



ESTUDIOS

POTESTAD ORGANIZATORIA Y ACTIVIDAD ORGANIZATIVA

35.07: 65.012.3

Por ENRIQUE RIVERO YSERN

Sumario: 1. Introducción.—2. Potestad organizatoria y actividad organizativa.—3. El arranque histórico de la potestad organizatoria: monarquía absoluta y monarquía constitucional.—4. Los criterios informadores de la potestad organizatoria.—5. Las manifestaciones de la potestad organizatoria.—6. El control de la potestad organizatoria.—7. La actividad organizativa.

1. Introducción

El fenómeno organizativo es básico no sólo en el Derecho público, sino en el Derecho privado y, en general, en todo el cuerpo social, dada la compleja evolución a la que estamos asistiendo.

La organización ocupa en la actualidad un puesto de singular importancia dentro del Derecho administrativo, porque gran parte de la crisis que hoy padece nuestra disciplina es una crisis de organización.

La actividad administrativa que abarca nuevos sectores, las nuevas formas de la acción administrativa y la participación de los particulares en la realización del interés público, son las causas fundamentales, en nuestro criterio, que han provocado el

desmoronamiento de las estructuras organizativas tradicionales de la Administración.

Como ha señalado Berti, la expansión de la acción estatal, más vasta y compleja, rompe los esquemas ordinarios; supera los límites del Derecho público y privado y produce casi naturalmente toda una gama de relaciones y uniones en el fondo de las cuales se entrevén nuevas organizaciones e instituciones que no tienen, ni reclaman, la investidura de la persona jurídica, recayendo, a efectos puramente secundarios (patrimoniales), en la del Estado o en la de otras personas jurídicas más próximas a ellos.

En el fondo, la ampliación de la esfera publicista contiene en sí mismo el germen del desmoronamiento de la organización estatal tradicionalmente entendida, a través de lo que puede definirse un progresivo decaimiento de la personalidad jurídica del Estado (1).

Junto con estas causas, no menor importancia ha tenido en la crisis de la organización la desconexión entre aparato organizativo y actividad administrativa, a pesar de la lógica prioridad de la organización respecto de la actividad. Esta desconexión ha sido agudamente denunciada por Nigro, para quien la organización es el primer momento de la actividad, organización que, además, introduce en aquélla un elemento de autónoma racionalidad (2).

Con estas breves reflexiones puede comprenderse la importancia que los temas organizativos tienen en el momento presente. Guarino ha llegado a decir que la característica revolucionaria del Estado contemporáneo estriba en que el aspecto organizativo prevalece sobre el interrelacional (3).

(1) BERTI: *La pubblica amministrazione come organizzazione*, Padova, 1968, pp. 9 y 10. Señala cómo el crecimiento del campo de la actividad de los entes públicos, a costa de la iniciativa individual, encuentra su condicionamiento, e incluso un correlativo, en la garantía de la eficacia y objetividad de la acción administrativa, en una despersonalización de los servicios públicos, en una distribución más articulada de las competencias y en un control natural y espontáneo entre los órganos. *Ob. cit.*, p. 13.

(2) NIGRO: *Studi sulla funzione organizzatrice della pubblica amministrazione*, Milán, 1966, p. 119.

(3) GUARINO: *Scritti di diritto pubblico dell'economia*. Milán, 1970, p. 4. En nuestra doctrina han dedicado recientemente su atención a los problemas de organización: GALLECO ANABITARTE: *Derecho general de la organización*. Madrid, 1971. ORTIZ DÍAZ: *Las nuevas bases del derecho de la organización administrativa*. Málaga, 1971.

2. Potestad organizatoria y actividad organizativa

Pretendo examinar en este trabajo, en primer lugar, la potestad organizatoria y sus aspectos fundamentales. Pero junto con ella detendré mis consideraciones también en la actividad organizativa que realizan los entes, fruto de la potestad organizatoria, precisamente por la importancia que la actividad organizativa, al igual que la potestad organizatoria, tiene en la acción administrativa.

Indicaré seguidamente qué entiende la doctrina por potestad organizatoria y actividad organizativa.

Para Villar Palasí, la potestad organizatoria en un sentido dinámico es la facultad que ostenta la Administración para crear o suprimir órganos, atribuir competencias, coordinar actividades. En un sentido estático hace referencia a cómo están articulados los órganos de la Administración (4).

Parada Vázquez indica que la potestad organizatoria es el conjunto de facultades que la Administración ostenta para configurar su estructura, la posibilidad, por tanto, de autoorganizarse (5).

Para Giannini la potestad organizatoria hace referencia al proceso de autoorganización de la Administración (6).

A mi juicio, la potestad organizatoria puede definirse como el poder de crear, modificar o extinguir órganos, entes territoriales e institucionales.

La actividad organizativa, según Giannini, es aquella actividad a través de la cual una figura subjetiva procede a ordenar sus órganos, a disciplinar su actividad y a organizar y proporcionarse los bienes y servicios necesarios para desarrollar la actividad que tienen encomendada (7). La actividad organizativa, vista desde el prisma jurídico, tiene los siguientes objetivos: los órganos, su actividad, el personal y los medios (8). Esta actividad

(4) VILLAR PALASÍ: *Apuntes de Derecho administrativo*, 1.º, tomo VI, 1965-6, Facultad de Derecho. Citado por Gallego Anabitarte, *ob cit.*, p. 49.

(5) PARADA VÁZQUEZ, en *Apuntes de Derecho administrativo*, de la cátedra de García de Enterría. Madrid, 1967, p. 15.

(6) GIANNINI, M. S.: *Diritto amministrativo*, vol. I. Milán, 1970, p. 315.

(7) GIANNINI, M. S.: *Ob. cit.*, p. 313.

(8) GIANNINI, M. S.: *Ob. cit.*, p. 315.

no es homogénea, ya que se compone de actividad normativa, actividad interna, actividad de Derecho administrativo, actividad de Derecho privado, así como de otras actividades equiparadas a las dos últimas (9).

Puede indicarse, con este planteamiento, que la actividad organizativa es la realizada por los entes territoriales o institucionales y que tiene como finalidad la organización, regulación de los medios orgánicos, personales y materiales en orden a la realización de la actividad administrativa.

3. El arranque histórico de la potestad organizatoria: monarquía absoluta y monarquía constitucional

La potestad organizatoria se configura históricamente como una regalía de la corona, un tanto desdibujada, indica García Trevijano, porque se la consideraba como la posibilidad de «arreglar las oficinas y demás detalles internos» (10).

Pasemos a examinar la potestad organizatoria en ambas monarquías en los ordenamientos alemán, italiano y español.

a) DERECHO ALEMÁN

Es pacífico en la doctrina, señalan Ermacora (11) y Böckenforde (12), que en Alemania, antes de la monarquía constitucional, el poder de organizar no sólo las autoridades administrativas, sino todas las autoridades, se concentraba en el monarca. Al confundirse en él todos los poderes estatales, los problemas de la titularidad y límites de la potestad organizatoria no podían plantearse (13).

(9) GIANNINI, M. S.: *Ob. cit.*, p. 313.

(10) GARCÍA TREVIJANO, S. A.: *Tratado de Derecho administrativo*, t. II. Madrid, 1967, p. 106.

(11) ERMACORA: «Die Organisationsgewalt», en *VVDSERL*, Heft, p. 203. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 15.

(12) BÖCKENFORDE: *Die Organisationsgewalt im Bereich der Regierung*. Berlín, 1964, p. 21. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 15.

(13) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 18.

Con la monarquía constitucional el problema varía al aparecer el Parlamento como titular de la función legislativa. La organización de las autoridades administrativas se presenta como un aspecto más del reparto de competencias entre el legislativo y el ejecutivo (14).

Durante este período, la actividad organizativa se presenta como no jurídica (*Nicht Recht*), sustraída a la actividad del Parlamento. Las normas de organización no inciden sobre la libertad o propiedad de los ciudadanos, ya que tienen por objeto la tutela del interés de la Administración (15). No se discute que la organización pueda ser regulada por leyes, y que en estos supuestos la ley prevalezca sobre cualquier otra regulación; sólo se niega, en general, que la organización sea objeto «natural» de la legislación (16).

De todo ello deriva, como manifiesta Ermacora (17), que la potestad organizatoria corresponde al Poder ejecutivo, o al menos que la organización de ciertas autoridades no está expresamente reservada al legislador. El poder organizatorio, como indican Anschutz (18) y Rönne (19), se vincula al Poder de Gobierno, cuya titularidad ostenta el soberano.

Finalmente, señala Anschutz (20), a medida que se distancia la época constitucional, la doctrina, invocando la praxis, construye un Derecho consuetudinario del monarca para organizar las autoridades administrativas.

A pesar de las numerosas reservas de Ley que pretenden atenuar la potestad organizatoria del ejecutivo, indican Amphoux (21) y Wolff (22) que las concesiones del Parlamento, la fuerza política de la monarquía y el peso de la tradición con-

(14) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 18.

(15) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 19.

(16) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 20.

(17) ERMACORA: *Ob. cit.*, p. 203. Citado por Nigro, *ob. cit.*, pp. 20 y 21.

(18) ANSCHÜTZ: *Die gegenwärtigen Theorien über den Begriff der gesetzgebenden Gewalt*, Tübingen und Leipzig, 1901. Citado por Nigro, *ob. cit.*, pp. 76 y 55.

(19) RÖNNE: *Das Staatsrecht der preussischen Monarchie*, I. Leipzig, 1899, p. 204. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 21.

(20) ANSCHÜTZ: *Ob. cit.*, p. 153. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 21.

(21) AMPHOUX: *Le chancelier fédéral dans le régime constitutionnel de la République fédérale d'Allemagne*, Paris, 1962, p. 198. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 22.

(22) WOLFF: *Verwaltungsrecht*, I. München und Berlin, 1962, p. 95. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 221.

tribuyeron a hacer de la organización un sector casi exclusivamente reservado al soberano; raramente intervenía el Parlamento y muy limitadamente.

b) DERECHO ITALIANO

Señala Nigro que, a diferencia de lo que aconteció en el Derecho alemán, la controversia no se planteó en Italia en torno a la titularidad exclusiva de la potestad organizatoria, sino en torno a los límites de la competencia y funciones del Parlamento y el ejecutivo, a los que se consideró cotitulares de la potestad organizatoria (23).

Se planteó en Italia un problema de límites al que contribuyó el Parlamento al inmiscuirse en la organización de la Administración, a través de las grandes leyes organizativas de aquella, como la de 1865. La función del Parlamento se consideró necesaria y legítima, pero se trataba de ver, en concreto, de qué forma esta función del Parlamento limitaba la del ejecutivo; concretamente, qué incidencia tenía el Parlamento en la libertad del Poder ejecutivo para crear y organizar los departamentos ministeriales (24).

La doctrina italiana, manifiesta Nigro, no hizo intentos de configurar la potestad organizatoria como un dominio reservado a la corona y criticó duramente a la doctrina alemana que sostenía el carácter no jurídico de las normas de organización (25).

Hasta el momento actual, indica Nigro, pueden distinguirse dos períodos en la potestad organizatoria (26).

Desde 1848 hasta la primera guerra mundial se asiste a un lento y progresivo aumento de la injerencia del Parlamento en la normación organizativa, pero esto no significa que en los inicios la potestad organizatoria fuera competencia del ejecuti-

(23) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 40.

(24) NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 43 y 44.

(25) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 44. La jurisdicción de las normas de organización fue defendida, entre otros, por CAMMEO: «Della manifestazione della volontà dello Stato nel campo diritto amministrativo», en *Trattato Orlando*, III, Milán, pp. 132 y 11. ROMANO: *L'ordinamento giuridico*, I. Pisa, 1917, pp. 80 y 11.

(26) NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 46 a 55.

vo ni que al final se le desposeyera de ella totalmente. Significa que, en torno a la potestad organizatoria y en materia de organización en general, el Parlamento se lleva la mejor parte. La preeminencia del Parlamento, sin embargo, indican Sangiacomo (27) y Ottaviano (28), así como no supone en general la eliminación de la función política del Gobierno tampoco supone la anulación de la potestad organizatoria del ejecutivo.

En el período fascista, la normación en materia de organización, salvo excepciones, se reserva al ejecutivo. Se indicó que con ello se respaldaba las tradiciones políticas italianas y se respetaban las tradiciones jurídicas, intentándose acabar con la incidencia del legislativo en una materia típicamente reglamentaria (29).

c) DERECHO ESPAÑOL

Hasta el siglo XIX, donde existen tímidos intentos constitucionales de determinar la potestad organizatoria, ésta perteneció al monarca. Los antecedentes de los Ministerios y su orden de prelación, examinados por Gómez de Salazar y Alonso, son creación de la corona y datan de 1622, fecha en que se implanta la Secretaría de Despacho Universal o de las Consultas (30).

En el siglo XIX, solamente en el Estatuto de Bayona y en la Constitución de Cádiz encontramos preceptos relativos a la potestad organizatoria, que debe entenderse en manos del ejecutivo, en lo que no se reservaba expresamente al legislativo.

El artículo 27 del Estatuto de Bayona, de 6 de julio de 1808, determinaba el número de Ministerios, nueve concretamente. El artículo 29 señalaba: «El Rey podrá reunir cuando lo tenga por conveniente el Ministerio de Negocios Eclesiásticos al de Justicia y el de Policía General al del Interior.»

(27) SANGIACOMO: «L'art. 97 della costituzione ed i regolamenti di organizzazione», en *Foro*, t. IV, p. 113.

(28) OTTAVIANO: «Poteri dell'amministrazione e principi costituzionali», *Riv. trim. div. pubbl.*, 1964, p. 295.

(29) NIGRO: *Ob. cit.* pp. 55 y 56.

(30) Sobre el tema, GÓMEZ DE SALAZAR Y ALONSO: «El orden de prelación de los Ministerios». *Actas del II Symposium de Historia de la Administración*. Madrid, 1971, páginas 469 y 55.

El título III, capítulo VII, artículo 131-9.º, señalaba que era facultad de las Cortes «la creación y supresión de oficios públicos». El artículo 222 indicaba que serían cuatro las Secretarías de Despacho, dejando en manos de las Cortes las modificaciones oportunas. Las Cortes sucesivas podrían hacer en este sistema de Secretarías la variación que la experiencia y las circunstancias exigieran. El artículo 224 manifestaba que por un Reglamento particular, aprobado por las Cortes, se señalaría a cada Secretaría los negocios que debían pertenecerles.

En materia de organización del Poder judicial, la potestad organizatoria se encontraba en manos de las Cortes: así, los artículos 260 y 278 de la Constitución de Cádiz, 64 de la de 1837, 67 de la de 1845 y 78 de la de 1876.

¿Cuál fue la posición de los administrativistas del siglo XIX respecto de la potestad organizatoria? Gallego Anabitarte ha puesto de manifiesto que lo organizativo no se abandonó por la doctrina administrativa del siglo XIX ni se consideró como un sector no jurídico, estando en el centro del Derecho administrativo español (31):

Si bien es cierto que en los manuales de nuestros administrativistas del siglo XIX se trata del problema de la organización administrativa, no menos cierto es que en ninguno se analiza la potestad organizatoria ni sus problemas básicos.

4. La potestad organizatoria en el Estado actual

El planteamiento de la potestad organizatoria en el Estado actual presenta características totalmente diversas a las de épocas pasadas.

Las Constituciones ofrecen normas sobre la potestad organizatoria. El principio de legalidad, de reserva de Ley y el Estado de derecho condicionan a la Administración, y la doctrina comienza a cuestionarse sobre la titularidad, fundamentación y control de la potestad organizatoria.

(31) GALLEGO ANABITARTE, A.: *Ob. cit.*, p. 29.

Como ha destacado Giannini, la formalización jurídica de la potestad organizatoria es una vicisitud del Estado moderno que se desarrolla paralelamente a la introducción del principio de legalidad y de los otros principios de la organización pública (32).

El Estado, indica Saitta, encuentra en su propia personalidad la capacidad para autoorganizarse. Procede, en virtud de la potestad organizatoria que detenta, a la asunción de determinados criterios y principios estructurales (33).

Examinemos el problema en el Derecho comparado y en el Derecho español.

a) DERECHO ALEMÁN

Incluso los sustentadores de una potestad organizatoria autónoma del ejecutivo, como Wolff (34), admiten la importante transferencia que la Constitución de Bonn ha hecho de la potestad organizatoria del ejecutivo al legislativo.

No hay duda, como indica Böckenforde (35) y Kaja (36), de que la potestad organizatoria del ejecutivo encuentra directa e inmediata justificación constitucional. Pero es necesario distinguir. Para justificar la potestad de autoorganizarse del Gobierno se hace referencia por Amphoux (37) y Köttgen (38) a la autonomía organizatoria de los órganos constitucionales. Para justificar la potestad organizatoria de la Administración el problema varía. Un sector, representado por Hamann (39) y Spanner (40), niega que la Constitución de Bonn haga referencia a la potestad organizatoria del ejecutivo. Böckenforde (41) y Kaja (42) sustentan el criterio opuesto.

(32) GIANNINI, M. S.: *Ob. cit.*, p. 316.

(33) SAITTA: *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*. Milán, 1965, página 19.

(34) WOLFF: *Ob. cit.*, p. 95. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 28.

(35) BÖCKENFORDE: *Ob. cit.*, p. 131.

(36) KAJA: «Ministerialverfassung», en *Grundgesetz in AöE*, 1964, p. 302. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 34, nota 41.

(37) AMPHOUX: *Ob. cit.*, p. 202. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 34, nota 40.

(38) KÖTTGEN: *Ob. cit.*, p. 184. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 34, nota 40.

(39) HAMANN: «Die Bindung der Staatlichen Organisationsgewalt an die Gesetzgebung», en *NJW*, 1956. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 35, nota 41.

(40) SPANNER: «Organisationsgewalt und Organisationsrecht», en *DöV*, 1957, p. 641. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 35, nota 41.

(41) BÖCKENFORDE: Véase nota 35.

(42) KAJA: Véase nota 36.

Señalan Böckenforde (43) y Köttgen (44) que si bien el estado de Derecho exige un sistema organizativo dictado por Ley, no puede afirmarse por ello que se postule en la materia una reserva de Ley absoluta y general. Cuando una actividad organizativa no venga específicamente regulada por la Constitución o reservada por ésta a la Ley, funciona libremente la potestad organizatoria del ejecutivo.

La doctrina, que mayoritariamente es partidaria de la potestad organizatoria del ejecutivo, pretende justificar esta potestad con un fundamento no tanto jurídico positivo, cuanto lógico jurídico o natural jurídico, como lo hace Weber (45).

b) DERECHO ITALIANO

La potestad organizatoria en el Derecho italiano está compartida entre el Parlamento y el ejecutivo.

Indica Nigro que la atribución al Parlamento de parte de la potestad organizatoria asegura un mínimo de garantías individuales. La potestad organizatoria del ejecutivo es el presupuesto imprescindible para una acción estatal coherente, elástica, apta para conseguir los objetivos económicos y sociales marcados por la Constitución (46).

Las relaciones Parlamento-ejecutivo en la potestad organizatoria, señala Nigro, son de cooperación en la dirección de la actividad administrativa. Hay que abandonar la idea de que la línea divisoria entre la potestad organizatoria del legislativo y la del ejecutivo se encuentre en la relevancia interna o externa de las normas de organización. Ello no significa, sin embargo, que la distinción entre estructura organizativa interna y externa no tenga trascendencia para otorgar la potestad organizatoria al Parlamento o al ejecutivo (47). En la actualidad, indica Nigro, no puede negarse al Parlamento toda posibilidad de intervención en la disciplina de los órganos internos de la Administración,

(43) BÖCKENFORDE: *Ob. cit.*, p. 92. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 36, nota 44.

(44) KÖTTGEN: *Ob. cit.*, p. 169. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 36, nota 44.

(45) WEBER: *Parlamento e governo nel nuovo ordinamento della Germania*. Traducción italiana, Bari, 1919. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 38, nota 50.

(46) NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 196 y 197.

(47) NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 198 y 203.

como autoriza la Constitución. Lo que es absolutamente inexacto es sostener que la actividad organizativa de la Administración deba limitarse a los órganos, correspondiendo exclusivamente al Parlamento actuar en la esfera externa, incidiendo sobre el individuo (48).

C) LA POTESTAD ORGANIZATORIA EN EL DERECHO ESPAÑOL

No puede decirse que la doctrina española haya dedicado especial atención al tema de la potestad organizatoria. Pretendo establecer en este trabajo algunas consideraciones en torno a los aspectos fundamentales de la potestad organizatoria, cuales son, a mi juicio, la titularidad, los principios informadores, las manifestaciones y el control (49).

TITULARIDAD Y FUNDAMENTACION DE LA POTESTAD ORGANIZATORIA

a) EL PODER LEGISLATIVO

La potestad organizatoria en España está compartida entre las Cortes y el Gobierno. Hay que destacar, sin embargo, que ningún precepto de nuestras Leyes Fundamentales habla de la potestad organizatoria.

El Poder legislativo no ostenta en nuestro país, con carácter absoluto, la potestad organizatoria sobre la Administración pública. El artículo 10, apartado j), de la Ley de Cortes, al indicar como competencia de las mismas las bases de la Administración pública, no hace referencia, como acertadamente señala García Trevijano, a la organización de la Administración (50).

(48) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 204.

(49) Sobre la potestad organizatoria en la doctrina española: GARCÍA TREVIJANO: «Tratado...», *ob. cit.*, pp. 105 a 130. VILLAR PALASÍ: «Apuntes...», *ob. cit.*

(50) GARCÍA TREVIJANO: *Ob. cit.*, p. 115. Indica que «la palabra "Bases", por otra parte, no se refiere sólo a las Leyes de bases, que deben ser articuladas posteriormente (concepto técnico), sino que quiere indicar los fundamentos esenciales de la Administración. Así, se concluyen en este precepto las Leyes de Procedimiento, de Régi-

Es indudable que las Cortes ostentan una potestad organizatoria que se manifiesta a través de las denominadas Leyes de Organización, cuya función principal, típicamente formal, como señala Romano (51), no es la prescripción de reglas de conducta, sino la creación, modificación o supresión de instituciones, incluyendo órganos y otras figuras subjetivas. Estas Leyes organizativas, manifiesta Pugliatti, son normas que constituyen el antecedente causal de todo acontecimiento, desde la creación a la extinción, concerniente a la institución (52).

Como algunas manifestaciones de estas Leyes organizativas pueden citarse en nuestro ordenamiento:

1. Leyes organizativas ejecutivas de órganos contemplados en la Constitución. En este sentido, el artículo 40, IV, de la Ley Orgánica del Estado, manifiesta que «el Consejo de Estado es el supremo Cuerpo Consultivo de la Administración, y su competencia y funcionamiento se ajustará a lo que disponga la Ley». El artículo 44 de la misma Ley indica que «al Tribunal de Cuentas del Reino corresponde... realizar las demás funciones que le señale su Ley orgánica».

2. Leyes que creen órganos consultivos en virtud de la especificación contenida en el artículo 40, III, de la Ley orgánica del Estado: «La Administración estará asesorada por los órganos consultivos que establezca la Ley».

3. Leyes organizativas de la Administración territorial e institucional. Giannini ha indicado que el Estado moderno se atribuye el poder de regular, mediante leyes de organización, los entes públicos que dentro de él operan, pero es mucho más complejo el proceso a través del cual el Estado se organiza a sí mismo (53).

En nuestro Ordenamiento, la creación y modificación de pro-

men jurídico, de Expropiación, etc., que aun siendo articuladas, están dando un sentido constitucional a la Administración, como ocurrió con las Leyes de Administración y Contabilidad, verdaderas Leyes constitucionales administrativas. Este precepto, por tanto, no afecta directamente al tema de la Organización». *Ob. cit.*, p. 115.

(51) ROMANO, S.: *Principi di diritto costituzionale generale*, 2.^a ed. Milán, 1947, página 85.

(52) PUGLIATTI: «Diritto pubblico e privato», en *Enciclopedia del diritto*, vol. XII. Milán, 1964, p. 726, nota 291.

(53) GIANNINI, M. S.: *Ob. cit.*, vol. I, p. 316.

vincias, y con mayor razón la de regiones, es competencia de las Cortes (art. 205 de la Ley de Régimen Local, por lo que se refiere a las primeras) (54). Las bases organizativas de la Administración Local son competencia de las Cortes, según dispone en el artículo 10, apartado *h)*, de su Ley constitutiva.

La creación de entes institucionales, según el artículo 6.º de la Ley de Entidades Estatales Autónomas, ha de hacerse por Ley.

4. Leyes organizativas del sector crediticio oficial o agrario, según se dispone en el artículo 10, apartados *d)* y *h)*, de la Ley de Cortes.

5. Según el artículo 3.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, la creación de Ministerios ha de hacerse por ley.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Consejo de Estado, que en su Dictamen de 22 de marzo de 1962 indica: «En líneas generales, según el Consejo de Estado, la creación de Ministerios corresponde a las Cortes.»

6. Según el artículo 10, *j)*, de la Ley de Cortes, están reservadas a las mismas bases de la Organización judicial.

7. En general, estimo que la creación de cualquier órgano que interfiera en la propiedad o en la libertad ha de hacerse por ley.

Si las Cortes crean un órgano, a ellas también les compete el otorgamiento del crédito.

b) EL PODER EJECUTIVO

La doctrina española que se ha ocupado de la potestad organizatoria, centra su estudio en el Poder ejecutivo.

En mi opinión, para verificar un correcto análisis de la potestad organizatoria, creo que es necesario examinarlas en los dos componentes integrantes del Poder ejecutivo: Gobierno y Administración.

(54) Sobre el tema, GUAITA: «La división provincial y sus modificaciones», *Documentación Administrativa* núm. 150.

1. *El Gobierno*

El Gobierno, por su carácter de órgano constitucional (55), ostenta un poder de autoorganizarse, que se manifiesta en nuestro Ordenamiento, por ejemplo, en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. Así, la creación de Comisiones Delegadas del Gobierno (art. 10, 8, de la Ley de Régimen Jurídico) y la creación de Comisiones de Subsecretarios (art. 8.º de la misma Ley).

Junto con este poder de autoorganizarse es necesario preguntarse si la potestad organizatoria del Gobierno tiene otras manifestaciones.

1.1 *Manifestación secundaria de la potestad organizatoria del Gobierno.*—El Gobierno, en virtud de previsiones legales, ostenta una potestad organizatoria, aunque condicionada y secundaria. Decimos que condicionada y secundaria porque no existe obstáculo para que esta potestad organizatoria pueda ponerse en marcha por el Poder legislativo.

Como ejemplos de esta potestad organizatoria pueden citarse:

1.º El Gobierno puede proceder a la creación, modificación o supresión de entes territoriales, concretamente los municipios (arts. 12 a 22 de la Ley de Régimen Local y 14 y siguientes del Reglamento de Población y Demarcación Territorial).

2.º La creación de servicios administrativos sin personalidad jurídica es competencia del Gobierno (art. 85, en relación con el art. 3.º, apart. 2.º, de la Ley de Entidades Estatales Autónomas).

3.º Compete igualmente al Gobierno la creación de empresas nacionales, en virtud de las previsiones contenidas en la Ley de Patrimonio del Estado, Ley de Entidades Estatales Autónomas y Leyes aprobatorias de los Planes de Desarrollo.

1.2 *Manifestación primaria de la potestad organizatoria del Gobierno.*—Pretendo examinar ahora si, junto con la potestad organizatoria secundaria, ostenta el Gobierno, en primer lugar, una potestad organizatoria de carácter primario, es decir, con directo e inmediato basamento constitucional; en segundo lugar,

(55) Título III de la Ley Orgánica del Estado.

si esta potestad organizatoria se ejercita sobre un sector reservado al propio Gobierno.

Por lo que respecta a la primera cuestión, estimo que el Gobierno, en virtud de la función de dirección política que ostente, es titular de una potestad organizatoria que encuentra directo fundamento en la Constitución. Concretamente, el artículo 13 de la Ley orgánica del Estado señala que «el Jefe del Estado dirige la gobernación del Reino por medio del Consejo de Ministros...».

Según Nigro, al tener la actividad de organización administrativa una función de dirección política, la consecuencia que resulta es que no existe un poder de organización autónomo. La potestad organizatoria o es pura y simplemente el mismo poder de dirección política o una especificación suya; en el mejor de los casos, una figura de poder con propia sustantividad estructural, pero funcionalmente dependiente y accesorio respecto del poder de dirección política (56).

Esto no significa, sin embargo, que el poder de dirección política y la potestad organizatoria deban confluír necesariamente en el mismo sujeto público o en el mismo grupo de sujetos públicos; la ordenación de las distintas formas hipotéticas de expresión de la función de dirección política obedece a consideraciones de oportunidad política o administrativa, que pueden dar preferencia a la concentración de la competencia o a su distribución entre varios centros de poder (57). Sin embargo, hay que sostener que, cuando no se atribuye específicamente la potestad organizatoria, el otorgamiento de la función *d'indirizzo* sobre la Administración lleva consigo el otorgamiento de la función organizatoria (58).

En el Derecho español, en nuestra opinión, el Gobierno es titular de una potestad organizatoria que se extiende sobre la Administración. Se ostenta esta potestad con un fundamento constitucional, de carácter primario, en virtud de la función de dirección política que el Gobierno ostenta sobre la Administración. Entramos de esta forma en el análisis de la segunda cuestión que planteábamos en los comienzos de este epígrafe: la

(56) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 152.

(57) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 154.

(58) NIGRO: *Ob. cit.*, p. 155.

determinación del sector sobre el que se extendía la potestad organizatoria del Gobierno. Indicábamos que la potestad organizatoria se ejercía sobre la Administración, la central fundamentalmente, lo cual no quiere decir que esta potestad organizatoria no se extienda sobre la Administración local y la institucional. Examinemos cómo se ha ido configurando la potestad organizatoria del Gobierno sobre la Administración.

Con anterioridad al siglo xix, como indicábamos en otro momento, la potestad organizatoria se encontraba en manos del monarca. Lo mismo puede decirse, con carácter general, respecto del siglo xix, como también pusimos de relieve.

En el siglo xx, y con anterioridad al actual sistema político, la creación, organización y reorganización de Ministerios se realizaba bien en virtud de autorizaciones en blanco dadas por el legislativo al ejecutivo, bien a través de Decretos-leyes o Decretos. Así, el Ministerio de Trabajo se crea por Real Decreto de 8 de mayo de 1920, en virtud de la autorización concedida al Gobierno por la disposición 8.^a de la Ley de Presupuestos de 26 de abril de 1920. Esta Ley dio amplias facultades al Gobierno para reorganizar varios Ministerios, respetando los derechos del personal.

El Real Decreto-ley de 3 de noviembre de 1928, sobre organización, modificación y supresión de Ministerios, crea el Ministerio de Agricultura y da cuenta de ello a las Cortes.

El Decreto de 12 de junio de 1933 divide en dos el Ministerio de Agricultura, Industria y Comercio y surge el Ministerio de Industria.

La actual organización administrativa del Estado español tiene su origen, como es conocido, en el Decreto de 24 de julio de 1936, la Ley de 1 de octubre de 1936, la de 30 de enero de 1938 y la de 29 de diciembre de 1938, disposiciones todas dictadas por el Poder ejecutivo.

El Decreto-ley de 19 de junio de 1951 creó el Ministerio de Información y Turismo, y por otro de igual fecha se crea el Ministerio de Comercio. El Decreto-ley de 25 de febrero de 1957 crea el Ministerio de la Vivienda. Existe, por tanto, un claro deseo de sustraer a las Cortes la estructura administrativa básica del país.

Esta reserva de la estructura fundamental de la Administración al Gobierno se ha producido en virtud de una decidida y progresiva deslegalización que arranca de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, continúa en la Ley de Procedimiento Administrativo y finaliza en los Decretos-leyes de 3 de octubre de 1966 y 27 de noviembre de 1967.

El artículo 3.º de la Ley de Régimen Jurídico indica que:

Toda variación en el número, denominación y competencia de los distintos departamentos ministeriales y la creación, supresión o reforma sustancial de los mismos se establecerá por Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de este texto refundido.

La disposición final primera indica:

Se faculta al Gobierno para dictar por Decreto cuantas medidas sean conducentes a la ejecución de lo dispuesto en esta Ley, así como para la creación, modificación, traspaso de un Ministerio a otro, fusión y supresión, de acuerdo con las directrices del Decreto-ley de 25 de febrero de 1957, de cuantas dependencias y organismos merezcan ser reorganizados.

El artículo 2.º de la Ley de Procedimiento Administrativo señala:

Compete exclusivamente al Consejo de Ministros la creación, modificación y supresión de los órganos de la Administración del Estado superiores a Secciones y Negociados...

El artículo 3.º, 4, de la Ley de Procedimiento Administrativo indica que:

Corresponde a las Cortes la concesión de los créditos necesarios para dotar a cada uno de los órganos de nueva creación que deberán figurar enumerados expresamente como tales en la Ley que apruebe el crédito. Si ésta fuera la de Presupuestos Generales del Estado dicho enumeración se hará en un anexo especial que llevará el siguiente epígrafe: Organos administrativos de nueva creación.

La exclusiva competencia del Gobierno para crear los órganos determinados anteriormente imposibilita, a mi juicio, el que las Cortes denieguen el crédito para su funcionamiento. Existe

una interconexión entre creación del órgano y otorgamiento del crédito. A juicio de García Trevijano, la exclusiva competencia del Gobierno no precisa convalidación, limitándose el legislador a denegar u otorgar el crédito (59).

En mi opinión, siempre que el Gobierno cumpla con los requisitos contenidos en los apartados 1, 2 y 3 del artículo 3.º de la Ley de Procedimiento Administrativo, las Cortes están vinculadas y han de otorgar el crédito.

El dictamen del Consejo de Estado de 11 de marzo de 1965 indica:

... Cuando la Ley de Presupuestos autoriza al Ejecutivo a crear órganos administrativos mantiene la competencia del legislador para la autorización de los créditos con que se les vaya a dotar, pero esto no quiere decir que deba convalidar aquella creación, puesto que, respecto de ella, el Ejecutivo actúa con plenitud de competencia. El legislador no puede plantear cuestión de legalidad, sino que debe examinar los requisitos de necesidad y urgencia.

Mayor interés ofrece el dictamen de 30 de mayo de 1968 cuando indica:

La legitimidad de las obligaciones derivadas de la creación, modificación o supresión de órganos administrativos puede provenir de una norma reglamentaria, ya que el ejercicio de tal competencia es exclusivo del Consejo de Ministros y a las Cortes compete únicamente la concesión de créditos para dotar a los órganos de nueva creación.

El artículo 1.º del Decreto-ley de 3 de octubre de 1966, en su apartado tercero, señala:

La Presidencia del Gobierno, previo informe del Ministerio de Hacienda y oídos los Ministerios interesados, elevará al Consejo de Ministros con la mayor urgencia los correspondientes proyectos de disposiciones, con el fin de llevar a cabo la posible reestructuración de servicios y supresión o integración de organismos con vistas a conseguir una reducción en los gastos corrientes de los mismos.

(59) Con anterioridad, el artículo 39 de la Ley de Administración y Contabilidad de 1911 establecía que «el Gobierno no podrá modificar los servicios o crear otros nuevos, ni aún dentro del crédito legislativo otorgado para cada uno. No podrán contraerse obligaciones cuyo importe pueda exceder del crédito legislativo, siendo nulas aquellas que infrinjan esta disposición». GARCÍA TREVIJANO ha señalado que la inter-

El artículo 1.º del Decreto-ley de 27 de noviembre de 1967 culmina el proceso deslegalizador cuando afirma:

El Gobierno, para obtener una mayor economía en los gastos y una mayor eficacia en la gestión, a propuesta de la Presidencia del Gobierno, previo informe del Ministro de Hacienda y oídos los Ministerios interesados, podrá acordar la supresión, refundición o reestructuración de organismos y servicios de la Administración Central territorial, institucional o autónoma, cualquiera que sea el rango de la disposición por la que fueron creados o se encuentran regulados.

En ejecución de este Decreto-ley se dictó el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 27 de noviembre de 1967, que reorganiza la Administración Civil (60).

2. La Administración

Una vez examinada la potestad organizatoria del Gobierno, es necesario determinar si la Administración, en sus diferentes esferas, ostenta potestad organizatoria.

2.1 *La Administración central.*—La potestad organizatoria de la Administración central está limitada. Solamente los ministros, con posible delegación, pueden crear, modificar o suprimir Secciones, Negociados o unidades inferiores. Sin embargo, puede darse aquí también una autorreserva de Gobierno, como

pretación literal del precepto conducía al resultado de trasladar la competencia para la creación de órganos al legislador, ya que el Ejecutivo estaba limitado *a priori*, pues ni siquiera dentro de los créditos podía actuar. A pesar de ello, señala García Trevijano que la creación de órganos y modificación sustancial se mantenía en manos del Ejecutivo, procediéndose a convalidar las obligaciones contraídas, a fin de encauzarlas por el artículo 39. GARCÍA TREVIJANO: *Ob. cit.*, pp. 123 y 124.

(60) Hay que destacar la modificación que introduce el artículo 130 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto del artículo 137 de la Ley de Régimen Jurídico. Este último indicaba que correspondía al presidente del Gobierno «proponer, conocer y elaborar cuantas disposiciones se dicten sobre la estructura orgánica, métodos de trabajo, procedimientos y personal de la Administración Pública, así como velar por el cumplimiento de las vigentes». El artículo 130-2 de la Ley de Procedimiento Administrativo indica, respecto de los proyectos de disposiciones de carácter general, que «cuando se trate de las materias señaladas en el apartado 7 del artículo 13 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, se requerirá, además, la aprobación de la Presidencia del Gobierno, de acuerdo con lo preceptuado en dicha Ley. Se entenderá concedida la aprobación si transcurren ocho días desde aquel en que se hubiese recibido el proyecto en la Presidencia sin que ésta haya formulado objeción alguna». Sobre el Decreto de 27 de noviembre de 1967 puede consultarse: FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: «La reforma de la Organización administrativa en el Decreto de 27 de noviembre de 1967», *Revista de Administración Pública* núm. 54, pp. 445 y ss.

señala García Trevijano, ya que, a veces, estas unidades se crean en los Reglamentos orgánicos departamentales aprobados por Decreto (61).

2.2 *La Administración local.*—La Administración local es titular de una potestad organizatoria de origen legal o reglamentario y condicionado en su ejercicio, en algunos casos, a la aprobación del Gobierno.

Con carácter general, el artículo 30 del Reglamento de Servicio de las Corporaciones locales señala:

Las Corporaciones locales tendrán plena potestad para constituir, organizar, modificar y suprimir los servicios de su competencia, tanto en el orden personal como económico, o en cualesquiera otros aspectos, con arreglo a la Ley de Régimen Local o a sus Reglamentos y demás disposiciones de aplicación.

Con algunas manifestaciones de la potestad organizatoria de las Corporaciones locales, no condicionada por el Gobierno, pueden citarse las siguientes:

1.^a El artículo 42 del Reglamento de Servicio indica que basta el acuerdo de la Corporación en pleno para el establecimiento de la gestión directa de servicios que no tengan carácter económico, mercantil o industrial.

2.^a El artículo 95 del Reglamento de Servicios contempla el supuesto de fundación pública de servicios.

3.^a Los artículos 89 y siguientes del mismo Reglamento regulan la gestión directa en forma de sociedad privada municipal o provincial.

4.^a Los artículos 90 y siguientes del Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico contemplan la creación de Comisiones Informativas.

5.^a El artículo 162 del Reglamento anteriormente citado contempla la creación, en las Diputaciones, de una Comisión de Gobierno, presidida por el presidente de la Diputación.

Como manifestaciones de la potestad organizatoria de las Corporaciones locales condicionada por el Gobierno podemos enumerar:

(61) GARCÍA TREVIJANO: *Ob. cit.*, p. 116.

1.º Los Estatutos y Ordenanzas de las Mancomunidades voluntarias han de ser aprobadas por el Gobierno (arts. 34 y 35 de la Ley de Régimen Local y 63 del Reglamento de Población y Demarcación Territorial).

2.º El artículo 62, 2.º, *a*), del Reglamento de Servicios indica que la municipalización y provincialización de Servicios en régimen de monopolio, no enumerados en el artículo 166 de la Ley de Régimen Local, necesita aprobación del Gobierno. También necesita aprobación del Gobierno, según el artículo 64, *b*), del Reglamento de Servicios todo género de provincializaciones con monopolio.

2.3 *La Administración institucional.*—Estimo que la Administración institucional carece de potestad organizatoria. El artículo 6.º, 3, *c*), de la Ley de Entidades Estatales Autónomas indica que la Ley que crea un organismo autónomo trazará las bases generales de su organización.

La creación, modificación y supresión de las unidades de los organismos autónomos está muy condicionada por el Ministerio del que depende. Respecto de la creación de empresas públicas, según la legislación de Planes, los organismos autónomos, a través del Ministerio del que dependan, propondrán al Gobierno la creación de empresas nacionales.

4. Los criterios informadores de la potestad organizatoria

Examinadas las cuestiones referentes a la titularidad y fundamentación de la potestad organizatoria, verificaremos unas consideraciones en torno a sus criterios informadores.

Es necesario recordar en estos momentos la interconexión fundamental entre organización y actividad administrativa. El ejercicio de la potestad organizatoria, que se plasma en un determinado modelo, ha de hacerse teniendo en cuenta la actividad que va a desarrollar el modelo creado. La acción administrativa debe condicionar la elección del modelo.

Nigro ha señalado que la decisión organizativa se muestra, necesariamente, como decisión directiva de la actividad (62). Esta interpretación entre organización y actividad, sin embargo, no autoriza a la absorción de la actividad en la Organización, como lo ha hecho Berti (63), o a definir el Derecho público, en este sentido Burckhardt, como el derecho de la Organización (64).

Partiendo de la base de que la eficacia y la prontitud son aspectos básicos de la actividad administrativa (art. 40, 1, de la Ley Orgánica del Estado), la elección organizativa, como destaca Guarino, sólo debe tender a un fin: la mayor eficacia (65).

Para la elección del modelo hay que tener presente, como indica Guarino, que el Estado contemporáneo desarrolla dos tipos de funciones básicas. La primera, producción de bienes y servicios jurídicos, que actúan el Estado y otros entes públicos. La segunda, producción de bienes y servicios económicos, función que no es exclusiva del Estado. Para la primera función sirven los modelos organizativos clásicos; para la segunda, surgen nuevos modelos, como las empresas públicas.

Existen, además de estas funciones y modelos, otros intermedios. En estos cuadros organizativos están planteados y esclarecidos los problemas del Estado contemporáneo, problemas organizativos, de cuya resolución depende en cierta medida nuestra propia existencia (66).

Cuando pretende aplicarse a una determinada actividad administrativa un modelo que no es adecuado a la misma, se produce una disfunción entre organización y actividad, en perjuicio de ambas. Se hace por tanto imprescindible, como indica Guarino, examinar, en primer lugar, con precisión y claridad, la función a desarrollar para aplicar, en el ejercicio de la potestad organizatoria, el modelo adecuado. En segundo término es necesario estudiar las funciones intermedias y disponer de modelos organizatorios adecuados (67).

(62) NIGRO: *Ob. cit.*, pp. 99 a 156, especialmente en p. 118.

(63) BERTI: *Ob. cit.* Véase la crítica que a su postura hace Nigro, p. 125, nota 54.

(64) BURCKHART: *Die Organisation der Rechtsgemeinschaft*. Zurich, 1944, p. 32. Cita-do por Nigro, *ob. cit.*, p. 125, nota 55.

(65) GUARINO: *Ob. cit.*, p. 6.

(66) GUARINO: *Ob. cit.*, pp. 55 y 56.

(67) GUARINO: *Ob. cit.*, p. 57.

En el Derecho positivo español existen ejemplos relativamente recientes en los que la utilización de la potestad organizatoria se ha hecho teniendo en cuenta el sector de la actividad administrativa y sus condicionantes.

La Ley de 20 de junio de 1968, de Juntas de Puertos y Estatuto de Autonomía, nos habla de modificaciones en la estructura para conseguir la máxima eficacia en la gestión de los puertos. El otorgamiento de Estatuto de autonomía a un puerto se concede teniendo en cuenta «su situación económica y financiera, la cantidad y variedad de su tráfico o actividad, la previsión de su movimiento anual de mercancías cargadas y descargadas y su volumen de recaudación».

El Reglamento del Estatuto del Vino, Decreto de 23 de marzo de 1972, indica que para conceder Estatuto de autonomía a un Consejo Regulador se tendrá en cuenta «su situación económica y financiera, la cantidad y variedad de su tráfico o actividad, la previsión de su movimiento anual y su volumen de recaudación».

5. Las manifestaciones de la potestad organizatoria

Como ha indicado Giannini, la potestad organizatoria se ejercita a través de actos normativos no primarios y actos no normativos (68). A mi juicio hay que añadir también que la potestad organizatoria puede manifestarse a través de actos normativos primarios, cuando se ejercite por el Poder legislativo.

La doctrina ha debatido arduamente acerca del carácter jurídico o no jurídico de las normas de organización. Indicamos en otro momento que la doctrina alemana del siglo XIX negó el carácter jurídico a las normas de la organización, basándose en que éstas no incidían sobre la libertad y propiedad e indicando que las normas de organización carecían de generalidad y abstracción, características éstas de las normas hoy superadas por la doctrina.

En la actualidad no existe duda para la doctrina alemana de que las normas de organización tienen carácter jurídico y

(68) GIANNINI: *Ob. cit.* p. 322.

son aptas para incorporarse al ordenamiento jurídico. En este sentido pueden citarse a Kelsen (69), Richter (70) y Hamann (71).

En el Derecho italiano, Zanobini ha indicado que la norma de organización sólo es jurídica cuando limita la libertad y capacidad de terceros (72). Para De Valles, la jurisdicción de las normas de organización deriva, en primer lugar y sobre todo, de su mismo objeto inmediato; las normas de organización no regulan directamente una relación completa, sino, potencialmente, toda una posible serie de relaciones futuras (73). Según Mortati, es equivocado sostener la no jurisdicción de las normas de organización señalando que les falta la alteridad, la intersubjetividad; a su juicio, las normas de organización producen efectos frente a terceros, que vienen obligados a observar el orden de competencia que fijan aquellas normas, estando legitimados, por otra parte, para que sean cumplidas (74).

Silvestri indica que la actividad interna se desarrolla en el ámbito de una institución administrativa y no tiene repercusión en la esfera jurídica de los particulares. La actividad interna no constituye actuación del derecho objetivo. No regula relaciones entre la Administración y los particulares; los actos internos constituyen la actuación de los principios de buena administración. Sin embargo, los actos internos, de forma mediata, en algunas ocasiones pueden asumir relevancia en el ordenamiento general (75).

Nigro ha distinguido las reglas de organización desde el punto de vista de la sustancia y del contenido. En este segundo aspecto, el acto preceptivo de organización tiene la fuerza normativa propia del acto en el que la regla se contiene. Tendrá un peculiar tipo de fuerza normativa en relación con sus específicas características formales. Desde el punto de vista de la sustancia,

(69) KELSEN: *Allgemeine Saatslehre*. Berlín, 1925. Citado por Nigro, *ob. cit.*, p. 24, nota 20.

(70) RICHTER: *Die Organisationsgewalt*. Leipzig, 1926. Citado por Nigro, *ob. cit.*, página 28, nota 30.

(71) HAMANN: *Ob. cit.* Citado por Nigro, p. 40.

(72) ZANOBINI: «Le norme interne di diritto pubblico», en *Riv. Dir. Pubbl.*, 1915, parte II, pp. 339 y 340.

(73) DE VALLES: *Teoria giuridica dell'organizzazione dello Stato*, vol. I. Padova, 1931, p. 85.

(74) MORTATI: *Istituzioni di diritto pubblico*, 6.^a ed., Padova, pp. 35 y 36.

(75) SILVESTRI: *L'attività interna della Pubblica amministrazione*. Milán, 1950, páginas 52, 53 y 54.

el acto de organización tiene una sustancia típica y otra eventual. El fin del acto de organización es dirigir la actividad, orientarla en relación con los intereses administrativos en función de lo cual viven y colaboran actividad y organización (76).

Los actos jurídicos que emanan del ejercicio de la potestad organizatoria tienen una relevancia interna, pero también pueden tener relevancia externa. Los actos que emanan de la potestad organizatoria del legislativo y del ejecutivo constituyen, indica Saitta (77), normas de estructura. Tienen una prioridad lógica y cronológica y predisponen el aparato organizativo del ente. Señala Saitta que si bien algunas se refieren al ente estatal y a sus órganos, otras sirven para disciplinar organizaciones distintas de la estatal, pero teleológicamente vinculadas a ésta.

6. El control de la potestad organizatoria

Uno de los graves problemas que plantea la potestad organizatoria es el de su control.

El control de la potestad organizatoria del poder legislativo se hace prácticamente imposible en nuestro ordenamiento, dada la configuración del recurso de contrafuero.

Examinemos seguidamente el control de la potestad organizatoria del Poder ejecutivo.

El artículo 4.º de la Ley de 22 de junio de 1894 señalaba que no correspondía al conocimiento de los Tribunales contencioso-administrativo las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre la que versen, se refieran a la potestad discrecional.

El artículo 4.º del Reglamento de 22 de junio de 1894 introdujo una importante especificación, manifestando que pertenecían señaladamente a la potestad discrecional:

- 1.º Las cuestiones que por la naturaleza de los actos de que nazcan o de la materia sobre que versan, pertenezcan al orden político o de gobierno o afecten a la organización del Ejército o a los servicios generales del Estado.

(76) NIGRO: *Op. cit.*, especialmente, pp. 142 a 152.

(77) SAITTA: *Premesse per uno studio delle norme di organizzazione*. Milán, 1965, p. 84.

La jurisprudencia se pronunció en torno a estas cuestiones. La sentencia de 18 de noviembre de 1904 (primer considerando) señala que las Reales Ordenes orgánicas de los servicios generales del Estado son:

Por su naturaleza de carácter general, y, por consiguiente, corresponden a la potestad del Gobierno porque afecta a los servicios generales de la Administración del Estado, y no es susceptible de recurso en vía contenciosa.

En análogo sentido, la sentencia de 22 de febrero de 1901 (primer considerando).

La sentencia de 5 de diciembre de 1904 señalaba que pertenecía al orden político o de gobierno las materias de organización del Ejército. En análogo sentido, las sentencias de 24 de mayo de 1901, 23 de noviembre de 1901 y 1 de marzo de 1904.

La sentencia de 27 de abril de 1932 (cuarto considerando) indica:

Que es principio consagrado ya como apotegma por la jurisprudencia de este Tribunal, tan reiterada y constante que releva de toda cita, el que son y corresponde a la potestad discrecional de la Administración, las disposiciones de carácter general orgánicas de servicios del Estado.

La especificación del artículo 4.º del Reglamento de 1894 desaparece en el Decreto de 8 de febrero de 1952, ya que su artículo 3.º indicaba que no correspondían a la jurisdicción contencioso-administrativa «las cuestiones que por la naturaleza de los actos de los cuales procedan o de la materia sobre que versen se refieran a la potestad discrecional».

El artículo 3.º de la vigente Ley jurisdiccional excluye los actos políticos del Gobierno de la fiscalización por los Tribunales contencioso-administrativo. Dentro de estos actos políticos se incluyen los que afectan a la organización militar. No se alude, como puede observarse, a la Administración civil, aunque cabría pensar, dado el carácter *numerus apertus* de los actos políticos, en que pudieran considerarse como actos políticos los relativos a la organización de la Administración civil.

El Tribunal Supremo cataloga, sin embargo, como discrecionales los actos dictados en el ejercicio de la potestad organizatoria del ejecutivo.

La sentencia de 17 de noviembre de 1964 (Rep. Aranz. 5047, primer considerando) indica:

Que la Administración goza del derecho discrecional de reorganizar en cualquier momento sus servicios de la forma que estime conveniente y adecuada a la satisfacción de los intereses y necesidades públicas, sin más límites que los derechos adquiridos por los funcionarios que sirven aquellas funciones.

La sentencia de 30 de septiembre de 1965 (Rep. Aranz. 4227, tercer considerando) manifiesta:

Una de las facultades inherentes a la Administración, por ser consustancial a su propia naturaleza, es la de organizar los servicios públicos y la de conservarlos y, en su caso, reorganizarlos, sin que en modo alguno el derecho existente de los particulares pueda prevalecer sobre aquella facultad, que impone sólo a la Administración el deber de reconocerlo y consiguientemente de protegerlo con medidas que mantengan su integridad...

En análogo sentido, las sentencias de 12 de noviembre de 1965 (Rep. Aranz. 5993) y 26 de junio de 1966 (Rep. Aranz. 3942).

El Consejo de Estado ha indicado que la potestad administrativa conformadora de los servicios públicos sólo funda una obligación de indemnizar en la medida en que produzca un efecto lesivo que el administrado no tenga el deber de soportar. En este sentido el dictamen de 12 de diciembre de 1968 (*Recopilación de Doctrina Legal*, Madrid, 1972, p. 102).

En todo caso, la potestad organizatoria puede ser controlada cuando está procedimentalizada, es decir, cuando por disposición legal o reglamentaria se determina un procedimiento para la creación de órganos o entes institucionales, valga citar en este sentido el procedimiento establecido para la creación de empresas públicas, en los supuestos de insuficiencia de la iniciativa privada.

7. La actividad organizativa

Indicábamos al comienzo de este trabajo que una vez creado un ente territorial o institucional, procedía a la configuración de sus elementos orgánicos, personales y materiales en orden a

la realización de la actividad administrativa. Esto es lo que llamábamos actividad organizativa.

Si importancia tiene la actividad administrativa a la hora de crear, modificar o extinguir un ente público, mayor importancia tiene el momento de su configuración orgánica, personal y real. La actividad organizativa ha de ir presidida igualmente por la idea de lograr una mayor eficacia en la acción administrativa. La actividad organizativa, por otra parte, ha de utilizar para su mayor efectividad de la Ciencia de la Administración. Veamos esta actividad organizativa en las tres esferas administrativas.

A) LA ADMINISTRACIÓN CENTRAL

a) *Organización de órganos, servicios y disciplina de su actividad*

La Administración central encuentra primariamente predefinida su actividad organizativa por el Gobierno. En esta dirección puede citarse el Decreto de 27 de noviembre de 1987, que reorganiza la Administración civil. No obstante, la Administración ostenta una cierta capacidad organizativa, necesaria e imprescindible en cada Departamento ministerial. En esta dirección, el Decreto anteriormente citado señala en su disposición transitoria 1.^a que la Presidencia del Gobierno, a propuesta del Ministerio interesado, previo informe del de Hacienda, enviará al Gobierno los proyectos de Decretos de reorganización de Direcciones generales, Centros directivos y Organismos.

La organización de los Departamentos ministeriales se establece en los diferentes Decretos orgánicos: la actividad de los órganos se dirige a través de las Instrucciones y Circulares de Servicio, manifestaciones éstas de lo que la doctrina italiana denomina normas internas (78).

(78) Véase, por todos, BASSI: *La norma interna*. Milán, 1983.

b) Organización de medios personales

Desaparecidos los amplios poderes que el Poder ejecutivo ostentaba en la función pública y que dieron lugar al *Spoil sistem*, la actividad organizativa se encuentra limitada en materia y personal por medio de Leyes relativas a la función pública. La Administración, no obstante, goza de amplias facultades discrecionales en este sector, cuyos límites han sido marcados por el Tribunal Supremo.

La sentencia de 31 de mayo de 1966 (Rep. Aranz. 5898, primer considerando) indica:

La Administración tiene la facultad de alterar y modificar el ordenamiento de su funcionariado, ya que la potestad de estructurar sus servicios siempre le incumbe y puede ejercerla en cualquier momento, atendiendo a la estimación que haga de las circunstancias en cada instante existentes, y de lo que entienda procedente para una mayor eficacia de su organización y perfeccionamiento de ésta, siempre que se respeten íntegramente los derechos adquiridos en forma legal por los actuales funcionarios.

La sentencia de 20 de junio de 1967 (Rep. Aranz. 2856, segundo considerando) señala:

Que es indudable el carácter político y de gobierno de las facultades del Estado para organizar los distintos cuerpos de funcionarios en orden a su mejor y más eficaz funcionamiento de los servicios de la Administración, así como a la fijación de las retribuciones de aquéllos, habida cuenta no sólo de lo que la justicia exige por la importancia de la función desempeñada y del grado de preparación científico o técnico necesario, sino que también de lo que la situación de la Hacienda pública y desarrollo del país permiten; mas como quiera que el propio Estado, por una parte, ha decidido y reglamentado en Leyes esenciales esta organización y criterio retributivo y, por otra, no ha exceptuado las disposiciones que la desenvuelven de la revisión jurisdiccional, resulta limitado el carácter potestativo y discrecional que en principio pudiera atribuírsele por la necesidad de sujetarse a aquellas directrices que las mencionadas disposiciones legales impusieron principalmente de la Ley de Bases de Funcionarios Civiles del Estado de 20 de julio de 1963 y la de retribuciones de éstos de 4 de mayo de 1965, de lo que se deduce la necesidad en que se halla la jurisdicción revisora de cohonestar y armonizar la discrecional-

lidad de la Administración para la ordenación y retribución de sus funcionarios, con la imperiosa necesidad de no vulnerar sino acatar y desenvolver lealmente las directrices impuestas o derivadas de la Ley.

La sentencia de 4 de junio de 1969 (Rep. Aranz. 3364, primer considerando) indica:

Las condiciones reglamentarias del ejercicio de las funciones públicas pueden modificarse, atendiendo a la necesidad del servicio y acomodándolos a las conveniencias del interés público.

La sentencia de 10 de junio de 1969 (Rep. Aranz. 3390, segundo considerando) señala:

Que la facultad utilizada por la Administración de reorganizar sus escalas de personal no puede ser enervada por la invocación de unos supuestos derechos adquiridos por los funcionarios, ya que en nada ha afectado a la categoría escalafonal del empleado, ni a su inamovilidad, imponiéndole un cambio forzoso de residencia; ni al sueldo asignado en presupuestos oficiales, verdaderos derechos adquiridos que pudieran vincular a la Administración, impidiendo su lesión o desconocimiento y fuera de los cuales la facultad discrecional de la Administración para organizar una mejor clasificación no implica desconocimiento de derecho adquirido alguno.

c) *Organización de bienes y actividad tendente a proporcionarse la Administración los bienes materiales necesarios para el ejercicio de la actividad administrativa.*

Los órganos estatales tienen una relevancia particular propia, ya que están dotados de bienes muebles e inmuebles.

Manifestaciones de esta actividad organizativa en materia de bienes son los Inventarios y Catálogos, las técnicas de explotación de bienes públicos y los actos de afectación y desafectación, considerados por Cassarino como actos de organización (79). Los actos de afectación y desafectación son difícilmente fiscalizables, pero no ocurre lo mismo en los actos de explotación. Respecto de los mismos, durante el siglo XIX en Francia, la negativa a autorizar una ocupación del dominio público escapaba del control contencioso-administrativo.

(79) CASSARINO: *La destinazione dei beni degli enti pubblici*. Milán, 1962; p. 10.

A partir del *arrêt* Taillandier, de 6 de mayo de 1932, la jurisprudencia aplica de una manera general la idea del interés general, con motivo de anular una negativa de concesión, así como de lograr una revocación de la misma (80).

Con el *arrêt* de 20 de diciembre de 1957 se consagra definitivamente la idea de gestión del dominio público, a través del cual se formula el principio de la obligación de la Administración de asegurar la mejor explotación (81).

Los condicionamientos organizativos en la actividad tendente a la adquisición de bienes se pone de manifiesto en el prólogo de la Ley de Bases de Contratos del Estado.

... Los negocios de la Administración han de ser objeto de una disciplina acomodada en el aspecto orgánico...

Se trata de perfeccionar su organización gestora (de la Administración) y de conseguir la máxima actividad y seguridad de las actuaciones...

Manifestaciones de esta actividad organizativa tendente a la adquisición de bienes lo son, en mi opinión, los pliegos de cláusulas administrativas y el Registro de Contratistas.

B) LA ADMINISTRACIÓN LOCAL

a) Organización de órganos, servicios y disciplina de su actividad.

Esta materia viene regulada en la Ley de Régimen Local y en el Reglamento de Organización, Funcionamiento y Régimen Jurídico. De forma más concreta, el artículo 109 de la Ley de Régimen Local alude a los Reglamentos de funcionarios, Régimen interior y servicios. Respecto del control de la actividad organizativa, el artículo 39 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales indica:

Todas las cuestiones que se suscitaren respecto a las resoluciones de las Corporaciones locales sobre constitución, organización, modificación y supresión de los servicios públicos de su competencia serán diferidas al conocimiento de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

(80) DENOYER: *L'exploitation du domaine public*. París, 1969, pp. 61 a 65.

(81) DENOYER: *Ob. cit.*, pp. 73 a 75.

b) *Organización de medios personales.*

La materia viene contemplada en el citado artículo 109 de la Ley de Régimen Local, el cual alude a los Reglamentos de funcionarios.

c) *Organización de bienes y actividad tendente a proporcionarse la Administración los bienes materiales necesarios para el ejercicio de la actividad administrativa.*

Respecto de la materia relativa a la organización de bienes pueden hacerse análogas consideraciones a la verificada para los bienes estatales. La actividad contractual viene recogida en el Reglamento de Contratación de las Corporaciones Locales.

C) LA ADMINISTRACIÓN INSTITUCIONAL

a) *Organización de órganos, servicios y disciplina de su actividad.*

Para un examen de estas cuestiones es necesario tener presente los diferentes Estatutos de cada ente. La actividad organizativa de los Organismos autónomos está condicionada en gran medida por el Ministerio del que dependen.

b) *Organización de medios personales.*

La organización de medios personales se encuentra recogida en el Decreto de 23 de julio de 1971, sobre personal al servicio de los Organismos autónomos.

Una cierta capacidad organizativa respecto del personal al servicio de la Administración institucional se reconoce a los Ministerios de los que dependen los Organismos autónomos. En este sentido, el artículo 2.º-1 del mencionado Estatuto indica:

Los ministros podrán dictar para cada organismo adscrito a su Departamento normas de desarrollo del presente Estatuto previo informe del Ministerio de Hacienda y aprobación de la Presidencia del Gobierno.

- c) *Organización de bienes y actividad tendente a proporcionarse la Administración los bienes materiales necesarios para el ejercicio de la actividad administrativa.*

Los condicionamientos impuestos en materia de bienes y las peculiaridades en materia de contratación contenidas en la propia legislación de contratos del Estado han sido examinadas con gran detenimiento por la doctrina (82).

(82) Sobre el tema, ARIÑO ORTIZ: *La Administración institucional*. Madrid, 1972.

