

LOS ENTES FUNCIONALMENTE DESCENTRALIZADOS Y SU RELACION CON LA ADMINISTRACION CENTRAL

POR

MARIANO BAENA DEL ALCÁZAR

SUMARIO: I. LOS ENTES FUNCIONALMENTE DESCENTRALIZADOS Y SU EXPLICACIÓN DOCTRINAL: A) Introducción. B) El fenómeno de la aparición de los entes funcionalmente descentralizados. a) Causas de creación. b) Desarrollo legislativo hasta la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas. c) Encuadramiento de estos entes en la clasificación general de las personas jurídicas públicas. C) La explicación doctrinal. a) El impacto en la teoría clásica de las personas jurídicas públicas. a') La existencia de un «sustratum» sociológico. b') El criterio para reconocer la existencia de personas jurídicas públicas. b) El estado de la cuestión en la doctrina extranjera. a') En las doctrinas alemana y francesa. b') En la doctrina italiana. c) La descentralización funcional. a') Concepto y caracteres. b') La descentralización funcional en Derecho positivo español. 1. La Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas como ordenamiento común. 2. Los ordenamientos singulares.—II. RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN DIRECTA Y ENTES FUNCIONALMENTE DESCENTRALIZADOS: A) Importancia de la cuestión. B) El planteamiento tradicional. La teoría de la tutela. a) Imprecisiones terminológicas. b) Puntos básicos de la teoría. a') Concepto. b') Clases. c') Contenido. c) Insuficiencia de planteamiento. a') Los supuestos inexplicados. b') En especial la posibilidad de entablar recursos de alzada. C) La teoría de la personalidad jurídica del órgano. a) Concepto de órgano. b) Admisibilidad de la teoría de la personalidad jurídica del órgano. a') Posturas doctrinales. b') Derecho positivo español. D) Otras teorías que intentan explicar la situación. E) Nuestra posición. a) Puntos básicos de la teoría. a') El elemento de la instrumentalidad. b') El elemento de la integración. b) Contenido de la relación.

I

LOS ENTES FUNCIONALMENTE DESCENTRALIZADOS Y SU EXPLICACIÓN DOCTRINAL

A) *Introducción.*

Al efectuar este trabajo no se pretende en modo alguno llevar a cabo una revisión total de la teoría de las personas jurídicas públicas. Únicamente será examinada en cuanto afecta al objeto específico de la inves-

tigación que se pretende realizar, esto es, a los entes funcionalmente descentralizados. Este estudio parece que puede ser oportuno, porque el número de tales entes ha crecido extraordinariamente en los últimos tiempos y ha llegado a ser un fenómeno común, de tal modo que junto a la Administración Central y a la Administración Local se habla comúnmente de una Administración institucional, dentro de la cual los entes funcionalmente descentralizados desempeñan un papel capital no sólo en cuanto a los problemas jurídicos que plantean, sino también en cuanto a la sustantividad de los intereses cuya gestión tienen encomendada.

B) *El fenómeno de la aparición de los entes funcionalmente descentralizados.*

Si bien nosotros intentamos solamente trazar los rasgos básicos de un cuadro general de la problemática de dichos entes con el objeto de examinar en especial las relaciones de los mismos con la Administración directa, no obstante se hace absolutamente indispensable plantearse el problema de la aparición de estos entes, las causas a que responden y sus características básicas. En este apartado examinamos los tres puntos que se mencionan para estudiar a continuación la explicación doctrinal del fenómeno.

a) *Causas de creación.*

Muy brevemente vamos a referirnos a las causas de creación de los entes que constituyen la categoría de la descentralización funcional que parecen ser fundamentalmente tres.

La primera de ellas, que es la más importante desde un punto de vista próximo a la realidad, aunque no, desde luego, enfocando la cuestión desde una perspectiva jurídico administrativa, es el famoso problema de las Cajas especiales. Consagrado por la ideología liberal el principio de la unidad de Caja, la creación de los entes institucionales en general, y especialmente de los fundacionales, ofreció una cómoda vía para huir de este principio. No se trata tanto de aislar un determinado patrimonio de los medios generales del Estado, como indica FORSTHOFF (1) refiriéndose a la institución dentro de la clasificación por él mantenida, cuanto de asegurar una gestión más flexible de fondos públicos, al menos por lo que se refiere a la realidad española. Hasta

(1) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 635.

tal punto es cierto esto; que las primeras reglamentaciones generales de estos entes en España surgen como reacción frente a la anarquía financiera que supone su existencia. Consecuentemente con ello, el Consejo de Estado Español, en su dictamen de 18 de mayo de 1948, afirmaba que la legislación sobre los Organismos autónomos tiene por objeto regularizar los fondos públicos afectos a Servicios dotados de autonomía y los de aquellos otros provenientes de tasas, derechos o exacciones que no figuran en los presupuestos del Estado. Por otra parte, la misma Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958, que combate la identificación entre Organismos autónomos y Cajas especiales, dice que la situación de sus fondos y la intervención de sus operaciones no agota las cuestiones planteadas por la existencia de estos entes, porque éstas afectan muy principalmente, no a las cuestiones jurídico administrativas, sino a los principios de unidad del Patrimonio del Estado y universalidad de su presupuesto (2).

La segunda causa es la más importante desde el punto de vista jurídico administrativo, y consiste en que mediante la aparición de estas personas jurídicas se instrumenta una nueva serie de ordenamientos más flexibles que el estatal, por lo que con la creación de estas personas que ofrecen tales facilidades, el Estado puede perseguir más cómodamente sus fines. Esto hace que en muchas ocasiones el Estado multiplique el número de tales entes. El punto de vista que exponemos ha sido puesto de manifiesto por CLAVERO (3), según el cual la utilización del concepto de persona jurídica atribuida a estos Organismos o Entidades posibilita la aplicación de un derecho singular y específico de carácter estatutario. En un sentido sustancialmente idéntico se pronuncia la doctrina italiana y francesa, dentro de sus respectivas realidades. Así, según OTTAVIANO (4), la creación de una persona jurídica hace posible una particular reglamentación de intereses y comportamientos. De este modo los comportamientos, al venir referidos a un único Centro, se organizan y regulan de modo particular. Y DRAGO (5) afirma que la personificación tiene únicamente por objeto establecer una división del trabajo y una independencia de patrimonios, y se refiere a la existencia de una perso-

(2) Exposición de Motivos. 2. párrafo 4.º.

(3) *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*. Conferencia inaugural del curso 1962-63, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares, 1962. pág. 9.

(4) OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Milani, Padova, 1959, página 52.

(5) *Les crises de la notion d'établissement public*, Pedone. París, 1950, pág. 56.

nalidad conferida a servicios públicos, para los cuales la independencia parecía ventajosa.

La tercera de las causas es más profunda que las anteriores, y en cierto sentido puede considerarse causa de las causas, pues si bien es cierto que la posibilidad de manejo extrapresupuestario de fondos estatales y la instrumentación de ordenamientos autónomos han hecho que el Estado multiplique estos entes, la razón que ha tenido el Estado para necesitar urgentemente estos medios ha sido el crecimiento de la actividad económica estatal, para cuyo desenvolvimiento no estaba preparada la Administración de viejo cuño. Las referencias doctrinales son abundantes respecto a la cuestión. Según FORSTHOFF (6), es preciso subrayar la importancia de que el principio de la Administración autónoma se aplica a materias de la que se había mantenido alejado, especialmente en la economía; la doctrina francesa atribuye la descomposición de la noción de establecimiento público a la creación de establecimientos de carácter industrial y comercial, y en la doctrina italiana, dentro de la cual se habla comúnmente de los «enti-publici-economici» (7), GUARINO expone su teoría sobre los entes instrumentales en una monografía sobre problemas de economía y Administración (8). En nuestro Derecho positivo la Ley de 26 de diciembre de 1958 atribuye el desarrollo de estos entes al de la política económica y social (9), y se refiere a los Organismos autónomos que tengan a su cargo la realización de operaciones comerciales, industriales o análogas, dando para ello unas normas especiales en materia de presupuestos (10). Pero esta causa debe ser simplemente indicada sin que nos sea posible profundizar en ella, dados los límites dentro de los cuales se concibe el presente trabajo.

b) *Desarrollo legislativo hasta la Ley de Régimen Jurídico de las Entidades estatales autónomas.*

Las causas que se han descrito en el apartado anterior han ido operando, lógicamente, a medida de las necesidades que se sentían progresivamente. Como consecuencia de ello la aparición de estos entes no se

(6) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, cita, pág. 607. Téngase en cuenta que la afirmación de FORSTHOFF hay que valorarla dentro de su teoría, según la cual en la Administración autónoma se incluyen los Municipios.

(7) Véase respecto al tema MESCHINI, *Sulla natura giuridica degli enti pubblici economici*, Giuffré, Miláno, 1958.

(8) GUARINO, *Scritti di Diritto pubblico dell'economia e Diritto dell'energia*, Giuffré, Miláno, 1962.

(9) Exposición de Motivos, I.

(10) En especial, véase capítulo III del título I.

ha producido automáticamente en Derecho español, sino que ha sido consecuencia de un largo proceso que abarca aproximadamente los últimos cincuenta años.

Sin embargo, aunque existen algunos precedentes aislados más antiguos como el Instituto Nacional de Previsión, creado por Ley de 27 de febrero de 1908, lo cierto es que las Entidades autónomas, y entre ellas los entes funcionalmente descentralizados, hacen su aparición en España en el período comprendido entre septiembre de 1927 y febrero de 1930; esto es, durante la época de la dictadura del General Primo de Rivera, como indica ya la Exposición de Motivos de la Ley de 26 de diciembre de 1958. Pero posteriormente dichas entidades crecen en número e importancia, sobre todo durante los años inmediatamente posteriores a la guerra civil. Desde luego, el derecho aplicable a estos entes era el contenido en las normas de creación de cada uno de ellos, más aquellas normas de Derecho estatal que hubieran sido declaradas de aplicación, expresamente, o en concepto de derecho supletorio.

La primera reacción contra esta situación anárquica, y con ella el primer intento de arbitrar un derecho general de estos entes, está representada por la Ley de 5 de noviembre de 1940, que se califica de realista por la Exposición de Motivos de la vigente Ley de 26 de diciembre de 1958, ya que el primero de los textos legales citados mantenía condicionalmente la existencia de los entes autónomos frente a la actitud demostrada durante la época de la segunda República, cuya legislación se inspiró en criterios de restricción y supresión. La Ley de 1940 intentaba más bien que crear un derecho general de aplicación a todos estos entes, efectuar una ordenación de la situación que existía en aquel momento. A tal efecto prescribía en su artículo 3.º que en 1 de diciembre de 1940 cada uno de los Ministerios debería haber formado una relación de los Organismos de la Administración del Estado que dependieran del respectivo Departamento y tuvieran alguna de las siguientes características:

- a) Personalidad jurídica independiente del Estado.
- b) Servicio público dotado de autonomía.
- c) Fondo adscrito al cumplimiento de fines especiales, total o parcialmente al margen del Presupuesto del Estado.

La Ley daba normas para efectuar esta relación, aunque los mandatos legales parecían estar dirigidos a conseguir una ordenación financiera y no una regulación jurídica. Se completaba el texto legal con el mandato contenido en el artículo 4.º, según el cual el Ministerio de

Hacienda debería presentar al Consejo de Ministros un proyecto de Ley regulando la fiscalización de estos organismos. Dicha Ley se promulgó con fecha 13 de marzo de 1943, y tenía un contenido exclusivamente financiero. Según su Exposición de Motivos, se trataba con ella de unificar el funcionamiento de los múltiples organismos, que al actuar con independencia del Estado fraccionaban la unidad económica del mismo.

Un papel no despreciable en la situación legal anterior a la vigente Ley de 26 de diciembre de 1958 lo desempeñaron las Ordenes ministeriales de 6 de abril y 10 y 20 de julio de 1943, que daban normas respecto al régimen financiero de estos entes. Como puede observarse, nuestras normas jurídico-positivas anteriores a la varias veces mencionada Ley de 26 de diciembre de 1958 eran de una cierta pobreza conceptual y adolecían, en general, de una notable falta de rigor, por haberse centrado más en el aspecto financiero que en el administrativo. Posteriormente el carácter fragmentario e incompleto de estas disposiciones y su falta de consonancia con el desarrollo alcanzado por los entes autónomos motivaron la promulgación de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas, cuyo contenido se examinará más abajo.

Ahora bien, las consideraciones anteriores se refieren al derecho general de las Entidades estatales autónomas. La misma fragmentación y dispersión encontramos en los ordenamientos singulares de estos entes, cuyo número se ha multiplicado de un modo extraordinario durante los últimos treinta años. Para convencerse de esta afirmación basta echar una ojeada al Decreto de la Presidencia del Gobierno de 14 de junio de 1962, dictado en ejecución de lo dispuesto en la disposición transitoria quinta, primero, de la Ley de 26 de diciembre de 1958.

El examen de los ordenamientos singulares de los entes funcionalmente descentralizados es absolutamente necesario, puesto que si no, nos estaríamos moviendo en el terreno de las más puras abstracciones. En el transcurso del presente trabajo se manejaron datos tomados de estos ordenamientos, aunque no de todos ellos, sino sólo de los más importantes, ya que la legislación que regula estos entes es verdaderamente selvática, sin que en este caso el calificativo peque de exagerado ni retórico.

c) *Encuadramiento de estos entes en la clasificación general de las personas jurídicas públicas.*

Todo lo dicho hasta ahora carecería de validez si no tratáramos de precisar el objeto de nuestra investigación en el sentido de intentar

averiguar cuáles son los entes que pueden considerarse como funcionalmente descentralizados. Más arriba nos hemos referido al elevado número de entidades estatales autónomas que se contienen en el Decreto de la Presidencia del Gobierno de 17 de junio de 1962. Es obvio que no todos los entes que figuran en la clasificación del citado Decreto pueden considerarse como manifestaciones de la descentralización funcional. Se impone, por tanto, tratar de averiguar cuáles son éstos entes y para ello adentrarse en la clasificación de las personas jurídicas públicas.

Vamos a referirnos fundamentalmente al estado de la cuestión en la doctrina española, dentro de la cual existen notables aportaciones, entre las que destaca de un modo primordial la monografía de GARRIDO, que lleva por título *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional* (11). Podemos afirmar con este autor (12) que los límites conceptuales de la persona jurídica son los conceptos de órgano y de establecimiento de utilidad pública. Ahora bien, entre estos límites conceptuales existe una variada gama de personas jurídicas que es preciso clasificar (13). Para GARRIDO (14), dentro de las personas jurídicas institucionales, hay que distinguir las Corporaciones y las Fundaciones, con lo cual se rechazan las posturas de la doctrina italiana que niegan valor a esta distinción, punto de vista al que recientemente se ha adherido OTTAVIANO (15). Según afirma GARRIDO, parece mentira que la clásica diferenciación de las personas jurídicas en Corporaciones y Fundaciones no se haya utilizado para efectuar una clasificación en el seno de la denominada Administración indirecta del Estado.

Ahora bien, para que esta clasificación resulte válida es necesario precisar sus términos, lo que hace GARRIDO explicando la acepción en que emplea el término Corporación y distinguiéndolo de las Corporaciones sindicales, y de lo que llamó un sector doctrinal Corporaciones de servicios. GARRIDO emplea el término Corporación refiriéndose a las Corporaciones profesionales, como ha reiterado en obras posteriores (16). Por otra parte, en cuanto a las fundaciones efectúa una do-

(11) GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.

(12) Ob. cit., pág. 116.

(13) Prescindimos del estudio de las personas jurídicas territoriales para centrarnos exclusivamente en la clasificación de las personas públicas institucionales.

(14) Ob. cit., pág. 124.

(15) OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Milani, Padova, 1959, página 124.

(16) GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.^a edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 297.

ble distinción: por una parte, respecto a las fundaciones privadas, y por otra, dentro del seno de las fundaciones públicas, entre los establecimientos públicos personificados en los que se otorga la personalidad a un establecimiento concreto y la descentralización funcional en la que se otorga personalidad a un ente que debe realizar una función estatal en todo el territorio nacional (17). Por tanto, según lo dicho hasta ahora por GARRIDO, la clasificación de las personas jurídico públicas institucionales es la siguiente:

- A) Corporaciones.
- B) Fundaciones.
 - a) Establecimientos públicos personificados.
 - b) Descentralización funcional.

Como puede observarse fácilmente en esta clasificación se combinan dos criterios, el de la forma (Corporaciones de base asociativa y personas formalmente fundacionales) y el de la función a cumplir por las nuevas personas jurídico fundacionales (gestión de un establecimiento concreto, realización de toda una función estatal). Si superponemos a este criterio el de los intereses que cuidan cada una de las personas jurídicas nos encontramos con que no existen en España entes públicos institucionales que gestionen intereses distintos de los del Estado, sin tener encomendada al mismo tiempo gestión de intereses estatales. En cambio, sí existen en el Derecho español entes que cuidan intereses propios y al mismo tiempo intereses estatales y entes que cuidan exclusivamente intereses estatales.

Entre los primeros hay que contar, desde luego, a las Corporaciones profesionales que cuidan de intereses del Estado, y al mismo tiempo, y sobre todo, se constituyen para velar por los intereses de sus miembros. Entre los segundos puede contarse, en cambio, a los entes funcionalmente descentralizados, ya que se crean para cuidar de intereses exclusivamente estatales. En cambio, no está clara la situación de los llamados Establecimientos públicos. Cuando la creación de estos establecimientos obedezca al deseo de utilizar la personalidad jurídica como mecanismo jurídico técnico para alcanzar mayor agilidad y perfección en la gestión de una institución concreta, el establecimiento no cuidará

(17) GARRIDO, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, citado, pág. 131.

de más intereses que de los estatales. Por el contrario, cuando el establecimiento público lleve tras sí de alguna manera la gestión de intereses que afectan a un grupo de personas, se acercará más a las Corporaciones profesionales que a los entes que integran la descentralización funcional (18).

De lo hasta ahora dicho se deduce que por el criterio de la forma clasificamos a las personas jurídicas institucionales en Corporaciones y Fundaciones. A su vez, dentro de las personas fundacionales, pueden distinguirse los establecimientos públicos, que gestionan una institución, y los entes funcionalmente descentralizados, que gestionan toda una función estatal. Si examinamos estas categorías, desde el punto de vista de los intereses de que cuidan los entes en cuestión, obtendremos la clasificación siguiente:

1.º Corporaciones profesionales que cuidan de los intereses de sus miembros y al mismo tiempo de intereses estatales.

2.º Entes que constituyen la personificación de una función estatal y que gestionan, por tanto, intereses exclusivamente estatales.

3.º Establecimientos públicos personificados que gestionan intereses estatales, pero cuya actividad afecta directamente a los grupos de personas que se benefician de sus prestaciones asistenciales.

El presente trabajo versa, en realidad, sobre los entes que integran la descentralización funcional, esto es, sobre aquellas personas jurídicas públicas de base formalmente fundacional a los que se atribuye la realización de una función estatal y que, por tanto, gestionan intereses exclusivamente estatales. No obstante estimamos que los resultados de nuestra investigación pueden aplicarse también al tercero de los términos de la enumeración efectuada. La diferencia que existe entre los establecimientos mencionados en tercer lugar y los entes descentralizados se refiere exclusivamente a la importancia de los intereses cuya gestión se les encomienda, pero que no parece existir entre las dos categorías ninguna otra diferencia en cuanto a los rasgos fundamentales que las caracterizan desde un punto de vista jurídico.

C) *La explicación doctrinal.*

Hasta ahora nos hemos limitado a describir sumariamente las causas de creación de los entes funcionalmente descentralizados y la evolución

(18: Entre estos últimos supuesto hay que incluir algunos de los casos que GARRIDO considera dudosos o que no constituyen descentralización funcional. Tales son, por ejemplo, las Universidades y las Juntas de Obras de Puertos. GARRIDO, *ob. cit.*, págs. 104 y 148.

legislativa española en la materia, así como a delimitar el objeto de nuestra investigación en el sentido de puntualizar lo que entendemos por entes funcionalmente descentralizados.

Una vez efectuado esto se impone examinar las cuestiones que se suscitan por la doctrina a consecuencia de la aparición de estos entes, así como también de una forma más próxima la teoría de la descentralización funcional tal y como ha sido formulada por la doctrina española.

a) *El impacto en la teoría clásica de las personas jurídicas públicas.*

Las repercusiones que ha supuesto en la teoría clásica de las personas jurídicas públicas la aparición de los entes funcionalmente descentralizados son de gran importancia, y apurando la investigación podríamos comprobar que se producen en número considerable. No obstante, vamos a limitarnos aquí a señalar aquellos puntos de vista que ha sido preciso modificar para dar cabida dentro de los supuestos al fenómeno que nos ocupa. Naturalmente, subrayamos los aspectos que son de más valor en orden al propósito de extraer consecuencias prácticas del estudio de la cuestión. Tales puntos son la existencia de un *sustratum* sociológico, como indispensable o no para que se den las personas jurídicas, y el problema del criterio de reconocimiento de las personas jurídicas públicas.

a') *La existencia de un «sustratum» sociológico.*

Prescindiendo de puntos de vista doctrinales anteriores (19) partimos en nuestro estudio de la formulación efectuada por GARRIDO (20) en torno a la posible existencia de *sustratum* sociológico en las personas jurídicas. Según GARRIDO pueden distinguirse los supuestos siguientes:

- a) Personas jurídicas reconocidas por el Derecho positivo como tales y cuyo *sustratum* sociológico representa un verdadero centro de intereses autónomo y distinto del Estado.
- b) Centros de intereses, instituciones e incluso personas individuales (los esclavos del Derecho Romano) que no son reconocidos por el Ordenamiento jurídico como personas.
- c) Personas jurídicas reconocidas como tales por el Estado, pero que no hacen referencia a centro alguno de intereses distintos de los del propio Estado.

(19) Véase, al respecto. GARRIDO, *Administración indirecta del Estado y descentralización Funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950.

(20) GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 108.

Prescindiendo en nuestro estudio del segundo supuesto, que no nos interesa ahora por más que resulte útil desde otra perspectiva, nos encontramos con que los casos primero y tercero vienen a representar dos puntos de vista diferentes, el de la persona jurídica, que responde a una existencia real de intereses de los que es titular, y el de la llamada persona jurídica-ficción. En el primer caso la atribución de personalidad por el Derecho positivo responde a un fenómeno de la vida real; en el segundo caso el legislador se refiere a la personalidad como un recurso técnico, el legislador actúa como si nos enfrentásemos con una determinada realidad. Nos encontramos entonces ante casos que podemos llamar de ficción, y que a pesar de su nombre hacen referencia a una realidad técnica jurídica (21).

Precisamente en este punto es donde hay que llamar la atención sobre posibles equívocos o valores entendidos confusos. Las llamadas personas jurídicas-ficción son una realidad en el mundo del Derecho, y cualquier punto de vista o planteamiento que ignore esto se encontrará automáticamente fuera de esa realidad. A una serie de efectos—los efectos buscados por el legislador—la personalidad tiene un valor pleno y la ficción, el recurso técnico empleado, juega absolutamente su papel. Con ello, por otra parte, no se están quebrantando convicciones o tradiciones jurídicas sacrosantas, ni tampoco se están violentando los principios científicos del Derecho, sino que antes, al contrario, se opera siguiendo la línea de las tradiciones del Derecho Romano (22).

Insistimos sobre este punto porque, desde luego, los entes funcionalmente descentralizados carecen de *substratum* sociológico, o lo que es lo mismo, no llevan consigo la existencia de verdaderos centros de intereses distintos de los del Estado, y, sin embargo, son personas jurídicas públicas. El hecho de que la personalidad jurídica se les atribuya en virtud de un mecanismo técnico no desvirtúa la existencia verdadera de la personalidad.

No obstante es preciso tener en cuenta que una cosa es afirmar que

(21) GARRIDO, ob. cit., pág. 111.

(22) En realidad, existen instituciones que hoy aceptamos como algo completamente normal y que producen efectos de una gran importancia en la vida jurídica que tienen su origen en una ficción parecida. Como ejemplo puede citarse el instituto jurídico de la legítima hereditaria. Parece ser que en los últimos tiempos de la república romana el tribunal de los centumviri aceptó una doctrina según la cual se consideraba que el testador que no había dejado a ciertos parientes próximos una parte de su patrimonio no estaba en su sano juicio, por lo que el tribunal mencionado, a petición de los parientes, podía declarar nulo el testamento *color insaniae*. Véase ARIAS RAMOS, *Derecho Romano*, II-III, 6.^a edición, Madrid, 1954, págs. 1.060-1.061.

estos entes son personas jurídicas y otra muy diferente darles el mismo tratamiento jurídico administrativo que a las personas jurídicas públicas que constituyen la Administración territorial. Hay que rechazar la idea más o menos confusa de que estamos ante una ficción, sobre todo si se extraen de ella consecuencias que tiendan a negar la personalidad jurídica de estos entes, pero hay que rechazar también una posible equiparación simplista entre las personas jurídicas que nos interesan y las de base territorial, ya que existe una diferencia abismal en lo sociológico y en lo jurídico entre un Municipio y un Instituto funcionalmente descentralizado.

b') *El criterio para reconocer la existencia de personas jurídicas públicas.*

La cuestión enunciada en el epígrafe se plantea, desde luego, refiriéndola únicamente a las personas institucionales, ya que es evidente que a nadie se le ocurriría negar que los Municipios o las provincias sean, al menos en Derecho español, personas jurídicas públicas. El problema se plantea, por el contrario, respecto a las personas públicas institucionales que han aparecido durante el último siglo y de una forma más aguda respecto a los entes funcionalmente descentralizados, ya que en muchos casos la actuación del Estado a través de los cauces jurídicos privados, especialmente en el campo económico, ha llegado a provocar una cierta confusión en cuanto a un tema ya envenenado de por sí por la existencia de una viva polémica doctrinal (23).

No vamos a adentrarnos aquí en el examen de la polémica doctrinal a que acaba de hacerse referencia, pero sí resulta útil exponer nuestro punto de vista sobre el problema, ya que de la solución que se le dé dependerá, en definitiva, la precisión de nuestra investigación ulterior. De lo contrario, nos encontraríamos constantemente en terreno falso, puesto que nada se opone a que entes de creación estatal que realizan una activa labor en una serie de campos pudieran ser confundidos con los entes funcionalmente descentralizados.

Para nosotros los resultados a que se llega por la doctrina española no pueden considerarse totalmente satisfactorios. Así, por ejemplo, rechazamos el punto de vista adoptado por GARCÍA-TREVIJANO (24), según

(23) Véase la exposición que hace de la misma GARRIDO, *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.^a edición. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, págs. 290 y sigs.

(24) Resulta curioso observar que la postura de este sector ha sido interpretada erróneamente por la doctrina. Así, GARRIDO critica la doctrina de GARCÍA-TREVIJANO, como si éste se apoyase exclusivamente en el criterio de la forma (GARRIDO, ob. cit., pág. 292). A su vez, sin embargo, GARCÍA-TREVIJANO incurre en el mismo defecto al realizar su cri-

el cual la diferencia entre personas jurídicas privadas se centra en el encuadramiento en la organización pública general y la forma no asociativa de ente. Rechazamos esta posición porque el segundo punto, esto es, el encuadramiento en la organización pública general, nos parece decididamente insuficiente, crítica que resulta también válida para la postura adoptada por GARRIDO, según el cual sería precisamente este encuadramiento, y sólo él, el que serviría de criterio orientador (25).

El encuadramiento en la organización pública no es suficiente de por sí, porque una vez aceptado este criterio resulta indispensable una investigación ulterior que intente averiguar cuándo están encuadradas las personas jurídicas en la organización estatal. En Italia mantiene una postura parecida a la nuestra ALESSI (26), para quien estamos en presencia de un ente encuadrado en la organización administrativa cuando se dan los síntomas siguientes:

a) Goce de la potestad de *imperium* atribuida por el Estado y ejercicio de tales poderes en nombre propio del ente.

b) Creación del ente por iniciativa directa del Estado.

c) Obligación de cumplir el fin asignado en conexión con el control del Estado dirigido a asegurar este cumplimiento.

Para ALESSI (27) no es necesario que concurren los tres síntomas, bastando con que se dé uno de ellos. Nosotros opinamos en contrario basándonos en las características de nuestro Derecho positivo, pues la admisión de uno sólo de los tres criterios invalidaría nuestra posición. Nótese bien la diferencia existente entre considerar suficientes a cada uno de ellos o exigir la concurrencia de los tres. En el primer caso resulta evidente que serían aplicables las críticas hechas a los dos primeros criterios. Sólo de la concurrencia de los tres puede obtenerse un punto de vista de plena validez. Los dos primeros criterios son válidos únicamente si se dan en concurrencia con el tercero, pero este último tampoco sería suficiente de por sí, puesto que el Estado podría muy bien,

tica de la teoría de ZANOBINI, ya que incluye a este autor entre los defensores del criterio del fin, sin advertir que el mismo ZANOBINI indica junto a éste el de que las personas jurídicas formen parte de la Administración pública (GARCÍA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, página 147). ZANOBINI expresa esta postura en su *Corso di diritto amministrativo*, vol. 1.º, 8.ª edición, Giuffré, Milano, 1958, pág. 122.

(25) GARRIDO, ob. cit., págs. 290 y sigs.

(26) *Sistema istituzionale del diritto amministrativo italiano*, 3.ª edición, Giuffré, Milano, 1960, págs. 47 y 48.

(27) ALESSI, ob. cit., pág. 84.

mediante sus facultades de vigilancia sobre las personas jurídicas, controlar el cumplimiento de los fines de una persona jurídica privada.

De lo expuesto hasta ahora se deduce claramente el criterio que debe emplearse, a nuestro juicio, para diferenciar las personas jurídicas públicas (entre las que se encuentran los entes funcionalmente descentralizados) y las personas jurídicas privadas. Pero de esta forma se plantea el problema de averiguar en qué relaciones se concreta el encuadramiento de los entes descentralizados en la organización administrativa. Este punto, que nos parece de una gran importancia entre los problemas no resueltos a propósito de los entes que constituyen la Administración institucional, se aborda directamente más abajo.

b) *El estado de la cuestión en la doctrina extranjera.*

Una de las causas por las que resulta interesante para el administrativo español el estudio de los entes funcionalmente descentralizados es que en esta cuestión concreta las investigaciones de la doctrina española han supuesto la aportación de puntos de vista muy útiles, abordándose la cuestión desde planteamientos no contemplados por la doctrina extranjera. No obstante, es preciso hacer referencia al estado de la cuestión en la doctrina de otros países europeos, por una parte para demostrar hasta qué punto la investigación de la doctrina española ha sido útil, y por otra para recoger otras aportaciones que nos parecen de gran valor en cuanto al problema concreto de las relaciones entre los entes funcionalmente descentralizados y la Administración central o directa.

a') *En las doctrinas alemana y francesa.*

Dentro de la doctrina alemana se refiere FORSTHOFF a la que él llama Administración estatal autónoma, poniendo de manifiesto que la aparición de la misma no pudo tener lugar hasta que las unidades administrativas que la constituyen se reunieron en una cierta tipicidad estructural uniforme, ordenándose funcionalmente en la unidad metódica de un nexo efectivo, lo cual no acaeció sino en las últimas décadas (28). Esta Administración, constituida por órganos autónomos según FORSTHOFF (29), puede definirse como la realización de funciones estatales por corporaciones, instituciones y fundaciones de Derecho público (30). A primera vista quizá pudiera parecer que esta calificación

(28) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos Madrid, 1958, pág. 599.

(29) FORSTHOFF, ob. y loc. citadas.

(30) FORSTHOFF, ob. cit., pág. 609.

resulta útil para el Derecho español, y concretamente para el estudio del tema que nos ocupa; sin embargo, no es así. Opinamos esto basándonos en dos razones. En primer lugar, en que dentro del concepto de Corporación mantenido por FORSTHOFF caben las entidades municipales, como dice expresamente el mismo FORSTHOFF (31), con lo que en caso de aceptar este planteamiento se volvería a la vieja confusión entre Corporaciones locales y Corporaciones profesionales ya superada por el Derecho español. En segundo lugar rechazamos este planteamiento, y éste es el argumento más importante porque la doctrina alemana no ha llegado a elaborar el concepto de ente funcionalmente descentralizado, y, por tanto, no ha separado esta figura del resto de las personas jurídicas públicas. A pesar de que en cierto sentido el mismo FORSTHOFF efectúa formulaciones que podrían considerarse próximas al fenómeno que nos ocupa (32), no obstante se mantiene un concepto de la fundación que no se utiliza en forma alguna en el sentido de que existan entes institucionales formalmente fundacionales. Antes, al contrario, la categoría de la fundación, cuya sustantividad por otra parte se discute (33), se plantea en términos similares a la fundación de Derecho privado, con la única diferencia de que el fundador es el Estado (34).

En cuanto a la doctrina francesa la noción que ha servido para entregar a las personas jurídicas públicas no territoriales ha sido la de establecimiento público, cuya definición clásica, según RIVERO, es la de un servicio público dotado de la personalidad moral (35). Pero es claro que dicho concepto se ha quedado estrecho para explicar la variedad de personas jurídicas creadas por el Estado en los últimos tiempos, como ha señalado GARRIDO (36). Hoy día no puede mantenerse en modo alguno esta categoría conceptual como aplicable a todas las personas jurídicas públicas no territoriales.

La noción clásica de establecimiento público se ha intentado man-

(31) FORSTHOFF, ob. cit., págs. 622 y 628.

(32) Por ejemplo, cuando dice que lo que determina la creación de instituciones con capacidad jurídica es la separación de ciertos conjuntos administrativos de la Entidad Fundadora. Ob. cit., págs. 635 y 636.

(33) Ob. cit., pág. 649.

(34) Ob. cit., págs. 649 y sigs. Manejamos los criterios expresados por el profesor FORSTHOFF como exponente del estado de la cuestión en la doctrina que podemos considerar clásica y consagrada.

(35) RIVERO, *Le regime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*, Archives de philosophie de Droit, Nouvelle serie, Recueil Sirey, París, 1952, pág. 157.

(36) GARRIDO, *Traudo de Derecho administrativo*, I, 2.ª edición, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1961, pág. 300, en nota.

tener por CONNOIS (37), para quien es erróneo considerar que el establecimiento público tiene un régimen determinado y único, debiendo caracterizarse por la concurrencia de las notas de organismo público, personalidad moral y vocación especial. De todas formas lo evidente es que la vieja noción ha sufrido un proceso de crisis universalmente reconocido.

Según RIVERO (38) las dificultades existentes en torno al establecimiento público se agravarían considerablemente entre las dos guerras con el desenvolvimiento de los establecimientos públicos industriales y comerciales, expresión que tiene un origen jurisprudencial (39), y que fué empleada por primera vez en un texto legal en el Decreto de 15 de diciembre de 1934. Los nuevos entes escapaban, desde luego, a las normas tradicionales (40).

Estos establecimientos industriales y comerciales, creados para asegurar una acción directa y de alguna manera autoritaria en el campo de la economía (41), necesitaban de una mayor flexibilidad que los establecimientos clásicos (42), por lo que se suavizó el control que el Estado ejercía sobre ellas, pasándose de un control de legalidad a un control de oportunidad (43). Fácilmente se comprende la comodidad de la vía que ofrecían los establecimientos públicos industriales y comerciales al no estar sometidos al régimen normal. El resultado fué que el legislador multiplicó este tipo de establecimientos en condiciones muy variadas (44), sobre todo en los sectores de la industria, el comercio y los transportes (45), en gran parte como consecuencia de las nacionalizaciones.

De aquí se siguió, como no podía menos de suceder, una verdadera descomposición de la noción de establecimiento público (46), tanto más explicable cuanto que el concepto de establecimiento intervencionista presenta unas fronteras bastantes imprecisas (47). De este modo pudo

(37) CONNOIS, *La notion d'établissement public en Droit administratif français*, París, 1959, págs. 189 y 190.

(38) RIVERO, ob. cit., pág. 157.

(39) DRAGO, *La crise de la notion d'établissement public*, París, 1950, pág. 66.

(40) RIVERO, ob. y loc. cit.

(41) DRAGO, ob. cit., pág. 26.

(42) CONNOIS, ob. cit., pág. 206.

(43) LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Nouveau tirage, París, 1962, pág. 53.

(44) VEDEL, *Droit administratif*, París, 1959, pág. 471.

(45) DRAGO, ob. cit., págs. 47 y sigs.

(46) VEDEL, ob. cit., págs. 490 y sigs.

(47) DRAGO, ob. cit., pág. 84.

afirmarse que la introducción de elementos muy extraños había hecho perder a la noción de establecimiento público la claridad y la simplicidad que había adquirido en el Decreto administrativo francés (48), hasta el extremo de que se ha dicho por algún autor que al referirse al establecimiento público se está hablando de una noción genérica y no específica (49).

b') En la doctrina italiana.

En cuanto a la doctrina italiana, prescindiendo de otras clasificaciones, vamos a limitarnos a exponer los puntos de vista de dos autores cuyas investigaciones nos parecen especialmente interesantes para el Derecho español. Nos referimos a las posturas adoptadas por OTTAVIANO y por GUARINO.

Para OTTAVIANO (50), el ente Estado puede encontrarse frente a otros entes públicos en una de las siguientes situaciones:

a) La actividad del otro ente es sólo *relevante* para el Estado.

b) El ente tiene una serie de intereses propios, pero al mismo tiempo debe cuidar de los intereses estatales.

c) El ente tiene puesta su actividad por entero al servicio del Estado, con la consecuencia de que sus intereses coinciden con los del Estado sin que exista ninguna zona residual.

La clasificación nos resulta útil a la hora de enfocar el estudio de la clasificación de las personas jurídicas que constituyen la Administración institucional en Derecho español, pero sobre todo resulta interesante el último término de la misma, constituido por los entes que OTTAVIANO llama instrumentales. Para el autor citado (51) la personalidad que se otorga a estos entes, creados normalmente por el poder legislativo (52), en cuanto que los convierte en centros de imputación de situaciones jurídicas, funciona como medio de organización. De este modo la subjetivización de dichos entes, en vez de ser consecuencia de una organización, opera ella misma como principio de organización (53), y el órgano estatal y el ente que depende de él constituyen un complejo organizativo unitario (54).

(48) VEDEL, ob. cit., pág. 461.

(49) VEDEL, ob. cit., pág. 460.

(50) OTTAVIANO, *Considerazioni sugli enti pubblici strumentali*, Milani, Padova, 1959, página 22.

(51) Ob. cit., pág. 48.

(52) OTTAVIANO, ob. cit., pág. 64.

(53) Ob. cit., pág. 53.

(54) OTTAVIANO, ob. cit., pág. 48.

La finalidad que se persigue con la creación de estos entes es clara. Para OTTAVIANO (55), mediante dicha creación se actúa una organización particular de los comportamientos referidos al ente, y, por tanto, éste se somete a una especial reglamentación. Y se vuelve a insistir en este punto de vista haciendo constar que la creación de una persona jurídica hace posible una particular reglamentación de intereses y comportamientos. Los comportamientos, al venir referidos a un único centro, vienen organizados y regulados de un modo particular (56).

En cuanto a la relación entre estos entes y los órganos de los que dependen, según OTTAVIANO, se concreta en que al sujeto que se ayuda del nuevo ente le vienen atribuidos particulares poderes que le permiten intervenir en el seno de éste y dirigir su actividad (57), sin que se nos aclare por qué la posición del ente respecto al complejo organizativo no altera esa relación de dependencia configurándola de un modo distinto. Por último, para cerrar la exposición de la teoría de OTTAVIANO, hemos de hacer constar que, según dicho autor, el ente instrumental no es representante ni sustituto de la Administración, porque el representante y el sustituto actúan en el ámbito de la competencia del representado o sustituido, mientras que el ente instrumental actúa dentro del ámbito de su propia competencia (58).

Ahora bien, la formulación de OTTAVIANO, que acaba de exponerse ha sido duramente criticada por GUARINO, para quien la expresión «entes instrumentales» puede entenderse en tres sentidos. En un sentido genérico no hay ente, sea público o privado, que no sea instrumental. En un sentido más estricto y respecto al Estado sólo lo son los entes públicos. Sólo en tercer lugar debería incluirse la acepción en la que OTTAVIANO emplea el término (59).

Pero para GUARINO la teoría de los entes instrumentales, elaborada por OTTAVIANO, presenta una serie de dificultades que nosotros resumimos aquí brevemente. En primer lugar, las dificultades surgirán cuando haya que pronunciarse sobre la oportunidad de la definición, ya que no habiéndose indicado cuáles de los entes existentes deben considerarse instrumentales, los confines de la especie permanecen, en cierta medida,

(55) Ob. cit., pág. 48.

(56) Ob. cit., pág. 52.

(57) Ob. cit., pág. 57.

(58) OTTAVIANO, ob. cit., pág. 60.

(59) GUARINO, *Scritti di Diritto pubblico dell'economia e Diritto dell'energia*, Giuffrè, Milano, 1962, pág. 32.

indeterminados (60). Y además de la existencia de esta indeterminación hay que señalar, según GUARINO, que la situación de proximidad inmediata en que se encuentran los llamados entes instrumentales y que se concreta en la dependencia respecto a un órgano estatal, partiendo de una consideración global, de la normativa del ente, es simplemente un medio para contrapesar la libertad otorgada al mismo y para hacer efectiva la que él llama dependencia ejecutiva (61).

Todavía se formulan otras dos críticas, consistentes en que no basta que se atribuyan al Ministro poderes para asegurar la utilización instrumental, sino que debe comprobarse la existencia de una voluntad de que los poderes sean ejercidos precisamente para tal fin (62), y de otra parte en que las relaciones orgánicas dependen de la naturaleza de la actividad del ente, por lo que el presupuesto que condiciona la disciplina de las relaciones de organización variará notablemente de ente a ente o de un grupo a otro de entes (63).

Como puede deducirse fácilmente de lo expuesto, el ataque de GUARINO versa no sobre la existencia de entes instrumentales, sino más bien sobre el planteamiento efectuado por OTTAVIANO acerca de ellos. Por otra parte, el mismo GUARINO dice expresamente que los entes y organizaciones instrumentales en el sentido de entes al servicio inmediato y directo del Estado han existido realmente, pero pertenecen a tipos distintos de los descritos en la teoría de OTTAVIANO (64).

Para GUARINO (65) las relaciones entre el Estado y otros entes obedecen a tres esquemas fundamentales:

a) *Autonomía*.—El ente es independiente del Estado, tanto en las relaciones entre actos como entre órganos.

b) *Instrumentalidad*.—El Estado puede nombrar y revocar los dirigentes y así dar eficacia concreta a cualquier instrucción, directiva u orden que crea necesario impartir.

c) *Dependencia*.—Los entes realizan actos en varias medidas libres, pero están sometidos a una dependencia de carácter organizatorio.

Los entes instrumentales son, por ejemplo, los oficios creados en Italia durante la guerra (para la distribución de cereales, de aceite y

(60) GUARINO, ob. cit., pág. 35.

(61) Ob. cit., pág. 48.

(62) Ob. cit., pág. 55.

(63) Ob. cit., pág. 75.

(64) Ob. cit., pág. 55.

(65) Ob. cit., págs. 76 y sigs.

grasas, de queso, entre otros), que estaban disciplinados por normas pertenecientes a fuentes normativas de grado secundario y fácilmente modificables, debían observar las órdenes del Ministro, sus dirigentes se nombraban y revocaban libremente y, en definitiva, según la jurisprudencia, tenían carácter de órganos (66).

La diferencia entre estos entes y los que están en una relación de dependencia se concreta en que para estos últimos la relación organizativa se propone crear una posición que corresponde a los de los órganos de la Administración, que ejercitan poderes discrecionales. El mismo GUARINO advierte que la diferencia no es simplemente definitoria, ya que se concreta en tres puntos importantes:

1.º Que los entes sometidos a una relación de dependencia no están sujetos a una disciplina unitaria, sino que abarcan una gama muy vasta, en la que se emplean diversas fórmulas de organización, dentro de las cuales se configuran las diversas medidas de libertad del ente.

2.º Que para dichos entes la dependencia no es tan estricta y rigurosa como para consentir al Estado una libertad de maniobra.

3.º Que la dependencia está configurada de tal forma que pueda asegurar al ente una esfera de autonomía para el cumplimiento de sus cometidos específicos (67).

Expuestas las teorías de ambos autores, vamos a tratar ahora de extraer las ideas de uno y otro, que pueden resultar útiles para el Derecho español. Para ello hemos de referirnos, en primer lugar, a la clasificación de los entes. Ante todo hay que hacer notar que en el más estricto rigor lógico no se podría rechazar una de las clasificaciones por el puro y simple hecho de aceptar la otra, porque mientras OTTAVIANO clasifica los entes de acuerdo con los intereses de que deben cuidar, la clasificación de GUARINO, se refiere a la relación en que se encuentran los entes respecto al Estado. No obstante, parece que observando ambos planteamientos desde la perspectiva del Derecho español la clasificación de OTTAVIANO resulta completamente útil, puesto que, dejando aparte el supuesto de los entes relevantes para el Estado, la distinción entre entes que tienen intereses propios, pero al mismo tiempo deben cuidar de los estatales, y entes que tienen puesta su actividad por entero al servicio del Estado, conviene plenamente al Derecho español (68).

No sucede lo mismo con la clasificación de GUARINO, que resulta

(66) Ob. cit., pág. 54.

(67) Ob. cit., págs. 78 y 79.

(68) Piénsese, por ejemplo, en las Corporaciones profesionales de una parte, y los grandes Institutos funcionalmente descentralizados por otra.

inaceptable para nuestro Derecho. En primer lugar, porque no existen en él entes autónomos en el sentido de que sean independientes del Estado en cuanto a las relaciones entre órganos y en cuanto a las relaciones entre actos. Pero, sobre todo, y esto es lo más importante a efectos del presente trabajo, porque en nuestro Derecho no puede aceptarse, al menos en el actual grado de elaboración científica de la materia, la diferencia establecida por GUARINO entre la instrumentalidad y la dependencia. En la situación jurídico-administrativa española existen desde luego, entes instrumentales (cuya actividad está puesta por entero al servicio del Estado), como son los Organismos autónomos, y, en cambio, no se dan los entes dependientes en el sentido en que usa la expresión GUARINO, ya que no existe el supuesto de que los entes estén sometidos a una relación de dependencia organizatoria con objeto de colocarlas en una posición parecida a la de los órganos estatales que ejercitan poderes discrecionales. Esto puede observarse, además, examinando las diferencias que GUARINO aprecia entre ambas categorías. Así, en España, en primer lugar, existe una regulación común, un ordenamiento común de los entes institucionales, la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas de 26 de diciembre de 1958; el Estado puede maniobrar libremente a través de estos entes, que, como dice la Exposición de Motivos de la Ley citada, a pesar de gozar de personalidad no son personas independientes del mismo Estado, y, por último, los cometidos específicos de dichos entes no son ajenos en modo alguno a los intereses estatales, sino que están identificados con ellos. Por tanto, no podrían ser entes dependientes más que las Corporaciones profesionales, que, desde luego, no pueden en modo alguno equipararse a los órganos estatales que tienen atribuidos poderes discrecionales. En cuanto a los que llama GUARINO entes instrumentales, no merece la pena tomarlos en consideración, ya que en todo caso no serían personas jurídicas públicas, sino simples órganos (69) o personas jurídicas de Derecho privado, como, por ejemplo, nuestras Empresas nacionales. De lo dicho puede deducirse que aceptamos la formulación de OTTAVIANO respecto a los entes en relación de instrumentalidad por entender que la distinción de GUARINO no es aceptable, al menos en el Derecho español, donde las categorías que denomina instrumentalidad y dependencia tienden a confundirse, a más de que estimamos necesario combinar con el criterio de la relación el de los intereses cuya gestión tiene encomendada la persona jurídica pública. No obstante, es preciso recoger algunas

(69) Véase *supra* la referencia a los ejemplos que GUARINO menciona.

de las críticas formuladas por GUARINO. Nos referimos, fundamentalmente, a dos. En primer lugar, es cierto que la categoría de la instrumentalidad permanece indeterminada por no haberse indicado qué entes deben considerarse instrumentales. En segundo lugar, que es igualmente cierto que las relaciones entre estos entes y el Estado dependen de la naturaleza de la actividad del ente por lo que el presupuesto que condiciona la disciplina de las relaciones de organización, varía de unos entes a otros. Y no creemos excesivamente arriesgado afirmar que estas relaciones de organización variarán según los entes cuiden o no de intereses exclusivamente estatales.

c) *La descentralización funcional.*

Nos hemos extendido al exponer las clasificaciones formuladas por la doctrina extranjera, al menos para los límites de este trabajo, no sólo para llegar con más datos al estudio del planteamiento de la cuestión en la realidad jurídica española, sino también para mostrar claramente que la doctrina europea no ha elaborado conceptos que desde hace años se manejan por la doctrina española, como es el caso de la descentralización funcional. Este examen nos ha permitido constatar que la doctrina alemana no ha llegado a conclusiones válidas para el Derecho español, y, asimismo, nos ha hecho ver que el concepto de «*etablissement public*» manejado por la doctrina francesa ha sufrido un verdadero proceso de desintegración. Por otra parte, las investigaciones de la doctrina italiana pueden resultar útiles en cuanto a la aplicación en alguna medida de la instrumentalidad, aunque sería necesario puntualizar la idea. Vamos a intentar ahora profundizar en el examen de la descentralización funcional tal y como ha sido expuesto por la doctrina española. Para ello hemos de examinar más de cerca el fenómeno estudiando, por una parte, su concepto y caracteres, y por otra, el tratamiento de los entes funcionalmente descentralizados en el Derecho positivo español.

La ya citada monografía de GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, termina refiriéndose a los entes funcionalmente descentralizados, diciendo: «Ofrecemos así, a cuantos se sientan partidarios de definiciones, los elementos necesarios para definirlos:

- 1.º Personas jurídicas públicas encuadradas en la Administración indirecta del Estado.
- 2.º Cuyo soporte extrajurídico está constituido por intereses estatales.
- 3.º De estructura formalmente fundacional.

4.º Sujetas a la Administración directa del Estado por una férrea tutela sobre su organización y sobre su actividad (70).

Consecuentemente, con esto se consideran como notas de la descentralización funcional:

1.º Creación estatal.

2.º Los bienes tienen un carácter estatal.

3.º La finalidad es la creación de un organismo ágil en la Administración indirecta del Estado, realizador de una determinada función estatal.

4.º El ente es un organismo estatal, aunque con personalidad propia.

5.º Especial régimen jurídico financiero (71).

Prescindiendo por ahora de los aspectos que se refieren a la relación con la Administración directa del Estado (encuadramiento en la organización estatal, carácter de organismo estatal, tutela tanto en el aspecto administrativo como en el financiero), vamos a hacer algunas consideraciones sobre los restantes elementos de la definición, que se corresponden con otras tantas notas, con objeto de tratar de valorarlas en su justa medida.

En primer lugar, hay que referirse a la creación estatal. Refiriéndose al procedimiento de creación, dice el mismo GARRIDO: «La descentralización funcional se realiza a través de órganos que se desgajan de la Administración directa del Estado mediante el procedimiento técnico-jurídico de la concesión de la personalidad jurídica a entidades institucionales de carácter fundacional» (72). Esta afirmación debe puntualizarse en el sentido de que, aunque los entes funcionalmente descentralizados son siempre creados por el Estado, no tienen por qué ser necesariamente antiguos órganos desgajados de la Administración directa. Nada se opone—sino que es lo normal—a que el Estado, en vez de convertir uno de los antiguos órganos de su Administración directa en una nueva persona jurídica, cree totalmente *ex novo* dicha persona con objeto de que cumpla fines que no venían asignados como competencia de ningún órgano o que eran de la competencia de varios.

De todas formas, suele ocurrir que se desgaje un órgano de la Administración, y en tal sentido suscribimos la opinión del autor citado (73), según el cual en cierto sentido existe un riguroso paralelismo entre la

(70) GARRIDO, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, citado, pág. 189.

(71) GARRIDO, ob. cit., págs. 158 y sigs.

(72) GARRIDO, ob. cit., pág. 150.

(73) GARRIDO, ob. cit., pág. 136.

distribución por el Estado de competencias entre los diversos órganos y la creación de estas personas jurídicas que surgen única y exclusivamente para realizar una función estatal. Esto es tanto más cierto cuanto que dentro de la Administración indirecta los entes funcionalmente descentralizados son precisamente las personas jurídicas más próximas al concepto de órgano de la Administración directa del Estado. Cuando se produce la descentralización funcional, la Administración (o el poder legislativo) desgaja de sí misma un órgano y le otorga personalidad jurídica. Este órgano carecía de una entidad propia mientras estaba incluido en la organización de lo que era sólo una parte, pero, en cambio, por razones de especialización, tenía atribuidas una serie de competencias específicas. Cuando el órgano deja de serlo la situación de integración esencial desaparece. Ahora bien, la atribución de las competencias ahora convertidas en fines a cumplir por la nueva persona jurídica permanece.

En cuanto al segundo punto (la estructura formalmente fundacional), no tenemos nada que añadir a lo elaborado por GARRIDO. Es evidentemente cierto que estas personas jurídicas se caracterizan por su estructura fundacional en cuanto que lo esencial en ellas es la asignación de unos bienes determinados al cumplimiento de un fin específico, bien sea la realización total de una función del Estado, bien sea la gestión de un establecimiento concreto. Es en este punto donde la construcción de GARRIDO alcanza su mayor utilidad hasta el extremo de que la aplicación del criterio a la clasificación de las personas jurídicas hace que la doctrina española se haya adelantado a la del resto de Europa en cuanto a la claridad y utilidad de la clasificación.

Por último, hay que referirse también a una tercera nota de gran importancia y sobre la que queremos hacer un especial hincapié. No es sino la realización de una función estatal, lo que significa que los entes de que estamos hablando no cuidan de sus intereses, que no existen como tales, sino de los intereses del Estado. Respecto a esta cuestión nos encontramos plenamente de acuerdo con GARRIDO, cuando afirma que en el caso de la descentralización funcional los intereses no pueden en absoluto configurarse como cosa distinta del grupo de intereses que constituyen la base de la institución estatal (74). Esto significa tanto como afirmar que estos entes carecen de *sustratum* sociológico propio. lo cual no sólo es, indudablemente, cierto, sino que, además, es funda-

(74) GARRIDO, ob. cit., pág. 135.

mental para caracterizar a estos entes, y hasta cierto punto determina el régimen jurídico de los mismos (75).

La caracterización que imparte la ausencia de *sustratum* a los entes funcionalmente descentralizados es decisiva por tres razones fundamentales. En primer lugar, porque es precisamente esto lo que le da su individualidad, no sólo frente a las personas institucionales de base corporativa, sino también frente a los establecimientos públicos personificados, ya que dentro de esta categoría pueden incluirse entes (Universidades, Confederaciones Hidrográficas, Juntas de Obras de Puertos), que en cierta medida, junto a los intereses estatales, cuidan de los intereses de sus miembros, mientras que los entes funcionalmente descentralizados gestionan intereses que son exclusivamente del Estado. En segundo lugar, porque esta ausencia de *sustratum* es lo que posibilita la utilización por parte del Estado de un ordenamiento distinto del suyo propio y dotado siempre o casi siempre de una mayor agilidad y flexibilidad, lo que actúa como causa de creación de estos entes y es una de sus características jurídicas más jugosas. En tercer lugar, porque es precisamente la ausencia de un *sustratum* propio e independiente lo que posibilita el cumplimiento de fines estatales.

Todo lo dicho hasta ahora no significa, como es obvio, que estos entes no tengan tras sí unos intereses determinados. Lo único que sucede es que los intereses no son propios, sino del Estado, que emplea estos entes como instrumentos.

b') *La descentralización funcional en Derecho positivo español.*

Llegados a este punto de nuestro trabajo se hace preciso referir la investigación al Derecho positivo español para ver las características que presenta en él la descentralización funcional. Desde luego, debemos tener siempre en cuenta que nuestras normas jurídico-positivas son de una cierta pobreza conceptual y adolecen, en general, de una notable falta de finura por haberse centrado más en el aspecto económico que en el propiamente administrativo (76).

(75) GARRIDO, *op. cit.* pág. 126.

(76) Centramos nuestra investigación en torno a los entes funcionalmente descentralizados que dependen del Estado, ya que los dependientes de los entes locales a que hacen referencia el artículo 1.º de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa y el artículo 85 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales se encuentran todavía en estado embrionario, como ha subrayado CLAVERO. Véase, en este sentido, *Personalidad, jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, Conferencia inaugural del curso 1962-63 en el Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares, 1962, pág. 31.

El primer problema que hemos de examinar es el del derecho aplicable. Existen tres clases de normas aplicables a estos entes, las de sus propios ordenamientos específicos, las del derecho general de estos entes, constituido por la Ley de 26 de diciembre de 1958, y la del derecho estatal. La concurrencia de estos tres tipos de normas ha sido estudiada por CLAVERO, cuya exposición seguimos (77). Como ya se ha dicho más arriba, una de las causas que han motivado la aparición y proliferación de los entes autónomos, desde luego, la más importante desde el punto de vista jurídico, es que la utilización del mecanismo técnico de la personalidad hace posible que se les aplique un ordenamiento propio, y con ello huir de la aplicación del Derecho estatal. Se impone, pues, examinar en primer lugar la posible concurrencia de las normas estatales con las específicas de cada ordenamiento, examen que tiene una prioridad lógica respecto al de la concurrencia con el Derecho general de las Administraciones autónomas, puesto que la aparición de éste es un fenómeno posterior y tardío.

Según CLAVERO, caben dos posturas respecto a la aplicación del derecho general a las entidades autónomas. Es una, aquella que estima que el Derecho estatal se aplica siempre con carácter subsidiario, que podría sustentarse con base a un texto del párrafo 4.º de la Exposición de Motivos de la Ley, según el cual se somete a los entes en cuestión a un régimen de Derecho administrativo, sin más especialidades que las rigurosamente determinadas. La otra postura a la que se adhiere CLAVERO, y que es también la sustentada por nosotros, estima que en lo no previsto en los ordenamientos específicos ni en el Derecho general de las Administraciones autónomas no es aplicable el Derecho estatal. Esta tesis se apoya en que el artículo 6.º, al establecer el derecho aplicable a los Organismos autónomos, no menciona el Derecho estatal, a diferencia de lo que ocurre cuando se regulan los servicios sin personalidad en el artículo 84 de la misma Ley. Por otra parte, cuando se ha querido que el Derecho estatal sea aplicable, así se ha declarado expresamente, como sucede en los artículos 70, 71 y 82 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 y en la disposición final tercera de la misma Ley.

Los casos de aplicación del Derecho estatal serían, pues, los siguientes:

1.º La aplicación de Leyes que regulan una institución general sin distinguir sobre las esferas administrativas. Tales son la Ley de Expro-

(77) CLAVERO, ob. cit., pág. 25 y sigs.

piación Forzosa y la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

2.º La aplicación de Leyes que declaran expresamente su supletoriedad, como sucede con la Ley de Procedimiento Administrativo.

3.º La aplicación de normas del Derecho estatal por remisión expresa que hace a las mismas la Ley de 26 de diciembre de 1958 (78).

A estos tres casos podríamos añadir un cuarto, que sería aquel en que las remisiones al Derecho estatal se efectuaran precisamente por los ordenamientos singulares de los entes.

De todas formas lo cierto es que, como advierte CLAVERO, la inaplicación del Derecho estatal da lugar a la existencia de considerables lagunas en estos ordenamientos, con lo que se corre el riesgo de que se interprete comúnmente que la huída del Derecho estatal consiste en la ausencia total de normas y la entrega de estas entidades a la más profusa anarquía, siendo así que dichas lagunas deben ser llenadas por vía analógica.

Y, desde luego, no debe esperarse que estas lagunas se llenen mediante la aplicación del Derecho general, a cuya pobreza e insuficiencia ya nos hemos referido. En cuanto al problema de la concurrencia del Derecho general y del Derecho singular, debemos estar al texto de la Ley de 26 de diciembre de 1958, en cuyo artículo 6.º-2 se dice que los Organismos autónomos, salvo precepto expreso en contrario (79), se regirán por sus disposiciones peculiares en cuanto estén conformes con la presente Ley. Esto es, se hace preciso entender que la Ley se aplica con carácter preferente (80). No obstante, la parquedad de esta Ley hace que en la mayor parte de los casos sólo se apliquen las normas singu-

(78) No está de más señalar que existen entes funcionalmente descentralizados que escapan incluso a estos casos de aplicación. Tal es, por ejemplo, el caso del Instituto Español de Moneda Extranjera; al que no se aplica la Ley de Expropiación Forzosa en virtud del párrafo 2 del artículo 1.º, ni la Ley de Procedimiento en virtud del Decreto de 10 de octubre de 1958, que enumeraba los procedimientos exceptuados; e incluso podría pensarse que no le son de aplicación las remisiones que hace al derecho estatal la Ley de 26 de diciembre de 1958, ya que el artículo 5.º de la misma exceptúa de su aplicación al Instituto Español de Moneda Extranjera en cuanto a las operaciones técnicas que tenga a su cargo.

(79) Apoyándonos precisamente en esta salvedad añadimos en el texto el cuarto caso de posible aplicación del derecho estatal, que CLAVERO simplemente insinúa. CLAVERO, ob. cit., pág. 34.

(80) Quizá pudiera apoyarse también esta consideración en el tenor literal de la disposición transitoria primera, aunque nosotros nos inclinamos en contra de tal posibilidad por estimar que la citada disposición se refiere más bien al régimen económico y contable de estos entes.

lares, aunque un posible crecimiento del Derecho general quizá pudiera remediar esta situación.

Hechas estas consideraciones, debemos entrar ya en el examen directo de la legislación española. Pero antes debemos advertir, con CLAVERO (81), que los ordenamientos a examinar son la Ley de Régimen de 1958 como ordenamiento común y las normas propias de cada una de las entidades como ordenamientos singulares. Esta calificación como ordenamientos singulares, no tiene un valor de simple aclaración terminológica, que ya sería interesante de por sí, antes al contrario significa que no consideramos que el derecho aplicable a estos entes sea un derecho especial, que sería válido para toda clase de personas, sino un verdadero ordenamiento singular en el sentido de que cada uno de los entes tiene un derecho que se le aplica privativamente y que debe ser calificado, por tanto, como derecho estatutario.

1. *La Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas como ordenamiento común.*

Lo primero que hay que subrayar al referirse a esta Ley es que, a pesar de su denominación, lo que predomina en ella es una acentuada preocupación por el aspecto financiero, regulado extensa y minuciosamente, y una escasa contemplación del aspecto jurídico administrativo, cuyo tratamiento se reduce al mínimo imprescindible. Así, prescindiendo de los cinco primeros artículos, en el título primero, que regula los Organismos autónomos, salvo los capítulos primero, cuarto, noveno y décimo, que son precisamente los menos extensos, el resto de la Ley se refiere a la gestión financiera y contable.

Igualmente sucede esto en los títulos segundo y tercero, que se refieren, respectivamente, a los Servicios sin personalidad y a las Empresas nacionales. Por otra parte, es un hecho incontestable que la Ley se propone regular, ante todo, el aspecto financiero, como se pone de manifiesto en el párrafo 4.º del número 2 de la Exposición de Motivos, en el artículo 1.º, al regular el ámbito de aplicación y en las disposiciones transitorias, que según nuestra interpretación se refieren también a este aspecto. A la vista de todo ello quizá hubiese sido más exacto denominar al texto legal Ley de Régimen Jurídico Financiero de las Entidades Estatales Autónomas.

Pero si examinamos el ámbito de aplicación, observaremos que la

(81) CLAVERO, *ob. cit.*, pág. 15.

denominación no es tampoco afortunada, por lo que se refiere a la expresión «Entidades Estatales Autónomas», ya que por lo menos los Servicios sin personalidad, regulados en el título segundo, no lo son propiamente, ya que no pueden considerarse verdaderas entidades en el sentido de que tengan personalidad ni son autónomas, puesto que continúan formando parte del Estado. Lo que sucede es que el término autonomía se emplea en un sentido impreciso, incluyendo en tal concepto los entes con personalidad, que son los verdaderos autónomos para nosotros, y los que tienen una cierta independencia funcional y financiera.

Pero prescindiendo ya de la cuestión terminológica, según el artículo 1.º, la Ley se aplica a las entidades o administraciones que tienen a su cargo la prestación de determinados servicios públicos, estatales, o el ejercicio de actividades de cualquier clase que coadyuven a su realización, mediante el empleo en uno y otro caso de recursos de cualquier índole que no procedan del presupuesto del Estado o que procediendo de él les sean entregados para el cumplimiento de los fines o funciones que les sean propios.

Si observamos atentamente el precepto, veremos que el denominador común es el empleo de recursos no procedentes del presupuesto o adscritos especialmente a un fin. El propósito de la Ley es controlar el manejo de estos fondos, y sólo en segundo lugar clasificar y otorgar unas características uniformes a los sujetos que los manejan. Esta preocupación financiera fué, por tanto, el motivo de la promulgación de la Ley.

Una vez establecido esto se procede a distinguir entre los Organismos autónomos, los servicios sin personalidad y las Empresas nacionales. Esta clasificación nos da base *a sensu contrario*, para extraer una consecuencia importante a efectos de precisar la utilidad directa e inmediata del estudio de la Ley para nuestro tema. Esta consecuencia no es otra sino la inaplicación de la Ley a las personas jurídicas de base corporativa, ya que éstas no pueden considerarse incluídas en ningún caso en los supuestos clasificados. A la vista de esta consideración que resulta evidente, dados los conceptos que maneja la Ley, no puede por menos de parecer extraño que se hayan incluído expresamente entre las excepciones del artículo 5.º las Cámaras Oficiales de la Propiedad Urbana y las Cámaras Oficiales de Comercio, Industria y Navegación. Esta inconsecuencia de la Ley, que resulta inexplicable de por sí, no puede obedecer más que a una redacción apresurada del precepto o a un interés deliberado de expresar claramente que dichos entes quedan fuera de la

regulación del aspecto financiero que de una forma primordial contempla la Ley.

Con lo anteriormente dicho queda claro que la Ley se aplica sólo a las personas jurídicas públicas institucionales. La cuestión que surge inmediatamente es si se aplica a todas estas personas o no. Para resolverlo, prescindiendo de los servicios sin personalidad que no son personas jurídicas y de las Empresas nacionales que no son personas jurídicas públicas, debemos centrar nuestra atención en los Organismos autónomos. Según el artículo 2.º de la Ley, «los Organismos autónomos son entidades de Derecho público, creadas por la Ley con personalidad jurídica y ordenamientos propios, independientes de los del Estado, a quienes se encomienda expresamente en régimen de descentralización la organización y administración de algún servicio público y de los fondos adscritos al mismo, el cumplimiento de actividades económicas al servicio de fines diversos y la administración de determinados bienes del Estado, ya sean patrimoniales o de dominio público (82).

Es evidente que la fórmula puede aplicarse plenamente a los entes funcionalmente descentralizados. En cambio, procediendo con un absoluto rigor formal no puede aplicarse a todos los establecimientos públicos personificados, ya que no tienen por qué darse necesariamente en ellos, al menos en toda su pureza, las características asignadas a los Organismos autónomos. Nos referimos a los establecimientos que gestionan intereses no exclusivamente estatales. De todas formas lo cierto es que el objeto de nuestro estudio nos impide desviarnos hacia esta cuestión, que debemos dejar de lado. Bástenos saber que, desde luego, la Ley se aplica plenamente a los establecimientos que gestionan intereses exclusivamente estatales, esto es, a los que se encuentran más cerca de la descentralización funcional y se diferencian de ella principalmente por la extensión menor de los fines a cumplir. Estas consideraciones precedentes nos parecen absolutamente necesarias para dejar bien claro el interés de la Ley para el estudio de los entes funcionalmente descentralizados en el Derecho español, sobre todo en cuanto que la regulación se refiere a las Entidades estatales autónomas, y éstas no tienen por qué coincidir rigurosamente con los entes funcionalmente descentralizados. Lo hasta ahora dicho nos hace ver que la Ley de 26 de diciembre

(82) La fórmula referente a los cometidos propios de los Organismos autónomos no es excesivamente feliz. Parece que con ella se ha querido redactar un artículo lo más amplio posible huyendo de emplear exclusivamente el concepto de servicio público.

de 1958, en cuanto que regula los Organismos autónomos, se aplica a los entes cuyo estudio nos interesa.

Y lo cierto es que la regulación que contiene el texto legal referente a las Entidades estatales autónomas se refiere, sobre todo, a los Organismos autónomos, no sólo porque la mayor parte de los artículos tratan de ellos, sino también porque la Exposición de Motivos (1, párrafo 4.º), al justificar la exclusión del ámbito de la Ley de los Organismos del Movimiento y de la Organización Sindical, se apoya en que unos y otros no pueden considerarse entidades estatales nacidas de la descentralización de servicios propios de la Administración, sin advertir que lo mismo sucede con los servicios sin personalidad y las Empresas nacionales, que tampoco pueden considerarse como resultado de la descentralización, y están, sin embargo, incluidos en la Ley.

Ciñéndonos, por tanto a los Organismos autónomos, vamos a examinar los puntos principales que la Ley contempla en lo referente a su aspecto jurídico administrativo (83). El capítulo 1.º del título primero de la Ley dice en su artículo 6.º-1 que la creación de los Organismos autónomos habrá de ser autorizada siempre por Ley. Para precisar el alcance de este precepto hay que tener en cuenta dos cosas. En primer lugar, que, como afirma CLAVERO (84), la creación sólo en virtud de Ley responde a la técnica de obstaculizar la proliferación de estos entes y no significa que su naturaleza no sea administrativa. La segunda cosa que hay que tener en cuenta es que, naturalmente, al decir la Ley de 26 de diciembre de 1958 que la creación de estos entes se hará por Ley, se está refiriendo a los actos con este valor, que son en España las Leyes que dicta directamente el Jefe del Estado, las Leyes de Cortes y los actos del Poder ejecutivo con valor de Ley. Hacemos esta consideración para precisar que nada se opone a que los Organismos sean creados, no ya por normas que se dicten por causas excepcionales o por Leyes votadas en Cortes que se refieran al Organismo exclusivamente, sino por la Ley de Presupuestos, que por su carácter periódico puede ser una vía

(83) Deliberadamente dejamos fuera de nuestro estudio las normas referentes a la contratación (capítulo IV del título I de la Ley) por no parecer excesivamente interesantes respecto a la materia. Véase al respecto CLAVERO, ob. cit., pág. 26. Igualmente queda fuera de este estudio la regulación de los funcionarios de los Organismos autónomos, cuyo prometido Estatuto (art. 82) espera la luz desde hace más de cinco años, sin que tengamos noticia de la existencia del Anteproyecto que debía estar redactado en el plazo de seis meses, contados, naturalmente, a partir de la promulgación de la Ley, según el número segundo de la disposición transitoria quinta.

(84) CLAVERO, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las Administraciones autónomas*, Conferencia inaugural del curso 1962-63, Alcalá de Henares, 1962, pág. 21.

para burlar el propósito de obstaculizar la creación de los Organismos que nos ocupan.

Prescindiendo de la extinción de los Organismos autónomos, regulada en el artículo 14 de la Ley, vamos a examinar otros tres puntos básicos: el carácter de entes descentralizados de base formalmente fundacional, la organización de los Organismos y, por último, los rasgos específicos de la personalidad jurídica que les viene atribuida.

La Ley se refiere numerosas veces en su Exposición de Motivos al carácter de entes descentralizados de estos Organismos, pero, además, reitera la nota en dos artículos de importancia básica, el artículo 2.º, que define a los Organismos autónomos, y el artículo 8.º, que dice: «El régimen de descentralización en que con arreglo a las normas de la presente Ley han de realizar los Organismos autónomos los servicios que tengan encomendados...» Pero nos interesa, además, constatar que esta nota se da en orden al cumplimiento de unos cometidos determinados, lo que se desprende no sólo del artículo 8.º, sino también del artículo 6.º-3, según el cual las Leyes de creación determinaron las funciones que hayan de tener a su cargo, y del artículo 7.º, que prohíbe la realización de funciones que no les estén expresamente asignadas en sus disposiciones fundacionales.

Que además de esto, la descentralización se realiza siguiendo un cauce formalmente fundacional es algo que se desprende de forma inmediata de la Ley. Así, otro de los puntos que necesariamente habrán de constar en las Leyes de creación es, según el artículo 6.º-3, D), los bienes y medios económicos que se les asignen para el cumplimiento de sus fines, que, según el artículo 7.º, no podrán dedicarse a finalidades distintas de las que constituyan el objeto asignado por las disposiciones fundacionales. Esto es, se trata de asignar al cumplimiento de un fin un patrimonio determinado, lo que resulta decisivo y necesario en orden a la creación de un Organismo autónomo, dotado, por supuesto, de personalidad jurídica. Ahora bien, esto no significa que nos encontremos en presencia de entes verdaderamente fundacionales, sino de entes para cuya creación se emplea un procedimiento *formalmente* fundacional, ya que los bienes siguen perteneciendo al Estado, puesto que conservan su calificación originaria, según el artículo 10 (85).

(85) En este punto discentimos de CLAVERO, según el cual en la Ley de Entidades autónomas la personalidad es un *fenómeno puramente organizativo* para el que no se exige ni pluralidad de personas ni patrimonio afecto a un fin (ob. cit., pág. 20). Desde luego, creemos que en la Ley la personalidad es un fenómeno organizativo (aunque no *puramente* organizativo), a lo que nos referimos inmediatamente en el texto, pero no po-

En cuanto a la organización de estos Organismos se trata de una materia en que la Ley, según lo que se dice en la Exposición de Motivos, pretende ser lo suficientemente flexible para respetar su extrema variedad. En efecto, según el artículo 6.º-3, las Leyes de creación que constituirán los estatutos de cada uno de ellos determinarán...» c) Las bases generales de su organización, régimen de acuerdos de sus órganos colegiados y designación de las personas a que se refiere el artículo 9.º. Este último regula el nombramiento y separación de las autoridades de los entes, con la salvedad de los casos en que dichas autoridades lo sean con carácter nato por razón del cargo que ocupen (86). Como puede verse, la Ley no puede ser más parca en este punto, que será preciso estudiar en el ordenamiento de cada ente.

Por último, para completar el examen de los puntos centrales de la regulación jurídico-administrativa de estos entes, hay que examinar también los rasgos específicos de la personalidad que les viene atribuida. Más arriba hemos afirmado que los entes descentralizados funcionalmente, que son los que verdaderamente nos interesan, poseen la personalidad en virtud de un mecanismo jurídico. Pues bien, que los Organismos autónomos poseen la personalidad jurídica es algo que incontestablemente se desprende del artículo 2.º, que define a los Organismos autónomos. Sin embargo, sobre las notas específicas de esa personalidad los fundamentales son dos puntos. En primer lugar, el hecho de que según el artículo 10 los bienes conservan su calidad jurídica originaria, lo que significa que siguen perteneciendo al Estado. Pero, además, nos encontramos que los entes en cuestión siguen estando adscritos a un Ministerio, según el artículo 6.º-3, B), y esto, según el artículo 8.º, sin perjuicio de la llamada descentralización. Todo esto resulta, desde luego, bastante extraño, ya que la idea de descentralización que implica de todas formas una relación con la Administración directa, parece que se da de bruces con la *adscripción a un Ministerio*. Y la extrañeza sube necesariamente de punto si consideramos el texto de la Exposición de Motivos (1, párrafo 2.º), según el cual aun en los casos en que dichas entidades gozan de personalidad distinta de la del Estado no son *personas independientes* del mismo, sutil distinción entre *personalidad* y *persona independiente*, que, cuando menos, resulta anómala en el campo del Derecho público.

demos estar de acuerdo en que no exige patrimonio afecto a un fin a la vista de lo que se dice en el artículo 6.º.

(86) Más abajo, al examinar los Ordenamientos singulares, se verá que éste es precisamente el caso normal, y que de él pueden extraerse importantes consecuencias.

A la vista de todo esto nos sentimos inclinados a considerar que la personalidad a que se refiere la Ley es un fenómeno organizativo (87), y concretando más la apreciación, afirmamos, decididamente, que la clase de las peculiaridades de la personalidad de estos entes no se encontrará más que mediante el estudio, enfocado en esa perspectiva organizativa, de las relaciones de estos entes con la Administración directa del Estado, tarea que nos proponemos realizar en la segunda parte de este trabajo.

2. *Los ordenamientos singulares.*

Examinado ya el ordenamiento común de las Administraciones autónomas, es preciso referirse también, en concreto, a los ordenamientos privativos de cada uno de estos entes, puesto que de lo contrario nos estaríamos moviendo en el terreno de las más puras abstracciones. Pero antes de avanzar por este camino hay que hacer una advertencia. La legislación que regula estos entes es verdaderamente selvática. Por tanto, hemos seleccionado los Organismos que consideramos más importantes cuya legislación manejamos.

En el estudio de estos ordenamientos hay que distinguir, sin lugar a dudas, entre los anteriores y los posteriores a la Ley de 26 de diciembre de 1958. Ahora bien, los posteriores a tal norma legal son pocos, y entre ellos podemos citar el caso de la Ley de 23 de diciembre de 1961, que declaraba Organismo autónomo al Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios de Alcalá de Henares, la cual, en su artículo 1.º, hacía una remisión en bloque a la Ley de Entidades Estatales Autónomas. El escaso número de organismos creados con posterioridad a esta disposición parece un síntoma de que se ha logrado, parcialmente al menos, el propósito de obstaculizar la proliferación de estos entes. Por tanto, parece evidente que la investigación debe centrarse en torno a los entes creados antes de la promulgación de la tan repetida Ley de 26 de diciembre de 1958.

La primera dificultad con la que nos encontramos es la de saber cuándo estamos en presencia de una verdadera persona jurídica. Para medir el alcance de éstos basta una somera lectura del Decreto de la Presidencia del Gobierno de 14 de junio de 1962, dictado en ejecución de lo dispuesto en la disposición transitoria 5.ª-1, de la Ley de 26 de diciembre de 1958, no sólo por el elevado número de entidades inclui-

(87) Aunque, desde luego, no puramente organizativa, como dice CLAVERO. Véase nota 85.

das en esta clasificación, sino también porque se ha redactado siguiendo el criterio de la procedencia de los ingresos. Por otra parte, no faltan en nuestro Derecho disposiciones extrañas que crean entes próximos a los que nos interesan o que los reglamentan y les dan el carácter de Direcciones generales, como sucede con el Decreto de 22 de enero de 1944. que aprueba el Reglamento del Instituto Geográfico Catastral (artículo 2.º), y la Ley de 31 de diciembre de 1945, que crea el Instituto Nacional de Estadística (artículo 1.º), Organismos ambos a los que negamos el carácter de personas jurídicas (88), basándonos en que no se puede ser persona y órgano al mismo tiempo (89). Nos limitamos, por tanto, al manejo de las disposiciones que versan sobre entes a los que la personalidad jurídica les viene atribuida expresamente (90).

Lo primero que hay que hacer observar, respecto a estos entes, es que no siempre se crearon por Ley. Así puede citarse el caso del Instituto Geológico y Minero, creado por Real Decreto de 1 de abril de 1927. Y además de los creados por Decreto, existen otros creados por simple Orden ministerial, como es el caso del Instituto Nacional del Libro Español, que creó la Orden de 23 de mayo de 1939, aunque fué reglamentado luego, paradójicamente, por Decreto de 6 de abril de 1943. No obstante, no nos parece necesario insistir en este punto, ya que no tiene una importancia demasiado grande a efectos de nuestro trabajo.

Las notas que primordialmente nos interesan son, aparte de la especialidad del fin que actúa como común denominador de la existencia de estos entes, el carácter formalmente fundacional, la adscripción a un Ministerio y la Organización.

En cuanto en la adscripción de fondos a un fin, esto es, el carácter formalmente fundacional, un estudio del mismo nos muestra hasta qué punto era necesario el precepto contenido en el artículo 6.º-3, D), de la Ley de 26 de diciembre de 1958, ya que reinaba en la materia una absoluta anarquía. Así existían entes a los que se asignaba un capital fundacional expresamente fijado, como sucedió con el Instituto Nacional de Previsión (artículo 3.º de la Ley de 27 de febrero de 1908), el Ins-

(88) A esta conclusión parece igualmente llegar BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-octubre de 1955, pág. 163.

(89) Más adelante exponemos con detalle nuestra opinión sobre la posibilidad de que los órganos sean personas jurídicas.

(90) Por este motivo dejamos expresamente fuera de nuestro estudio al Patronato Nacional San Pablo para presos y penados creado por el Decreto de 26 de julio de 1943, aunque en cierta medida podría considerarse persona jurídica de las incluidas en la descentralización funcional.

tituto de Estudios de Administración Local (artículo 9.º de la Ley de 6 de septiembre de 1940), el Instituto Nacional de Industria (artículo 3.º de la Ley de 25 de septiembre de 1941) y el Instituto Nacional de Colonización (artículo 24 del Decreto de 21 de noviembre de 1947). En otros casos, en cambio, se asignan a estos entes globalmente los bienes de una entidad anterior que se disuelve. Así al Instituto Español de Moneda Extranjera se le asignan los beneficios realizados hasta entonces por el extinguido Comité de Moneda Extranjera (artículo 5.º de la Ley de 25 de agosto de 1939), al Consejo Superior de Investigaciones Científicas, los de la Junta de Ampliación de Estudios y de la Fundación de Investigaciones Científicas (artículo 10 de la Ley de 24 de noviembre de 1939) y al Instituto Nacional del Libro los resultantes de la liquidación de las Cámaras Oficiales del Libro de Madrid y Barcelona (artículo 10 del Decreto de 6 de abril de 1943). Por último, en algunos casos las disposiciones se refieren al capital fundacional «que se asigne» a los Organismos sin entrar en más especificaciones, como sucedió con el Instituto Social de la Marina (artículo 9.º de la Ley de 18 de octubre de 1941) y con el Instituto de Cultura Hispánica (artículo 2.º del Decreto de 18 de abril de 1947). Sin embargo, lo cierto es que en todo caso existe adscripción de bienes o fondos a un fin, con lo que se da el carácter formalmente fundacional.

En cuanto a la adscripción a un Ministerio existe en los textos legales de más pintoresca variedad. Lo común es que se diga expresamente que dependen de un Ministerio (Instituto Nacional de Industria, Instituto de Estudios de Administración Local, Instituto Social de la Marina, Instituto Nacional de la Vivienda, Servicio Nacional del Trigo, Servicio Nacional de Concentración Parcelaria). En otros casos se dice que están adscritos o afectos a un Ministerio (Gerencia de Urbanización, Instituto Nacional de Previsión). Otras veces la adscripción se asegura mediante la presidencia del organismo rector, sea este Patronato o Consejo de Administración (Instituto de Cultura Hispánica, Instituto Nacional de Colonización). En ocasiones se dice expresamente que funciona dentro de un Ministerio mencionando (Instituto Español de Moneda Extranjera) o no la retención de competencia. Por último, no faltan normas abigarradas y extrañas como el artículo 4.º del Decreto de 6 de abril de 1943, que aprobaba el Reglamento del Instituto Nacional del Libro Español, según el cual la representación se ejerce por el Director como mandatario del Estado y con personalidad delegada del Ministro.

Creemos que basta esta enumeración para probar dos puntos: 1.º Que en una forma u otra existe una adscripción a un Ministerio. 2.º Que no

está en absoluto claro en nuestro Derecho en qué relaciones se concreta esta adscripción o dependencia.

Por último, vamos a referirnos también a la organización de estos entes. Normalmente consta, según pusieron de manifiesto GARRIDO (91) y BOQUERA (92), de un Organismo amplio (Consejo de Administración, Pleno, Consejo de Patronato) y otro más reducido (Comité permanente) (93), y además de un órgano ejecutivo, cuyo titular suele tener categoría de Director general, y se nombra por Decreto o se designa libremente por el Ministro a que esté adscrito el Organismo. Desde luego, no puede por menos de sorprender a quien tenga un mínimo de sensibilidad jurídica la existencia de un Consejo de Administración al frente de una entidad de Derecho público. La explicación está en que a través de esta vía se da entrada en la dirección de este organismo a representantes de otros Ministerios distintos de aquel a quien está adscrito, dato éste que no puede llevar consigo más que una evidente contradicción con el hecho mismo de la adscripción mencionada o una no menos evidente prueba de que esta adscripción tiene unas características muy especiales que merece la pena estudiar y que inciden, desde luego, en el problema de las relaciones de los entes funcionalmente descentralizados con la total Administración directa del Estado.

II

RELACIONES ENTRE ADMINISTRACIÓN DIRECTA Y ENTES FUNCIONALMENTE DESCENTRALIZADOS

A) *Importancia de la cuestión.*

A través del estudio que hemos hecho hasta ahora nos hemos encontrado en varias ocasiones una serie de puntos oscuros o de saltos en el vacío en nuestra investigación que se referían todos ellos a la relación

(91) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, pág. 186.

(92) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-octubre de 1955, págs. 149-150.

(93) Como excepciones pueden citarse el Consejo Superior de Investigaciones Científicas, que tiene Pleno del Consejo, Consejo Ejecutivo y Comité permanente (art. 4.º de la Ley de 24 de noviembre de 1939); el Instituto Nacional de Colonización, que carece de Comité permanente (art. 4.º del Decreto de 21 de noviembre de 1947), y la Gerencia de Urbanización, que se encuentra en el mismo caso (Ley de 30 de julio de 1959).

entre la Administración directa del Estado y los entes que integran la descentralización funcional. Tales eran las relaciones en que se concreta el encuadramiento de las personas jurídicas públicas en la organización como criterio de reconocimiento, la incidencia de la cuestión sobre la teoría de la instrumentalidad, en la que OTTAVIANO no deja claras las relaciones en que se concreta la dependencia y respecto a lo cual afirmábamos con GUARINO que las relaciones dependen de la naturaleza de la actividad del ente; y, por último, los puntos oscuros del Derecho español, en relación con la dependencia de los entes descentralizados respecto a la Administración central, que no se sabía en qué se concretaba, y en relación con el significado del fenómeno consistente en la presencia de representantes de diversos Ministerios en el seno de las Juntas o Consejos de Administración de los entes funcionalmente descentralizados.

En el tratamiento de estos problemas, tanto por la doctrina como por los textos legales, se aprecia siempre una cierta imprecisión, una clara falta de profundidad, derivadas de que la cuestión de las relaciones con la Administración, que consideramos fundamental para la construcción de una teoría completa sobre la Administración institucional, se desconocía o se consideraba desde un planteamiento viciado y defectuoso. En todo caso al referirse a las relaciones entre la descentralización funcional y la Administración directa del Estado no se han valorado en toda la medida necesaria las causas de creación de estos entes y los fines que tienen que cumplir. Ha sido el crecimiento general de los fines del Estado, especialmente en el campo económico, lo que ha dado lugar a que la Administración necesite actuar de un modo más ágil y flexible; para conseguir esta agilidad y esta flexibilidad se ha servido de los ordenamientos singulares, a cuya existencia abrirá una posibilidad la creación de personas jurídicas públicas. Y es claro que si la Administración necesitaba servirse de estos entes, debía encontrarse frente a ellos, así como ellos frente a la Administración en una especial situación de proximidad, de casi diríamos intimidad. Esto es, desde luego, lo que ha sucedido, como no podía ser menos, y al suceder ha dado lugar a una serie de interesantes peculiaridades en la materia que los planteamientos tradicionales son insuficientes para explicar y a las que pretendemos referirnos especialmente.

Vamos a examinar las teorías tradicionales y algunas otras que admiten sectores aislados para exponer después nuestra posición.

B) *El planteamiento tradicional. La teoría de la tutela.*

a) *Imprecisiones terminológicas.*

Lo primero que se observa a simple vista al enfrentarse con el planteamiento tradicional es una imprecisión que se manifiesta ya en la terminología empleada. Para referirse a las relaciones entre Administración central y entes funcionalmente descentralizados se emplean, indistintamente, los términos fiscalización, tutela y control. Que en ningún caso nos encontramos ante un concepto determinado y claro es cosa que resulta evidente no sólo porque estos términos se emplean a veces conjuntamente sin diferenciarlos, sino porque, aun cuando se emplee uno solo de ellos, la indeterminación del mismo parece obvia.

En efecto, en España, por ejemplo, los términos fiscalización y tutela se emplean conjunta e indiferenciadamente por los textos legales, como sucede en el artículo 53 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa y en el artículo 95 de la Ley de Procedimiento Administrativo. En cambio, en otras ocasiones la doctrina, especialmente la francesa, maneja la categoría de control como más amplia que la tutela, de tal modo que comprende este último concepto y también la dependencia jerárquica (94).

Pero como acabamos de decir, la imprecisión se manifiesta no sólo en que existen tres términos para designar la misma realidad y en que se emplean indistintamente o entremezclándolos unos con otros, sino también en que la indeterminación permanece dentro de cada una de las categorías conceptuales a que, según cada uno de los autores, hacen referencia los términos aludidos.

Si examinamos en primer lugar el concepto de tutela, que es el más comúnmente empleado por la doctrina española, veremos que no puede ser más inadecuado y confuso.

Esto se deriva de que el término tutela recuerda inmediatamente la institución que lleva este nombre dentro del derecho de familia. Por ello la doctrina advierte en forma terminante que las dos instituciones no tienen absolutamente nada en común, salvo el nombre, ya que la tutela administrativa no es ni siquiera la transposición al Derecho público de la tutela civil (95). Pero la misma rotundidad de la afirmación

(94) En este sentido MASPETIOL Y LAROCQUE, *La tutelle administrative*, París, 1930, página 17, y entre los autores más modernos, LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*. 2ème edition, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, París, 1957. página 67.

(95) RIVERO, *Droit administratif*, 2ème. edition, Dallor. París, 1962, pág. 277.

no es más que la contrapartida de un valor entendido confuso de equiparación que tiene su origen en la afirmación del Comisario del Gobierno LE VAVASSEUR DE PRECOURT en el *arret* «Carlier et Voirot contre Ville d'Alger» de 15 de julio de 1887 (96), según la cual era necesario que los contratistas y los empresarios que trataran con los Ayuntamientos supieran que trataban con menores, afirmación frecuentemente citada y combatida por la doctrina.

Lo evidente de la afirmación de RIVERO y lo inexacto del texto del «arret» deberían haber llevado como consecuencia lógica el abandono del término. La tutela de Derecho privado y la de Derecho público son diferentes en un grado más que bastante para no usar el mismo término, no sólo porque ni la Administración local ni la Administración institucional pueden equipararse con las personas físicas menores de edad, sino también porque no puede ser más equívoco el empleo del término tutela para designar una relación en la que la vigilancia se da en beneficio del tutor y no del pupilo, por emplear, siguiendo el símil, los conceptos del Derecho civil.

Pero además de la confusión terminológica, el concepto de tutela adolece también de una gran vaguedad en cuanto que se incluyen en el mismo todas las relaciones entre la Administración directa y la indirecta, englobando sin distinguirlas la Administración local y la institucional (97), con lo que el término tutela viene a ser expresión de un concepto genérico y no específico, esto es, se convierte en una noción que sirve simplemente de denominador común a varias realidades distintas. Esta última consideración nos llevaría a examinar el concepto de tutela, según ha sido expuesto por la doctrina, lo que efectuamos en el apartado siguiente.

Pero es que además la imprecisión permanece en los otros dos términos que utiliza la doctrina. En cuanto al control, se maneja preferentemente por la doctrina francesa a partir de la promulgación de la Constitución 1946. Antes de esta fecha se hablaba de control jerárquico y de control de tutela, pero la Constitución reemplazó la expresión tutela administrativa por la de control administrativo (98). Sin embargo, existen autores que siguen incluyendo la jerarquía y la tutela como sub-

(96) Según LESCUYER, *Le contrôle de l'Etat sur les entreprises nationalisées*, Nouveau tirage. Librairie Générale de Droit et Jurisprudence. París, 1962 pág. 39.

(97) GARRIDO afirma que tutela es el nexo que liga Administración directa e indirecta del Estado. *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, pág. 121.

(98) LESCUYER, ob. cit., pág. 34.

divisiones del concepto más amplio de control. Así, LAUBADÈRE (99) dice que los dos tipos de control, el jerárquico y el de tutela, no están separados por una diferencia precisa y categórica. E inmediatamente añade, reconociendo implícitamente la vaguedad del «control de tutela», que no se encuentra un elemento único y simple que los oponga y que sólo examinando sucesivamente los diversos aspectos de las dos modalidades de control se encuentran las diferencias de cuyo conjunto se hace salir la distinción. Más directamente se refiere a la vaguedad del término control LESCUYER, que resalta la ausencia de definición del mismo (100), y afirma que hay pocas palabras en el lenguaje francés contemporáneo cuyo significado sea tan vago como el de control (101).

Peca igualmente de impreciso el término fiscalización, que utiliza BOQUERA, y ello por dos razones. Una de ellas es que no se trata de una institución exclusivamente administrativa, según el concepto que se mantiene, ya que puede ser civil, administrativa y financiera (102). Otra más importante es que se concibe como «el ejercicio de las facultades de vigilancia que corresponden a las autoridades superiores de una entidad respecto a las inferiores y al Estado sobre los entes por él creados o reconocidos» (103). Con esto, a más de equiparar en cierto sentido la jerarquía y la tutela, se está manteniendo una concepción según la cual la noción de fiscalización tiene un significado genérico y no específico, como hemos visto más arriba, que sucede con la tutela.

b) *Puntos básicos de la teoría.*

A pesar de que, como hemos visto, la idea que existe sobre las facultades de la Administración directa respecto a la indirecta (y especialmente respecto a la institucional, que es la que nos interesa) no puede ser más vaga, lo cierto es que existe una teoría sobre la cuestión, que exponemos en seguida, refiriéndonos exclusivamente a la tutela, ya que el término fiscalización se usa relativamente poco, y el de control se usa como categoría superior (control comprendiendo jerarquía y tutela) o como equivalente (tutela administrativa y control administrativo).

a) *Concepto.*

La doctrina ha efectuado en alguna ocasión definiciones del con-

(99) LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, 2ème édition Librairie Générale de Droit de Jurisprudence, Paris, 1957, pág. 67.

(100) LESCUYER, ob. cit., pág. 41.

(101) Ob. cit., pág. 34.

(102) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1955, pág. 155.

(103) BOQUERA, ob. cit., pág. 154.

cepto de tutela que se resienten, desde luego, de la imprecisión que hemos apreciado en el término o que no son, en definitiva, más que el reconocimiento tácito de que en el actual grado de elaboración científica de la materia la idea de tutela es un simple concepto genérico en cuanto que engloba indistintamente las relaciones entre Administración directa y Administración local e institucional, sin distinguir entre estas dos últimas, y en cuanto que no proporciona ninguna orientación decisiva sobre las facultades que tiene la Administración central respecto a las otras dos.

La definición tradicional de tutela se debe a MASPETIOL y LAROCQUE, para quienes la tutela es el conjunto de poderes limitados concedidos por la Ley a una autoridad superior sobre los agentes descentralizados y sobre sus actos con el fin de proteger el interés general (104). Esta definición fué mejorada posteriormente por ENTRENA, que concibe la tutela como el conjunto de poderes otorgados por la Ley a un órgano administrativo sobre los actos realizados por entes públicos descentralizados para asegurar la legalidad de tales actos y proteger los intereses cuya gestión tiene encomendada el órgano de que se trate (105). Ambas definiciones adolecen, desde luego, de la imprecisión aludida, ya que en forma alguna matizan la naturaleza de estos poderes y además no distinguen entre las facultades respecto a la Administración local y las ejercidas respecto a la institucional.

La doctrina se mueve en general dentro de la tónica de las definiciones indicadas o bien planteando el concepto desde puntos de vista aún más generales y amplios, como cuando se afirma que la tutela es el nexo que liga la Administración directa del Estado y la indirecta (106), o bien precisando dichas definiciones en el sentido de puntualizar que los poderes en que consiste la tutela son de carácter condicionado y no llevan consigo la posibilidad de dar órdenes (107) y en el sentido de que dichos poderes recaen sobre la actividad administrativa del ente descentralizado (108).

(104) MASPETIOL y LAROCQUE, *La tutelle administrative*, París, 1930, pág. 10.

(105) ENTRENA, *Los movimientos centralizadores en Inglaterra*, Instituto de Administración Local, Madrid, 1960, pág. 129.

(106) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, pág. 121.

(107) VEDEL, *Droit administratif*, Presses universitaires de France, París, 1959, página 419.

(108) GARRIDO, ob. cit., pág. 180.

b) *Clases.*

Hasta ahora nos hemos venido refiriendo a la tutela desde un punto de vista general. A partir de este momento, en cambio, vamos a referirnos exclusivamente a la que, según la doctrina, recae sobre la Administración institucional, que es el supuesto que nos interesa (109). En este sentido puede resultar en alguna manera útil el examen de las clases de tutela que distingue la doctrina.

La clasificación más detallada es la que formula GARRIDO, que efectúa dos distinciones. En primer lugar, se diferencia la tutela jurídica de la tutela administrativa. Mientras que la primera es la constatación legal en cuanto al fondo y en cuanto a la forma de la actividad del ente descentralizado, la segunda consiste en la comprobación de la oportunidad de esta actividad (110). Aunque esta distinción se plantea desde un punto de vista general, se aplica inmediatamente a la descentralización funcional (111). Una segunda distinción es la que se opera entre la tutela sobre la organización y tutela sobre la actividad (112), que es paralela, en cierta forma, a la distinción operada después por GUARINO (113) en la doctrina italiana entre dependencia de órgano a órgano y dependencia de acto a acto. Aunque más abajo volvemos más detalladamente sobre la cuestión, no está de más adelantar desde ahora que estas clasificaciones no parecen muy útiles desde el momento en que, al menos en el Derecho español, es casi la regla general que el encargado de ejercer la llamada tutela, sea al mismo tiempo órgano del ente tutelado, y, por tanto, haya tomado el mismo las decisiones cuya legalidad debe constatar o cuya oportunidad debe comprobar.

De una forma más burda distingue DELION (114) entre tutela técnica y tutela financiera, basándose en que en Derecho francés, junto a la tutela ejercida por el Departamento más conexo al ente en cuestión, tienen facultades otros Organismos para supervisar la gestión de fondos. A pesar de que esta distinción carece, desde luego, de la precisión de-

(109) Con la exposición que se hace en el texto de la noción de tutela y la crítica subsiguiente no pretendemos negar la aplicación del concepto de tutela a las relaciones de la Administración central con la local, aunque tampoco afirmar dicha aplicación. La dejamos, simplemente, fuera del ámbito de nuestro estudio.

(110) GARRIDO, ob. cit., pág. 180.

(111) GARRIDO, ob. cit., págs. 181 y 182.

(112) GARRIDO, ob. cit., págs. 184 y sigs.

(113) GUARINO, *Scritti di Diritto pubblico dell'economia e diritto dell'energia*, Giuffré, Milano, 1962, pág. 37.

(114) DELION, *L'Etat et les entreprises publiques*, Sirey, París, 1959, págs. 86 y siguientes.

bida, sin embargo, es un hecho que también se da en la situación jurídico-positiva española y sobre el que volveremos más tarde. De todas formas la clasificación en sí no resulta excesivamente útil en cuanto que no arroja luz sobre la institución de la tutela considerada en su conjunto.

c) *Contenido.*

Por último, y para completar este examen de la teoría de la tutela, hay que referirse también al contenido de ésta, según lo enuncia la doctrina. Distinguiremos el asignado a la institución por la doctrina francesa y el enunciado por la doctrina española

En la doctrina francesa afirma CONNOIS (115) que la tutela de las colectividades territoriales sobre los establecimientos públicos comporta aspectos muy variados: nombramiento de personal, aprobación de deliberaciones o decisiones, aprobación del presupuesto, aprobación de cuentas, etc. Otros autores, en cambio, manteniendo en el fondo la misma postura en cuanto al contenido de la tutela intentan sistematizar estos aspectos variados que CONNOIS deja inmersos en una total indeterminación. Así, WALINE distingue entre el poder disciplinario sobre los agentes, el control de legalidad sobre los actos (que se ejerce mediante los recursos, la anulación de las decisiones y el ejercicio del poder de sustitución) y el control sobre la oportunidad, que oscila desde la anulación de decisiones a la necesidad de autorización para aceptar donaciones y legados (116). En un sentido casi idéntico se manifiesta RIVERO, que clasifica las medidas a adoptar en tutela indirecta sobre las personas, tutela sobre las decisiones y tutela indirecta sobre la ejecución de las decisiones, advirtiendo que entre esta amplia gama de medidas el legislador escoge las que considera más adecuadas, según el grado de autonomía que desee conferir a la persona moral (117).

En la doctrina española se está en una situación parecida. Así, por ejemplo, ROYO VILLANOVA (118), al hablar del contenido de la tutela da una larga lista de atribuciones que permanecen en manos de la Administración del Estado, sin operar en modo alguno una sistematización.

(115) CONNOIS, *La notion d'établissement public en droit administratif français*, Librairie Générale de Droit et Jurisprudence, Paris, 1959, pág. 151.

(116) WALINE, *Droit administratif*, 9ème édition, Sirey, Paris, 1963, págs. 424 y siguientes.

(117) RIVERO, *Droit administratif*, 2ème édition, Dalloz, Paris, 1962, págs. 279 y siguientes.

(118) ROYO-VILLANOVA, A. Y S., *Elementos de Derecho administrativo*, 25 edición, Valladolid, 1960-61, págs. 328 y 329.

Más perfecta es, en cambio, la enumeración de GARRIDO, que sí aparece sistematizada. Así, el autor citado distingue entre la tutela sobre la organización que se concreta en la adscripción a un organismo, la tutela sobre las personas (uniones personales, nombramientos estatales) y la tutela sobre la actividad. Esta última se concreta a su vez en la inspiración de la actividad, la fiscalización jurídico-administrativa de la misma (mediante autorizaciones, aprobaciones y resolución de recursos de alzada) y la fiscalización de la actividad financiera del ente (119).

Como puede verse, lo que sucede con el concepto de tutela es que se dan de él definiciones amplias y genéricas que hacen referencia a un conjunto de poderes y luego se enumeran tales poderes haciendo una clasificación con base a distintos criterios, pero sin que ello suponga la reconducción de estos poderes a un concepto unitario que sirva para definir de un modo preciso la relación entre la Administración central y los entes que integran la Administración institucional, y entre ellos los funcionalmente descentralizados. A esto hay que añadir todavía otro hecho que consiste en la indefinición y vaguedad de puntos de vista sobre un problema de gran importancia que ya planteo GARRIDO (120). ¿Deben considerarse los entes funcionalmente descentralizados como formando parte del complejo de la Administración central? El mismo GARRIDO los considera como «formando parte de la total organización administrativa» (121), y en otra ocasión afirma que los entes sometidos a tutela deben considerarse encuadrados en la organización estatal (122), pero nuestra cuestión va más allá y no se refiere al encuadramiento en la organización estatal, sino en el complejo orgánico de la Administración central. Nuestra opinión es que, de acuerdo con la teoría de la tutela, no puede responderse ni afirmativa ni negativamente a la cuestión planteada.

c) *Insuficiencia del planteamiento.*

A través de la exposición que se ha hecho de la teoría de la tutela hemos podido observar cómo ésta carecía, en definitiva, de efectividad para la explicación de la relación entre Administración central y Administración institucional. Ahora vamos a referir más directamente nuestra investigación a los entes funcionalmente descentralizados y a señalar

(119) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*. Instituto de Estudios de Administración Local. Madrid, 1950, págs. 184 y sigs.

(120) Ob. cit., pág. 172.

(121) Ob. cit., pág. 177.

(122) *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.^a edición. Estudios de Administración. Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, pág. 294.

una serie de supuestos que se dan respecto a ellos que la mencionada teoría es insuficiente para explicar. Ya en algunas ocasiones la doctrina ha aludido a la dificultad de hacer compatible la autarquía de un organismo con la fiscalización que conserva la unidad de toda la organización administrativa (123), o ha desviado la atención del planteamiento del problema estimado, que son razones más políticas que jurídicas las que estructuran la intensa tutela a que están sometidos los entes de tipo institucional (124). Vamos a intentar ahora precisar cuáles son los supuestos inexplicados que se dan, desde luego, en aquellos casos en que las dificultades para seguir considerando la relación como de tutela han sido tradicionalmente mayores.

a) *Los supuestos inexplicados.*

El primero al que hay que referirse, que ya sería suficiente de por sí para invalidar la teoría de la tutela aplicada a las relaciones de la Administración central con los entes funcionalmente descentrados, es el hecho de que la descentralización funcional no es obstáculo en numerosas ocasiones para que la Administración central retenga la competencia sobre la materia. Esta retención puede operarse de dos maneras, bien porque además de existir el ente funcionalmente descentralizado exista también un órgano de la Administración que tenga sustancialmente la misma competencia, bien porque expresamente se haya reservado la competencia al Ministerio al que está adscrito el ente en las disposiciones fundacionales de este último. Para citar casos concretos podemos aducir como ejemplo del primer caso la existencia, dentro del Ministerio de la Vivienda, de las Direcciones Generales de la Vivienda y de Urbanismo cuando existen los entes descentralizados correspondientes, que son el Instituto Nacional de la Vivienda y la Gerencia de Urbanización. En cuanto al segundo caso es terminante el artículo 1.º de la Ley de 25 de agosto de 1939, que atribuía la competencia en el ramo de divisas al antiguo Ministerio de Industria y de Comercio, en el mismo texto fundacional del Instituto Español de Moneda Extranjera. Esto no puede explicarse mediante la existencia simple de la tutela, ya que no tendría ningún sentido crear un organismo ágil al que se encomendase la realización de una función estatal sometiéndolo a una tutela, y retener al mismo tiempo la competencia sobre la materia.

(123) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1955, pág. 131.

(124) GUAITA, *Administración institucional y recurso contencioso-administrativo*, en el núm. 11 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1953, págs. 63 y 64.

El segundo supuesto que permanece sin explicar es la coincidencia entre los órganos directivos del ente descentralizado y determinados órganos de la Administración central. Nos referimos, por ejemplo, al caso, frecuentísimo en nuestro Derecho positivo, de que el Presidente del ente sea el titular del Departamento ministerial al que dicho ente se encuentra adscrito. Cuando se había enfrentado con el supuesto la doctrina entendía que estas uniones personales eran una manifestación de la tutela, pero esto viene contradicho por la circunstancia de que la tutela la ejerce una persona concreta que no puede ser otra que el titular del Departamento al que esté adscrito el ente, adscripción ésta que viene exigida taxativamente por los artículos 6.º y 8.º de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas. De aceptar la teoría de la tutela nos encontraríamos con que el sujeto que la ejerce es al mismo tiempo órgano del ente sometido a ella, lo que, evidentemente, no puede admitirse.

Pero más importantes que estos dos hechos son el de la dependencia de estos entes al que se refieren los textos legales y la posibilidad de entablar recursos de alzada contra las decisiones de los mismos. Como hemos visto más arriba, los ordenamientos singulares de los entes institucionales funcionalmente descentralizados se refieren en numerosas ocasiones a la dependencia de estos entes respecto a los Ministerios. Por lo dicho, sólo hasta ahora es evidente que no se puede recurrir a la cómoda vía de interpretar que los textos legales emplean incorrectamente dependencia por sometimiento o tutela. Por otra parte, la creación de estos entes para realizar ágilmente funciones estatales impone la necesidad de que estén en una conexión muy íntima con los Departamentos ministeriales.

Todo esto plantea el problema de averiguar en qué consiste esta dependencia que a veces se establece no respecto a los Ministerios, sino incluso respecto a las Subsecretarías. Lo que resulta indudable es que no puede tratarse de una dependencia jerárquica, ya que entre dos personas jurídicas no puede existir una relación de jerarquía que es privativa de las relaciones entre órganos. En este sentido se manifiesta unánimemente la doctrina. Así, en Italia, ZANOBINI afirma que la relación jerárquica existe solamente entre los órganos de una misma persona jurídica; entre dos personas jurídicas distintas, como un ente menor y el Estado, puede haber relación de vigilancia y de control, pero está excluido de modo absoluto toda relación jerárquica (125). Y no se trata sólo de una

(125) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. II, 3.ª edición, Milani, 1959, página 69. Nótese la indeterminación implícita al referirse a vigilancia y control.

postura doctrinal, ya que la jurisprudencia del «Consiglio di Stato» ha afirmado que la dependencia directa no da lugar a una relación de jerarquía administrativa, sino que indica sólo una acentuación del control que corresponde al Estado en relación a todos los entes públicos (126).

En un sentido semejante se expresan en España SERRANO GUIRADO (127), GONZÁLEZ PÉREZ (128) y BOQUERA (129). Aunque en realidad SERRANO GUIRADO parece rechazar tanto la jerarquía como la tutela al afirmar que las exigencias de eficacia y flexibilidad en la actuación de los Organismos autónomos quedarían neutralizadas si estuvieran sometidas a la necesidad de autorización y aprobación de sus actos o pudiera interponerse contra éstos un recurso de alzada. GONZÁLEZ PÉREZ opina que después de la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Administrativa (que en su artículo 37 reconoce la posibilidad de impugnar los actos de las entidades institucionales) no puede apreciarse una dependencia jerárquica. Por último BOQUERA afirma que entre dos personas jurídicas no puede existir dependencia jerárquica.

Sin embargo, a pesar de que la existencia de la personalidad jurídica excluye la posibilidad de que se dé una relación jerárquica, lo cierto es que en ocasiones parece haberla, lo que oscurece aún más el sentido de esta dependencia que la teoría de la tutela no es bastante para explicar. Las situaciones o, mejor dicho, los hechos por los que afirmamos que parece existir una dependencia jerárquica, son la posibilidad de recurrir en alzada contra los actos de estos entes y su pertenencia a una organización. La importancia práctica del primero de los hechos enunciados hace que se examine especialmente en el apartado siguiente. En cuanto al segundo, volveremos después sobre él, al estudiar la posible aceptación de la teoría de la personalidad jurídica de los órganos.

b) *En especial la posibilidad de entablar recursos de alzada.*

De entre los supuestos que la teoría de la tutela deja sin explicación, el más importante es el enunciado en el epígrafe, ya que el recurso de alzada se da constantemente en la práctica, y, además, es uno de los medios que tiene el particular para oponerse a las decisiones adminis-

(126) «Parere» de 15 de junio de 1960, y «Parere» de 21 de octubre de 1949, citado en el primero, Banca, Borsa e titoli di credito, parte 2.ª, Milano, 1961, pág. 635.

(127) SERRANO GUIRADO, *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, en el núm. 10 de esta REVISTA. Madrid, enero-abril de 1953, página 164.

(128) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 388, en nota.

(129) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA. Madrid, septiembre-diciembre de 1955, pág. 162.

trativas. Veamos cómo se plantea la cuestión, muy relacionada con el problema de la dependencia.

Es precisamente en este punto donde existe mayor confusión. Ya hemos visto que SERRANO GUIRADO rechazaba la posibilidad de que se interpusiese el recurso. En el mismo sentido se pronunciaba BOQUERA (130), por entender que el recurso de alzada es una consecuencia de la jerarquía administrativa. Por otra parte, ZANOBINI enumera la resolución de recursos entre los poderes inherentes a la jerarquía (131). En cambio, disientía de esta postura GUAITA (132), para quien la tutela llevaba consigo la posibilidad de plantear un recurso de alzada en los casos en que la norma lo admitía expresamente.

La situación se complicó tras la promulgación de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa, cuyo artículo 37-2 exige que legalmente se haya consagrado de modo expreso la posibilidad de recurrir en vía administrativa. Comentando esta situación opinaba GONZÁLEZ PÉREZ (133) que la regla general era que los actos de los entes institucionales causasen estado en vía administrativa, salvo que de modo expreso se dispusiera lo contrario. De este modo se salvaba la contradicción que suponía admitir un recurso de alzada ante un órgano que no era superior jerárquico del organismo que dictó el acto, admitiéndose sólo las excepciones consagradas expresamente que quedaban sin explicación.

Estos esfuerzos doctrinales iban a verse desbordados por la promulgación de la Ley de Procedimiento Administrativo y de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas. La primera de ellas dispone en su artículo 122 que el recurso de alzada se interpondrá ante el superior jerárquico, con lo que queda bien claro que no existe entre uno y otro de los organismos y órganos una relación de simple tutela desde el momento que existe un recurso de alzada. Y el artículo 76 de la Ley de 26 de diciembre de 1958 dió carácter general a la existencia de este recurso al admitir su interposición ante el Ministro contra los actos de los Organismos autónomos.

Las dificultades derivadas de esta situación intentaron obviarse por GONZÁLEZ PÉREZ (134), para quien en principio los actos de los entes

(130) Ob. cit., págs. 162 y 172.

(131) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I.º, 8.ª edizione, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 146.

(132) GUAITA, *Administración institucional y recurso contencioso-administrativo*, en el núm. 11 de esta REVISTA, Madrid, mayo-agosto de 1953, pág. 63.

(133) GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, II, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 387.

(134) GONZÁLEZ PÉREZ, *Los recursos administrativos*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1960, págs. 130 y sigs.

autárquicos no son susceptibles de recurso de alzada. Se refiere el autor citado al caso de la Administración local, aduciendo en apoyo de su punto de vista el artículo 381 de la Ley de Régimen Local, texto refundido de 24 de junio de 1955. En estos casos existe, según GONZÁLEZ PÉREZ, un recurso de alzada impropio que tiene como fundamento la tutela. En cuanto a las entidades institucionales, obvia el inconveniente que suponen para su tesis, afirmando que en España la mayoría de las entidades institucionales carecen de verdadera autarquía, lo que, para él, resuelve la cuestión. Con esto se desiste, en realidad, de encontrar un criterio preciso, abandonándose el problema, y sin que resulte claro porque los actos de las entidades institucionales causen estado en vía administrativa, siendo así que la Ley de Entidades Estatales Autónomas dice expresamente lo contrario.

Puede verse, por tanto, que en España se admite la posibilidad de interponer recurso de alzada contra los actos de las entidades institucionales, no obstante ser el recurso de alzada una manifestación de la jerarquía y ser opinión común que no puede existir relación jerárquica entre dos personas jurídicas distintas. Con ello, por otra parte, se incurre en la contradicción ya señalada por BOQUERA (135), consistente en que no se explica cómo es posible que resuelva dos veces la misma autoridad, ya que normalmente el mismo Ministro, que debe conocer el recurso de alzada es presidente de la Junta o Consejo de Administración del ente funcionalmente descentralizado.

C) *La teoría de la personalidad jurídica del órgano.*

Nos hemos referido más arriba al punto oscuro que supone la dependencia de los entes descentralizados funcionalmente respecto a la Administración central. Hemos rechazado expresamente que tratándose de dos personas jurídicas pueda existir una relación de jerarquía, pero hemos advertido que de todas formas a veces parece que nos encontramos ante esa dependencia jerárquica. Esta contradicción aparecería como salvada por completo en el caso de aceptar la teoría de la personalidad jurídica de los órganos, ya que en este caso, siendo el ente persona jurídica y órgano al mismo tiempo, quedarían automáticamente explicados todos o la mayor parte de los problemas que la teoría de la tutela es insuficiente para explicar. Esto nos obliga a revisar la teoría de la personalidad jurídica de los órganos. Distinguimos en el estudio el concepto de órgano de la admisibilidad de la teoría de la persona jurídica.

(135) BOQUERA, ob. cit., pág. 171.

a) *Concepto de órgano.*

Si queremos movernos en un terreno firme al examinar la teoría de la personalidad jurídica del órgano, debemos tomar una posición sobre el concepto de órgano, que en la doctrina española aún permanece un tanto vago.

En efecto, falta aún en la doctrina española un concepto bien delimitado del órgano, pues si bien es cierto que GARCÍA-TREVIJANO se ha referido a él (136), el resultado de su investigación no puede utilizarse como base definitivamente precisa para el estudio del tema que nos ocupa. Hemos de recurrir, por tanto, a las investigaciones de la doctrina italiana, que es la que ha estudiado más profundamente la cuestión.

Después de una serie de discusiones y controversias se ha llegado a aceptar en Italia un concepto de órgano que acoge un importante sector doctrinal. Las controversias y discusiones se produjeron a causa de una evolución del concepto que en principio servía para designar también el conjunto de atribuciones y competencias asignadas al mismo. La discusión obedecía al hecho de que mientras un sector de la doctrina admitía únicamente el primer concepto, otro sector, seducido por la brillante contribución a la ciencia jurídica, que suponía el descubrimiento de la esfera abstracta de atribuciones que se designó con el nombre de «ufficio», se negaba a aceptar la primera de ambas concepciones. Puntos extremos de esta controversia pueden considerarse las posturas de FODERARO y GASPARRI. Para FODERARO era necesario explicar la situación partiendo de la teoría del «ufficio», considerado como una esfera abstracta de atribuciones que excluía todo elemento personal o material (137). Para GASPARRI, en cambio, las definiciones que se han dado del concepto de «ufficio» no son en modo alguno claras y satisfactorias, por lo que es preciso considerar el órgano como el sujeto jurídico activo. En este sentido se emplea, según él, la expresión, refiriéndola a los Ministros, los prefectos y los jueces (138).

(136) Afirmando que «es un centro de competencia delimitado por el Ordenamiento jurídico», *Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos*, en el número 13 de esta REVISTA, Madrid, enero-abril de 1954, pág. 65. En otro lugar afirma que es «un conjunto de competencias o de atribuciones que tienen nada menos que la posibilidad de imputar su actividad a la organización de la cual forma parte». *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 72.

(137) FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*. Padova, 1941, pág. 42. recogido por SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*. Ristampa inalterata, Milano, 1953, pág. 157.

(138) GASPARRI, *Corso di Diritto amministrativo*, volume I. Cesare Zuppi, Bologna, 1953, págs. 184-185.

Es evidente que ambas posturas deben rechazarse. La primera de ellas por que, como advierte SANTI ROMANO (139), la ausencia de elementos personales es algo puramente provisional. La segunda, porque no es difícil apreciar a simple vista que el Ministerio, la prefectura o el juzgado (para seguir los ejemplos de GASPARRI) tienen una entidad distinta del Ministro, el prefecto o el juez. Por tanto, la doctrina se orienta en el sentido de conseguir una conjunción de ambos elementos.

En el sentido indicado se manifiesta SANTI ROMANO (140), para quien la duplicidad es aparente, ya que el sentido menos amplio está comprendido en el otro. En la misma idea abunda MIELE (141), precisándola más al considerar que el órgano no es ni la persona física ni la esfera de atribuciones que se le encomiendan, sino la unidad que resulta de ambos, más los medios materiales que estén a su disposición. Autores tan importantes como ZANOBINI y ALESSI se adhieren a esta concepción, el primero de ellos casi con las mismas palabras que MIELE emplea (142); el segundo, considerando como una individualidad física investida de funciones estatales (143).

Esta posición es precisamente la acogida por nosotros, que consideramos el órgano como un conjunto de atribuciones y medios materiales, a cuyo frente se encuentra una persona física titular del mismo. En este sentido manejamos el concepto de órgano de ahora en adelante.

b) *Admisibilidad de la teoría de la personalidad jurídica del órgano.*

Vamos a referirnos ahora a la posibilidad de admitir la personalidad jurídica del órgano distinguiendo las posturas doctrinales de la admisibilidad de la teoría en el Derecho español.

a') *Posturas doctrinales.*

Ante todo, debemos advertir que es distinto afirmar que los órganos tengan todos ellos personalidad jurídica o que, en algún caso aislado, pueda atribuirse la personalidad a un órgano, pero de todas formas ambas cuestiones se encuentran tan próximas que es preciso dar

(139) SANTI ROMANO, *ob. y loc. cit.*

(140) SANTI ROMANO, *ob. y loc. cit.*

(141) MIELE, *Principii di Diritto amministrativo*, 2.^a edizione, Padova, 1953, pág. 77.

(142) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, I, 8.^a edizione, Giuffré. Milano, 1958, pág. 134.

(143) ALESSI, *Sistema istituzionale del Diritto amministrativo italiano*, 3.^a edizione. Milano, 1960, pág. 84. Claro es que ALESSI maneja esta misma definición o concepto dentro de la lógica de su sistema, pero la conjunción de ambos elementos permanece.

una solución conjunta a este problema, comparado a causa de las dificultades que presenta con el misterio de la Santísima Trinidad (144).

Entre los autores modernos que han sostenido la teoría de la personalidad jurídica de los órganos, debemos citar a GASPARRI y a GIANNINI (145) como los más relevantes. Para GASPARRI cada uno de los órganos es y no puede dejar de ser persona (146). Sin embargo, no se puede dar demasiada importancia a esta concepción, ya que no es más que una consecuencia lógica de la postura que mantiene a propósito del concepto de órgano. Si como hace GASPARRI se identifica el concepto de órgano con el de persona física titular del mismo, es obvio que los órganos sean personas. Por nuestra parte ya hemos rechazado esta concepción en la toma de posición que acabamos de efectuar.

Sin embargo, la postura doctrinal más importante respecto al tema que nos ocupa es la de GIANNINI, por presentarse como consecuencia lógica de una doctrina tan difundida e importante como la teoría institucional del Derecho. Según GIANNINI (147), puede aceptarse la teoría de la personalidad de los órganos, ya que, según él, puede un mismo ente ser sujeto en más de un ordenamiento o serlo en uno de una manera y en otro de otra.

Rechazamos esta formulación de GIANNINI, utilizando los argumentos del más genial defensor de la teoría institucionalista. Para SANTI ROMANO (148) las teorías sobre la personalidad jurídica del órgano forman parte de la historia del concepto, de sus desviaciones y de sus aberraciones. La teoría de GIANNINI, que intenta explicar las relaciones interorgánicas, debe rechazarse, porque las relaciones aludidas no tienen por qué darse entre personas jurídicas, pudiendo darse también, sin dejar de ser jurídicas por eso, entre sujeto y objeto (149). Pero además de esto, porque si el órgano es un elemento que tiene la función de hacer querer y actuar al ente, de aquí se sigue que no puede ser asumido más que por una persona física (150). Concorde con esta pos-

(144) GASPARRI, *Corso di Diritto amministrativo*, volume I, Cesare Zuppi, Bologna, 1953, pág. 187.

(145) Véase también entre los autores más antiguos FODERARO, *Contributo alla teoria della personalità degli organi dello Stato*, Padova, 1961. Entre los autores más recientes afirma la personalidad de los órganos CARBONE, *Persone giuridiche, organi ed organi dotati di personalità giuridica*, «Rassegna di Diritto Pubblico», 1956, fascículo II

(146) GASPARRI, ob. cit., págs. 184 y 185.

(147) GIANNINI, *Lezioni di Diritto amministrativo*, I, Milano, 1960, pág. 145.

(148) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata Giuffrè, Milano, 1953, pág. 166.

(149) SANTI ROMANO, ob. cit., pág. 163.

(150) Ob. cit., pág. 154.

tura, y apoyándose precisamente en el texto de SANTI ROMANO, que citamos, la jurisprudencia italiana ha rechazado la posibilidad de que exista un órgano que sea al mismo tiempo persona jurídica en el «parere» del «Consiglio di Stato» de 11 de junio de 1942 y en la sentencia de la «Corte de Cassazione» de 8 de septiembre de 1953 (151).

Quizá precisamente por las razones expuestas la teoría de la personalidad jurídica del órgano ha tenido una desfavorable acogida en la doctrina española, y así, en las ocasiones en que se han ocupado de ella, la rechazan expresamente GARRIDO (152) y BOQUERA (153).

b') *Derecho positivo español.*

Ahora bien, la polémica doctrinal antes reseñada, si bien es interesante desde otros puntos de vista, no lo es demasiado para el objeto de nuestro estudio (154), ya que el problema no puede plantearse en términos absolutos, puesto que, de hecho, en algunos ordenamientos, como el anglosajón y el canónico, los órganos tienen personalidad jurídica, si bien es cierto que éste no es el supuesto normal en los países continentales. La cuestión estriba, por tanto, como opinan, en Italia, ZANOBINI (155), y en España GARCÍA-TREVIJANO (156), en comprobar si el Ordenamiento jurídico admite esta personalidad.

En el Ordenamiento español no se puede admitir, según se deduce, a nuestro entender, del artículo 1.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, que dice: «La Administración del Estado, constituida por órganos jerárquicamente ordenados, actúa para el cumplimiento de sus fines con personalidad jurídica única.» Esta disposición, que ha servido hasta ahora para negar la posibilidad de que exista una personalidad jurídico-pública de la Administración y otra jurídico-privada, debe aplicarse también a este caso. Si admitimos que los órganos son personas jurídicas o que pueden serlo, es evidente que estaremos en presencia no ya de dos, sino de múltiples personalidades

(151) Citadas en la revista «Banca, Borsa e titoli di credito», parte 2.ª, Milano, 1961, páginas 633 y 634.

(152) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, págs. 99 y 116.

(153) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1955, pág. 161, en nota.

(154) Por eso nos hemos limitado a resumirla tal y como se plantea por los autores más relevantes.

(155) ZANOBINI, *Corso di Diritto amministrativo*, vol. I, 8.ª edizione, Giuffrè, Milano, 1958, pág. 134.

(156) GARCÍA-TREVIJANO, *Principios jurídicos de la organización administrativa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1957, pág. 87.

jurídicas de la Administración, lo que resulta inconcebible a la vista del texto legal citado.

Por tanto, hemos de afirmar que al concederse personalidad jurídica a un órgano, éste deja de serlo, deja de ser una parte de la Administración directa del Estado y pasa a ser otra cosa distinta. Por más que en los supuestos de descentralización funcional la personalidad jurídica sea un simple arbitrio, una ficción, esta ficción es una realidad jurídica que produce una serie de consecuencias. En nuestro Derecho no puede admitirse que un ente sea órgano y persona jurídica al mismo tiempo. La explicación de las relaciones entre Administración central y entes funcionalmente descentralizados habrá que buscarla por otro camino.

D) *Otras teorías que intentan explicar la situación.*

Junto a la teoría de la tutela y la teoría de la personalidad jurídica del órgano existen otras que podrían quizá explicar la situación. Son, en general, doctrinas muy próximas a la personalidad jurídica del órgano. Se trata de las teorías de la semi-personalidad o las cuasi-personalidad de los órganos, la teoría de la persona jurídica titular de un órgano y la teoría de la personalidad instrumental, que examinamos someramente.

La primera de estas teorías constituye un intento de obviar los inconvenientes derivados de la teoría de la personalidad de los órganos, admitiendo la existencia de una personalidad parcial aplicable a las relaciones interorgánicas. Rechazamos esta teoría con GARCÍA-TREVIJANO (157) y SANTI ROMANO (158), porque el concepto de personalidad a diferencia del de capacidad no es susceptible de tales reducciones o disminuciones, además de que el empleo del «semi» y del «cuasi» nos está orientando en torno a la falta de precisión de esta teoría que debe rechazarse terminantemente.

En cuanto a la teoría de la persona jurídica titular de un órgano constituye una variante de la de la personalidad jurídica del órgano, muy próxima a la postura mantenida por GIANNINI. No se trata de que el órgano sea persona jurídica, sino de que las competencias que le están asignadas se atribuyan a una persona jurídica. Rechazamos igualmente esta teoría con SANTI ROMANO (159), por estimar que para la cualidad de órgano lo que cuenta es la idoneidad física y psíquica para querer y actuar que en cuanto tal es atributo de las personas físicas.

(157) GARCÍA-TREVIJANO, ob. cit., pág. 86.

(158) SANTI ROMANO, *Frammenti di un dizionario giuridico*, Ristampa inalterata, Giuffrè. Milano. 1953, pág. 162.

(159) Ob. cit., págs. 158 y sigs.

Por último, la teoría de la personalidad instrumental ha sido defendida por MIELE (160), que sostiene la posibilidad de existencia de una personalidad de este tipo, de menor rango que el concepto de personalidad habitual, cuando se otorgan poderes y facultades. Sin negar que exista un atisbo de una realidad útil negamos validez a la teoría de MIELE, no sólo porque le son aplicables los argumentos aducidos en contra de la teoría de la semi-personalidad o cuasi-personalidad de los órganos, sino también porque en Derecho español, al crear una persona jurídica institucional, y concretamente un ente funcionalmente descentralizado, no se le otorgan una serie de poderes y facultades, sino que se le asigna el cumplimiento de toda una función estatal.

E) *Nuestra posición.*

Dejando a un lado la teoría de la personalidad jurídica de los órganos y las derivadas de ella, estimamos que la construcción defectuosa de la teoría de la tutela, que deja sin acomodo conceptual una serie de hechos, obedece principalmente a tres causas. En primer lugar, el desafortunado planteamiento de la misma, ya que se ve siempre desde el punto de vista de la Administración directa y no desde el prisma del ente menor, perdiéndose con ello una perspectiva indudablemente interesante. En segundo lugar, a la transposición de conceptos de las relaciones entre la Administración central y la Administración institucional. Por último, el hecho de que no se ha dado la debida importancia a la finalidad que se persigue con la creación de la categoría de entes que nos ocupa, esto es, a la realización de un modo más ágil y flexible de una función estatal.

Teniendo en cuenta los datos obtenidos a través de este trabajo, opinamos que la teoría de la tutela debe abandonarse. Las relaciones de los entes funcionalmente descentralizados con la Administración directa del Estado sólo pueden explicarse aceptando la existencia de una relación de integración instrumental entre el ente y la Administración directa. Esta relación se concreta en la persistencia en el seno de la organización administrativa, pero sin confundirse con el órgano, de una persona jurídica creada con el fin de obtener, a través del ordenamiento singular que se le aplica, una mayor agilidad en la realización de una función estatal. Seguidamente explicamos con más detenimiento los dos

(160) MIELE, *Principii di Diritto amministrativo*, Padova, 2.^a edizione, 1953, páginas 70-75 y sigs.

elementos utilizados en la denominación que comprenden las características señaladas.

a) *Puntos básicos de la teoría.*

a') *El elemento de la instrumentalidad.*

Para comprender claramente la relación que se da entre los entes funcionalmente descentralizados y la Administración central, hay que partir de la base de que tras estos entes no existe un centro de intereses propios, sino que se trata de los intereses del propio Estado. Si ponemos esta idea en conexión con la atribución de una función estatal, resultará claro que el Estado crea estos entes, que desempeñan funciones que son propias del mismo Estado, con unos fines determinados. Estos fines no pueden ser otros que la concesión de una mayor agilidad y flexibilidad en el cumplimiento de sus funciones, o más exactamente la consecución de un medio más idóneo para realizar las funciones aludidas. Como, desde luego, el Estado no se desentiende en absoluto de estos entes, como de ninguno de los entes públicos, es claro que se trata de utilizar estas personas jurídicas como medios, como instrumentos para realizar una serie de funciones que son las que se asignan a las nuevas personas. Esta consideración resulta tan elemental y obvia que se hace referencia a ella por los textos legales y por la doctrina, sin que exista la más mínima conexión con la teoría de la instrumentalidad elaborada por la doctrina italiana. Ejemplo de lo primero es la Exposición de Motivos de la Ley de Régimen Jurídico de Entidades Estatales Autónomas (161). De lo segundo da muestras CLAVERO (162), al referirse al instrumento de la personalidad atribuida a estos entes.

Sin embargo, entre la postura expresada por CLAVERO y la nuestra existe una diferencia que se da también respecto a la teoría de la personalidad instrumental de MIELE que hemos expuesto más arriba. Tanto CLAVERO como MIELE consideran instrumento a la personalidad, mientras que nosotros estimamos que el instrumento utilizado por el Estado no es la personalidad, sino el ente. Precisamente la personalidad es un medio para conseguir que el ente sea un instrumento eficaz, pero puede concebirse como instrumento en sí. Por otra parte, MIELE concibe la personalidad instrumental como la simple atribución de poderes y facultades, como hemos expuesto y rechazado ya. En cambio, para nosotros

(161) Exposición de Motivos, 4, párrafo 5.º, in fine.

(162) CLAVERO, *Personalidad jurídica, Derecho general y Derecho singular en las administraciones autónomas*, Conferencia inaugural del curso 1962-63, Centro de Formación y Perfeccionamiento de Funcionarios, Alcalá de Henares, pág. 23.

el ente es instrumento para realizar unas funciones que se le asignan como específicas, aunque no son sino funciones estatales.

Nuestra consideración de estos entes como instrumentos está, en cambio, estrechamente emparentada con la teoría de la instrumentalidad mantenida por OTTAVIANO. Coincidimos con ella en cuanto a este punto en que identificamos la ausencia de intereses distintos de los del Estado con la calificación de estos entes como instrumentos en manos de la Administración. Sin embargo, como se decía al principio de este trabajo, consideramos fundada la crítica de GUARINO (163), consistente en que la categoría permanecía indeterminada porque no se especificaban cuáles eran esos entes instrumentales. Pues bien, nosotros afirmamos, basándonos en las características del Derecho español, que los entes que pueden considerarse como instrumentos son aquellos que han sido creados por el Estado para cumplir más ágilmente funciones que le son propias. Desde luego, se puede aplicar la noción perfectamente a los entes funcionalmente descentralizados en cuanto que no tienen detrás más intereses que los del Estado mismo. En este punto la caracterización de los entes que constituyen la descentralización funcional se revela perfectamente útil, ya que al movernos, refiriéndonos a ella, en un terreno firme, se obvia la indeterminación señalada por GUARINO. Por otra parte, se podrá aplicar la calificación de instrumentos a los establecimientos públicos personificados en cuanto que, no teniendo detrás más intereses que los del propio Estado, se encuentran próximos a los entes funcionalmente descentralizados.

b') *El elemento de la integración.*

Ahora bien, para conseguir que el ente sea un instrumento verdaderamente eficaz se emplea un recurso técnico: la atribución de la personalidad jurídica a un antiguo órgano que automáticamente deja de serlo o la creación *ex novo* de una persona jurídica. En ambos casos se atribuye a la nueva entidad el cometido genérico de la realización de una función estatal. Naturalmente, esta atribución o creación de una personalidad no se hace por un puro juego de artificio. Mediante ella se persigue precisamente la posibilidad de realizar la función estatal actuando dentro de un ordenamiento singular distinto del estatal, y, desde luego, más ágil y flexible.

Refiriéndose a este concepto de la personalidad de Derecho público,

(163) Para las citas oportunas de la teorías de OTTAVIANO y de GUARINO, que se hacen hasta el final de este trabajo, nos remitamos a lo que se ha dicho más arriba.

señala FORSTHOFF (164) que se considera como una forma estructural y de organización. En todo caso debemos puntualizar la afirmación en el sentido de que la inclusión en la organización no se opera en la forma habitual. Con OTTAVIANO consideramos que estos entes se insertan en el complejo organizativo de la Administración. Ahora bien, sobre este punto recaía una de las críticas de GUARINO, que recogíamos, en el sentido de que esta situación varía de unos a otros casos sin que se dé de modo uniforme. Ahora podemos afirmar que cuando se trate de entes funcionalmente descentralizados la inclusión en el complejo se producirá de una forma tal que la proximidad será la máxima posible de manera que estos entes se encuentran en una relación paralela a la orgánica y del mismo grado de intensidad.

Con esto mantenemos la existencia de una integración en el seno del complejo organizativo de la Administración del Estado, que se encuentra justificada por la necesidad de manejar estos entes como instrumentos para la realización de funciones estatales. De una forma imprecisa habían tenido algunos atisbos de esta concepción la doctrina y el Consejo de Estado (165), y, desde luego, este es el único sentido que puede encontrarse a la afirmación de la Exposición de Motivos, 1, de la Ley de 26 de diciembre de 1958, de que estos entes, no obstante tener atribuida una personalidad jurídica distinta de la del Estado, no son personas independientes del mismo.

Sin embargo, la inclusión en el complejo organizativo no se opera en la forma normal, esto es, la integración instrumental no significa que sigamos estando en presencia de órganos, aparte de la serie de razones que hemos dado más arriba, porque precisamente se crean estas personas para realizar la actividad a través del cauce de un ordenamiento singular, huyendo de la actuación por medio de órganos que tendrían que operar a través del cauce del ordenamiento estatal. Lo que sucede es que resulta necesario incluir en el seno del complejo organizativo, junto a los órganos, a estas personas jurídicas que se integran instrumentalmente en él, con objeto de que la Administración pueda reali-

(164) FORSTHOFF, *Tratado de Derecho administrativo*, trad. esp., Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pág. 617.

(165) Así, utiliza la expresión tutela integrativa, VILLAR PALASÍ, en *La actividad industrial del Estado en el Derecho administrativo*, en el núm. 3 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1950, pág. 117. Igualmente se usa la expresión en el dictamen del Consejo de Estado de 15 de marzo de 1950. Por su parte, GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS afirman que estos entes, «no obstante la autonomía de que disfrutan, son piezas engarzadas en el Cuerpo de la Administración», GARCÍA OVIEDO-MARTÍNEZ USEROS, *Derecho administrativo*, 3.ª edición E. I. S. A., Madrid, 1962, pág. 55.

zarlas en todo momento. De alguna manera esto había sido intuído por la doctrina. Así, SANTI ROMANO afirma que en un primer momento había calificado estos entes de órganos indirectos y después de sujetos auxiliares (166), y en otro lugar se refiere a personas públicas que ejercitan funciones integrativas y complementarias de las del Estado (167), mientras que GARRIDO habla también, aunque excusándose, de órganos indirectos para referirse a estos entes (168). Nuestra formulación aclara la afirmación del mismo GARRIDO de que el Estado debía considerar los actos de estos entes como indirectamente propios (169), lo que había sido negado por BOQUERA (170).

Esta integración instrumental de los entes funcionalmente descentralizados no se da respecto a un Departamento ministerial, sino respecto a toda la Administración. Pensamos esto por una razón teórica y otra práctica. La razón teórica es que tratándose en el caso de esos entes de personas jurídicas, las relaciones no deben predicarse de una persona a un órgano, sino de una a otra persona jurídica. La razón práctica se basa en las características de nuestro Derecho positivo. Sólo desde este punto de vista pueden explicarse las facultades que tiene respecto a los entes funcionalmente descentralizados el Ministerio de Hacienda según la Ley de 26 de diciembre de 1958 y la presencia de representantes de diversos Departamentos en los Consejos de Administración o las Juntas de los entes funcionalmente descentralizados, que era una de las características de los ordenamientos singulares que la teoría de la tutela era impotente para explicar.

b) *Contenido de la relación.*

Por parte del ente descentralizado la relación se caracteriza por una situación pasiva de sometimiento a las directrices de la Administración, que lo maneja como instrumento. En cambio, si miramos estas relaciones desde el punto de vista de la Administración debemos distinguir las facultades de la Administración en general del fenómeno de la adscripción a un Ministerio.

En cuanto a lo primero las facultades se concretan en tres puntos de

(166) SANTI ROMANO, *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, Studi di Diritto pubblico in onore di Orste RANELLETTI nel XXV anno d'insegnamento, volumen II, Cedam, Padova, 1931, págs. 435-436.

(167) SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo*, Padova, 1937, pág. 86.

(168) GARRIDO, *Administración indirecta y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950, pág. 165.

(169) GARRIDO, *ob. cit.*, pág. 100.

(170) BOQUERA, *Recursos contra decisiones de entidades autárquicas institucionales*, en el núm. 18 de esta REVISTA, Madrid, septiembre-diciembre de 1955, pág. 158.

la máxima importancia. El primero de ellos es el nombramiento del Presidente y Directores que se opera normalmente por Decreto (artículo 9.º de la Ley de 26 de diciembre de 1958). El segundo consiste en la retención de los bienes asignados para el cumplimiento de los fines, que conservan su calificación jurídica originaria (art. 10 de la Ley citada). El tercero es la intervención constante a través del Ministerio de Hacienda en la gestión y el manejo de los fondos asignados, a lo que la Ley de Entidades Estatales Autónomas dedica varios de sus capítulos.

Mediante la integración instrumental en el seno de la organización administrativa general, el Estado puede impartir directrices a estos entes, así como vigilar el cumplimiento de sus funciones. La adscripción a un Ministerio, en cambio, obedece más bien a razones de coordinación de la actividad. Desde luego, esta adscripción no puede considerarse como una dependencia jerárquica, porque la jerarquía es privativa de las relaciones entre órganos, pero de todas formas se ha encontrado la manera de que el Director del ente dependa del Ministerio a través del sistema de las uniones personales. En virtud de éstas, el Ministro es superior jerárquico del Director, pero mediante una relación de jerarquía que se da en el seno del ente instrumental y no entre éste y el Estado.

El contenido de las relaciones consistente en aprobaciones y autorizaciones de las actas del ente descentralizado, que aisladamente se contempla por algún texto legal, no es más que una consecuencia errónea de la teoría de la tutela. En cambio, mediante nuestra teoría de la integración instrumental se obtiene una explicación para los supuestos que dejaba sin aclarar la teoría de la tutela. Así vemos que la retención de la competencia resulta lógica, ya que las funciones que se ceden siguen siendo funciones estatales más conexas a la competencia del Departamento al que está adscrito el ente que a la competencia de las demás. Y, sobre todo, mediante la integración en el seno de la organización, se encuentra el fundamento de la interposición del recurso de alzada contra las decisiones del Director del ente, aun en aquellos casos en que el Ministro no sea superior jerárquico del mismo dentro del seno de la organización del ente descentralizado.

