónomo junto al principio de jerarquía y competencia, o junto a la tutela y jerarquía.

1.3 Principio de competencia: dimensión organizativa y jurídica (De la Morena)

Llega este autor a la conclusión de que la competencia se predica precisamente del órgano, como justamente dice la LRJ en su artículo 20 («la competencia específica de los distintos órganos»), afirmando que llamar competencia a las esferas de las administraciones es confundir la competencia con la capacidad o mera posibilidad de actuar que tiene todo ente público. Junto a esta capacidad jurídica se mantiene, siguiendo al profesor Entrena, que la *competencia subjetiva* es la competencia material del ente público, diferente de los fines, materias o actividades sobre los cuales puede recaer su competencia, y justamente trastocando el intento terminológico anterior, se concluye que la contraposición entre competencia y atribuciones es, sobre todo, una distinción dinámica: las atribuciones no son sino las mismas competencias contempladas desde el despliegue de efectos que provoca su ejercicio.

El principio de competencia se concibe aquí como elemento básico del Derecho administrativo y de la Administración, porque ésta, como acción o actividad cualificada, supone una organización, es decir, una articulación de órganos, que son los soportes del poder del Estado integrado en un sistema de competencias.

2. DESCENTRALIZACIÓN Y TRANSFERENCIA DE COMPETENCIAS ADMINISTRATIVAS

2.1 Descentralización: concepto jurídico

Una monografía de Garrido Falla de 1950 ha marcado las líneas generales de la doctrina común sobre el tema de la descentralización, y en particular de la descentralización funcional, que asentó firmemente la dogmática de la descentralización en base a la noción de competencias y del concepto técnico-jurídico de la personalidad. El elemento objetivo (el subjetivo es titular físico, el funcionario) de todo órgano viene dado por la esfera de actividad y cometido que dicho órgano está llamado a realizar; por ello, la competencia es, con D'Alessio, la «medida de la potestad que pertenece a cada órgano». La Administración directa del Estado es la «actividad que desarrollan los órganos directamente imputable al Estado», mientras que en la Administración indirecta la actividad es imputable, como sujeto inmediato de tal actividad, a otras personas jurídicas del Estado, esto es, «personas capaces en Derecho»;

por ello, la verdadera descentralización (territorial y funcional) supone siempre una traslación de competencias de la Administración directa a la indirecta del Estado (provincia, municipio, personas jurídicas de tipo institucional).

2.2 *Transferencia de funciones*

Unos años más tarde, una monografía de Vallina Velarde trataría con profundidad las relaciones iterorgánicas (en la propia organización o ente) de transferencia, de funciones; la desconcentración, «principio jurídico de organización», significa conferir con carácter exclusivo una determinada competencia a uno de los órganos encuadrados dentro de la jerarquía administrativa, pero sin ocupar la cúspide de la misma y la competencia que es el «conjunto de poderes correspondientes a un órgano» o la medida de potestad que pertenece a cada oficio, se confiere en este caso, dado su carácter permanente y duradero, por norma jurídica. Para conjugar el principio de irrenunciabilidad de la competencia (art. 4.º LPA), con un normal y permanente ejercicio de las funciones de la Administración pública», surgen las figuras e instituciones de delegación, avocación, sustitución y suplencia.

3. PLANIFICACIÓN Y ORGANIZACIÓN

La planificación de desarrollo que se inaugura en España en 1964 ha dado lugar a diversos estudios en torno a su relación y efecto sobre la organización administrativa. Así, el de Meilán Gil,

La organización administrativa de la planificación del desarrollo (1966).

La planificación, «considerada desde un punto de vista dinámico», no atiende a los órganos nada más que en cuanto al papel que juegan en las fases del proceso de planificación, pero un análisis estático centra la atención sobre la organización, «cuya importancia en (esta) materia es creciente». Organización se entiende aquí justamente «en un sentido amplio: disposición de las estructuras, funcionamiento personal, etc.». Como, por otro lado, la planificación tiene como objetivo la reforma administrativa, no puede haber duda del gran planteamiento que yace bajo la expresión «planificación y organización administrativa». Los puntos del análisis son: 1) La novedad de la especialización de órganos de la Administración pública, dado el carácter técnico de la planificación. 2) En segundo lugar, se impone una redistribución de competencias, ya que la coordinación, base de la ley de Régimen jurídico, parece insuficiente; mas todavía, ante tanto tópico, que considera la necesidad de coordinación como un síntoma de racionalización, es más bien la consecuencia de una defectuosa distribución de funciones. En tercer lugar, la planificación supone un replanteamiento de la Administración territorial, con la creación de estructuras regionales de carácter funcional (agrupación de municipios, diputaciones supraprovinciales, etc.) y con un predominio del criterio geográfico sobre el sectorial en la organización periférica. Y en cuarto lugar, una revisión

de la Administración institucional (organismos autónomos, empresas públicas).

4. PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y ORGANIZACIÓN

La más reciente exposición general sobre algunos puntos del Derecho de organización se encuentra en unos apuntes de procedimiento administrativo de González Navarro, publicados en 1969.

Naturalmente, esto no tiene nada de insólito en virtud de la realidad jurídico-positiva española sobre el procedimiento administrativo. Por eso mismo, en el más extenso y profundo estudio sobre esta materia (González Pérez) se estudia en los «sujetos del procedimiento administrativo» la Administración pública o, mejor, la función administrativa, que es «el Estado en cuanto sujeto de derecho, que realiza determinados intereses frente a otros sujetos», lo cual supone un reconocimiento sin reservas de que la Administración es una persona jurídica. Sin embargo, se tiene buen cuidado en afirmar que la Administración pública no es más que una faceta del Estado, ya que existe una persona jurídica única: el Estado, por lo que el sujeto de derecho no es la Administración pública, sino el Estado, cuyo carácter de sujeto de derecho puede tener vigencia —si quiera sea excepcionalmente— en otros aspectos; por ejemplo, en caso de responsabilidad por actos legislativos.

Frente a la negación doctrinal de la personalidad jurídica del Es-

tado, se afirma que es indiscutible y sumamente útil. Si el Estado se relaciona jurídicamente con sus súbditos, que tienen frente a él no sólo deberes, sino también derechos, ¿cómo explica estas relaciones? Mejor que hablar de una situación jurídica en la que no hay sujeto activo o pasivo, según la posición del Estado, como dice Jeze, es preferible conservar el concepto de relación jurídica con sus caracteres tradicionales y afirmar que el Estado es persona. Se insiste, sin embargo, en el carácter unitario de la personalidad del Estado; esto, naturalmente, no impide que al lado del Estado existan varias personas jurídicas públicas que llevan a cabo la función de satisfacer necesidades públicas. No cabe hablar de una anarquía, porque la unidad de la Administración pública se manifiesta en el hecho de que estas entidades realizan actividad imputable a las mismas, pero están integradas en el Estado y sometidas a la tutela de éste.

4.1 *Las administraciones públicas, como personas jurídicas*

La doctrina dominante no duda en atribuir personalidad jurídica al Estado, lo cual resuelve la continuidad frente a los cambios políticos, y permite configurar jurídicamente las relaciones de poder. Si bien en lo externo el Estado, en su totalidad, es quien tiene personalidad, en el Derecho interno ésta suele ir referida únicamente a la Administración pública, excluyendo al poder legislativo y al judicial (art. 1.º LRJ).

4.2 Competencia y transferencia de su ejercicio

El otro tema de derecho de organización que se trata es el de la competencia, concepto y transferencia. La competencia es la facultad irrenunciable de emanar actos jurídicos atribuidos por la norma jurídica a un órgano administrativo, definición que parte de la distinción entre capacidad y competencia. Son de resaltar dos precisiones: primera, el artículo 4.º LPA proclama la irrenunciabilidad de la competencia y su ejercicio directo por el titular, y sólo a este segundo punto se refieren las excepciones (delegación, avocación, etc.). Esto después será la base de un exacto estudio de las transferencias del ejercicio de competencias; y segunda, la distinción entre la competencia propiamente dicha (facultad de emanar actos jurídicos), que se atribuye siempre por norma, y la mera atribución de funciones, también llamada esfera de mansiones o, mejor, esfera de tareas de los órganos internos, que no viene fijada por norma, y cuya «determinación se deja al arbitrio de los titulares de los órganos externos en los que aquéllos se integran».

5. RECIENTES TRABAJOS SOBRE EL DERECHO DE ORGANIZACIÓN (Ariño Ortiz, Ortiz Díaz).

5.1 Sobre dos cuestiones ha centrado Ariño la reflexión crítica: la descentralización y la llamada Administración institucional. Con un ponderado enfoque metodológico,

se distingue el estudio jurídico de la descentralización administrativa, en cuanto técnica jurídica, que debe hacerse sin mezclar en él la mal llamada descentralización política, lo cual no significa, ni mucho menos, que se ignore el conjunto de factores históricos, políticos, económicos, sociales e incluso técnicos que pueden exigir o desaconsejar la descentralización.

Tras una exposición de los diferentes conceptos y planos en la que se ha movido el tema de la descentralización, se concluye que la moderna doctrina española tiene como idea central de su concepto de descentralización la noción de personalidad jurídica, que se convierte en clave del sistema. Y justamente de aquí arranca la crítica frente al mito de la personalidad y la diferencia que existe entre la descentralización territorial, cuya base motiva a la elección en todos los cargos de la persona descentralizada y la llamada descentralización funcional o por servicios, terminología que tiene su raíz más en un empleo táctico que en la realidad de la configuración de los entes institucionales. Frente a esta comprensión se formula un concepto material y realista de la descentralización, en base a los siguientes puntos claves: 1) Designación o elección de la autoridad. 2) Atribución de competencia específica (exclusiva o compartida). 3) Carácter ejecutivo de las decisiones del ente descentralizador y la amplitud mayor o menor de los poderes de revisión y control (autorizaciones, aprobaciones, etc.). El análisis del supuesto jurídico de descentralización se deberá hacer, pues, en base a es-

tos criterios, o principios institucionales, y no conformarse con la constatación del dato formal de una persona jurídica distinta del Estado.

La competencia local se plantea según una concepción dualista —por un lado, la esfera estatal, y por otro, la local (provincia y municipio)—, planteamiento éste «absolutamente en crisis», acentuado por la «Administración planificadora y programadora que estamos viviendo»; y la solución para una descentralización real, que potencie a los entes locales, no se puede encontrar en dividir las competencias por materias, entre sujetos distintos y excluyentes, ni delegar la gestión de unos sectores o servicios como ha propuesto la doctrina, sino en establecer unos programas comunes de acción, en cuya elaboración y gestión participan el Estado y los entes locales.

Una misma preocupación, a la luz de las consecuencias que ha producido el fenómeno de la personificación, late en un replanteamiento general de la llamada Administración institucional, tema éste que, sin haber sido tratado con abundancia, cuenta con muy importantes trabajos, de los que se parte en este replanteamiento. Tiene interés en el análisis que se hace de las teorías institucionalistas de Santi Romano y Hauriou, que están en la base de la construcción dogmática actual, sobre la Administración institucional, según la cual la naturaleza de la institución destila, engendra, inmanentemente, su propia normatividad, que sirve para superar las lagunas en la regulación de los

entes institucionales. Pues bien, la conclusión a la que se llega es que, si bien estaba implícita dicha concepción, en la teoría institucional no lo estaba explícitamente, ya que las instituciones constituyen entes subordinados del Estado, en cuanto institución superior que engloba a las anteriores. Sólo por un desarrollo posterior se ha llegado a la consideración del Estado-persona como una realidad distinta de las otras administraciones personificadas, que, si indudablemente aparecen como formando parte del Estado-institución (Estado-comunidad), podían diferenciarse claramente en cuanto sujetos.

Al plantearse, tras el problema de sus fuentes, el origen y la personalidad de la Administración institucional, se señalan con amplia visión los dos procesos de personificación de los entes públicos en el Derecho público: a) la personificación del Estado, y b) la personificación de los organismos y servicios estatales, señalando el sentido contradictorio de ambos procesos de personificación, el primero, para legalizar el poder y la afirmación frente a él de los derechos de los ciudadanos, y el segundo, un proceso de deslegalización de materias y escape al control parlamentario.

5.2 Buen colofón a este análisis de trabajo sobre organización administrativa es una reciente conferencia de unos de los administrativistas más interesados en el tema: Ortiz Díaz.

El tema está planteado desde el ángulo de las nuevas exigencias políticas sociales y económicas, y su impacto, en la vieja estructura de la organización administrativa.

Se trata, pues, de desvelar las transformaciones actuales y futuras de la organización administrativa y su efecto en los dogmas y categorías formales, a la luz de lo que está ocurriendo en la actual situación. La visión general que se ofrece es muy sugerente. La complejidad de las necesidades públicas ha determinado que, frente a los viejos moldes de los compartimientos estancos y aislados, y de las luchas competenciales, la Administración pública de nuestros días debe estar informada y articulada por los principios de la organización, que en la actualidad resultan fundamentales, cuales son los de coordinación y cooperación. Pero además lo que será más necesario en el futuro será la creación de nuevas figuras organizativas institucionales, de base asociativa, tales como los consorcios y las mancomunidades municipales. Junto a esto, en las relaciones jurídico-administrativas intersubjetivas es de destacar aquellas derivadas de convenios, conciertos, contratos administrativos entre administraciones públicas de distinto orden o nivel, y que en principio se trata de relaciones en plano de igualdad, que excluirán potestades o facultades de prerrogativa. Gran importancia tiene la observación de que serán razones sociológicas, demográficas, de tipo técnico y económico, las que tienen que primar sobre la concreta articulación (concentradas, desconcentradas, nivel territorial de localización, etc.), de las competencias materiales. El debatido tema de la competencia administrativa queda profundamente afectado por este enfoque técnico

y realista, por el fenómeno de la regionalización de servicios y sobre todo por la planificación y programación económica, que supone un verdadero trastrueque de la comprensión tradicional de la competencia, ya que el plano y el programa van a determinar el ejercicio efectivo de las competencias de las diferentes administraciones.

CAPITULO IV

Trabajos más específicos del Derecho general de Organización

1. GLOSA A CIERTOS ARTÍCULOS DE LA LEY DE PROCEDIMIENTO

Diversos artículos de la LPA que inciden sobre la organización administrativa han sido objeto de estudio particular. Así, por ejemplo, Blanco de Tella analiza el artículo 78, que regula las llamadas comunicaciones transversales entre órganos que no está ligados entre sí por una relación de autoridad y responsabilidad, situados, pues, en distinta rama jerárquica dentro de la organización, a diferencia de la comunicación ascendente o descendente, que se produce en la relación jerárquica. La regulación del artículo 78,1 y 3.º impone una comunicación directa sin traslados y reproducciones a través de órganos intermedios con el respeto debido al principio jerárquico, al tenerse que enviar copia de la comunicación a la autoridad u órgano intermedio cuando ésta o éste deba tener conocimiento de ella. Las oficinas de información (art. 33 LPA), con su doble

tipo de información general (fines, competencia y funcionamiento) e información de tipo particular (estado de trámite de un expediente) y su relación con las oficinas correspondientes (art. 62 LPA), han sido glosadas por González Navarro.

El artículo 35 de la LPA (tareas de carácter predominantemente burocrático, habrán de ser desempeñadas exclusivamente por funcionarios técnicos administrativos y auxiliares), y su dudosa aplicación en la encrucijada de la burocracia, ha merecido también la atención de este mismo autor.

El artículo 39 de la LPA, como norma innovadora articuladora de la competencia compartida—frente a las competencias conflictuales—, ha sido analizado con detenimiento por De la Morena, destacándose los instrumentos de órdenes conjuntas y expedientes únicos o mixtos, que reflejan el problema de dicha competencia compartida en base a una competencia específica (LPA, 29,2) de un órgano y algún género de intervención de otros.

Por último, también han sido comentadas las oficinas de registro, reguladas de forma general en los artículos 65 y 66 de la LPA, consideradas como centros de información y documentación de la gestión administrativa.

2. EL PUESTO DE TRABAJO: SU ENCUADRAMIENTO

A raíz de la publicación de la ley de Bases de funcionarios civiles del Estado de 23 de julio de 1963, y

de un texto articulado de 7 de febrero de 1964, y en virtud de la terminología nueva sobre puestos de trabajo, «plantillas orgánicas», vieron la luz una serie de trabajos que inciden en un Derecho general de organización, aunque frecuentemente no exista conciencia de tal incidencia y conexión, o aun existiendo, no quede reflejada en la sistemática jurídica de la organización. Se trata de trabajos de Heredero, Gorochategui, Ruiz de Elvira, Noguerol, Guitart, Alfaro, Garrido Falla y López Henares.

La preocupación terminológica—que afecta aquí directamente a construcciones conceptuales y sistemáticas—continúa, una vez publicado el texto articulado de la ley de Funcionarios de 7 de febrero de 1964, con resultados algo diferentes. Los estudios de Gutiérrez Reñón, Sanabria, Ortiz de Mendivil, Villar Palasí, García Trevijano, De Miguel, De la Morena, etcétera, aportan precisiones conceptuales en torno a «autoridades y funcionarios», «puestos de trabajo» y «cargo».

3. CRÍTICA A LA INFLACIÓN ORGÁNICA Y DIVERSIDAD TERMINOLÓGICA DE LA ADMINISTRACIÓN

No ha sido infrecuente que la doctrina se queje de la anarquía que reina en la denominación de las unidades administrativas. Si con la LRJ y la LPA se han definido los órganos superiores (jefe del Estado, presidente del Gobierno, etc.) y los últimos inferiores (negociado y sección), existe toda una gama de las que pudiéramos llamar unidades intermedias, que

carecen en general de regulación específica, lo cual motiva una verdadera anarquía práctica, que se pone de manifiesto al intentar comparar la configuración orgánica de los distintos reglamentos. Estas unidades inmediatas han sido denominadas: División, Servicio, Gabinete, Oficina, Comisión, Delegación, y además, aunque tengan la misma denominación, en varios departamentos pueden tener un contenido jerárquico y funcional absolutamente dispar. Se impone, pues, una norma unificadora de criterios, y así, por ejemplo, que Gabinete se reservase a los órganos de estudios, y término Oficina, a los de Organización y Métodos, Información, Iniciativas, etc. Esta anormalidad de la nomenclatura orgánica tiene mucha más importancia que la mera pureza terminológica, ya que este mare mágnum de nomenclatura puede estar relacionado directamente con la tendencia a potenciar el rango administrativo de cada función o grupo de funciones, el alargamiento de la cadena jerárquica y, en definitiva, la inflación anormal del esquema orgánico.

Esta actitud crítica hacia una serie de cuestiones organizativas de la Administración española se acentuó, proponiéndose que fuesen abordados por los reglamentos orgánicos de los departamentos ministeriales, tal como está dispuesto en el artículo 20 de la LRJ, la necesaria tarea de establecer una tipología de órganos (también de los superiores) que diferencie las dependencias jerárquicas con fines institucionales de otros órganos con funciones técnicas de

apoyo o control, de formalizar el ámbito de las subdirecciones generales en los respectivos centros directivos, la fijación de la uniformidad y mayor precisión funcional de las unidades con funciones de grado intermedio, etc.

En el marco de estas notas críticas a la realidad estructural y orgánica de la Administración pública tiene interés hacer referencia a unas consideraciones sobre la figura del segundo jefe, que se define como toda posición permanente y única en su rango dentro de la organización o de un sector o dependencia determinada, que en la situación normal de presencia del primer jefe tiene atribuidas formalmente funciones de dirección más o menos amplias sobre todos o sobre algunos elementos orgánicos integrados en el escalón inmediato inferior. De esto se deduce que no son requisitos esenciales de esta figura, aunque se den normalmente, la sustitución del inmediatamente superior y ejercicio de funciones directivas por vía de delegación, así como la facultad de representar al superior, razón por la cual se llega a la conclusión de que se puede hablar de cada uno de estos grupos si pueden constatar diversas variedades orgánicas.

Las segundas jefaturas propias se caracterizan por la interposición formal más o menos intensa en la línea de autoridad-responsabilidad como situación permanente, pudiendo ser la interposición total, parcial o limitada a ciertas unidades de escalón subordinado. Las segundas jefaturas impropias se dan cuando existe una pluralidad de segundas jefaturas (dos o más

subsecretarías), que en realidad son jefaturas de segundo nivel, aunque alguna tenga funciones generales sobre las unidades de los demás, o parezca en primer lugar en orden de llamamientos a la representación; pensar otra cosa es confundir el concepto de rango con el contenido funcional.

Conclusiones sobre la teoría y los conceptos del derecho de organización en el Derecho administrativo español

1. La base teórica del derecho de organización, y en parte del sistema moderno de Derecho administrativo, es la personalidad jurídica del Estado. Para la doctrina dominante, la Administración pública no tiene personalidad propia, sino que es un aspecto o faceta de personalidad total y unitaria del Estado.

2. La doctrina suele distinguir entre Estado-comunidad y Estado-organización o sujeto, los entes territoriales y los entes no territoriales.

3. Frente a la personalidad del Estado, administraciones públicas o entes, los órganos de éstos no tienen sino competencia.

4. La doctrina suele distinguir entre capacidad (ente) y competencia subjetiva (titularidad de funciones de un ente) y competencia orgánica (titularidad de ejercicio).

5. La doctrina ha incorporado plenamente la teoría institucional, como organización que es, personificada posteriormente al ser un centro de referencia con imputación plena de una actividad.

6. La doctrina general mantiene la llamada teoría orgánica: el órgano es la Administración, se incrusta en la organización, por lo que no representa nada ni a nadie, ni tiene personalidad, mientras que el funcionario titular del órgano (del cargo), como dice la doctrina, está en una doble relación: orgánica, cuando actúa como órgano, y de servicio, cuando es titular de propios derechos y obligaciones ante y frente a la organización.

7. Cierta sector de la doctrina, no predominante, ha aceptado el concepto italiano de oficio (complejo de atribuciones) y órgano (oficio en acción por voluntad de funcionario).

8. Ciertos administrativistas, en contra de una doctrina unánime, han mantenido que la personalidad jurídica sólo se puede predicar de las administraciones públicas.

9. El cuadro general: Administración directa e indirecta (personificada) ha quedado enriquecido introduciendo el concepto de mediata e inmediata.

10. Teoría y conceptos del Derecho de organización (órganos, personas, etc.) presentan cierto grado de formalización, pese a constatarse diferencias.

11. El estudio o descripción de la organización administrativa se hace por medio de conceptos, principios o relaciones.

12. El más profundo y extenso análisis jurídico de la organización enumera los cuatro principios: competencia, jerarquía, descentralización (tutela) y colegialidad, mientras que otros hablan de los

principios de unidad, jerarquía, competencia y coordinación.

13. Aunque hay un fondo común, la diversidad de términos y conceptos es palpable.

14. Hay una cierta tendencia doctrinal que distingue, siendo igual a la doctrina italiana, la competencia y la mera atribución de funciones.

15. La competencia es entendida de modo diferente, y las clases de competencia presentan gran variedad terminológica.

16. La coordinación se ha constituido últimamente en categoría clave de la organización, sin que hasta ahora los estudios concretos de organización permitan concebir una forma de articulación y resolución coordinadoras diferentes a las técnicas jurídicas de jerarquía y tutela.

17. Los conceptos o institutos jurídicos de la delegación (ejercicio) de competencia, desconcentración y de la descentralización, y la correspondiente técnica de control tutela, aunque presentan matices y cuestiones discutidas, están ampliamente formalizados.

18. Los conceptos fundamentales del derecho de organización en la doctrina española parecen ser: persona, órgano (oficio) y competencia (delegación), jerarquía, tutela (descentralización), colegialidad y también coordinación.

19. Aunque al principio no fue así, el Derecho de funcionarios ha absorbido los conceptos de puesto de trabajo, autoridad, cargo.

20. El derecho de organización está marcado por un enfoque muy doctrinal, a veces con reiteradas

y convencionales exposiciones, faltando, en cierta manera, un radical análisis de la realidad jurídica orgánica o una construcción jurídica a partir del material jurídico positivo.

CAPITULO V

Exposiciones de conjunto sobre los órganos superiores de la Administración del Estado

1. GARCÍA OVIEDO Y MARTÍNEZ USEROS

En esta única exposición completa, en forma de manual universitario, por hoy día, del Derecho administrativo se estudia la organización de la Administración del Estado, también llamada, con término equívoco, organización central. El estudio de esta organización «vale tanto como estudiar la organización del poder ejecutivo», afirmación doctrinal que enlaza directamente con el enfoque tradicional del Derecho administrativo, que se concebía como un «capítulo que en el Derecho político titulamos poder ejecutivo».

Los órganos superiores de la Administración del Estado son de cuatro tipos: A) Organos activos: Jefe del Estado, Consejo de Ministros, Comisiones delegadas, presidente y vicepresidente del Gobierno y ministros. B) Organos consultivos: a) Jurídicos. b) Técnicos. c) Organos de fiscalización.

El Jefe del Estado en el ordenamiento político español no es un poder nominal preferentemente espectacular, sino un poder efectivo, real: un verdadero órgano rector

y un centro de impulsión de la actividad administrativa. El despliegue de este poder explica enumerando los artículos 6.º y 13, 1, y los artículos 7.º, 8.º, 9.º y 10 de la ley Orgánica del Estado, de 10 de enero de 1967.

Al aludir a la facultad del Jefe del Estado para designar los ministros a propuesta del presidente del Gobierno, se comenta esta prerrogativa como expresión del ejercicio de su función moderadora..., sin duda la más importante de las suyas, en virtud de la cual le corresponde mantener la oportuna coordinación entre los órganos del Estado e impulsar y conducir la gobernación pública por los derroteros señalados por la opinión.

Tras la Jefatura del Estado se estudia el ministerio o la institución ministerial en su doble carácter: político y administrativo. Políticamente, el ministerio es una institución que concurre, con la Jefatura del Estado, a la realización de su obra de puro gobierno, entendida como la suprema dirección e impulsión de los negocios públicos, mientras que administrativamente es el centro supremo de dirección y ordenación de uno de los grandes ramos en que se descompone la Administración de un país.

El Consejo de Ministros y presidente del Gobierno se estudian conjuntamente, constituyendo aquél un organismo especial compuesto de la totalidad de los ministros y presidido por éste, que asume bajo la autoridad del jefe del Estado la dirección efectiva de la gobernación pública. La determinación de las atribuciones del presidente se solventa con una

enumeración del artículo 14 de la LOE y 13 de la LRJ y, siguiendo a la doctrina, se afirma que el presidente del Gobierno no es superior jerárquico de los ministros; sin embargo, tampoco sería exacto afirmar que es simplemente *primus inter pares* por los poderes de supremacía que posee. El Consejo de Ministros se caracteriza por su función deliberante y consultiva.

La división ministerial, se dice, se puede hacer con un criterio científico y político o práctico que acomoda la decisión ministerial a las necesidades particulares de cada país, aunque pocas veces marchan tan acordes la teoría y la realidad como en este caso, ya que las decisiones que la ciencia enseña son al propio tiempo manifestaciones producidas en el campo de los hechos por la propia fuerza de las cosas. El fenómeno de los últimos tiempos es el proceso de desintegración de los cinco departamentos capitales, que ha dado lugar a la creación de nuevos departamentos. Tras una referencia histórica, se aborda el estudio de la organización actual.

Tras esta exposición descriptiva se estudian las instituciones de subsecretario, director general, secretario general técnico (gobernador civil, gobernadores generales, etcétera), siguiendo la enumeración de los artículos correspondientes de la LRJ.

Como observación crítica de esta obra cabe señalar que el estudio de los órganos de la Administración central tiene aquí un marcado sentido descriptivo, constituyendo sus puntos teóricos la distinción entre política y Administración,

pero que no se refleja después plenamente en el análisis del Derecho positivo. Institucionalmente se concibe el sistema español dominado por la Jefatura del Estado, que es el jefe del poder ejecutivo, estando no formal, sino realmente subordinados en la realización de la gobernación pública, una difundida presidencia de Gobierno y los ministros.

2. ENTRENA CUESTA

Se estudian de forma separada —a diferencia del caso anterior— los órganos activos centrales de los periféricos y, por descontado, de los consultivos. Los órganos superiores de la Administración del Estado son el Jefe del Estado. Consejo de Ministros, el presidente y el vicepresidente del Gobierno, que tienen competencia general frente a las comisiones delegadas y los ministros con competencia especial.

Aquí el Jefe del Estado no es el jefe del poder ejecutivo como en la exposición anterior, sino que en cuanto es el representante de la nación y personifica la soberanía nacional (art. 6.º de LOE), no se encuentra ubicado en concreto en ninguno de los poderes —legislativo, judicial y ejecutivo—, sino que constituye el vértice en que estos confluyen: al mismo tiempo que ejerce el poder supremo político y administrativo, sanciona y promulga las leyes y provee a su ejecución y en su nombre se administra justicia.

El Consejo de Ministro tiene una doble naturaleza, política y administrativa, tal como se pone de

manifiesto en la LOE, artículo 13, según la cual, el Gobierno asiste de modo permanente al Jefe del Estado en los asuntos políticos y administrativos. Ejemplos de estos actos políticos del Consejo de Ministros se encuentran en la enumeración del artículo 10 de la LRJ; naturaleza administrativa tienen otras atribuciones, que se ordenan según tengan relación con el ejercicio de la función legislativa, acerca de la función jurisdiccional y con la función ejecutiva.

Como crítica de este análisis, es de observar aquí cómo la reflexión sobre el Consejo de Ministros no insiste, como en el caso anterior, en el dualismo deliberativo y consultivo del Consejo de Ministros, sino en una doble naturaleza política y administrativa, como uno de los órganos superiores de la Administración. También es de subrayar el parcial intento de fijar en el Derecho positivo los actos políticos y administrativos de dicho órgano. Por otra parte, es de notar que la exposición está dominada teóricamente por el esquema tradicional de las funciones legislativas, ejecutiva y jurisdiccional, que se utiliza para ordenar el material normativo, aunque este procedimiento de lugar a forzarlo en cierta manera. El formalismo del cuadro teórico se deja notar..

Las atribuciones del presidente del Gobierno se clasifican conforme a este criterio: como tal presidente del Consejo, le corresponde representar al Gobierno de la nación, convocar reuniones del Consejo, dirigir las tareas de Gobierno, proponer su plan general de actuación, las directrices que han de presidir las actividades de cada

uno de los departamentos, velar por el cumplimiento de las directrices señaladas por el Gobierno y de los acuerdos del Consejo de Ministros, asegurar la coordinación entre los diferentes ministerios y órganos y proponer al Jefe del Estado el nombramiento, separación, etcétera de los restantes miembros del Gobierno. Como órgano individual, equiparable a cualquier otro ministro, le corresponde en especial elaborar, previo dictamen del Consejo de Economía Nacional, los planes de desarrollo económico del país, proponer, conocer, elaborar las disposiciones sobre la estructura orgánica, métodos de trabajo, etc., cuidar la selección, formación, etc., de los funcionarios civiles, pudiendo delegar estas dos últimas facultades en el ministro subsecretario de la Presidencia.

Este es un notable intento de penetrar en la situación jurídica-administrativa del presidente en nuestro sistema; sin embargo, en contra de lo que se puede pensar, la figura del presidente del Gobierno no queda en absoluto resaltada en el proceso decisorio político-administrativo en este análisis, ya que las atribuciones que le corresponden como tal no son sino de proponer, velar, asegurar, etc., una serie de cuestiones sobre las que decidirá y acordará el Gobierno.

Tras una referencia de la vicepresidencia, se estudian los ministerios que, al mismo tiempo, tienen una función de especialización e integradora.

Y también se dedica atención a los subsecretarios, que son estudiados a la luz de las disposiciones correspondientes, destacándose su

doble carácter de ser órganos de comunicación del departamento con los demás ministerios y también ser jefes administrativos bajo el ministro.

El estudio de los órganos centrales de la Administración activa se acaba con una referencia a los otros órganos, que en su mayoría tienen carácter meramente interno, como son los gabinetes técnicos, oficialías mayores, secciones, negociados, y que no interpretan o exteriorizan la voluntad de la Administración, sino que se limitan a colaborar en la formación de la voluntad de los órganos anteriormente estudiados, para terminar con una alusión a la proliferación de nuevos órganos, algunos con carácter externo, muchas veces una prueba palpable de la exactitud de la ley de Parkinson, tendencia contra la que reacciona el decreto de 27 de noviembre de 1967.

Se nota en esta exposición una concepción de la Jefatura del Estado muy diferente a la anterior Jefatura del Poder ejecutivo, algo distanciada de los poderes públicos tradicionales y, por ello, con relativo interés para el Derecho administrativo de organización, cuyas atribuciones se ordenan según su relación con la función legislativa, ejecutiva y judicial.

3. MEILÁN GIL

En unos apuntes de cátedra expone ampliamente el tema de los órganos superiores de la Administración.

Se empieza afirmando la constante teórica en este tema: estos

órganos tienen un desdoblamiento funcional, pueden actuar bien como Administración o como órganos de carácter político.

Las funciones del Jefe del Estado se clasifican según sus relaciones con la materia administrativa y se describe la evolución del ejercicio de la función legislativa en esta suprema institución.

Es de observar que el enfoque político y administrativo queda abandonado, para después referirse a una función administrativa que abarca la función normativa (legislativa y reglamentaria), insistiéndose en la situación de la actual Jefatura del Estado al respecto, con un cierto postergamiento del encuadre de dicha institución en el sistema total de los órganos superiores.

El Consejo de Ministros se estudia tras una larga y cuidada evolución histórica a través del antiguo régimen y los siglos XIX y XX, para después dedicar la mayor atención a la naturaleza y atribuciones de este órgano. La cuestión de su naturaleza plantea la alternativa de si es un órgano consultivo o de la Administración activa y, por otro lado, de si es sólo un órgano político o también es un órgano administrativo.

Si bien en su origen el Consejo de Ministros era un órgano exclusivamente consultivo, como todavía lo es en Estados Unidos, en España no cabe duda que tiene hoy un doble carácter consultivo y decisorio.

Por otra parte, el artículo 10 de la LRJ, enumerando las atribuciones del pleno del Consejo de Ministros, permite deducir su doble

naturaleza política y administrativa, así como su carácter de órgano superior.

Este doble carácter del Consejo de Ministros aparece rotundamente en el artículo 13 de la LOE (asistencia al Jefe del Estado en todos los asuntos políticos y administrativos). Se acaba el estudio de este órgano señalando la nulidad de las resoluciones de un ministro, cuando debía haber resuelto el Consejo, así como el caso contrario, supuesto que el Tribunal Supremo ha permitido, lo cual no parece lo más correcto.

Como observación crítica, este análisis se caracteriza por un claro abandono del órgano Jefatura del Estado y un estudio completo del Consejo de Ministros, a cuyo esquema teórico hay que hacer en parte la misma observación que en el caso anterior, aunque aquí hay una sensible matización con la clasificación cuatripartita (político, potestad normativa y no función legislativa, etc.).

Las comisiones delegadas del Gobierno son estudiadas con atención, determinando que obedecen a un deseo de desconcentrar o, al menos, hacer más fáciles las tareas del Consejo de Ministros y de coordinar la acción de aquellos ministerios que tienen problemas comunes.

El análisis, muy cuidado, pone, sin embargo, de nuevo en entredicho la autonomía de una actividad coordinadora, ya que esta función-atribución se plasma en una resolución o en un acto preparatorio, si no, no hay nada.

El presidente del Gobierno recibe un interés fundamentalmente

descriptivo, pero en la enumeración legal se deja entrever una determinada concepción de este cargo, que no es sólo un *primus inter pares*, es jefe también en la función de coordinación y de dirección política y administrativa y representa al Gobierno en sus relaciones con el Jefe del Estado, cuyas atribuciones son: a) de dirección de tareas del Gobierno; b) proponer al Jefe del Estado la constitución del Gobierno, y c) las funciones específicas como jefe de la Administración del Estado.

Frente a la anterior, distinción del presidente del Gobierno como presidente del Consejo y como órgano ministerial individual, parece que aquí se profundiza considerablemente en la cuestión. Esto se comprueba en el estudio posterior y singularizado que se hace de la vicepresidencia, secretariado del Gobierno y ministro subsecretario de la Presidencia.

La evidente amplitud en el tratamiento de la materia se puede apreciar en el estudio de los órganos ministeriales, que se dividen en: a) ministros titulares; b) ministro subsecretario de la Presidencia, y c) ministros sin cartera.

Especial atención se dedica al ministro subsecretario de la Presidencia del Gobierno. Este órgano está integrado por servicios muy poco homogéneos, produciendo la impresión de que se ha formado un poco como *cajón de sastre*. Las razones para elevar a la categoría ministerial la Subsecretaría de la Presidencia son la intensificación de la acción coordinadora por medio de los programas de ordenación económica que la

Presidencia elabora, las múltiples cuestiones de competencia y recursos que le están encomendados. La naturaleza de este cargo ministerial ha planteado ciertas dudas sobre si se trata de un departamento (Presidencia) con dos ministros, presidente del Gobierno y ministro subsecretario, este último sin cartera, afirmándose que esto no es posible, ya que en nuestro ordenamiento el presidente del Gobierno no puede ser concebido como ministro, sucediendo, en realidad, que el ministro subsecretario, además de ser ministro es subsecretario, por tanto en este ministerio están unidos los dos cargos, subsecretario y ministro.

Se termina con unas interesantes observaciones sobre la progresiva potenciación de la Presidencia como Departamento, tal como se aprecia en la aparición en ella de nuevos órganos, y la adscripción a la misma de importantes organismos autónomos. Las exigencias de coordinación que plantea un plan de desarrollo, carácter tradicional de la Presidencia española, y la futura separación de los cargos del Jefe del Estado y Presidencia del Gobierno, potenciará, sin duda, al ministerio de la Presidencia.

Cabe señalar con respecto a este estudio que es evidente que estas observaciones suponen un intento más profundo de comprender la estructura orgánica superior del Estado y de la Administración. Por ello, llama más la atención el abandono de un intento de comprender dinámicamente la gobernanación del reino, que sólo se puede hacer teniendo en cuenta los cuatro elementos que intervienen

directamente en el proceso político-administrativo: Jefatura del Estado, Presidencia, Consejo y ministros, poniendo en segundo lugar la mera descripción, more administrativo tradicional, de competencias y atribuciones de órganos que en este estudio, desde luego, se libera del estereotipado esquema de funciones tradicionales, para recurrir a la moderna y decisiva idea de dirección política, jefatura. Sin embargo, no queda claro si la potenciación del ministerio de la Presidencia se refiere a una potenciación política o meramente burocrática.

La interesante figura del ministro sin cartera, abandonada en otras exposiciones, es tratada aquí rechazándose que tenga sólo carácter político por participar en un órgano colegiado con claras competencias administrativas.

El estudio de las subsecretarías tiene el interés de destacar los dos tipos que se han dado: el tradicional, como segundo jefe del ministerio, y el nuevo tipo que abarca una serie de departamentos y sus servicios. El subsecretario de tipo tradicional no es un viceministro en el sistema español que sustituya al ministro en sus ausencias, función que sólo puede asumir otro miembro del Gobierno, sino un cargo de libre designación y de confianza del ministro, de quien es colaborador, y por este motivo político y por la naturaleza objetiva de sus funciones fundamentalmente un cargo administrativo.

Las direcciones generales son unidades administrativas encomendadas a los directores genera-

les, jefes del centro directivo que les está señalado, con una naturaleza política y administrativa-técnica muy semejante a la de los subsecretarios. Tras una enumeración de sus atribuciones legales, se pasa a centrar la atención en las secretarías generales técnicas, institución generalizada, tras 1957, con la LRJ y que es una de las novedades más importantes, constituyendo los órganos *staff* de Estado Mayor, distintos de los órganos de línea de mando.

La voluntad de penetrar en la estructura orgánica queda, una vez más, reflejada en la exposición en el apartado final «Otros órganos», donde se alude a los nuevos eslabones que han surgido entre las direcciones generales y las secciones, como son los subdirectores generales, los secretarios generales de las direcciones generales, oficialías mayores y secciones y negociados, órganos inferiores de la organización, que por el alargamiento de ésta sufren un empobrecimiento.

Como crítica final de esta exposición, junto a las observaciones anteriormente hechas, hay que destacar la extraordinaria atención prestada al derecho positivo y una decidida voluntad de penetrar profundamente en la organización administrativa de forma viva y real con un aparato conceptual que si es tradicional en varias ocasiones, otras utiliza instrumentos más realistas, como dirección política, jefatura, si bien el gran problema de la gubernación del Reino, base de un veraz y realista análisis de la organización superior estatal-administrativa no se aborda.

4. GARCÍA-TREVIJANO-FOS

Como última exposición general de la organización administrativa, se debe traer aquí a colación este importante trabajo, donde también se ha estudiado profundamente esta cuestión.

Respecto del Jefe del Estado se centra la atención sobre el orden jurídico español y, tras enumerar los antecedentes más inmediatos desde la ley de 30 de enero de 1938, se analizan las competencias administrativas del Jefe del Estado en base a la LRJ y la LOE, aunque se advierte que no es posible en muchas ocasiones trazar una línea de separación entre estas funciones y las políticas.

Se plantea también una cuestión de gran importancia: la realidad del poder decisorio del Jefe del Estado respecto de las atribuciones que le otorgan los textos constitucionales. Con el ejemplo del sistema político italiano actual la respuesta no puede ser sino constatar que no existen unas atribuciones ejercidas *per se*, sino que el artículo 89 de la Constitución exige el refrendo del ministro proponente, con lo cual es él o el jefe del Gobierno quien decide y tan sólo puede el Jefe del Estado oponer su resistencia pasiva a través de los instrumentos examinados. Justamente ésta no es la situación en el ordenamiento español. Pese al artículo 8.º de la LOE, el jefe del futuro, tal y como está configurado en la ley, sigue siendo fuerte; no es parlamentario, porque el régimen adoptado es tipo presidencialista, con la limitación o contrapeso del Consejo del Reino. Y por ello, el refrendo en España está a

mitad de camino entre el significado en el parlamentarismo y su carácter inútil en el presidencialismo.

A continuación se estudia el Consejo de Ministros, esto es, el artículo 10 de la LRJ, que, antes de competencia, «habría de hablar de atribución de funciones», siendo éstas enumeradas sin una clasificación, como en otras exposiciones y comentadas con observaciones jurídico-materiales que no afectan al Derecho de organización.

Se trata también el tema de la supremacía del presidente del Gobierno. La presidencia del Consejo de Ministros es un verdadero superministerio, que se estudia analizando las tareas administrativas del jefe de Gobierno en base al artículo 13 de la LRJ, cuyos diversos puntos son enumerados, señalándose al comentar su tarea de «dirección del Gobierno dictando instrucciones y fijando directrices a que deben someterse los distintos departamentos», que éste es el caso más importante a través del cual resplandece la supremacía (no jerarquía) de la presidencia sobre los ministros.

Como observación crítica, no hay duda que, pese al rápido estudio de ciertos órganos (vicepresidencia, ministro subsecretario, etcétera, en comparación con la exposición anterior), estamos aquí ante uno de los más importantes y penetrantes análisis de los órganos superiores de la Administración en el Derecho español vigente. Llama la atención la ausencia de tanta ganga teórica de funciones legislativas, ejecutivas y jurisdiccionales para analizar las

atribuciones de órganos estatales, cuando el problema está en detectar y fijar la situación jurídica del órgano en el marco total del sistema, para hacer presente el proceso político-administrativo. La gobernación se concibe aquí dominada por un jefe de Gobierno o presidente del Consejo de Ministros, frente a una figura pasiva, pero potencialmente y, a veces actualmente, muy fuerte que es el Jefe del Estado, que no acaba de perfilar su sustitución y que se califica de presidencialismo con Gobierno monárquico, lo cual no deja de producir reservas.

5. FERNÁNDEZ CARVAJAL

Todo el difícil proceso de calificar al Jefe del Estado, presidente del Gobierno, etc., tal como se ha visto en las páginas anteriores, queda aquí, en principio, mínimamente orientado al clasificar el régimen español dibujado en la LOE de «Monarquía limitada».

En la monarquía limitada—a diferencia de la monarquía parlamentaria—el Gobierno sólo es políticamente responsable ante el Jefe del Estado, no ante el Parlamento. Esta forma política puede articularse sobre el principio de la separación de poderes o sobre la unidad del poder con subsiguiente coordinación de funciones. En este segundo tipo de monarquía limitada se subraya «lo que la tarea de gobernar tiene de actividad primaria, no de mera ejecución de leyes», y no se parte, como en el otro tipo de monarquía limitada de una jacobina y suspicaz desconfianza hacia el motor

que impulsa la vida política. Es a la luz de estas consideraciones como se lee e interpreta el título segundo (Jefe del Estado) de la LOE y el juego de los diversos órganos del Estado en la gobernación del Reino.

La clave de todas las atribuciones del Jefe del Estado (art. 6.º de la LOE), es decir, de todo cuanto disponga, es que debe sujetarse a la formalidad del refrendo, que podrá ser, según los casos, dado por el presidente de las Cortes, del Consejo del Reino, del Gobierno o de los ministros.

El autor se aventura a figurarse el sistema en pleno juego ocupado por los jugadores, en especial, la relación entre el Jefe del Estado y el presidente del Gobierno, que «dependerá del peso político respectivo de ambos personajes», lo cual, se añade acertadamente, no es, naturalmente, una peculiaridad exclusiva de nuestro sistema; igual se ha podido decir en Alemania al destacar la potencialmente importante figura del presidente federal en manos de una fuerte personalidad, aunque, en el papel, carezca realmente de relevancia.

Al entrar a estudiar el Gobierno y su presidente, tras resaltar la indebida ausencia en la LOE de una referencia a las comisiones delegadas, señala que en la LOE, artículo 14, el Consejo de Ministros determina la política nacional, con lo que se define un órgano de competencia muy general, al que corresponde como más significativa atribución la aprobación del plan general del Gobierno. Las funciones «representativa, directiva de la política general y coordinadora de todos los órganos de

gobierno y administración», que se atribuyen al presidente del Gobierno son más bien escasas y vagas, y subrayando que no se le concede poder reglamentario, como al presidente del Consejo francés, se discurre sobre la posibilidad de reuniones ministeriales bajo la presidencia del Jefe del Estado: Consejo de Ministros, y bajo el presidente del Gobierno: Consejos de gabinete, lo que podría llevar consuetudinariamente a que «las reuniones del Gobierno estén siempre presididas por su presidente y nunca por el Jefe del Estado». Por ello, se concluye que estas circunstancias contribuyen a dar al presidente del Gobierno un realce muy superior al que se seguiría de las atribuciones que literalmente se le asignan, y tanto más cuanto que a su persona está vinculada, en unión constitucional y permanente, la presidencia del Consejo Nacional.

No parece injusto afirmar que éste es uno de los más agudos y sensibles análisis sobre este tema capital del Derecho general de organización cual es las atribuciones y competencias de los órganos superiores de la Administración del Estado, tema éste que no es, naturalmente, de Derecho político, ni de ciencia política, ni de teoría del Estado, ni de Ciencia de la Administración, ni de Derecho constitucional, a la española, sino de Derecho positivo español, de Derecho estatal español, que está encarnado hoy en el Derecho administrativo. El análisis aquí tiene un carácter rotundo y una precisión fuera de dudas: concepto de monarquía limitada, concepto de refrendo, que aclara considerable-

mente aspectos poco iluminados en la anterior exposición. Sin embargo, para el jurista el resultado queda algo corto; en concreto, las relaciones entre Jefe del Estado, Presidencia del Gobierno y Consejo de Ministros. Hay un cierto deseo de querer ver gran parte de esta cuestión resuelta en la práctica y no en la ley en el sentido objetivo de la ley Orgánica y demás leyes fundamentales y ordinarias.

6. SÁNCHEZ AGESTA

En las funciones políticas se distingue la función de Gobierno y la función de control. Esta función política enlaza con la distinción de gran parte de la doctrina entre las funciones administrativas y de gobierno como modalidad de la función ejecutiva, aunque aquí lo que se intenta es estudiar el acto de poder en su propia naturaleza independientemente del órgano, de su configuración en los ordenamientos positivos. Justamente esto es lo que caracteriza la exposición, donde en páginas sucesivas se desarrollan de forma convencional teórica, y sin ninguna referencia al Derecho positivo, las funciones jurídicas y las políticas, tanto la de gobierno como la de control.

Todo este planteamiento doctrinal y teórico, que no abandona el marco de la Teoría del Estado, de Jellinek, es perfectamente válida, siendo posible, naturalmente, otras alternativas. Pero otro camino hubiese sido penetrar en la ley de Cortes y en la ley de Régimen jurídico, por ejemplo, para destacar

a la luz del Derecho positivo la validez de estas supuestas funciones, el sentido jurídico y político de la aprobación del plan general de actuación del Gobierno o la dirección de las tareas del Gobierno, etcétera, es decir, sin abandonar el saber y el enfoque tradicional, construir una teoría más directamente vinculada a la realidad jurídica vigente, tanto más cuanto la doctrina (García-Trevijano) ha insistido frecuentemente en el carácter y sentido racionalizador de la LRJ, cuyo valor es muy superior a una ley ordinaria, como no se dejó de notar en las discusiones de Cortes al respecto.

CAPITULO VI

La distinción Gobierno-Política y Administración como principio clave en el estudio de los órganos superiores estatal-administrativos

1 GOBIERNO Y ADMINISTRACIÓN: DISTINCIÓN

1.1 *Diversos intentos doctrinales*

1.1.1 Una distinción muy representativa es la contenida en el tratado de Garrido Falla. Según él, no hay equivalencia entre Poder ejecutivo y Administración, y es precisamente la «idea de gobierno» la que destaca esa «extensión en más que el Poder ejecutivo tiene respecto de la Administración».

La determinación o acercamiento a esa función de gobierno se hace en base a la doctrina francesa y se concluye, con Hauriou, que la *función administrativa* consiste esencialmente en realizar los

asuntos corrientes del público, en tanto que la función gubernativa consiste en solucionar los asuntos excepcionales que interesan a la unidad política y en velar por los grandes intereses nacionales.

En cuanto al «órgano de gobierno», se ubica en el escalón superior de la organización jerárquica del Poder ejecutivo, mientras que la Administración se constituye por todos los grados que van del ministro hacia abajo.

De este enfoque, absolutamente teórico-doctrinal, y con mínima referencia al Derecho positivo, es claro que la cuestión planteada (cuándo el Poder ejecutivo actúa como Gobierno y cuándo con carácter administrativo) queda muy poco iluminada.

1.1.2 La distinción entre la actividad política y administrativa es objeto, en 1963, de un nuevo estudio, el de Boquera Oliver. La motivación esencial del análisis es aquí el dualismo acto político-acto administrativo. Se centra el estudio sobre los antecedentes de esta distinción en la realidad jurídica y política francesa. El resultado del análisis de Locke, Montesquieu y Rousseau en las Asambleas constituyentes y en las primeras Constituciones francesas es el constatar la conciencia de *un poder ejecutivo supremo* y otro subalterno entre Gobierno y Administración.

1.1.3 El análisis de Carro y Fernández-Valmayor sobre el mismo tema tiene un relativo valor. Se mantiene en que la actividad política es «un *prins* respecto al Derecho», que «nace como decisión política en forma de legislación, jurisdicción y ejecución». Esto es evidente, pero, junto a ello, se ha-

cen afirmaciones difíciles de aceptar, como, por ejemplo, «el político es absolutamente libre de asignar una determinada orientación al Derecho» o «los fines a conseguir en una determinada sociedad».

En realidad, lo que se propugna es un mero cambio semántico y donde se decía *actividad o función política* se postula una cuarta función, que sería una especie de *función de orientación política*, que es un tipo de «función característica del Gobierno». La pretendida puesta en entredicho de la teoría de los actos de Gobierno queda reducida a este cambio de palabras.

Causa extrañeza, además, en este estudio el que toda la construcción se efectúe a un nivel teórico-doctrinal, sin referencia alguna al Derecho positivo español, lo que lleva al autor a la elaboración de una teoría de la función de orientación política en base a la doctrina italiana del *indirizzo politico*, con olvido de los conceptos de «poder político», «determinar la política nacional», «dirigir la política general», etc., plenamente consagrados en nuestros textos legales.

1.1.4 *El estilo procesal. Derecho administrativo como derecho del administrado.*—La cuestión doctrinal y teórica de distinguir la función política y la administrativa está dominada por un enfoque que puede denominarse el estilo «procesal» o del «administrado». Lo que preocupa son los actos del Estado que están exentos del control judicial y pueden «representar un verdadero peligro para los derechos del ciudadano» o «la situación de los particulares». Pero este punto de partida, tan parcial, es

imposible que lleve a una comprensión y penetración jurídico-dogmática de lo político y administrativo en el Estado moderno. Además, aquí el enfoque es víctima de una fatal miopía: obsesionado por proteger la «esfera de los derechos de los ciudadanos» ante peligros concretos, este estilo ha llevado a olvidar, comprender y dominar trascendentales medidas político-administrativas, mucho más vitales para el ciudadano en concreto, aunque no lo note a primera vista, que los consabidos actos administrativos—resoluciones—tradicionales. Todavía más, este estilo ha llevado a olvidar aspectos orgánicos estatales cuya no «juricidad» trastorna infinitamente más al Estado y a la Sociedad que mil actos administrativos nulos de pleno derecho. Ha llevado, en fin a un Derecho administrativo, que parece más el Derecho del administrado que el Derecho—lo cual, sin duda, es—de la Administración pública.

Este enfoque y todos sus principios técnicos jurídicos están unidos a un tipo histórico de Administración, la Administración tradicional del XIX. Pero hoy la Administración ha dejado de ser enemigo para el ciudadano, y se ha convertido en la realidad vital y en la esperanza de la mayor parte de los ciudadanos.

Todo esto quiere decir que un método que estudia el dualismo político-administrativo bajo la obsesión de negar la existencia de actos políticos, por el horror a la existencia de actos del poder público, que, incidiendo directamente en los derechos de los ciudadanos, queden exentos del control

judicial, cierra las puertas a la comprensión de la política, de la Administración y del Estado de hoy, amén que da la espalda a lapidarios preceptos del Derecho positivo español.

Es necesario romper tanta gan-ga nominalista y semántica. No importa mucho que se hable de actos políticos, actos de gobierno, actos políticos de gobierno, etc., cuando lo que está en juego es evidente: la afirmación de una in-declinable potestad discrecional del Gobierno y de la Administración y del Estado para resolver determinados asuntos y tomar determinadas medidas, sin ningún tipo de control judicial.

1.1.5 *La tensión límite del control jurídico en la estatalidad moderna.*—A la vista del proceso Estado-sociedad en el que estamos inmersos, el tema general Gobierno-Administración y su control judicial y los problemas con él conectados, como son la discrecionalidad, acto político, retroactividad, etc., no parece sino que va camino de complicarse, ante lo cual no cabe sino afinar la dogmática.

Es un hecho la rotunda incorporación por el Tribunal Supremo de la distinción de la discrecionalidad de actuación frente a la llamada «discrecionalidad de juicio» (*cognitives Ermessen*, dicen los alemanes).

Sin embargo, todo un avance doctrinal y legal sobre la discrecionalidad se pierde de hecho cuando se afirma una posible actividad graciable de la Administración (con perjuicios a terceros). Esto, sencillamente, no me parece posible. La Administración actúa siempre bajo un mandato y obli-

gación jurídica «la pronta y eficaz satisfacción del interés general» (LOE, 40,1), y el interés general o interés estatal o de la comunidad nacional (art. I de LOE) «no supone una valoración subjetiva, esto es, una visión individual del órgano gubernamental», sino «el resultado de una valoración según medidas objetivas», y por ello «el interés estatal es un concepto jurídico indeterminado».

Por otra parte, la base última e insalvable de toda actuación de la Administración es el interés general. Otra cuestión es la revisión y control, que nunca cabe suponer una sustitución de la valoración (o decisión) administrativa por los jueces, pero que sí permite y obliga a un control de conformidad o tolerancia de la decisión administrativa con el interés general; en otras palabras, no basta el «sin duda por variar las circunstancias legitimadoras», en relación con otras decisiones diferentes a la impugnada, sino que se impone la plena prueba de tal variación, porque otra actitud supondría la coronación de la arbitrariedad y una flagrante violación del principio de igualdad.

Toda la tensión entre el control jurídico (judicial) y la necesaria modificación que impone la vida administrativa en el Estado moderno se aprecia, tan sólo a modo de ejemplo, en recientes sentencias donde los derechos adquiridos y la prohibición de retroactividad ceden ante las «disposiciones de desarrollo del Estatuto del Vino, dentro de la forzosa trayectoria marcada por el transcurso del tiempo, de mayores exigencias y previsiones en las técnicas produc-

tivas». Y ante una nueva y más exigente regulación del Ministerio de Información y Turismo sobre clasificación y categorías de establecimientos hoteleros, los supuestos derechos adquiridos y su necesaria indemnización en caso de violación, así como el supuesto quebrantamiento de la seguridad jurídica ante la indebida retroactividad, tienen que ceder porque «el concepto de derecho adquirido, un concepto oscuro y difícil» no tiene su justo lugar allí donde las categorías fijadas lo fueron en virtud de «factores complejos y cambiantes de esta industria y el interés que desde su principio tuvo la política turística del Estado—interés público—de adoptar la clasificación de los citados establecimientos hoteleros a los nuevos servicios e instalaciones exigidos por el desarrollo de la técnica».

1.1.6 *El poder de la Ley.*—No hace falta señalar la tremenda trascendencia del tema ante lo cambiante de la política de desarrollo y de la política económica en general. En un cumplimiento general la cuestión es: si la Ley o la norma estatal no tiene por qué respetar derechos, bienes y relaciones existentes, ya que el progreso, el desarrollo y la política, en fin, exigen nuevas formas, el resultado puede ser una muy posible injusticia para unos u otros sectores, según la cristalización de las fuerzas políticas (argumento generalmente de los que poseen); frente a esto se puede mantener que es impensable que la norma estatal ante cualquier innovación o cambio, considere siempre la «justa» indemnización a pagar a los afectados, porque esto

impondrá una inaceptable paralización del progreso y del desarrollo (argumentación de los no poseedores).

Ante esta situación, el profesor alemán Herbert Krüger, en su *Allgemeine Staatslehre*, concluye que cuando el bien común no tolera un derecho subjetivo como instituto o categoría, entonces no cabe una indemnización de los derechos adquiridos, siendo, por el contrario, obligado un derecho a la indemnización cuando se trata de la privación de un derecho individual; aquí se trata no de un cambio del orden jurídico, sino de la obtención de bienes materiales para la actividad estatal dentro del orden jurídico existente.

Por lo que respecta a nuestra tradición jurídica, en España, a lo largo del paso del Antiguo Régimen al Estado Constitucional, se producen ejemplos impresionantes del complejo: legislador, *iura quaesita*, indemnización. Así, la Ley de 23 de julio de 1835, sobre arreglo provisional de Ayuntamientos, mandaba la supresión de los oficios de república enajenados a perpetuidad (regidores, etc.), declarándolos de «libre elección», pero «indemnizándose a los propietarios por el Estado o por el pueblo, según la agresión proceda de uno o de otro». En esta línea, cabe citar también la Ley de Presupuestos, de 30 de junio de 1892, que, al crear el monopolio de cerillas fosfóricas, mandaba indemnizar a los dueños de las fábricas en explotación, y otro tanto ocurrió con el Real Decreto-ley de 28 de junio de 1927, creando el monopolio de petróleos.

Junto a esta tradición, que con-

firma una decidida inclinación por los derechos adquiridos en el legislador español, hay que colocar las declaraciones legislativas de indemnización ante graves acontecimientos nacionales, tales como en la Ley de 9 de abril de 1842, cuyo artículo primero reconocía como «una obligación de la nación el indemnizar los daños materiales» que hubieran sufrido en sus propiedades los españoles como consecuencia de aquella guerra; declaración que se repite un siglo más tarde, con la Ley de 16 de marzo de 1939, que creaba el Instituto de Crédito para la Reconstrucción Nacional, «organismo económico» con la misma misión de contribuir a la «labor de la reconstrucción nacional», que tenía como base la «protección estatal» y «el sacrificio de todos los españoles»; a éstas seguirán otras disposiciones.

Tras lo dicho, no debe sorprender que se expresen ciertas reservas ante el planteamiento que ha hecho la doctrina más representativa sobre el tema: legislación y responsabilidad; cuestión que está determinada por la dogmática fundamental que sostiene el principio de responsabilidad de la Administración: el concepto de lesión o perjuicio antijurídico, en el sentido que el «titular del patrimonio considerado no tiene el deber jurídico de soportarlo», en cuanto no hay «un título que legitime el perjuicio contemplado».

Con estos presupuestos, la comprensión del problema ley-responsabilidad no parece ser sino que «los daños causados por la ley no abarcan a la responsabilidad del Estado, ya que en el Derecho es-

pañol no se reconoce una superlegalidad material a las normas constitucionales..., todo perjuicio causado por ésta (ley) encontrará en su título una causa plena de justificación..., por lo que tal perjuicio no podrá ser calificado nunca de antijurídico». Así pues, esto es un silogismo:

- responsabilidad sólo por lesión antijurídica;
- ley no puede ser antijurídica, *per definitionem*.

Luego ley no puede ser causa de responsabilidad. La nota sobre la inexistencia de superlegalidad sólo justifica el resultado, es marginal, ya que es el principio «lesión antijurídica» lo que conduce a este resultado, cuya única excepción es que «puedan llegar a integrarse con los principios generales del sistema de responsabilidad, lo que se aprecie que sean simples omisiones o lagunas de la Ley en los supuestos en que ésta singularice un daño y no precise directa ni indirectamente si el mismo ha de indemnizarse; régimen, insistimos, no aplicable, cuando sea clara, o al menos implícita, la intención de la Ley de excluir las indemnizaciones».

Este resultado parece difícil de aceptar y es algo incongruente con un Estado constitucional, y no encaja con la tradición cercana y lejana española.

La solución a este problema no está en el concepto de la lesión antijurídica y en una posible interpretación judicial, carga excesiva para los jueces, sino en un análisis sistemático de los principios fundamentales que informan un riguroso concepto del Estado en cuestión.

El camino, pues, sería fijar la actividad de uno de los órganos del Estado (Cortes y Jefe del Estado-Gobierno) y su sometimiento a los principios materiales que informan todo el «sistema institucional», como son, en lo que aquí interesa, los artículos 30 y 32 del Fuero de los Españoles, que determinaron que la Ley podrá «condicionar la propiedad privada a su función social» y «subordinarla a las necesidades de la nación», porque «todo interés particular está subordinado al bien común» (LOE 3), pero no se podrá «expropiar», es decir, «privar», sin la correspondiente indemnización, teniendo buen cuidado de respetar el principio de igualdad, porque «la Ley ampara por igual el derecho de todos los españoles» (Principios del Movimiento Nacional, V y X), siendo «nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase» que vulneren estos Principios (artículo 3.º de Principios del Movimiento Nacional), obligación vinculante para «todos los órganos y autoridades» del Estado.

1.2 *Una nueva concepción: la Ley Orgánica del Estado*

Orgánica-institucionalmente en España no hay un poder ejecutivo que se desdobra en Gobierno y Administración, sino que hay una Gobernación del Reino o Gobierno de la nación que se desdobra en un poder político y administrativo supremo y ordinario, que cristaliza en una compleja relación entre el Jefe del Estado, el presidente de Gobierno, el Consejo de Ministros y los ministros.

Pero, junto a este «Gobierno de la nación», la LOE tiene otro título dedicado a la «Administración del Estado» (tít. VII: «constituida por órganos jerárquicamente ordenados, asume el cumplimiento de los fines del Estado, en orden a la pronta y eficaz satisfacción del interés general» (art. 40,1).

Ley Orgánica del Estado ha roto aquí también con el modelo tradicional. El Derecho público fundamental del siglo XIX hablaba de la «potestad de ejecutar leyes» (poder ejecutivo) que tenía el rey, y el necesario «refrendo» de los ministros para todo «mandato» o «disposición» real, haciendo referencia, en algún caso, al Consejo de Ministros, pero sin referirse, ni mucho menos regular, al concepto de Gobierno o a la Administración Pública, o a los Ministros, con su función de gestión propia. El siglo XX (Constitución de 1931) incorpora el término y el concepto de Gobierno (presidente del Consejo de Ministros, art. 86), y una referencia muy sustanciosa a los ministros o a los que les corresponde «la alta dirección y gestión de los servicios públicos» (art. 87), pero se silencia a la Administración como una entidad orgánica propia. La excepción, y claro precedente de la LOE, es el anteproyecto constitucional de Primo de Rivera de 1929, que si bien habla de potestad legislativa o de hacer leyes (art. 43,65), y de potestad de hacer ejecutar las leyes o poder ejecutivo, lo hacía con un contenido muy diferente, e incorporaba además, de forma rotunda, el principio colegial del Gobierno y la «función administrativa».

1.3 *Los tres tipos (restauración, período de recepción y época de crisis) históricos de Derecho administrativo y el problema Gobierno y Administración.*

Junto a la revisión del problema Gobierno (política) y Administración desde el ángulo jurídico-material se impone una reflexión sobre esta cuestión desde el ángulo jurídico-institucional, que busque explicar el origen y sentido de las instituciones Gobierno de la nación y Administración del Estado, positivizadas en la LOE (arts. 13 y 40). El resultado ha sido, en un primer acercamiento, que el Derecho administrativo de la Restauración (Santa María de Paredes), con su sistema armónico, hace desaparecer el dualismo Gobierno-Administración, al identificar Poder ejecutivo y Administración, exigiendo, ingenua y doctrinalmente, que se evitase la tensión política entre los poderes del Estado, encargándose de ello el poder armónico del Jefe del Estado. El Derecho administrativo de la Recepción (Posada, Gascón, Fernández de Velasco, etc.) llevó a cabo una tímida incorporación de la distinción entre Gobierno y Administración, que en esencia ha llegado hasta nuestros días. Esta visión se engarzaba con el Derecho administrativo de la época de crisis (Oliván, Colmeiro), que, en convencional antropomorfismo, designaba al legislativo como la cabeza y a la Administración como el brazo del cuerpo político, dejando al Gobierno sin una expresa viscera o parte del cuerpo en el

ámbito de una vaga idea de impulso y dirección, esquema todavía exigente.

1.4 *Gobierno y Administración hoy*

En la actualidad se postula y afirma la actividad política de la Administración. Lo que no hay duda es que *orgánicamente* la Administración se comprende como un algo subordinado, un instrumento del Gobierno, para que éste realice su política.

La Ley Orgánica ha elevado a un nivel constitucional a la Administración, haciendo de ella una institución-órgano con propio poder y telos. En el lugar del viejo «poder ejecutivo» o «potestad de hacer ejecutar las leyes» aparecen dos órganos diferentes con propia entidad y propio poder, propia tarea o función. Hay, desde luego, en la LOE una clara primacía del Gobierno de la nación sobre la Administración del Estado, pero de una absorción de ésta por aquél no se puede hablar, sino más bien habría que pensar que la concepción orgánica de la LOE quiere despolitizar a la Administración.

Al ser elevada a una categoría de auténtica institución, la Ley Orgánica ha, en cierta manera, despolitizado a la Administración, la ha independizado del Gobierno, el cual debe respetar esa realidad institucional y personal. Lo que en el fondo separa o debe separar a Gobierno y Administración son las personas. Que la Administración está bajo el Gobierno, no hay duda: éste determina el fin y lo concreta, y aquella asu-

me su cumplimiento, pero, por lo demás, la Administración tiene un rango jurídico-estatal que obliga al Gobierno a respetar su realidad institucional y personal.

CAPITULO VII

Estudios concretos sobre determinados órganos superiores de la Administración del Estado

1. EL CONSEJO DE MINISTROS (MONOGRAFÍA DE A. GUAITA)

El Gobierno o Consejo de Ministros, «porque en nuestro Derecho ambas expresiones son rigurosamente sinónimas», se estudia en sus antecedentes, evolución, régimen actual, con su composición, naturaleza y atribuciones, la forma de sus acuerdos, en esta monografía, que, aunque sólo «intenta exponer el Consejo de Ministros en cuanto órgano administrativo», es, sin duda, lo mejor sobre la materia en nuestro Derecho público.

1.1 Al tratar del presidente, nos encontramos con las tesis que ya han sido, en parte, asimiladas por la doctrina general. La Presidencia del Gobierno, en 1938, «aparece ya como un departamento especial», carácter en el que insiste la Ley de Régimen Jurídico, que la enumera entre los departamentos ministeriales y la pone a la cabeza. Los Ministerios están subordinados a la Presidencia (artículo 1.º, Ley de 30 de enero de 1938), y justamente este punto de partida resuelve el carácter de la relación entre el presidente y los ministros: en «alguna ocasión ostenta verdaderos poderes jerárqui-

cos» y en otros casos «posee, respecto a los demás Ministerios, verdaderos poderes de supremacía, es decir, facultades de dirección y coordinación política y administrativa». El presidente del Gobierno, «al tener categoría propia y superior a la de ministro (art. 13 de LRJ), ni es propiamente un ministro, ni desempeña una cartera».

Pero se observará que aquí se ha resuelto el problema presidente de Gobierno—ministros, pero no el quid de la cuestión: presidente—en el órgano colegiado que es el Consejo de Ministros; y, además, ¿qué pasa con el Jefe del Estado, si preside? Salvo error por mi parte, la primera ha sido resuelta de forma expresa en un solo caso: la voluntad del presidente prima y vale, sobre todo, el órgano colegiado, opinión que no parece suficientemente fundamentada. En cuanto a la Jefatura (Jefe del Estado, presidente en Consejo), no parece haber sido planteada por la doctrina.

1.2 Tras un estudio del vicepresidente, ministros titulares, ministros sin cartera, ministro secretario general del Movimiento, se analiza el ministro subsecretario de la Presidencia, figura de no fácil comprensión jurídico-administrativa. La tesis que se mantiene, y que parece predominante, es que no se trata de un ministro sin cartera, ya que la Presidencia tiene ya un titular, sino de un ministro sin Ministerio: en el ámbito político y en todo aquello que le delegue el presidente del Gobierno, se trata de un subsecretario, pero en el campo de la gestión administrativa tiene todas las características propias de los minis-

tros titulares de los departamentos, lo que ocurre es que aquí no hay subsecretario, sino que lo es el propio ministro, y por ello es «un ministro de rango no inferior a los otros, pues el ser también subsecretario es algo que se añade a su condición de ministro y no algo que se le resta». Esta tesis sugiere, sin embargo, ciertos problemas.

1.3 El tema de la naturaleza y atribuciones del Consejo de Ministros se divide en el estudio de dos cuestiones: el carácter consultivo y resolutorio de dicho órgano y la naturaleza política y administrativa del Consejo de Ministros.

El carácter de órgano consultivo del Jefe del Estado «lo conserva el Gobierno en la actualidad», pero esto no significa que sea «un órgano deliberante y no ejecutivo», esto es, «que sea siempre un órgano consultivo», y prueba de ello es la creciente atribución de «competencias resolutorias al Gobierno».

En cuanto al tema de la naturaleza política y administrativa del Consejo de Ministros, se afirma—a diferencia de la doctrina francesa—que, junto a su carácter político y constitucional, también es un órgano administrativo. Esta cuestión da lugar a tratar el tema de los actos políticos del Gobierno, donde la tesis es—frente a la idea de que todos los actos del Gobierno sean, en bloque, actos políticos y no administrativos—que la exclusión del recurso contencioso de los actos políticos del Gobierno no es porque no sean administrativos, sino por «una exclusión expresa de la Ley y por su fondo discrecional».

2. JEFATURA DEL ESTADO Y PRESIDENTE DEL GOBIERNO: LA GOBERNACIÓN DEL REINO

2.1 *Guaita*.—Tras insistir en la íntima relación entre la política y la Administración, siendo palpable que en la LOE no hay «ningún rastro de separación» entre ambas, sino, al contrario, estricta unión de ambas, en la cabeza, y el Gobierno se configura como sede, tanto de facultades políticas como administrativas, el autor se detiene en la potestad reglamentaria—como función administrativa del Gobierno—, que ahora es ejercida, a diferencia de la LRJ, por este órgano, aunque «intacta» ha quedado la potestad reglamentaria de los ministros, para después estudiar la Jefatura del Estado y la Presidencia del Gobierno. Se mantiene que en el futuro, «desvinculada (la Presidencia) de la Jefatura del Estado, la futura estructura política le reserva un papel esencial, pues, ciertamente, se ha configurado en la LOE, como decía el Jefe del Estado al presentarla a las Cortes, como cabeza del poder ejecutivo y centro de la dirección política y administrativa del país», y sus facultades serán las que le confirió la LRJ, pero también las que se señalan en la LOE (proponer al Jefe del Estado nombramiento y separación de ministros; presidir la Junta de Defensa Nacional, por delegación del Jefe del Estado, tendrá la condición de jefe nacional del Movimiento, etc.).

2.2 La literatura jurídico-pública, por otro lado, al enfrentarse con la Jefatura del Estado en el régimen español, y también en

general con los órganos superiores, se deja dominar por los deseos personales, la mera enumeración de artículos legales y por la incapacidad de liberarse de los rasgos del sistema, tal como funciona bajo la persona actual del Jefe del Estado, en lugar de estudiarlo en su pura entidad jurídica.

2.3 *Vaca de Osmá*.—Aunque escrito antes de promulgarse la LOE, no puede dejar de citarse este artículo, que parece realmente dotado del poder de premonición en muchos puntos (nombramiento del presidente del Gobierno entre terna propuesta por el Consejo del Reino, papel de este último órgano, etc.), aunque en otros la LOE ha sido expresamente contraria. Sin embargo, no es posible captar realmente la imagen organizativa que se propone, dada la dificultad y disparidad de interpretaciones de los elementos de relación: «En el futuro, el Jefe del Estado español debe reunir unos poderes, a la vez ejecutivos y moderadores, que en la forma le asemejen a la Corona inglesa y en la materia al presidente que describe la Constitución francesa de 1958.» Desde luego, se puede afirmar con seguridad que el Jefe del Estado de la LOE no tiene nada que ver con la Corona inglesa, y, desde luego, mucho menos con el presidente de la República francesa; es más que aquélla y menos que éste.

3. ESTUDIOS DIVERSOS (*Xifra Heras, Gascón Hernández, Villar y Romero*)

3.1 La nueva enciclopedia jurídica ha dedicado algunas voces a

los temas que aquí interesan. Hay que destacar la «Jefatura del Estado», que es estudiada en los diversos regímenes políticos, y finalmente en España, limitándose a una enumeración de los preceptos legales referentes a las atribuciones de este órgano, en una clasificación formalista y convencional (poder constituyente, función legislativa, función jurisdiccional, de orientación política general y en relación con el orden político administrativo, que impide radicalmente captar el papel jurídico y real de dicha institución-órgano en el proceso político-administrativo español).

Aunque publicados antes de la promulgación de la LRJ y LOE, son de citar también «Consejo de Ministros» y «Dirección General»; el primero es definido como «Junta o Cuerpo formado por la reunión de todos los ministros, presididos por el Jefe del Estado o por uno de los ministros más caracterizados, que recibe entonces el título de jefe del Gobierno o presidente del Consejo de Ministros».

El término «Dirección General», escrito antes de 1956, deja constancia de hasta qué punto la ley de Régimen jurídico no ha hecho sino racionalizar y formalizar jurídicamente una situación consuetudinaria, siendo los directores generales «funcionarios político-administrativos».

3.2 De una serie de estudios (actas de la I Semana de Estudios sobre la Reforma Administrativa), realizados en el marco de la reciente reforma administrativa de 1956, no es necesario retener mucho, ya que, en gran parte, los puntos y principios expuestos en

estos trabajos han sido asimilados por la doctrina general; quizá, señalar la explosión teórica del principio de coordinación.

3.3 *Gómez de Salazar*.—La minuciosa investigación sobre el orden de prelación, esto es, origen histórico, de los diferentes ministerios tiene como resultado el alterar el orden establecido en el artículo 3.º de la LRJ, si se tienen en cuenta las fechas de creación y no de nombramiento. Tiene interés la investigación sobre la evolución presupuestaria de la Presidencia del Gobierno, que fija la aparición de la Presidencia del Consejo de Ministros, con «personalidad» independiente, sin vinculación a una cartera determinada —solía ser la de Estado—, al ser nombrado Toreno presidente del Consejo de Ministros, pero reteniendo la cartera de Hacienda, en la que cesará el 13 de junio de 1835, al ser nombrado Mendizábal, con lo cual Toreno ocupará como titular desde esta fecha la cartera de estado, que desempeña interinamente desde su nombramiento como presidente. Más que una presidencia, se da un presidente, que no tiene por qué ser secretario de Estado. Es sólo a partir de 1845 cuando la *Gaceta* y la *Colectión Legislativa* empiezan a publicar disposiciones en nombre de la Presidencia, que antes se incluían en el capítulo del Ministerio de Estado. Sin embargo, hasta el presupuesto de 1850 no aparece un capítulo dedicado a los gastos de la Secretaría de Estado y de la Presidencia del Consejo de Ministros, siendo el presupuesto de 1852 el que dedica una sección propia para este órgano.

4. EL SUBDIRECTOR GENERAL (*estudio de Crespo Montes*)

El subdirector general, cargo y órgano de nivel inferior al director general, puede tener diferentes dimensiones: a) como cargo técnico y contrapeso a la configuración política del director general, aunque éste ostente la condición de funcionario en la mayoría de los casos; a veces, el cargo tiene *per se* un contenido fundamentalmente técnico (radiodifusión y televisión, etc.); b) como segundo jefe de las direcciones generales, categoría no exenta de oscuridad, y que aquí encuentra una razón de ser en la necesaria división del trabajo (sustitución, delegación, asistencia al director general), supuesto éste de segunda jefatura expresamente criticado y calificado de «impropia» por una más precisada doctrina, y c) el subdirector general aparece como simple categoría, sin ninguna conexión con el «contenido técnico u organizativo del cargo».

Tiene mucho interés la precisión que a continuación se hace entre el subdirector general como cargo, por un lado, y la proyección orgánica de dicho cargo, que, naturalmente, tiene importancia si el cargo es técnico o tiene dimensión organizativa, pero no en el supuesto de ser una mera categoría. Así, pues, se habla de la creación del cargo, que corresponde al Consejo de Ministros (LPA, art. 2.º, 1) y del titular de dicho cargo (competente ministro, LRJ, 14, 4.º). Todo parece apuntar a que los términos «cargo, órgano, unidad administrativa» (los dos últimos, LPA, art. 2.º, 1 y 2), pue-

den utilizarse como sinónimos, aunque, en realidad, se está pensando en diferentes aspectos de la organización. A un nivel relevante de la organización—no a nivel ínfimo de un simple puesto de trabajo—, parece que el dato primero es el cargo, que es la expresión dinámica de la organización, y de la competencia, y que puede o no estructurarse como órgano o unidad administrativa. Este artículo, por otra parte, finaliza con un voto por no descender el elemento político hasta el nivel de subdirector, que sería realmente impropio.

5. SERVICIOS GENERALES, VERSUS SERVICIOS OPERATIVOS (*Estudios de De la Morena y Heredero Higuera*s)

Por último, se debe hacer una referencia a dos trabajos muy preocupados por los temas de organización. En el primero, De la Morena estudia lo que ahí se llaman «servicios generales (de previsión económica y material, de asesoramiento, información y control), frente a los servicios operativos» (prestación directa o indirecta al administrado), y que se encarnan orgánicamente en el Ministerio de Hacienda, Gobernación y Presidencia, así como en las subsecretarías, en el ámbito interno de cada departamento. Esta distinción, por su excesiva amplitud y vaguedad, parece de relativo valor y además introduce más complicación en la clásica distinción unidades de apoyo y de mando. Por otra parte, no parece correcto querer explicar la constitución de la Presidencia

del Gobierno en un departamento más, cuando no lo era al principio, por el hecho de «la conveniencia de que la dirección y gestión de los servicios susceptibles de afectar a una acción de todos o parte de los departamentos no se ejerza por ninguno de ellos, lo que le colocaría en una posición de privilegio sobre los demás, sino por quien tenga ya atribuida por la ley esa supremacía», ya que en Alemania la Presidencia, la Cancillería, no tiene el carácter de departamento ministerial, y, según mis informaciones, tampoco el Cabinet inglés, y nadie duda que en ambos países el mando está en estos órganos, aunque constitucionalmente el Ministerio de Hacienda tiene un rango preeminente sobre los otros departamentos.

En esta sensible evolución doctrinal, que precisa cada vez más los términos, hay que citar una interesante monografía sobre un tema harto complejo; me refiero a la de Heredero Higuera. No interesa aquí el aspecto sustancial del tema, sino detectar los instrumentos conceptuales que el autor utiliza para describir la estructura orgánica en cuestión. El autor destaca como primera labor para estudiar una organización, el delimitar sus fines institucionales (planteamiento, ejecución, régimen jurídico, en este caso), concluyendo que no es posible una estructuración horizontal del trabajo, esto es, de los fines, ya que entre éstos existe una clara jerarquía, por lo cual el estudio se centra sobre relaciones formales de la línea vertical, línea operativa, línea jerárquica, línea formal de autoridad, cadena escolar. Y aquí se

subraya el hecho de que en casi todos los órganos se encuentran mezcladas las funciones de decisión, gestión y apoyo, así como «la pluralidad de las relaciones de dependencia funcional», en las que están los órganos, los operativos y también los de apoyo, lo que significa que órganos ajenos a la línea principal de autoridad (en este caso, ministro de la Vivienda, Comisión Central de Urbanismo y órganos subordinados) ejercen «funciones» decisorias.

Esto da idea de la precisión terminológica con la que se describen los distintos órganos: de decisión, de apoyo y órganos de servicios. Parece difícil negar un verdadero avance conceptual con esta trilogía, siendo muy de celebrar el haber castellanizado los términos, aunque la teoría nunca se corresponde con la realidad, y menos con la realidad normativa administrativa.

6. SUBSECRETARÍAS

Otro trabajo de De la Morena estudia las subsecretarías. En él se hacen, entre otros puntos, unas interesantes observaciones, tales como, por ejemplo, destacar el hecho de que la LRJ se refiera en todos los casos a los «subsecretarios» (órganos), en vez de hacerlo a las «subsecretarías» (unidad). Y se explica que así lo haga, ya que, mientras las atribuciones de los órganos tienen un carácter abstracto y, por lo mismo, generalizable, los cometidos materiales de las distintas unidades son de carácter específico e individualizador, más propio, por tanto, de un

reglamento orgánico que de una ley básica, como lo es la de Régimen jurídico. Indudablemente, aquí está un punto clave del conceptualismo del Derecho de organización.

Tras estas observaciones conceptuales se enumeran las tres notas que caracterizan institucionalmente a las subsecretarías: a) ser un órgano de competencia «general», sobre todo el departamento; b) el titular de este órgano tiene el rango de «segundo jefe» *sui generis*, ya que no sustituye al ministro, y c) la competencia típica de los subsecretarios es la dirección y gestión de los servicios generales o comunes al departamento.

7. ORGANIZACIÓN DE HACIENDA

Por último, y con ello se cierra esta exposición analítica, hay que citar un importante libro, fundamentalmente descriptivo, sobre la organización de la Hacienda española de Benzo Mestre, que, aunque modificada, presenta una exposición que sigue teniendo interés.

El autor describe la situación actual, producto de una evolución histórica, y traza, desde un ángulo teórico, un esquema de funciones financieras, o de la Administración financiera, que son: actividad jurídica y administrativa, actividad financiera (gestión financiera, administrativa y fiscal), control de la actividad financiera (legalidad, oportunidad) e inspección tributaria. A partir de esto se podría establecer un esquema orgánico de competencias para el

ejercicio de las expuestas funciones, esquema que se articularía en competencias genéricas (política y administrativa: ministro), específicas (Hacienda—control financiero, gestión tributaria, patrimonios, etcétera—, presupuestos, banca y asesorías) y jurisdiccionales.

Tras este preciso planteamiento de funciones, competencias y órganos, se estudian los órganos superiores del departamento para pasar más adelante a tratar de los diferentes centros directivos.

Los instrumentos conceptuales y la técnica para exponer todo este material son los siguientes: primero se expone la organización del centro directivo correspondiente, y que esencialmente se reduce a subdirecciones y las secciones correspondientes, no citándose los negociados. Esto quizá tenga más trascendencia orgánica de lo que a primera vista parece. Paralelamente a la organización se designa la competencia del órgano correspondiente; ahora bien, no es infrecuente que este esquema sea sustituido por «las atribuciones de la jefatura del centro...», o bien «facultades», y otras veces, al enumerar la competencia, se dice: «la función de ejecución», de «vigilancia», «la función que establece la disposición...», etc.

Esto quiere decir que para un estricto análisis, desde el ángulo de la organización, no hay funciones y competencias, sino que, dejando de lado en este momento un concepto amplio y teórico de función, lo que hay son cargos, jefes, que tienen atribuciones, facultades, funciones, etc., utilizándose estos términos de manera intercambiable. El cargo es, jurí-

dicamente, lo único relevante en la organización, porque sólo él es el centro mediato o inmediato de la imputación.

Sin embargo, esto se puede considerar como mero cambio terminológico: donde se decía *órgano*, ahora se dice *cargo*.

CAPITULO VIII

Personalidad jurídica estatal: conceptos y principios del Derecho de Organización. Competencia de los órganos superiores de la Administración del Estado

La motivación principal de los capítulos precedentes ha sido la analítica, y sus resultados han llevado a destacar como principios teóricos que informan el Derecho de organización, la personalidad jurídica, la distinción política y administración, el concepto de competencia y órgano y los consiguientes de jerarquía, coordinación, descentralización y tutela. Mi intención es dejar para un segundo libro el intento de construcción cognómica del Derecho general de organización, pero me ha parecido necesario hacer aquí, como punto final, una serie de consideraciones, rasgos, líneas principales de una futura construcción dogmática.

1. LA ACTUALIDAD DEL TEMA

El Derecho de organización es Derecho, y no ciencia de la Administración. Es decir, que trata de una serie de conceptos o principios jurídicos relativos a una rea-

lidad viva y compleja, llena de interés y tensiones, que es la organización administrativa. Y justamente, la organización como tal, y no tanto la comprensión dogmática de su Derecho, es centro de interés, no ya en España, sino en el resto de Europa. Antes de cerrar estas páginas me fue posible asistir a una Reunión Internacional de Ciencias Administrativas, que se celebró este otoño en Spira (Alemania), en la Escuela Superior de Administración, en la que se trató profundamente el tema de la organización.

Por otra parte, en España es también evidente el interés que ofrece el tema de la organización administrativa, como lo prueba la reorganización de ciertos departamentos, en especial el de Educación, con su división funcional, frente a una división por sectores, en el marco de una organización que responde a los criterios de unidad, funcionalidad y racionalización, y el Ministerio de Agricultura, que implanta una estructura funcional, frente a la visión de los tres sectores agrarios tradicionales: agricultura, montes y ganadería.

Pero, tanto en la reunión de Spira como en una reflexión sobre las recientes tendencias en la organización de la Administración española, lo que se hace es ciencia de la organización, pero no un estricto Derecho de organización.

Tras esta salvedad, desearía acabar tocando tres puntos que parecen realmente sustanciales: el principio de la personalidad, una breve referencia a los conceptos que maneja la dogmática y, finalmente, una alusión a nuevas pers-

pectivas sobre la competencia de los órganos superiores de la Administración del Estado.

2. LA PERSONALIDAD JURÍDICA

El Derecho administrativo español está penetrado por la técnica de la «personalidad jurídica». Son frecuentes las leyes que atribuyen a esta o aquella organización o entidad «personalidad jurídica». La doctrina, recientemente, ha tratado de poner coto a esta inflación personalista.

Sin embargo, el dogma de la personalidad jurídica para comprender al Estado, y por ende a la Administración, es dominante. La comprensión del Derecho administrativo español se basa justamente en el concepto de personalidad jurídica, que tiene una organización, o ente, o entidad, frente a la mera competencia que tienen sus órganos. La relación jurídica sólo se da entre sujetos de Derecho, personas jurídicas, y al no ser el órgano una persona jurídica, no tiene personalidad, sino competencia.

La raíz de esta teoría de la personalidad jurídica en el Derecho público parece ser que es la teoría jurídico-estatal alemana, esto es, de Albrecht, Gerber, Laband, Jellinek, etc., que se ha extendido a Italia, Francia y España.

Cabe, sin embargo, hacer algunas observaciones:

En primer lugar, en absoluto es necesaria la personalidad jurídica estatal para hacer de las «relaciones de poder unas relaciones de Derecho».

En segundo lugar, el origen de esta teoría en Alemania fue exclusivamente político.

En tercer lugar, que la concepción del Estado como una persona moral es vieja como el pensamiento occidental, y se extiende en especial a finales del XVIII y principios del XIX, con el impacto de los similes antropomórficos de Rousseau.

En cuarto lugar, y resumiendo: si el origen histórico-político de la teoría la presenta como un artificio para transformar al soberano en mero órgano estatal; si además la historia prueba que, sin esta concepción, la garantía de los derechos de los súbditos existía, sin duda alguna, y si, por último, la necesidad de afirmar la personalidad jurídica única del Estado ha sido necesaria para acabar con un concepto artificioso y dualista del Estado, quizá sea ya hora de plantearse la rectitud y coherencia de este dogma de la personalidad estatal.

Y esto con mucha razón, pues la Ley Orgánica del Estado dice que el Estado es la «institución suprema» de la comunidad nacional.

3. CONCEPTOS

La dificultad del tema de los conceptos y principios que se utilizan en el Derecho de organización ha surgido frecuentemente a lo largo del análisis. Tanto la terminología (conceptos para unos, relaciones o principios para otros), así como el contenido (gran importancia del principio de coordinación, frente a la afirmación de

que la coordinación es consustancial a toda organización: concepto de competencia, etc.), presentan diversidad en la doctrina, aunque, desde luego, con un gran fondo común.

La doctrina española utiliza como conceptos del Derecho de organización: el órgano, la competencia, la jerarquía, la descentralización, la tutela, etc. Quizá fuese posible hablar de conceptos estructurales: órganos, cargos, autoridad y competencia, frente a unos conceptos de relación: jerarquía, tutela, etc. No parece satisfactorio tener como único concepto básico del Derecho de organización el término órgano. Se impone incorporar a este sector los conceptos de cargo y autoridad, con todo su contenido jurídico-organizativo.

4. ORGANOS SUPERIORES: COMPETENCIAS

De lo que se trata ahora es de fijar la situación jurídica de los órganos superiores de la Administración del Estado: Jefe del Estado, Consejo de Ministros, comisiones delegadas, presidente del Gobierno y ministros.

Haciendo un resumen rápido de los resultados a los que ha llegado la doctrina, se podría decir que los principios teóricos que permiten ordenar este sector son: la distinción entre órgano colegiado y órgano que, pese a ser colegial, no está sometido a las normas que regulan este tipo de órgano; la diferente calificación del concepto de refrendo; la distinción entre las funciones legislativas, ejecutivas y

jurisdiccionales para clasificar las diversas atribuciones o competencias de dichos órganos, así como la distinción entre política y administración. Los resultados de los diversos análisis son muy diferentes. En realidad, todos los análisis coinciden en la vaguedad de las relaciones entre estos órganos.

Como hipótesis de un futuro desarrollo más profundo, y de una forma esquemática, cabría señalar lo siguiente:

Las diversas competencias entre los órganos superiores se pueden fijar partiendo de los cuatro principios que con diverso predominio se dan en el sistema:

- Principio de Jefatura estatal (Jefe del Estado).
- Principio monocrático (Presidencia del Gobierno).
- Principio colegial (Consejo de Ministros).
- Principio departamental (ministros).

Al Jefe del Estado se le otorga el «ejercicio del poder supremo político y administrativo» (artículo 6.º LOE). Si hay un poder político y administrativo supremo, cabe pensar en un poder político y administrativo ordinario que no le corresponde.

Este poder supremo, así como la cláusula «garantiza y asegura el regular funcionamiento de los altos órganos del Estado y la debida coordinación entre los mismos», se debe entender que hace referencia a los casos que expresamente le otorga la Ley Orgánica del Estado: artículo 7.º (convocar Cortes, prorrogar la legislatura, etc.), artículo 9.º (ratificar tratados, de-

clarar la guerra, etc.) y artículo 10 (proponer a las Cortes actos que requieran una ley, adoptar medidas excepcionales, etc.).

El poder supremo del Jefe del Estado se manifiesta en eso, que es supremo, es decir, que se refiere a actos políticos de gran solemnidad o trascendencia para el Estado y, por ello, anormales [medidas excepcionales, art. 10, c), etcétera].

Entre la facultades de ese poder político supremo está la sanción de un decreto-ley en caso de guerra o por razones de urgencia (artículo 13, ley de Cortes, en relación con 10,3 de LRJ), que es justamente un caso excepcional, aunque el concepto de urgencia en la actualidad haya perdido su rigor. También es parte de ese poder supremo la designación del presidente del Gobierno (arts. 14 y 15, c)). Pero justamente aquí se acaba su dirección de la gobernación del Reino.

La gobernación del Reino, el gobierno de la nación, no le compete ni le corresponde, sino que aquí interviene el Consejo de Ministros. El Jefe del Estado puede convocar y presidir el Consejo, pero no forma parte de él, ya que el Consejo de Ministros «está constituido por el presidente del Gobierno, el vicepresidente o vicepresidentes, si los hubiera, y los ministros, y nadie más. Si el Jefe del Estado preside el Consejo, será exclusivamente para enterarse y poder mejor cumplir, cuando sea necesario, su poder supremo. Pero en el gobierno de la nación no interviene ni puede intervenir, porque no forma parte del órgano que determina la política nacional (LOE 13, II),

esto es, el Consejo de Ministros. Por ello no podrá negarse, o ser remiso, a sancionar una ley aprobada por las Cortes. Y mucho menos podrá negarse a firmar los decretos que desarrollen leyes de bases, articuladas de la Administración, que el Gobierno compete, como emanación de la cláusula «determina la política nacional».

¿No ofrece el concepto de poder supremo un camino más sustancial que la distinción entre órgano consultivo y resolutivo aplicada al Consejo de Ministros?

Si bien el Jefe del Estado ha quedado ya, en principio, limitado en el ámbito de competencia que le corresponde, alejado de la «determinación de la política nacional» y del ejercicio del poder político y administrativo ordinario, otro problema surge al tratar de fijar quién ejercer o determina dicha política nacional. Aquí intervienen los otros tres principios: monocrático (presidente del Gobierno), colegial (Consejo de Ministros) y departamental (Ministerio).

No hay duda de que el Consejo «determina» esa política, y para ello, justamente entre otras facultades, ejerce la potestad reglamentaria (art. 13, II, LOE). Pero resulta que al presidente del Gobierno le corresponde... dirigir la política general» (art. 14, IV, LOE). ¿Qué pesa más? ¿La determinación de política nacional o la dirección de la política general? Según prive una u otra expresión, el principio dominante será el colegiado o el monocrático. En España, la tradición parece haber sido la colegial, a diferencia de

Alemania, donde ha dominado el principio del canciller. Por eso, la doctrina con sensibilidad se ha inclinado a concebir una supremacía del presidente del Consejo, pero no una verdadera voluntad dominante.

De cualquier forma, aquí hay un serio problema de interpretación jurídica. La ley de Régimen jurídico, en sus artículos 10 (Consejo de Ministros) y 13 (presidente del Gobierno), deja bien claro que al Consejo le compete «aprobar» y al presidente «proponer» el plan general de actuación del Gobierno y las directrices que han de presidir las tareas encomendadas a cada uno de los departamentos ministeriales. La ley se ha decidido claramente por el principio colegial.

Sin embargo, jurídicamente, al presidente del Gobierno se le otorgan atribuciones en la cláusula para asegurar la coordinación de todos los órganos de Gobierno y Administración (LOE, art. 14, IV) y dirigir las tareas del Gobierno (art. 13, 3.º, LRJ).

Dado que el principio del sistema es la unidad de poder y la coordinación de funciones, la figura del presidente del Gobierno adquiere especial relevancia por esta función de coordinación general, que tiene que implicar un cierto poder general de decisión.

El rotundo principio colegial queda, pues, enmarcado en el principio monocrático o del presidente del Gobierno, que se expresa con su función de «dirigir la política general», «dirigir las tareas del Gobierno» y en proponer (y

por ello preparar) el plan general de actuación, y un poder general de coordinación sobre todos los órganos de Gobierno y Administración.

Si las hipótesis y el análisis son correctos, el resultado exigiría una configuración orgánica con órganos de apoyo y planeamiento muy diferentes a los que actualmente

ostenta la Presidencia del Gobierno.

Los principios de jefatura estatal, monocrático, colegial y departamental, unidos a los tradicionales, puede ser que den nueva luz sobre tan trascendental problema del Derecho general de organización español.—PABLO GONZÁLEZ MARIÑAS.

De inmediata aparición

Código Penal

EDICION OFICIAL

El presente volumen, estructurado en tres partes, contiene:

- I. Las disposiciones que constituyen el antecedente de la publicación y entrada en vigor del Código.
- II. El texto íntegro del Código Penal vigente, recogiendo a continuación aquellos artículos que han sufrido modificación con caracteres distintos, la redacción originaria de los mismos según el texto refundido de 1944 y las sucesivas variantes, así como las disposiciones aclaratorias e interpretativas.
- III. Los textos legales por los que se han sustituido, reformado o adicionado preceptos del Código Penal, ordenados cronológicamente.

Como es habitual en la Colección «Textos Legales», completa esta quinta edición (cerrada en 30 de abril de 1972) un detallado índice analítico que facilita al máximo su consulta.

Un volumen encuadernado de 534 páginas, 175 pesetas

Venta en principales librerías y

BOLETIN OFICIAL DEL ESTADO - TRAFALGAR, 29 - MADRID 10

