

RESERVA Y AUTORRESERVA LEGALES EN MATERIA DE ORGANIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO

(A propósito de la legalidad de los Reales Decretos reestructuradores de la Administración, de 1977 y 1979)

P O R

José Luis MARTÍNEZ LÓPEZ-MUÑIZ

Profesor adjunto de Derecho administrativo.
Universidad de Oviedo

SUMARIO: INTRODUCCIÓN.—I. LA POTESTAD ORGANIZATORIA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978: 1. Gobierno y Administración del Estado; 2. Las Leyes Fundamentales y la Constitución de 1978 ante la potestad de organizar la Administración del Estado; 3. Potestad organizatoria «reservada a la Constitución»; 4. Reserva legal y potestad organizatoria; 5. Autorreserva legislativa y potestad organizatoria administrativa; 6. Recapitulación.—II. LEGALIDAD VIGENTE EN CUANTO A LA TITULARIDAD DE LA COMPETENCIA PARA CREAR, MODIFICAR SUSTANCIALMENTE, SUPRIMIR Y ALTERAR EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS MINISTERIALES: ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL ARTÍCULO 28 DEL REAL DECRETO-LEY DE 8 DE OCTUBRE DE 1976: 1. Naturaleza jurídica y rango constitucional de los Departamentos de la Administración gubernativa; 2. Autorreserva legal sobre los Departamentos: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado; 3. Deslegalización y decretos-leyes: el artículo 26 del Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre; 4. Inaplicación y declaración de nulidad del artículo 26 del Decreto-ley 18/1976, antes y después de la Constitución de 1978.—III. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REALES DECRETOS DE 4 DE JULIO DE 1977 Y 5 DE ABRIL DE 1979: ALCANCE DE SUS EFECTOS: 1. La nulidad de pleno derecho de ambos Decretos; 2. Comunicación de la invalidez de los Decretos reestructuradores de la Administración a normas y actos posteriormente dictados por ésta.—CONCLUSIÓN.

INTRODUCCIÓN

En la actualidad es casi ya un lugar común de la doctrina jurídico-administrativista subrayar el carácter plenamente jurídico de las normas orgánicas rectoras de la Administración pública.

Por otra parte, la Constitución ha provocado una amplia renovación de la atención doctrinal al gran tema de las fuentes normativas, muchas de ellas hondamente transformadas en la nueva ordenación fundamental de los Poderes públicos institucionales de nuestro Estado.

En el horizonte de una preocupación por verificar el grado de auténtica juridicidad de lo organizativo y del interés por apurar el análisis de las consecuencias que la nueva Constitución proyecta sobre

nuestro Ordenamiento administrativo, en cuanto determinante de una distribución de poderes y competencias de indudable relevancia en el juego dialéctico Ley-Reglamento, la reorganización de la Administración del Estado que pretende llevarse a cabo en julio de 1977 y en abril de 1979, con motivo del nombramiento de los dos Gobiernos salidos de las urnas democráticas tras las elecciones respectivas de junio de 1977 y marzo de 1979, ha supuesto un catalizador y un reto para abordar el estudio de diversas cuestiones que ahí convergen y cuya solución no deja de tener considerable trascendencia práctica.

En la primera parte del presente estudio y como punto de partida se trata de establecer comparativamente el cuadro básico de la distribución de campos competenciales que, respectivamente, trazan la Constitución de 1978 y las derogadas Leyes Fundamentales del Reino, de la etapa del Movimiento Nacional, en cuanto a la potestad organizatoria sobre la Administración del Estado. Ello conduce a la determinación del ámbito de la reserva legal en materia de organización de dicha Administración y del campo en que puede jugar la potestad de las Cortes Generales de autorreservarse poderes en dicha materia.

Sobre ese cuadro previamente iluminado es posible ya, en un segundo momento, examinar el problema de la legalidad vigente en cuanto a la creación, supresión y reforma de Departamentos de la Administración gubernativa, analizando especialmente la constitucionalidad del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, base legal reiteradamente aducida en las operaciones reestructuradoras de la Administración—de sus Departamentos—en julio de 1977 y abril de 1979.

Finalmente se analizan los Reales Decretos de estas fechas reorganizadores de la Administración del Estado, para concluir sobre su validez o invalidez y sobre la comunicación de su eventual ilegalidad a las normas y actos que de ellos traen parte, al menos, de su legitimidad.

I. LA POTESTAD ORGANIZATORIA SOBRE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO EN LA CONSTITUCIÓN DE 1978

1. *Gobierno y Administración del Estado*

1.1. En la ordenación institucional del Poder público que se ha convertido ya en tradicional en España, la Administración del Estado propiamente dicha está constituida, como expresa el artículo 1.º de

la Ley de Régimen Jurídico de 1957, por una serie de órganos jerárquicamente ordenados bajo la dependencia —añade el artículo 2.º— del presidente del Gobierno o de un ministro (1), en cuya cúspide se encuentran sus llamados «órganos superiores», a saber: el Consejo de Ministros (2) y las Comisiones Delegadas del Gobierno, además del presidente del mismo (3) y los ministros (art. 2.º, 1, de la citada Ley).

1.2. Ya la Ley Orgánica del Estado de 1967 trató, como se recordará, por separado, por vez primera a nivel constitucional (4), del *Gobierno de la Nación* (título III) y de la *Administración del Estado* (título VII) (5), aunque bajo su vigencia no se extrajo de ello en la práctica consecuencia jurídica alguna, manteniéndose como se mantuvo la plena efectividad de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado.

El anteproyecto de Constitución publicado por el «BOC» de 5 de enero de 1978 regulaba en un título V *el Gobierno y la Administración*, estructurando todo su articulado en dos capítulos diferentes: uno relativo al *Gobierno* y otro a la *Administración*. Pero enseguida

(1) Entiendo que la referencia de la LRJ al Jefe del Estado debe considerarse derogada por la Constitución de 1978, artículos 97 y siguientes y título II. En igual sentido parecen pronunciarse implícitamente MARTÍN MATEO, R.: *Manual de Derecho administrativo*, 4.ª ed., Madrid, 1979, 183, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 3.ª ed., Ed. Civitas, Madrid, 1979, 309; expresamente ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, 6.ª ed., 28, y SÁNCHEZ AGESTA, L.: *Sistema político de la Constitución Española de 1978*, Editora Nacional, Madrid, 1980, 195 y ss. Ello sin perjuicio de la naturaleza administrativa de la Casa del Rey, contemplada en el artículo 65 de la Constitución y regulada por Reales Decretos 2942/1975, de 25 de noviembre, y 310/1979, de 13 de febrero.

(2) Cfr. el artículo 5.º de la misma LRJ, que identificaba al *Consejo de Ministros* con el *Pleno del Gobierno*. Esta identificación puede quedar rota después de aprobarse la Constitución de 1978 (art. 98, 1), como más adelante se explicará.

(3) La LOE institucionalizó también a nivel constitucional, junto a todos estos órganos, a los vicepresidentes del Gobierno (art. 16).

(4) En realidad nuestra primera tradición constitucional —la que marcan nuestras Constituciones del siglo XIX al dedicar diversos de sus preceptos al Rey y a los ministros o, primitivamente, a los secretarios de Estado y del Despacho— quiebra con la Constitución republicana de 1931 e intentó romperse ya con el proyecto de Constitución de 1929. Este último texto dedicaba un título a la Corona (el IV), complementado con el que dedicaba al Consejo del Reino (el V), y luego tenía un título relativo al Poder Ejecutivo (el VII) y otro dedicado a la «Organización y gestión de los servicios públicos» (el VIII); el artículo 70, 1, diferenciaba «la Administración del Estado y el Gobierno de la Nación». Por su parte, la Constitución de 1931 regula en títulos separados la Presidencia de la República (V) y el Gobierno (VI), y aunque no hay un título especial para la Administración del Estado, el artículo 93 muestra distinguir entre «la Administración» y el «Gobierno».

(5) Sobre el tema cfr. GALLEGO ANABITARTE, A.: *Derecho general de organización*, IEA, Madrid, 1971, 289 y ss., y BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Administración y Gobierno en la LOE*, «DA», 164, marzo-abril 1975, 5 y ss.

la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso simplificó esta sistemática, suprimiendo la división en capítulos, aunque conservando la dedicación de un título especial, el IV, al *Gobierno* y la *Administración*. Esta sistemática sería la definitiva del texto constitucional hoy vigente.

1.3. Parece claro que estas formulaciones constitucionales apuntan a cierta diferenciación entre Gobierno y Administración como instituciones básicas distintas—pero unidas—dentro de la organización del Estado. No se sabe bien, sin embargo, cuáles puedan llegar a ser las consecuencias jurídicamente relevantes de esta diferenciación. Y cualquiera que aquéllas sean es evidente que la Constitución marca a ésta algunos límites importantes, como lo es, destacadamente, el que deriva de la sumisión de la potestad reglamentaria del Gobierno (art. 97) al control de los Tribunales (contencioso-administrativos) a que se refiere el artículo 106, encargados de controlar también la legalidad de la actuación administrativa, concepto éste en el que por lo demás parece habrá que seguir incluyendo el ejercicio de la función ejecutiva asignada al Gobierno en el artículo 97 de la Constitución. Este precepto encarga, por añadidura, al Gobierno la dirección de la Administración, tanto civil como militar, del Estado. Esta función venía ya ejerciéndola desde los mismos comienzos del régimen constitucional en los años treinta del siglo XIX. Pero es cierto que así como hasta ahora ejercía esa función desde dentro de la Administración, siendo órgano superior de la misma, cabría idear un sistema de articulación en el que esa dirección se efectuase desde fuera. De todos modos, aparte la dificultad técnica que esta posibilidad plantea ya de por sí, el artículo 98 de la Constitución establece de modo imperativo la integración de los ministros en el Gobierno, y, en cualquier caso, el artículo 110.2 es suficientemente explícito al indicar la voluntad constitucional de que los jefes de los Departamentos de la Administración sigan siendo todos ellos miembros del Gobierno (6),

(6) Cabría, sin embargo, progresar en la línea que ha abierto la creación de las Secretarías de Estado—sin perjuicio de lo que en este mismo trabajo decimos más adelante sobre la ilegalidad formal de la vía hasta ahora empleada para su establecimiento—para institucionalizar—en una gran operación de reforma de la Administración gubernativa—buena parte de los actuales Departamentos ministeriales como Departamentos adscritos a secretarios de Estado, esto es, como Secretarías de Estado. Podría la ley en este sentido determinar los 15 ó 20 Departamentos en que se organizaría la Administración del Estado (por ejemplo y aprovechando lo más posible la actual organización: Presidencia o Secretaría del Gobierno, Asuntos Exteriores, Hacienda, Justicia e Interior—que bien podían unirse habida cuenta del vaciamiento de competencias que experimentará el actual

siendo éste, en definitiva, el órgano supremo—órgano complejo— para la coordinación e impulso de toda la Administración del Estado (7).

1.4. La distinción, en fin, entre Gobierno y Administración probablemente seguirá refiriéndose como hasta ahora a una diferencia más bien entre la parte y el todo; diferencia que constitucionalmente se destaca de modo particular debido a la especialísima relevancia que cara a la vida política general de todas las instituciones del Estado en su sentido más amplio y de la comunidad nacional se le reconocen al Gobierno (8). Pero podremos seguir sosteniendo que todo lo que las leyes afirmen—o la propia Constitución señale—sobre la Administración Pública en general o la del Estado en particular será siempre aplicable a su cabeza, esto es al Gobierno, salvo que éste sea objeto expreso de un trato diferenciado en determinada cuestión (9).

Ministerio de Justicia—, Defensa, Economía, Agricultura, Industria, Comercio, Turismo, Trabajo, Seguridad Social y Asistencia Social, Sanidad, Educación y Ciencia, Cultura, Transportes y Comunicaciones y Ordenación del Territorio y Medio Ambiente), dejando al Presidente del Gobierno la fijación de los que serían dirigidos por un ministro o por un secretario de Estado, así como la determinación del ministro o ministros encargados de la coordinación de una o varias Secretarías de Estado.

De irse a esta solución, el artículo 98, 1, ofrece un cauce idóneo para que los secretarios de Estado como jefes de sus respectivos Departamentos—Secretarías de Estado—formen parte del Gobierno, a semejanza de los ministros, aunque no en pie de total igualdad con ellos, que serán los únicos miembros de pleno derecho del *Consejo de Ministros*, órgano máximo, en principio, del Gobierno. Los secretarios sí podrían formar parte de otros órganos colegiados del Gobierno que, como las Comisiones Delegadas de la LRJ de 1957 o como las Comisiones del Gobierno que se prevén en el *Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública*, de diciembre de 1979, pudieran crearse.

(7) Cfr. además el tenor del artículo 98, 2, de la Constitución.

(8) Consecuencias importantes podrían además derivarse de la distinción Gobierno-Administración, comprendida en el sentido del texto, en orden a la deseable despolitización de la Administración estatal en los niveles orgánicos no de gobierno. Al tema se viene refiriendo la doctrina de diferentes formas. Cfr. recientemente MARTÍN REBOLLO, L.: *Ante la reforma administrativa: los ministros y otros miembros del Gobierno*, en esta REVISTA, 89, mayo-agosto 1979, 111.

(9) En realidad la propia Constitución, aunque en un precepto algo alejado del título IV, el artículo 70, 1, b), confirma la tesis que sostenemos; se trata allí, en efecto, a los miembros del Gobierno como altos cargos de la Administración del Estado.

El artículo 109 por su parte, habla de los Departamentos del Gobierno [*Las Cámaras y sus Comisiones podrán recabar, a través de los presidentes de aquéllas, la información y ayuda que precisen del Gobierno y de sus Departamentos (...)*], mientras que el 110, 2, se refiere en otros términos a los *Departamentos de los miembros del Gobierno*. Me parece, por ello, bien orientada la siguiente tesis: «La Administración aparece como brazo ejecutivo del Gobierno, no como una especial faceta del Estado dotada de personalidad jurídica y centro de imputación patrimonial (...); ello no significa que el Gobierno no corone la propia organización de la Administración pública, y buena prueba de ello es la atribución de la potestad reglamentaria, materia típicamente administrativa» (MARTÍNEZ LAFUENTE, A.: *La potestad reglamentaria de los ministros. Especial referencia al ámbito tribu-*

2. *Las Leyes Fundamentales y la Constitución de 1978 ante la potestad de organizar la Administración del Estado*

Hechas las aclaraciones anteriores, pienso que puede afirmarse que la potestad organizatoria sobre la Administración del Estado se ejerce y regula en la Constitución de 1978 con bastante similitud y

tario, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. II, 1346). Se trataría en suma de una solución similar a la explícitamente adoptada por la Constitución italiana, cuyo título III está dedicado al Gobierno, el cual se divide en una Sección 1.^a sobre el Consejo de Ministros, otra Sección sobre la Administración pública y una tercera sobre los organismos auxiliares.

Es de observar, sin embargo, que el *Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública*, remitido por el Gobierno a las Cortes Generales por acuerdo del Consejo de Ministros del 16 de noviembre de 1979 (registrado de entrada en el Congreso de los Diputados con fecha 28 de diciembre), regula por separado, como instituciones diferentes, efectivamente, el Gobierno y la Administración del Estado, configurando además solamente a ésta —art. 36— como organización jerarquizada dotada de personalidad jurídica propia, al margen de la cual quedarían por tanto —según todo parece indicar— los órganos específicos del Gobierno (Consejo de Ministros —arts. 2.º, 2; 3.º y 4.º—, Comisiones —arts. 2.º, 2, y 5.º—, presidente del Gobierno —arts. 2.º, 1, y 6.º y ss.— y vicepresidentes —arts. 2.º, 1, y 10). La solución que según esto quiere introducirse no parece aceptable y resulta artificiosa o mal articulada. Es indudable que el ejercicio de potestad reglamentaria tanto por parte del Consejo de Ministros como por parte, en su caso, de las Comisiones del Gobierno o por el Presidente del Gobierno es —además de actividad políticamente importante— actividad incuestionablemente *administrativa*, sometida al mismo control jurisdiccional que los reglamentos de otros órganos de la Administración o que el conjunto de la actividad administrativa (Constitución, art. 106). Pero es que, además, tanto en la enumeración de competencias del Consejo de Ministros, como en la de las del Presidente, encontramos competencias resolutorias indiscutiblemente administrativas: así respecto del primero, artículo 4.º, letras *g)*, *h)*, *n)* y *f)* —en relación, por ejemplo, con el 155, el 153, *b)*, de la Constitución o el 46, 3, y el 50, 3, de este mismo Proyecto de Ley Orgánica—, y respecto del segundo, letras *c)* —que habla de «la dirección administrativa de la actividad gubernativa», *d)* y *ñ)* del artículo 6.º Por otra parte, la potestad reglamentaria de los ministros parece configurarse también por su ubicación sistemática como parte de la actividad gubernativa, de la actividad del Gobierno y de la Administración, como si fuera una actuación de los ministros en su condición de miembros del Gobierno y no en cuanto jefes de sus respectivos Departamentos ministeriales (cfr. capítulo VIII del título I); pero la lectura del artículo 26 nos muestra inequívocamente que se sigue vinculando el ejercicio de la potestad reglamentaria ministerial a la condición de titulares de Departamentos. Y lo que es más llamativo: al establecer en el artículo 28 criterios generales sobre la potestad reglamentaria del Gobierno, se dice en el número 2: «La Administración pública no podrá restringir derechos individuales...».

GARRIDO FALLA, en un reciente trabajo (*Constitución y Administración*, «REDA», 20, enero-marzo 1979, 5-11), tras señalar «que, en cierto sentido, la Administración se independiza del Gobierno (p. 7), a propósito precisamente de la atribución por la Constitución al Gobierno de la potestad reglamentaria dice: «¿No se viene tradicionalmente afirmando por los administrativistas que entre las potestades *administrativas* está la "potestad reglamentaria"? ¿Acaso la Administración incluye —dentro de su complejo orgánico— al Gobierno? Se toca con esto, claro está, uno de los temas más discutidos de la doctrina administrativista, y, a nuestro juicio,

sólo alguna diferencia respecto a como se hizo en la Ley Orgánica del Estado de 1967, que conforme se recordará, vino en este punto a completar y precisar las determinaciones de tipo general contenidas en el artículo 10 de la Ley de Cortes de 1942 (10).

3. *Potestad organizatoria «reservada a la Constitución»*

3.1. En efecto, ciertamente tanto la actual Constitución como la Ley Orgánica del Estado establecen con rango constitucional y regulan en sus trazos fundamentales, aunque con distinta orientación:

1. El *Gobierno* (arts. 97, 98, 101, 108 y ss. de la Constitución y título III y arts. 49, 51 y ss. de la LOE) y el *Consejo de Ministros* (arts. 62, f), 112, 115, 116 de la Constitución y 13 de la LOE) (11).

se apuntala a nivel constitucional una solución que en otra ocasión hemos defendido:

1. Que el Gobierno realiza simultáneamente función política y función administrativa.
2. Que cuando ejercita la potestad reglamentaria (a diferencia de cuando dicta Decretos-leyes o Decretos legislativos) realiza una función administrativa.
3. Que si el Gobierno administra es porque, al menos en cuanto hace tal, forma parte de la Administración, constituyendo cabalmente el vértice de la pirámide (y de aquí la expresión constitucional de que la "dirige" —art. 97—).
4. Que si el Gobierno hace más que administrar, al menos en cuanto tal hace, está fuera de la Administración y es cosa distinta de ella; y
5. Que, orgánicamente, la suma de Gobierno y Administración constituye el Poder Ejecutivo» (pp. 10-11).

Entiendo que no es necesario considerar al Gobierno como algo distinto de la Administración —como algo separado o separable de ella— por el hecho de que cumpla funciones políticas y, entre ellas, funciones legislativas. Cuando éstas consisten en aprobar normas con fuerza de ley, son funciones extraordinarias y generalmente provisionales (los decretos-leyes del artículo 86 de la Constitución) o bien funciones delegadas caso por caso por parte del Poder Legislativo, que no alteran, en suma, la naturaleza propia del Gobierno, ni la de su actuación, como cabeza que es de la Administración del Estado o Poder Ejecutivo. Tampoco los llamados por GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R. (*Curso...*, 3.^a ed., 27 y ss.), *actos constitucionales* y *actos de carácter internacional* necesitan explicarse acudiendo a la idea de considerar a ciertos efectos al Gobierno como fuera de la Administración.

(10) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho administrativo*, II, 1.^o, 2.^a ed., Ed. RDP, Madrid, 1971, 115, que olvida, sin embargo, recoger la incidencia de la LOE en el tema; en las páginas 533 y siguientes, al tratar de los distintos órganos superiores de la Administración Central del Estado, recoge ya las determinaciones de la LOE. Cfr. también ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, desde la 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1968, 173; ALVAREZ RICO, Manuel: *Aspectos jurídicos de la inflación orgánica de la Administración pública en España*, «REDA», 9, abril-junio 1976, 303 y ss.

(11) A consecuencia del tenor literal del artículo 98, 1, de la Constitución, parece que ahora habrá que distinguir obligadamente entre Gobierno y Consejo de Mi-

2. *El presidente del Gobierno* (arts. 98, 99, 100 y 102 de la Constitución y 13 a 15 de la LOE).

3. Los *ministros* (arts. 98 y 100 de la Constitución, así como los arts. 101 y 102 de la misma, y arts. 13, 17 y ss. de la LOE).

4. Los *vicepresidentes del Gobierno* (cuya regulación básica y siempre como órganos facultativos se contiene en el art. 98 y los demás relativos a los miembros del Gobierno, en la Constitución, y en los arts. 13 y 16 de la LOE).

5. Los *Departamentos* (arts. 109 y 110,2 de la Constitución y 20 de la LOE).

3.2. Tanto la Constitución como la LOE reconocían también con rango constitucional al *Consejo de Estado* (arts. 107 y 40,IV, respectivamente).

Asimismo, la LOE reconocía en el artículo 40,V el *Consejo de Economía Nacional*. La Constitución impone, por su parte, a las Cortes Generales la obligación de crear un *Consejo* que articule y encauce el asesoramiento y colaboración de los sindicatos y otras organizaciones profesionales, empresariales y económicas al Gobierno en materia de planificación económica (art. 131-2). Cambia sustancialmente la composición del Consejo, pero parece dirigido a cumplir una función análoga.

3.3. Hay, finalmente, en la Constitución otra previsión institucional, indudablemente orgánica y referida a la Administración del Estado. Me refiero a la contenida en el artículo 104 sobre las *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad*. En la LOE las llamadas entonces Fuerzas de Orden Público también tenían rango constitucional, pero formando parte de las Fuerzas Armadas (art. 37). En la Constitución las Fuerzas Armadas reciben un trato especial en el artículo 8.º del título preliminar, constituyendo una organización diferenciada respecto de la Administración del Estado—lo que ya ocurría también en la LOE—, pero las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad no se integran en principio constitucionalmente en ellas y se contemplan como parte de la Administración del Estado.

nistros. Aquél podrá ser una institución más amplia, compuesta del Consejo de Ministros y otros órganos en los que participen de pleno derecho sus miembros no ministros. Ello supone una diferencia importante respecto de la LOE y nuestra tradición constitucional.

Todo esto es lo que constituye lo que podríamos denominar la *reserva constitucional* en materia de organización de la Administración del Estado, en la que quizá cabría aún considerar incluidos los principios de organización —jerarquía, descentralización, desconcentración, coordinación y eficacia— del artículo 103,1 del texto constitucional, en la medida en que suponen criterios imperativos básicos establecidos por el poder constituyente, a los que queda específicamente vinculada la potestad organizatoria que se reconozca al Legislativo o a la misma Administración.

En definitiva, si prescindimos de estos principios ahora elevados al rango constitucional, comprobamos que el campo organizativo directamente regulado por la Constitución es prácticamente coincidente con el que se regulaba en las Leyes Fundamentales del anterior régimen político, sin perjuicio de que el contenido de las normas a este respecto establecidas por la Constitución hayan determinado importantes diferencias en la configuración de las instituciones u órganos de que se trata (12).

4. Reserva legal y potestad organizatoria

4.1. Por otra parte, tanto la Constitución vigente como la Ley Orgánica del Estado establecen algunas *reservas de Ley* en cuanto a la organización de la Administración del Estado. Y tampoco aquí se encontrarán diferencias muy señaladas, aunque sí una cierta reducción de la reserva en favor del Legislativo a la par que un endurecimiento o mayor rigidez de la reserva en cuanto a algunas materias al exigirse en ellas la ley orgánica (13). Según la Constitución queda ahora reservado a la ley:

(12) Es evidente el cambio de ordenación que experimentan tanto el Gobierno y el Consejo de Ministros como el Presidente del Gobierno o, en fin, ese Consejo «económico-social» a que se refiere el artículo 131, 2, de la Constitución. Se manifiesta en estas instituciones, señaladamente en las del Gobierno, el cambio experimentado en los principios fundamentales vertebradores de la forma política del Estado español, que ahora son los propios de una monarquía parlamentaria (artículo 1.º, 3) y no simplemente representativa (art. 1.º de la Ley de Sucesión de 1947 y principios VII y VIII de la Ley Fundamental de 1958). En cuanto a los Departamentos, *vid. infra, II*.

(13) «La aprobación, modificación o derogación de las leyes orgánicas exigirá mayoría absoluta del Congreso, en una votación final sobre el conjunto del proyecto» (art. 81, 2, de la Constitución). Sobre este tipo de leyes, cfr. entre otros: ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho administrativo*, I, Tecnos, Madrid, 1979, 98; GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, I,

a) *Orgánica*:

1. El *Consejo de Estado* (su composición y competencia): artículo 107.
2. Las *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (funciones, principios básicos de actuación —que no es algo propiamente orgánico— y estatutos respectivos): artículo 104,2.

b) *Ordinaria*:

1. Establecer *quiénes pueden ser miembros del Gobierno además del presidente, los vicepresidentes y los ministros* (art. 98,1).
2. *Estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno* (art. 98,4).
3. El *Consejo «económico-social»* del artículo 131-2, en cuanto a su composición y funciones.

La Ley Orgánica del Estado, además de reservar a la ley el *Consejo de Estado* y el *Consejo de Economía Nacional* (art. 40,IV y V) y la determinación de otros cualesquiera *órganos consultivos* para el asesoramiento de la Administración (art. 40,III), exigía una ley para *determinar los órganos superiores de la Administración y su respectiva competencia* (art. 40,II), así como las *incompatibilidades del presidente del Gobierno* (art. 14,II) y de los *ministros* (art. 17,2).

4.2. ¿Qué debía entenderse por *órganos superiores de la Administración*? Indudablemente debería decirlo la ley; pero parece claro que como tales habrían de considerarse los *órganos* que se dispusiesen a la cabeza efectiva de esa jerarquía orgánica a que se refiere el mismo

Civitas, 3.^a ed., Madrid, 1979, 134; BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho administrativo*, 3.^a ed., IEAL, Madrid, 1979, 164; LINDE PANIAGUA, E.: *Ley y Reglamento en la Constitución*, en *Lecturas sobre la Constitución Española*, coord. por FERNÁNDEZ, T. R., I, UNED, Madrid, 1979, 256; SOSA WAGNER, F.: *Aproximación al tema de las leyes orgánicas*, «REDA», 21, abril-junio 1979, 199 y ss.; GARRIDO FALLA, F.: *Las fuentes del Derecho en la Constitución Española*, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, 35 y ss.; MENDOZA OLIVÁN, V.: *Tipología de las leyes en la Constitución*, en *La Constitución Española y las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, 90 y ss.; CARRETERO PÉREZ, A.: *El concepto constitucional de fuentes de derecho*, *ibidem*, 404 y ss.; DIEZ PICAZO, L.: *Constitución y fuentes de derecho*, *ibidem*, 659; CALVEZ MONTES, Javier: *El ámbito material y formal de las leyes orgánicas*, *op. cit.*, vol. II, 921 y ss.; MARTÍN OVIEDO, J. M.: *Tipología, jerarquía y producción de las normas en la Constitución Española*, en el mismo vol. II, 1294 y ss.; RÍVERO YSERN, E., y CASCAJO CASTRO, J. L.: *Consideraciones sobre las leyes orgánicas*, vol. III, 1687 y ss., y VILLAR PALASÍ, J. L.: *El principio de jerarquía de las normas según la nueva Constitución*, *ibidem*, 2089 y ss.

artículo 40 de la LOE, en su apartado I. Es decir, el órgano o los órganos que ejercieran efectivamente el poder supremo administrativo (14) y la dirección de toda la Administración, colocados en la cúspide de ésta. Hoy la Constitución atribuye esa función de dirigir la Administración del Estado expresamente al Gobierno (art. 97), lo que parece sugerir que los órganos superiores de la Administración (15) son precisamente los que formen el Gobierno. Por lo que si la Constitución hubiese exigido una ley para determinar los órganos del Gobierno y su respectiva competencia habría en realidad venido a coincidir con lo que exigía la LOE, o así podría interpretarse. Pero la Constitución no ha exigido tanto sino que se ha limitado a exigir que por ley se establezcan quiénes pueden pertenecer al Gobierno sin ser ministros —además del presidente y vicepresidentes— y el estatuto de los miembros del Gobierno (art. 98,1 y 4), esto es, los requisitos para tener esta condición, las competencias que implica, y el régimen de nombramientos, ceses, sustituciones y exigencia de responsabilidades. Se requerirá entonces una ley para determinar las competencias, en términos genéricos al menos, de los distintos miembros del Gobierno singularmente considerados, pero no las de los posibles órganos colegiados en que éste haya de organizarse: Consejo de Ministros, Comisiones... En cambio, por contraste con la LOE, en cuanto a los miembros del Gobierno singularmente considerados, se exige determinar por ley no sólo sus competencias e incompatibilidades (como pedía la LOE) sino su completo estatuto. De manera que en realidad se reduce la reserva legal por un lado —no se extiende a la competencia de órganos superiores de la Administración como el Consejo de Ministros y las Comisiones Delegadas del Gobierno—, y se ensancha, por otro, para abrazar no sólo las competencias sino todo el régimen jurídico de los miembros del Gobierno. Aunque sí, como ha hecho algún autor, se interpretara la LOE en el sentido de entender que en el concepto de órganos superiores de la Administración sola-

(14) Como dice la LOE, artículo 6, respecto del Jefe del Estado. Cfr. también esta misma Ley Fundamental en el artículo 13, II.

(15) Puesto que como ya dijimos *supra*, en página 3, Gobierno y Administración no son dos realidades escindibles, sino que aquél es la parte superior de la Administración del Estado, sin perjuicio de que a veces pueda hablarse de la Administración como el aparato organizativo instrumento de la acción del Gobierno. GARRIDO FALLA, por ejemplo, califica al Gobierno —comentando la actual Constitución— como «órgano supremo de la Administración» (en las *Fuentes del Derecho en...*, cit., 41). Cfr. también las referencias de BASSOLS COMA, M., *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, 332, en nota (19).

mente habría que incluir los ministros (16), puesto que «el Jefe del Estado, el Consejo de Ministros y el Presidente del Gobierno deben considerarse, no como órganos superiores de la Administración y al mismo tiempo como órganos de gobierno, sino más exactamente como órganos de gobierno que tienen competencias administrativas» (17), habría que concluir que en realidad la Constitución ha venido solamente a ensanchar la reserva legislativa, al exigir que la ley fije no solamente la competencia de los ministros sino el estatuto jurídico completo y no sólo de éstos sino de todos los demás posibles miembros del Gobierno. Pero parece más bien que, al hablar la LOE, en el artículo 40, II, de que «los órganos superiores de la Administración (y) su respectiva competencia (...) vendrán determinados por Ley», la Ley Fundamental estaba pensando en más de un tipo de órgano superior, pues en otro caso no hablaría de «su respectiva competencia». Con toda probabilidad, en definitiva, se estaba pensando en la formulación

(16) BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Administración y Gobierno en la Ley Orgánica del Estado*, DA, 164, marzo-abril, 1975, 44: «me parece la única interpretación plausible la de que esta alusión a los órganos superiores se refiere exclusivamente a los ministros, únicos considerados como tales en la Ley de Régimen Jurídico y, sin embargo, no regulados por la LOE. Según esto, la Ley no habrá hecho más que simplificar al constitucionalizarla la reserva de ley del artículo 3.º, párrafo 2.º, de la LRJ, respecto a los Departamentos ministeriales». El mismo autor se da cuenta a renglón seguido de los problemas que plantea esta interpretación: «deja en una especie de callejón sin salida el tema de la competencia, también afectado por la reserva de ley, pues tomado a la letra debería entenderse en el sentido de que la competencia de los Departamentos sólo puede modificarse por ley, lo que daría lugar a numerosos problemas en la práctica. Quizá la única manera de salvar el escollo sea interpretar—sigue diciendo—que la Ley no está refiriéndose a la competencia de los Departamentos, sino a las atribuciones de los ministros o, a lo sumo, al haz de atribuciones de cada uno de ellos, admitiéndose así que se emplea el término competencia con una corrección más que dudosa» (p. 45). En realidad o una de dos: o el artículo 40, II de la LOE se refería a los ministros—y entonces la determinación de su respectiva competencia obligaba a entender que toda competencia de un ministro tendría que ser fijada por ley, lo que parece un poco absurdo—, o se refería a los ministros y a otros órganos superiores de la Administración, que tanto pudieran ser el Consejo de Ministros y las Comisiones del Gobierno, como otros órganos que—del tipo de los secretarios de Estado—pudieran en efecto crearse. Con todo, la reducción del Gobierno, por parte de la LOE, a presidente, vicepresidentes y ministros podía representar un serio inconveniente a la creación de secretarios de Estado como verdaderos órganos superiores de la Administración y no como simples órganos internos, aunque superiores, de los Departamentos ministeriales. El hecho de que la LOE regulara los trazos fundamentales del Gobierno no suponía en modo alguno un obstáculo a entender la reserva de ley del artículo 40, II como aplicable en efecto al Gobierno, ya que la LOE dejaba muchos puntos sin regular (en contra, BAENA DEL ALCÁZAR, *ibidem*, 44).

(17) BAENA DEL ALCÁZAR, M.: *Op. cit.*, p. 56. En esta misma página, por cierto, el profesor BAENA llega a afirmar que el Gobierno es «superior jerárquico de los ministros», tesis ésta que me parece abonaría una conclusión contraria a la por él allí sostenida en cuanto a la delimitación de la Administración Central del Estado en la LOE, habida cuenta de los términos del art. 40, I de la misma.

de la LRJ, que en su artículo 2.º consideraba expresamente como tales al jefe del Estado, al presidente del Gobierno, al Consejo de Ministros, Comisiones Delegadas y ministros. De ahí que al exigir que la ley fijara «su respectiva competencia» fijaba la LOE un ámbito de reserva legal más amplio que el que hoy señala el artículo 98 de la Constitución al referirse al «Estatuto de los miembros del Gobierno», que, en cuanto a competencias, solamente exige determinar por ley las de éstos, individualmente considerados, y no, por tanto, las de los órganos colegiados del Gobierno.

4.3. La ley que regule el estatuto de los miembros del Gobierno habrá, lógicamente, de tratar apropiadamente y de forma distinta al presidente del Gobierno —que es, evidentemente, uno de los miembros del Gobierno (cfr. arts. 98,2 ó 100 de la Constitución que con referencia a él hablan de los otros miembros como *los demás* miembros del Gobierno)—, a los vicepresidentes, a los ministros y a otros eventuales miembros del Gobierno que la misma ley determine. Y al fijar sus respectivas facultades, habrá de precisarse qué atribuciones (18) les corresponderán como órganos unipersonales y de qué órganos colegiados del Gobierno podrán formar parte y con qué derechos. Esta exigencia de la determinación del estatuto de los miembros del Gobierno lleva por ello consigo que la reserva de ley incluya indirectamente:

1. *El haz de atribuciones que haya de corresponder singularmente a los ministros-jefes de Departamento o a otros posibles miembros del Gobierno que se configuren también como jefes superiores de un ramo de la Administración (como sería el caso de los secretarios de Estado-jefes de Departamento). Esto no equivale en modo alguno a tener que determinar necesariamente en la ley el número, denominación y competencias de los Departamentos, que son órganos administrativos complejos, distintos, como tales, de esos órganos unipersonales que están a su cabeza y que son los ministros o, en su caso, también los secretarios de Estado.*

2. *La determinación de los órganos colegiados del Gobierno y su composición, sin lo cual no puede completarse el estatuto de los miembros del Gobierno (19).*

(18) Vid. en el mismo sentido sobre el contenido que debe tener el estatuto de los miembros del Gobierno, MARTÍN REBOLLO, L., *Ante la reforma administrativa: Los ministros y otros miembros del Gobierno*, núm. 89 de esta REVISTA, mayo-agosto de 1979, 124.

(19) Ya que no podría fijarse la forma en que se articularía su participación en órganos del Gobierno no unipersonales sin determinar cuáles serán éstos.

Esta última observación aproxima el contenido de la reserva legal de la Constitución y de la LOE, aunque sigue siendo más amplia el de ésta al exigir que fuese también la ley quien determinara la competencia de los órganos colegiados del Gobierno en tanto que órganos superiores de la Administración, como ya hemos explicado.

4.4. Puede ser interesante recordar en este momento la génesis parlamentaria del actual artículo 98, 1 y 4, por cuanto entiendo viene a confirmar la interpretación literal que aquí acabamos de hacer. En un principio el anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978 regulaba en dos preceptos distintos y separados —el 96 y el 99— lo relativo al Gobierno y lo referente a los miembros del mismo, sin que, por cierto, utilizara el término tradicional de «ministros». En el artículo 96, el párrafo 1 señalaba que:

«El Gobierno se compone del presidente, de los vicepresidentes, en su caso, y de los demás miembros que establezca la ley».

Añadiendo en el 2:

«El presidente del Gobierno dirige la acción de éste, distribuye y coordina las funciones de los demás miembros de aquél, sin perjuicio de la competencia y responsabilidad directa de éstos por la gestión de sus Departamentos».

Mientras en el artículo 99 se reservaba a la ley *orgánica* el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno, el artículo 96,1, reservaba también, por tanto, a la ley —ordinaria— la determinación de la *composición* del Gobierno.

La Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso refundió ya estos dos preceptos, dando lugar al entonces artículo 91, en el que se introdujeron las siguientes importantes modificaciones:

1.^a Acogiendo enmiendas de CARRO MARTÍNEZ y Licinio DE LA FUENTE —del grupo de Alianza Popular— se eliminó la reserva legal del número 1 del primitivo artículo 96 arriba transcrito.

2.^a Pero en realidad esa reserva legal no sólo se mantuvo, sino que quedó reforzada, al incluir en la reserva de ley orgánica del

antiguo artículo 99 «*la composición del Gobierno*», decisión ésta que, por cierto, adoptó la Ponencia sin que hubiera habido ninguna enmienda escrita que lo solicitara.

3.^a Se eliminó la competencia del presidente para *distribuir* las funciones de los demás miembros del Gobierno. Que sepamos solamente el diputado señor ORTÍ BORDÁS había propuesto la supresión de esta atribución del presidente, proponiendo, en cambio, que le correspondiera la promoción de la actividad de los ministros.

La Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso aceptó la enmienda socialista para constitucionalizar a los ministros y conservar la referencia a «*otros miembros que establezca la ley*» que había figurado en el anteproyecto de 5 de enero (20). Al mismo tiempo mantuvo la redacción dada por la Ponencia al artículo 91, 2, exigiendo *ley orgánica* para regular la composición del Gobierno y el estatuto e incompatibilidades de sus miembros.

El Congreso de los Diputados aprobó en esta materia el dictamen de la Comisión.

La Comisión Constitucional del Senado mantuvo la redacción del Congreso salvo en cuanto a la reserva de ley orgánica para la composición del Gobierno, que quedó suprimida. El Grupo Parlamentario Socialistas del Senado presentó entonces un voto particular como enmienda *in voce* con la pretensión de defender la reserva de ley orgánica en los términos aprobados por el Congreso, incluyendo, por tanto, la composición del Gobierno. El Pleno del Senado no aceptó la pretensión socialista y aprobó, por tanto, enmendar en este punto el texto del proyecto aprobado por el Pleno del Congreso. Finalmente la Comisión Mixta Congreso-Senado aprobó el texto actual, en el que, como vemos, la reserva de ley se rebaja a simple reserva de ley ordinaria, pero se mantiene el contenido dado a la misma por el Senado, que no obsta, por lo demás, a la reserva legal establecida en el número 1 del mismo artículo en cuanto a la determinación de miembros del Gobierno distintos de los Ministros, aunque en realidad este aspecto queda incluido en la regulación del estatuto de los miembros del Gobierno, ya que este estatuto habrá de comenzar obviamente por señalar quiénes gozarán de esa condición, es decir, por determinar quiénes son miembros del Gobierno.

(20) Al hacerlo así alteró sustancialmente el sentido del primitivo 96, I; ahora la reserva de ley solamente se refería a la determinación de otros posibles miembros del Gobierno, no ministros ni vicepresidentes.

4.5. De todo ello, en resumen, es claro que las únicas reservas de ley que establece la Constitución —que son reservas de ley ordinaria (21)— en materia de organización de la Administración activa del Estado son las que pueden considerarse incluidas en el concepto de «*regulación del estatuto de los miembros del Gobierno*» en los términos que ya hemos explicado:

- Determinación de los tipos de miembros del Gobierno (22).
- Regulación de su nombramiento, cese, sustitución y responsabilidad.
- Determinación de competencias que puedan corresponderles como órganos unipersonales, en su caso, del Gobierno.
- Determinación de los órganos colegiados del Gobierno en que podrán participar o se integrarán los distintos miembros del Gobierno —con el límite de quedar reservado el Consejo de Ministros para los que tengan esta condición.
- Fijación de prerrogativas, atributos, tratamientos, derechos y obligaciones propios de la condición de miembro del Gobierno.

4.6. En todo lo demás podrá tener potestad organizatoria el propio Gobierno, lo que es decir la misma Administración del Estado.

(21) Aunque en realidad no es necesario tener en cuenta toda esta historia del texto constitucional, es evidente que con ella se refuerza —si falta hiciera— la tesis de que la Constitución no exige la ley orgánica para la regulación del Gobierno, como, sin embargo, parece pretender el Gobierno con el *Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública*, remitido al Congreso en diciembre de 1979. En realidad, la Constitución prohíbe que esa regulación se haga por ley orgánica, ya que esta modalidad legislativa se reserva taxativamente a los supuestos expresamente establecidos en la misma Constitución. En los demás supuestos el ejercicio de la potestad legislativa no puede llevarse a cabo más que con arreglo a las normas establecidas en los artículos 82 y siguientes, y especialmente en el art. 79 de la Constitución. El proyecto de Ley Orgánica mencionado debería reservarse, como tal proyecto de Ley Orgánica, para la regulación básica de la Función Pública (art. 81, en relación con el art. 23, 2, 28 y art. 149, 1, 18), haciendo objeto de una ley distinta —de régimen ordinario— al Gobierno y la Administración del Estado.

(22) No se incluye en la reserva «la flexibilidad en el número y competencia de los Ministerios», como dijo acertadamente el ministro de la Presidencia ante el Pleno del Congreso el 18 de abril de 1979 (DS, 133), así como tampoco necesariamente la determinación del número de miembros del Gobierno ni la proporción en él de ministros y no ministros. La composición del Gobierno tiene así que determinarse por ley, como defendió en la misma sesión del Congreso Solé Turá (DS, 136), pero solamente en la medida en que lo exige la determinación del estatuto de los miembros del Gobierno o la determinación de quiénes pueden tener esta condición además de los ministros, los vicepresidentes y el presidente, según remacha el núm. 1 del art. 98 (precepto que, como ya hemos expuesto, sufrió una alteración de redacción que modificó el sentido que tenía en sus primeras redacciones).

siempre de acuerdo con la normativa que sobre creación, regulación y coordinación de órganos de la Administración del Estado establezca la ley a que se refiere el artículo 103, 2, de la Constitución.

4.7. Para concluir con este análisis sobre la reserva legal, cabe observar, además de lo expuesto, cómo efectivamente la Constitución ha prescindido también de la reserva legal del artículo 40,III de la LOE sobre la determinación de órganos consultivos para el asesoramiento de la Administración del Estado.

En cambio, las Fuerzas de Orden Público —como antecedente al menos parcial de las actuales Fuerzas y Cuerpos de Seguridad— no se reservaban a la ley en la LOE. Sin embargo, integradas como estaban, según la LOE, en las Fuerzas Armadas de la Nación, parece que debería afectarles la reserva legal establecida en el artículo 10, g), de la Ley de Cortes sobre «*la ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado*».

Una variación obvia del actual ordenamiento constitucional sobre el anterior es por lo demás la exigencia de ley orgánica para los supuestos ya indicados del Consejo de Estado y de las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad, que implican una cierta cualificación en la reserva, habida cuenta de las especiales condiciones que el artículo 81 del texto constitucional de 1978 aplica a las leyes orgánicas.

4.8. En conclusión puede afirmarse que la Constitución no ha eliminado, aunque sí ha modificado en cierta medida, la reserva legal que venía existiendo bajo la vigencia de las Leyes Fundamentales en el campo de la potestad organizatoria sobre la Administración del Estado (23).

5. *Autorreserva legislativa y potestad organizatoria administrativa*

5.1. Pero lo más importante en este momento es destacar que al reducir la Constitución en algún campo la reserva legal, ni ha impedido para el futuro el desarrollo de la llamada autorreserva legislativa ni ha derogado directamente en modo alguno la autorreserva que con anterioridad a su entrada en vigor pudiera estar establecida en esta materia.

(23) En contra de lo que parece afirmar MARTÍN MATEO, R., *Manual...*, 4.ª ed., cit., p. 146.

A este respecto hay que destacar el significado y alcance general del artículo 103, 2, de la Constitución, que en sustancia se refiere directamente a la potestad organizatoria sobre la *Administración del Estado*.

Dice textualmente este precepto que:

«Los órganos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la Ley.»

5.2. El verdadero sentido de esta norma constitucional aparece definitivamente claro examinando los términos en que fue elaborada en el Congreso de los Diputados, si es que su simple dicción literal no resultara suficientemente precisa.

En efecto, con cierta incorrección, que pusieron de manifiesto diversas enmiendas, pero apuntando a establecer un criterio de reserva en favor del Gobierno que trató de mantenerse en fases ulteriores de la elaboración del texto, afirmaba el artículo 101, 2, del primitivo anteproyecto del 5 de enero de 1978 (el mismo que reservaba a la ley la determinación de la composición del Gobierno en el artículo 96, 1, y a la ley orgánica el estatuto y las incompatibilidades de sus miembros en el artículo 99, 2), que:

«La Administración del Estado y sus órganos periféricos son creados, establecidos y coordinados por el Gobierno de acuerdo con la ley.»

La distinción entre Administración y Gobierno parecía tajante.

Sin variación sustancial del contenido, pero para mejorar su redacción —haciendo también con ello más admisible la consideración del Gobierno como parte de la Administración— el Grupo Socialista propuso que se dijera: *«Los órganos centrales y periféricos de la Administración del Estado son creados...»*; LÓPEZ RODÓ, del Grupo de Alianza Popular, proponía por su parte intercalar: *«centrales»* entre *«órganos»* y *«periféricos»*, con lo que seguía siendo indubitable la separación entre Gobierno y Administración. El Grupo Mixto proponía, en cambio, sustituir *«establecidos y coordinados»* por *«modificados y suprimidos»*.

Curiosamente la Ponencia de la Comisión Constitucional del Congreso, declarando aceptar la idea contenida en la enmienda socialista

y en la del señor LÓPEZ RODÓ y dar por supuesto lo propuesto por el Grupo Mixto, alteró *sustancialmente* el texto del que pasaría entonces a ser artículo 95, 2, del anteproyecto constitucional:

«2. Los órganos centrales y periféricos de la Administración del Estado son creados, regidos y coordinados de acuerdo con la ley.»

Subsistía, pues, la necesidad de que por ley se dicten las normas —aunque no sea más que a nivel básico— que hayan de regir la creación y coordinación de los órganos de la Administración del Estado. Desaparecía, en cambio, la referencia al establecimiento de los mismos —quizás por entender que ello queda dentro de la creación—, hablándose en su lugar de la necesidad de que se rijan de acuerdo con la ley, sin duda para incluir también la necesidad de trazar en la ley algunas normas sobre las que se basen al menos las que establezcan las atribuciones y la interna estructura y composición de los órganos de la Administración del Estado (24). Pero desaparecía sobre todo la explícita referencia al Gobierno como órgano titular incuestionable de la potestad de crear, establecer y coordinar el conjunto orgánico de la Administración estatal. Y desaparecía sin que ninguna de las enmiendas —al menos de las presentadas por escrito— lo hubiera solicitado. Que ello tenía una relevancia jurídica importante no será difícil entenderlo: se desposeía al Gobierno de tal potestad como constitucionalmente propia y la titularidad sobre ésta pasaba a ser cuestión susceptible de determinar por ley, que podría, según los casos, atribuirle al mismo Gobierno o a otro órgano: su presidente, los ministros, etc. ¿Podría entonces la ley reservar a las Cortes Generales alguna participación en dicha potestad organizatoria, bien autoatribuyéndolas la titularidad misma para ciertos supuestos, bien exigiendo alguna autorización especial para su ejercicio por el Gobierno? Nada parece oponerse a ello: ni siquiera el hecho evidente de que otra ley futura pudiera deslegalizar totalmente esas potestades que las Cortes Generales se reservaran, pues, mientras eso no ocurriera, dichas potestades no podrían reconocerse a la Administración, ni si-

(24) Si el término «regidos» se considera como relativo al régimen jurídico en su conjunto de los órganos de la Administración del Estado, la reserva legal alcanza a la regulación al menos básica de todo el Derecho administrativo relativo a esta Administración.

quiera a su órgano máximo, el Gobierno. La potestad organizatoria no quedaba, en fin, reservada por la Constitución a la ley en cuanto al acto mismo de establecer, crear, modificar o suprimir órganos determinados de la Administración (aunque se reservase ciertamente a la ley la regulación normativa, al menos básica, de tal competencia, con lo que ello supone de participación indudable en el poder de organizar la Administración), pero la ley podría autorreservarse en una u otra medida esa potestad.

La Comisión Constitucional del Senado simplificó plausiblemente la redacción del precepto que comentamos, eliminando la especificación de «centrales y periféricos», que verdaderamente resultaba innecesaria. En lo demás, el texto fijado por la Comisión del Congreso acabaría siendo el definitivamente aprobado como artículo 103, 2, de la Constitución, sin experimentar variación alguna en el proceso constituyente.

5.3. En definitiva, parece evidente que el artículo 103, 2, no impone el que los órganos de la Administración del Estado se creen por ley (25), cosa que, además, parece que nunca se intentó en el proceso de elaboración del texto constitucional. Pero esos órganos tienen que crearse *de acuerdo con la ley*, y esta ley puede reservar para ciertos supuestos la potestad organizatoria —en cuanto competencia para crear órganos— a las Cortes Generales, sin perjuicio de distribuirla, para los demás, entre algunos órganos de la misma Administración y señaladamente del Gobierno. Es decir, como ya expusimos, la titularidad de la potestad de crear órganos administrativos *no se reserva* por la Constitución a la ley, pero cabe la autorreserva o reserva en sentido formal, por el juego del principio de la congelación del rango (26).

(25) Me parece sin fundamento, en este sentido, la tesis sostenida por PÉRES BARBA en su intervención en el Pleno del Congreso de los Diputados del 18 de abril de 1979 (cfr. DS, núm. 4, p. 139). Tampoco me parece justificada la tesis que sostiene BASSOLS COMA, M., *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, cit., 333 y ss., para quien «aquellos aspectos que afectan a la potestas instituendi entran de lleno en la reserva absoluta de ley —si bien cabe admitir en determinados niveles una deslegalización de materias a efectos operativos (por ejemplo, los escalones inferiores de los Departamentos ministeriales)».

(26) Estos últimos son los términos que emplean para expresar esta realidad GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R., *Curso de Derecho administrativo*, I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1979, 226. Cfr. por lo demás en el mismo sentido del texto GÓMEZ-FERRER MORANT, R., *La potestad reglamentaria del Gobierno en la Constitución*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF, Madrid; 1979, 121. Sobre el tema, cfr. también BAENA DEL ALCÁZAR, M., *Reserva de ley y*

6. *Recapitulación*

De todo cuanto llevamos dicho cabe, en definitiva, concluir que en materia de potestad organizatoria sobre la Administración del Estado, la vigente Constitución Española de 1978 establece:

1. El carácter necesario constitucionalmente del *Gobierno*, el *Consejo de Ministros* —como órgano colegiado de aquél que no reuniría a todos sus miembros si algunos de éstos no tienen la condición de ministros— el *presidente del Gobierno*, los *ministros* y los *Departamentos*, todos ellos órganos directamente creados o dispuestos como necesarios por la Constitución (e integrados, salvo los Departamentos, en ese órgano complejo e institución básica que es el Gobierno: conjunto de los órganos superiores de la Administración del Estado) (artículos 98, 1, 62, *f*), 112, 115 y 116). Carácter también constitucional, pero no necesario, sino facultativo de los *vicepresidentes del Gobierno* (art. 98, 1).

Rango de órganos constitucionalmente necesarios tienen también el *Consejo de Estado* (art. 107), el *Consejo* del artículo 131, 2, y las *Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* (art. 104).

2. *Reserva de ley* para determinar «el estatuto e incompatibilidades de los miembros del Gobierno» (art. 98, 4), señalando, en su caso, quiénes serán esos miembros, además del presidente, el o los vicepresidentes y los ministros (art. 98, 1). Reserva de ley ésta que incluye la regulación de la condición de miembro del Gobierno en cualquiera de sus distintas posibilidades, y la determinación de las atribuciones de cada uno de los distintos tipos de miembros del Gobierno, tanto en cuanto órganos unipersonales del mismo como en tanto posibles miembros del órgano o de los órganos colegiados que formen parte del Gobierno.

3. *Reserva de ley* sobre las disposiciones al menos básicas (27)

potestad reglamentaria en la nueva Constitución española, en el mismo vol. I de la obra colectiva cit., 291-292. Emplea con un significado distinto el concepto de *reserva formal de ley* frente al que denomina *reserva material de ley*, VILLAR EZCURRA, J. L., *Materias reservadas y Constitución española, La Constitución española y las fuentes del Derecho*, cit., vol. III, 2082 y ss.

(27) «*Bases de la organización administrativa*», dicen GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., *supra*, 221. También mantiene el criterio de que en general la reserva de ley ordinaria por la Constitución «se refiere a la necesidad de que el legislativo establezca, al menos, una regulación básica, bien a través de una ley de bases, bien a través de una ley ordinaria que remita su desarrollo a una norma reglamentaria», GÓMEZ-FERRER MORANT, R., en *La potestad reglamentaria del Gobierno...*, 128. Como decimos en el texto, en realidad la reserva del art. 103.2 va más allá de lo puramente orgánico.

reguladoras de la creación, régimen y coordinación de todos los órganos de la Administración del Estado (art. 103, 2), aunque ha de tenerse en cuenta que en lo relativo al régimen pueden comprenderse materias que no pertenecen en rigor a la potestad organizatoria.

4. *Reserva de ley para la regulación del Consejo de Estado y Fuerzas y Cuerpos de Seguridad* —que es reserva de ley orgánica—, conforme a los artículos 107 y 104, respectivamente, de la Constitución, así como del *Consejo* del artículo 131, 2.

5. Posibilidades de juego de la *autorreserva* legislativa en las materias no reservadas a la ley por la Constitución, como pueden ser: titularidad de la potestad para crear, modificar o suprimir Departamentos de la Administración, competencias del Consejo de Ministros, etc.

6. Naturaleza constitucional de los principios de organización establecidos en el artículo 103, 1: jerarquía y coordinación, desconcentración y descentralización, e incluso el principio de eficacia en la medida de su incidencia en la actividad organizatoria.

II. LEGALIDAD VIGENTE EN CUANTO A LA TITULARIDAD DE LA COMPETENCIA PARA CREAR, MODIFICAR SUSTANCIALMENTE, SUPRIMIR Y ALTERAR EL NÚMERO Y DENOMINACIÓN DE LOS DEPARTAMENTOS MINISTERIALES: ANÁLISIS DE LA VALIDEZ DEL ARTÍCULO 26 DEL REAL DECRETO-LEY DE 8 DE OCTUBRE DE 1976

1. *Naturaleza jurídica y rango constitucional de los Departamentos de la Administración gubernativa*

1.1. El anteproyecto constitucional publicado en el *Boletín Oficial de las Cortes* de 5 de enero de 1978, en su artículo 96, 2, hacía una explícita referencia a los *Departamentos*, para afirmar la competencia y responsabilidad directa que por su gestión respecto de cada uno de ellos podrían tener los distintos miembros del Gobierno. No se mencionaba expresamente a los ministros como responsables de los Departamentos, sino más genéricamente a los miembros del Gobierno. Responsabilidad individual por la gestión de cada Departamento, por lo demás, compatible con la responsabilidad solidaria de todo el Gobierno por su gestión política, que ya se declaraba en el artículo 86 de aquella primitiva redacción del texto constitucional y que hoy consagra efectivamente el artículo 108 de la Constitución en vigor.

El trabajo de la Ponencia de la Comisión de Asuntos Constitucionales del Congreso suprimió la explícita referencia a los Departamentos, sin que enmienda escrita alguna al parecer lo propusiera. Y así ha quedado el actual artículo 98, 2, que se refiere a «*la competencia y responsabilidad directa*» de los miembros del Gobierno «*en su gestión*» sin especificar más. Da la impresión de que se ha querido establecer la responsabilidad —y la competencia— singular de cada miembro del Gobierno no sólo en cuanto posible titular de un Departamento de la Administración, sino también en cuanto eventual titular individual de otras funciones o competencias que específicamente se le encomienden precisamente en su condición de miembro del Gobierno, sea vicepresidente, ministro sin cartera, consejero especial, etc.

1.2. Como quiera que ello sea, lo que importa resaltar aquí es que la Constitución no obliga a establecer conexión necesaria alguna entre *ministro* y *Departamento*. A pesar de que la referencia explícita a los Departamentos ha desaparecido del actual artículo 98, 2, sigue habiendo en la Constitución referencias suficientes a esta división fundamental de la Administración del Estado como para entender sin duda que la estructura departamental (28) sigue siendo constitucional en nuestro ordenamiento, como lo era bajo las Leyes Fundamentales —el artículo 20 de la LOE se refería expresamente a los Departamentos de los ministros— o bajo la Constitución republicana de 1931 —cuyo artículo 87 hablaba expresamente de los Departamentos ministeriales—. En efecto, ahí tenemos el artículo 110, 2, del texto constitucional vigente que se refiere a los Departamentos de los miembros del Gobierno, o el artículo 109 que habla de los Departamentos del Gobierno.

1.3. Ahora bien, en ningún momento habla nuestra actual Constitución de Departamentos *ministeriales* o de Departamentos *de los ministros*. En ningún precepto aparecen los Departamentos, en suma, necesariamente vinculados a un ministro. Se vinculan a los miembros del Gobierno y al Gobierno, pero no específicamente a los ministros. De donde se deriva evidentemente la dependencia de cada uno de ellos respecto del Gobierno en su conjunto y respecto de un miembro del Gobierno, singularmente considerado. Miembro del Gobierno que

(28) Cfr. GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado de Derecho administrativo*, II-I, 2.ª ed., Ed. RDP, Madrid, 1971, 247 y ss., y 559 y ss.

podrá ser ministro o que podrá tener otra condición distinta, oportunamente tipificada en la ley reguladora del estatuto de los miembros del Gobierno a que se refiere el artículo 98, 4, o, al menos, en una ley que establezca específicamente otros miembros del Gobierno distintos de los ministros —y del presidente y vicepresidentes, que pueden considerarse a todos los efectos como ministros (art. 98, 1).

1.4. No dice nada de especial la Constitución acerca de la potestad organizatoria sobre los Departamentos de la Administración o del Gobierno, fuera de esa dependencia a que me acabo de referir. A ellos, por consiguiente, en tanto que órganos de la Administración del Estado, habrá que aplicarles —igual que a los diversos órganos que compongan el Gobierno, según ya explicamos en páginas anteriores— el artículo 103, 2, de la Constitución, en virtud del cual ha de ser la ley quien regule lo relativo a la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado (29).

1.5. Los Departamentos son órganos complejos de la Administración en los que se integran una pluralidad de órganos a diversos niveles, sirviendo de división básica para la ordenación estructural de la organización administrativa dependiente del Gobierno de la nación. Como tales se diferencian, por tanto, de los órganos que ostenten la jefatura o dirección superior de cada uno de ellos. De ahí que regular o crear Departamentos no sea exactamente lo mismo que regular o crear los órganos unipersonales que ocupen su cúspide orgánica. Sin embargo, ambas regulaciones se complementan y conjuntan. Lo que se disponga genéricamente sobre los miembros del Gobierno en cuanto titulares de Departamentos requerirá completarse mediante su correspondiente adscripción a Departamentos concretos, responsables de áreas de competencias determinadas. Asimismo la posición final de cada Departamento en el conjunto de la organización administrativa podrá depender del carácter con el que se regule el órgano al que se le atribuya su jefatura y dirección.

1.6. Hemos de analizar a continuación cuál deba considerarse como ley vigente reguladora de la potestad organizatoria sobre los Departamentos de la Administración y cuál sea la ordenación jurídica al respecto por ella establecida. Después de lo que hemos expuesto en páginas anteriores, es claro que dicha ley tendrá en su mano operar autorreservas de potestad organizatoria más o menos amplias.

(29) Cfr. en el mismo sentido BASSOLS COMA, M.: *Las diversas manifestaciones de la potestad reglamentaria en la Constitución*, cit., 332.

2. *Autorreserva legal sobre los Departamentos: la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado*

2.1. Pues bien, todo parece indicar que, mientras las Cortes Generales no aprueben una nueva ley reguladora de la creación, régimen y coordinación de los Departamentos de la Administración, hay una ley que debe aplicarse: el texto refundido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado (LRJ), aprobado por Decreto de 26 de julio de 1957 (30).

El artículo 3.º de esta Ley dispone, en efecto, que:

«La Administración Central del Estado se organiza en los siguientes Departamentos ministeriales:

Presidencia del Gobierno.

Asuntos Exteriores.

Justicia.

Ejército.

Marina.

Hacienda.

Gobernación.

Obras Públicas.

Educación y Ciencia (31).

Trabajo.

Industria.

Agricultura.

Aire.

Comercio.

Información y Turismo.

Vivienda.

Toda variación en el número, denominación y competencia de los diversos Departamentos ministeriales, y

(30) En virtud —como se recordará— de la autorización al Gobierno para publicar un texto refundido del Decreto-ley de 25 de febrero de 1957 sobre reorganización de la Administración Central del Estado y la Ley de 20 de julio de 1957 de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, concedida por la disposición final segunda de esta última Ley.

(31) El antiguo Ministerio de *Educación Nacional*, al que se refería el texto de 1957, recibió la denominación de Ministerio de *Educación y Ciencia* por Ley 35, de 31 de mayo de 1966. Ha de considerarse, en consecuencia, modificado en este punto —y con el debido rango— el art. 3.º de la LRJ.

la creación, supresión o reforma sustancial de los mismos se establecerá por Ley, sin perjuicio de lo dispuesto en la disposición final primera de este texto refundido (32).»

Por otra parte, en otros diversos preceptos de la misma Ley (artículos 10, 1 y 2, 11, 13, 3, 5 y 9, 14, 15, 16, 19, 20 y 21, etc.) se regula la estructura interna y la coordinación de los Departamentos o Ministerios. Todos los Departamentos se conciben, según nuestra tradición institucional, como ministeriales, esto es, encabezados por un ministro del Gobierno: de ahí que se les denomine también Ministerios. Pero ya dijimos que esta identificación exclusiva de Departamentos y Ministerios podrá abandonarse en una futura ley que des-

(32) Reproduciendo la autorización contenida en el art. 16 del Decreto-ley del mes de febrero de 1957, refundido en la LRJ, esa disposición final primera facultaba al Gobierno «para la creación, modificación, traspaso de un Ministerio a otro, fusión y supresión, de acuerdo con las directrices del Decreto-ley de 25 de febrero de 1957, de cuantas dependencias y organismos merezcan ser reorganizadas». Como se sabe, aquel Decreto-ley creó el Ministerio de la Vivienda y dispuso a grandes rasgos las modificaciones orgánicas que ello requería, además de establecer alguna otra innovación orgánica. Naturalmente la autorización de que se trata se refería al cumplimiento de las directrices de la mencionada norma legal y quedó agotada con el uso que de ella hizo el Gobierno para su ejecución. Con criterio distinto al sostenido por ALVAREZ RICO, M., *Aspectos jurídicos de la inflación orgánica de la Administración Pública en España*, («REDA», 9, 1976, 307), según el cual la disposición final 1.^a contendría una delegación legislativa, entiendo que se trata de una remisión normativa para la ejecución sustancialmente de las normas creadoras del Ministerio de la Vivienda. Remisión normativa, por supuesto, estrictamente limitada en el tiempo a la ejecución de dicha normativa. El que posteriormente alguna disposición parezca haber apelado a esta disposición final primera de la LRJ para fundamentar la competencia del Gobierno, no puede entenderse en modo alguno como una pervivencia *sine die* de tal cláusula de remisión. Y así, cuando el Decreto 1384, de 28 de junio de 1973, que estableció la estructura orgánica y funciones del Ministerio de Planificación del Desarrollo, alegó, en efecto, en su exposición de motivos, hacer «uso de la autorización concedida al Gobierno por la disposición final primera de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado», ello no podía entenderse sino como la utilización de un criterio interpretativo del alcance con que la Ley 15, de 11 de junio de 1973, que creó el Ministerio de Planificación, autorizaba al Gobierno, en su artículo 2.º, para disponer «las medidas necesarias para la organización administrativa del mismo». A semejanza de como en 1957 se remitió al Gobierno la adopción de las modificaciones departamentales precisas para la organización del nuevo Departamento creado por la ley (en la ocasión una Ley de prerrogativa del Jefe operar las reformas que hiciera necesaria la organización de este otro nuevo Departamento creado por la ley (en la ocasión una Ley de prerrogativa del Jefe del Estado). La exposición de motivos a que nos referimos no se redactó, sin duda, con propiedad al hacer referencia en el modo que lo hizo a la disposición final primera de la LRJ, pero esta invocación no podría tener más alcance que el explicado.

arrolle la actual Constitución, para la cual los Departamentos no tienen por qué ser forzosamente ministeriales.

2.2. A la vista de la LRJ, forzoso es concluir con la generalidad de la doctrina (33) que la creación, supresión o reforma sustancial de los Departamentos ministeriales de la Administración del Estado ha sido reservada por el propio Legislativo a la ley. Y debe entenderse como reforma sustancial toda modificación en la denominación del Departamento, así como los cambios que puedan considerarse sustanciales en la organización interna o en la competencia de los distintos Departamentos. Por aplicación de la Ley de Procedimiento Administrativo de 1958, no podremos considerar cambio o reforma sustancial la creación, modificación o supresión de secciones y negociados —que parece configurarse como competencia de los jefes de Departamento— e incluso de altos órganos de los Departamentos como pueden ser las Direcciones Generales, Secretarías Generales Técnicas y Subsecretarías, que serían competencia del Consejo de Ministros (artículo 2.º de la LPA), siempre que se ajusten a la regulación de esos altos órganos contenida en la LRJ (34). En cambio, un trasvase de una Dirección General o incluso de determinados servicios de un Departamento a otro implicará variación de la competencia y reforma sustancial de la organización y por ende solamente podrá acordarse por la ley, en virtud de la autorreserva del artículo 3.º de la LRJ. La reestructuración interministerial sólo cabe adoptarla por ley.

Lo que en resumidas cuentas se ha querido reservar el Legislativo es la decisión sobre el número de Departamentos y sobre la distribución entre ellos de las grandes áreas de competencia de la Adminis-

(33) Cfr. por todos GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado...*, II-I, cit., 115.

(34) En el mismo sentido parece mostrarse GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A.: *Tratado...*, II-I, cit., 115-116; en sentido contrario, en cuanto a las Subsecretarías, ALVAREZ RICO, M., *Aspectos jurídicos de la inflación orgánica de la Administración pública en España*, «REDA», 9, abril-junio 1976, 308, que por ello descalifica la práctica de crear Subsecretarías por decreto. La Ley de Procedimiento Administrativo, contra lo que se afirma en ese mismo trabajo, no habría venido, en consecuencia, a modificar lo dispuesto en la LRJ, puesto que se refiere exclusivamente a reformas orgánicas puramente internas a cada Departamento y deja además expresamente a salvo lo establecido en el art. 3.º de la LRJ. Es incluso discutible que la LPA, art. 2.º, modificara o derogara el art. 39 de la Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública, teniendo en cuenta los términos del art. 3.º de la propia LPA, especialmente en su apartado 4, a pesar de que el Consejo de Estado entendió que, efectivamente, había quedado derogado el art. 39, 1 (moción elevada al Gobierno el 14 de mayo de 1969, recogida en Consejo de Estado, *Recopilación de doctrina legal [1968-1969]*, Madrid, 1972, 355 y ss.), criterio que asume también GARCÍA-TREVIJANO FOS, J. A., en *Tratado...*, II-I, cit., 124 y ss.

tración, al mismo tiempo que la regulación de la estructura fundamental de todos los Departamentos en base a unos módulos orgánicos homologados.

2.3. Diversas razones pueden encontrarse para esta reserva legislativa sobre la potestad organizatoria de la Administración: someter en definitiva a una mayor rigidez las reformas orgánicas de mayor entidad, que siempre entrañan importantes gastos, desorientan a los administrados, ocasionan trastornos temporales en el funcionamiento de los servicios y pueden implicar acumulación o desequilibrios de poder que conviene evitar o al menos meditar y justificar suficientemente. Frente a las «ocurrencias» de Gobiernos y administradores o funcionarios, siempre tentados a «mejorar la gestión» a base de reformas orgánicas dudosamente justificables, parece ponderado criterio establecer algún valladar a las reformas de mayor importancia. Es cierto que una gestión administrativa ajustada a las necesidades cambiantes puede exigir de vez en cuando reajustes y reformas de la Administración, pero no conviene exagerar tales exigencias: muy importantes y demostradas deben ser las necesidades del reajuste para que compensen suficientemente los trastornos, gastos y desajustes que toda operación de reorganización lleva siempre consigo. Sin olvidar que muchas veces tras aparentes razones objetivas no hay más que intereses burocráticos, personales o partidistas, o en fin, simples imaginaciones o modas, a los que no conviene dar demasiadas facilidades (35).

2.4. Ciertamente es que para lograr la rigidez que significa la exigencia de ley en reformas orgánicas de envergadura no es necesario que la titularidad de la potestad de creación, modificación o supresión de los Departamentos esté reservada formalmente a la ley. Podría lograrse el mismo efecto —puesto que la diferencia sería puramente técnica— reservándose las Cortes Generales la *autorización* para que el Gobierno pueda disponer la creación, modificación o supresión de dichos complejos orgánicos básicos de la Administración (36). El ar-

(35) Se muestra partidario de que sea la ley quien determine el número de los Departamentos MARTÍN REBOLLO, L.: *Ante la reforma administrativa...*, cit., 121 y s. *Vid.* asimismo su criterio favorable a la creación de Departamentos por ley como uno de los medios para evitar los peligros que también él describe (*ibid.*, 124).

(36) En Estados Unidos todos los Departamentos han sido creados por Ley del Congreso. En el Reino Unido los Departamentos que no son el resultado del desarrollo secular de históricos oficios o secretarías, han sido creados por el Parlamento. En Francia, una Ley de 20 de junio de 1920 estableció la reserva de ley para crear los Ministerios, pero no fue aplicada y se derogó por otra de 24 de

título 103, 2, de la Constitución admite cualquiera de las dos posibilidades —habiéndose desaparecido, como ya expliqué, la atribución expresa al Gobierno de la competencia para crear, establecer y coordinar los órganos de la Administración, que figuraba en el anteproyecto constitucional de 5 de enero de 1978— y admite incluso una deslegalización por parte de las mismas Cortes que, con mayor o menor alcance, deje en manos del Gobierno lo que por el momento el artículo 3.º de la LRJ reserva a la ley. Tratándose de materias autorreservadas por el Legislativo y no reservadas por la Constitución, el mismo Legislativo en cualquier momento puede renunciar a la reserva y transferir la correspondiente potestad al Ejecutivo.

3. *Deslegalización y Decretos-leyes: el artículo 26 del Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre.*

3.1. Ahora bien, resulta que, como es sabido, el Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre, sobre medidas económicas, dispuso en su artículo 26 que:

«Con objeto de obtener una mayor economía en los gastos públicos y una mayor eficacia en la gestión de los servicios, *el Gobierno*, a propuesta de su presidente, *podrá acordar la supresión, refundición o reestructuración de*

noviembre de 1945. La Constitución italiana, en su art. 95, establece una reserva de ley para el establecimiento del «número, competencia y organización de los ministerios». En cuanto a la Ley Fundamental de Bonn, *vid. arts. 87 y ss.*, que establecen concretas previsiones y habilitaciones, haciendo diversas reservas de ley en cuanto a la ordenación de la organización administrativa federal. Cfr. GARCÍA-TREVIJANO Fos, *Tratado...*, II-I, *cit.*, 252 y 258, y las Constituciones citadas. En cuanto al Derecho francés, cfr. RIVERO, J.: *Droit administratif*, 8ème, ed., Dalloz, Paris, 1977, 335-338, y DE LAUBADÈRE, A.: *Traité élémentaire de Droit administratif*, III-I, 3ème, ed., L. G. D. J., Paris, 1971, 22 y ss. Varias de las primeras Constituciones francesas (la del año III o la de 1848) reservaban a la ley la fijación de los Ministerios y limitaban el número. Comentando la ley francesa del año 1920, HAUBOUX expone su criterio contrario a la reserva legal en cuanto a la potestad organizatoria del Ejecutivo, en *Principios de Derecho público y constitucional*, traducción española de C. RUIZ DEL CASTILLO, Reus, Madrid, 1927, 459-460, donde curiosamente la última razón justificativa de su postura —«las atribuciones conferidas a los diversos Departamentos ministeriales no podrían considerarse como delegadas a los ministros por el presidente de la República, pues resultarían delegadas estatutariamente por la ley»— nos parece cabalmente un buen argumento contra ella, al menos desde la perspectiva del Derecho público español actual. En España solamente la Constitución de Cádiz estableció no sólo el número, sino la denominación de los secretarios del Despacho, aunque en realidad al autorizar a las Cortes a hacer las variaciones que la experiencia o las circunstancias exigieran, en realidad se trataba de una materia reservada a la ley (cfr. el art. 22).

*los Departamentos ministeriales, y de los Organismos y Servicios de la Administración del Estado e Institucional, cualquiera que fuera el rango de la disposición por la que fueron creados o se encuentran regulados.**

Este Real Decreto-ley se autofundamentaba en el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, texto refundido aprobado por Decreto de 20 de abril de 1967.

3.2. La importancia del artículo 26 del Real Decreto-ley en cuestión habría de ponerse de manifiesto sucesivamente nueve meses después de su aprobación y dos años y seis meses más tarde, con la firma de los Reales Decretos de 4 de julio de 1977 y 5 de abril de 1979 (37) que han sometido a la Administración del Estado a una reestructuración muy importante, de dimensiones desconocidas desde que fue aprobada en 1957 la LRJ—por lo menos—. El Ministerio de Defensa, el de Economía, el de Transportes y Comunicaciones, el de Sanidad y Seguridad Social y el de Cultura—además de la sustancial modificación del de Obras Públicas ahora complementado con el de Urbanismo, o del de Comercio al que se le añadió Turismo—surgieron por el Decreto de 4 de julio de 1977; los Ministerios de Universidades e Investigación y Administración Territorial, por el de 5 de abril de 1979. La lista de 16 Departamentos del artículo 3.º de la LRJ ha sido profundamente transformada: ahora ya no son 16 sino 18 los Departamentos establecidos y los que acabamos de mencionar como creados por los citados Reales Decretos han sustituido a los antiguos Ministerios del Ejército, Marina, Aire, Información y Turismo y Vivienda. Además Educación y Ciencia se llama ahora Educación a secas, el de Gobernación se llama del Interior y el de Industria, de Industria y Energía. La organización de los antiguos tres Departamentos Militares, junto con gran parte del Alto Estado Mayor, ha dado lugar a la nueva organización del Ministerio de Defensa (38), Información se ha distribuido entre Cultura y Presidencia (39), mientras

(37) Además de otros, como el Real Decreto 2157, de 1 de septiembre de 1978 (que crea en la Presidencia la Secretaría de Estado para la Información).

(38) Único ramo en el que se ha operado una reforma administrativa sustancial, fusionando la Administración militar y la de la Defensa, anteriormente excesivamente dispersa. Cfr. el Real Decreto 2723, de 2 de noviembre de 1977, que organiza de modo definitivo el Departamento, sobre la base de lo dispuesto por el Real Decreto de 4 de julio de 1977.

(39) En realidad inicialmente Cultura (y Bienestar) se constituye con algunos organismos procedentes de Presidencia, además de las unidades del Ministerio de

que Turismo se ha unido, como ya dijimos, a Comercio, y Vivienda a Obras Públicas.

Pero, además, el Real Decreto de 4 de julio de 1977, que trató de presentarse como puramente reestructurador para encajar así en los límites formales del texto del artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, y evitó por ello variar el número de los Departamentos ministeriales establecidos en la LRJ (aunque varió la denominación y creó, en realidad, sendos nuevos Ministerios), introdujo en la organización de la Administración una nueva figura orgánica, cuya creación vino a modificar en varios puntos la LRJ, en concreto por lo menos su artículo 14, relativo a las atribuciones de los ministros. Me refiero a los *secretarios de Estado*. Su creación venía a chocar también—al hacerse por simple decreto— con el artículo 40,II de la LOE y con el artículo 10, g) e i) de la Ley de Cortes. Y mal apoyo podría dársele a esta medida en el artículo 26 del Decreto-ley de octubre de 1976. A través de esta figura de los secretarios de Estado se encajaron alguna de las supresiones de antiguos Ministerios (Turismo) o se crearon cuasiministerios, alguno de los cuales pasó a recibir pleno *status* de Departamento en abril de 1979 (Universidades e Investigación).

Puede concluirse, en fin, que la mayor parte de la actividad estatal administrativa actual y de los últimos meses o años pende en su legalidad del juicio que merezca el Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 en cuanto a su idoneidad para fundamentar suficientemente o cubrir de legitimidad constitucional y legal a los Reales Decretos reorganizadores de la Administración del Estado de que venimos hablando. La validez, en suma, de toda una gran operación de asignación de competencias administrativas, realizada en dos fases principales, está en juego; y con ella la validez de multitud de reglamentos y actos dictados por buena parte de la Administración actual del Estado. Las ingentes consecuencias de la cuestión planteada inclinan al abandono de su análisis riguroso. ¿Habrà que renunciar escépticamente a extraer todas las consecuencias que impone nuestro ordenamiento jurídico actual e histórico? ¿Habrà que aceptar de antemano el eventual

Información y Turismo que no pasaron a Comercio y Turismo, así como la Dirección General del Patrimonio Artístico y Cultural del Ministerio de Educación y Ciencia. Pero posteriormente, por Real Decreto 2157, de 1 de septiembre de 1978—también dictado en uso de la pretendida autorización contenida en el art. 26 del Real Decreto-ley 18, de 8 de octubre de 1976—, se creó la Secretaría de Estado para la Información, que absorbió en Presidencia las funciones de varios organismos del Ministerio de Cultura.

fracaso irremediable de las técnicas jurídicas ante la fuerza fáctica del Poder? ¿No se empequeñece hasta dimensiones despreciables la importancia de las garantías formales del Derecho público cuando la realidad impone su confrontación con hechos consumados y operaciones imponentes en las que se implican ya abundantes situaciones dignas de toda la protección en aras de la seguridad y de la misma justicia?

3.3. Pues bien, considero que el análisis en profundidad de la validez primero del Decreto-ley de octubre de 1978 y, después, de los dos Decretos de julio de 1977 y abril de 1979 no debe dejar de intentarse, sea cual sea el resultado y el uso que de él pueda llegar a hacerse. No es ésta la primera vez que un análisis de esta naturaleza se lleva a cabo: tanto en la doctrina (40) como en alguna sesión del Congreso de los Diputados (41) el tema ha sido abordado ya en una u otra forma y se han propuesto soluciones heterogéneas. Veamos, pues, con el conveniente detenimiento el problema en sus diversos aspectos.

3.4. Ante todo conviene observar el auténtico *objeto* del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1978 a que venimos refiriéndonos. Me parece que no cabe duda alguna: lo que ese precepto realiza es una habilitación de potestad, una atribución de competencia en favor del Gobierno. Su sentido no es otro que el de transferir en efecto al Gobierno el *poder de suprimir, refundir y reestructurar Departamentos ministeriales* —además de Organismos y Servicios de la Administración Institucional, aspecto que soslayaremos aquí—, que, según la LRJ, artículo 3.º, formaba parte de la potestad organizatoria

(40) JAVIER SALAS considera «inconstitucional» el reciente Decreto 708/1979, de 5 de abril (...), que pretende basarse en la autorización concedida por el art. 26 del Decreto-ley 18/1978, de 8 de octubre, sobre medidas económicas (en el que, por cierto, ya se había apoyado otro Decreto anterior, también de reorganización ministerial, el 1558/1977, de 4 de julio). El precepto citado, que, en efecto, establecía una amplia y generosa deslegalización en materia de organización administrativa, sin fijar, además, plazo para su ejecución (...), debe entenderse derogado desde la entrada en vigor del nuevo texto constitucional, aparte de que no parece autorizar, ni mucho menos, la *creación* de (dos) Departamentos, que muy difícilmente puede basarse, por lo demás, en razones de ahorro de gasto público. (*Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Civitas; Madrid, 1979, 67-68, y en vol. colectivo, *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, III, IEF, Madrid, 1979, 1835-1836).

(41) Sesión plenaria número 4, del miércoles 18 de abril de 1979, con motivo de la presentación del nuevo Gobierno y declaración del mismo sobre la reestructuración orgánica de la Administración Central del Estado, con sucesivas intervenciones del Presidente del Gobierno, ministro de la Presidencia, SOLÉ TURÁ y PECES-BARBA MARTÍNEZ (*DS*, pp. 129-142).

reservada al Legislativo. En cuanto a la supresión, el artículo 3.º de la LRJ es bien expreso; respecto a la refundición de Ministerios, ésta es irrealizable sin reforma sustancial de los mismos, sin variar su competencia o, en fin, sin crear y suprimir, respectivamente, un nuevo Ministerio, resultado de la fusión o refundición, y los dos ó más Departamento que se refundan; solamente la reestructuración, en la medida en que pudiera afectar solamente a la estructura interna de cada Departamento, quedaría fuera de la potestad reservada a la ley en el artículo 3.º de la LRJ (42).

El objeto del artículo 26 del Real Decreto-ley no es, por consiguiente, «regular materias» reservadas a la Ley—como pedía el artículo 13 de la Ley Constitutiva de las Cortes, en su texto vigente cuando este Decreto-ley fue aprobado—sino verdadera y propiamente una *deslegalización*, esto es, extraer para el futuro del ámbito reservado a la ley una materia determinada, hasta entonces efectivamente competencia exclusiva del Legislativo, para ponerla en manos del Ejecutivo (43).

(42) Cfr. en el mismo sentido JAVIER SALAS: *Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español. En torno a la urgencia*, 51, de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1966, 92. En cuanto a la reestructuración, hay que tener también en cuenta los límites generales que implica la LRJ al regular a los ministros, los subsecretarios, etc., reservando implícitamente en favor de las Cortes—en la medida en que no estuviera ya reservado a ellas por la propia Ley de Cortes o por la Ley Orgánica del Estado—las correspondientes potestades reguladoras.

(43) En cuanto a las diferencias entre *deslegalización* y *remisión normativa*, cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...* I, 3.ª ed., cit., 248. Esta operación no puede considerarse, por lo demás, con propiedad, «ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado», a que se refiere la Ley de Cortes, art 10, g), aunque asigne ciertas competencias al Gobierno. La ordenación a que la Ley de Cortes se refiere puede comprender una regulación del Gobierno—como confirma el artículo 40, II, de la LOE—, o una regulación de la Administración del Estado. El artículo 26 que comentamos, de regular algo, regula, en cuanto a una nueva pretendida competencia, al Gobierno. Pero no parece que pueda admitirse la deslegalización por decreto-ley de la potestad de las Cortes para regular la ordenación de los Departamentos de la Administración, alegándose que ello equivaldría a una reordenación, por razones de urgencia, de la competencia del Gobierno, que no tendría más funcionalidad precisamente que la de trasladar a su ámbito de poder algo que es exclusivo de las Cortes. Esta interpretación es rechazable porque conduciría al absurdo de justificar cualquier deslegalización, y no solamente de materias propias de la autorreserva, sino también de la reserva legal constitucional, ya que, a la postre, en toda deslegalización se amplía, por definición, el ámbito competencial del Gobierno. Pero para que el decreto-ley se justifique—siempre conforme al artículo 13 de la Ley de Cortes—es preciso que todo su contenido consista en regular una materia reservada a la ley, sin incluir puras y simples transferencias incondicionadas de potestades normativas propias de las Cortes; no puede legitimarse, en conclusión, un decreto-ley que, como hace el que comentamos en su artículo 26, deslegalice materias contenidas en la reserva legal, aunque sólo se trate de la autorreserva. Y ello porque al hacerlo así, el decreto-ley no regula en puridad tales materias, sino que las abre—para un futuro más o menos indeterminado—a una posible regulación por el Gobierno.

No es que, por razones de urgencia, el Rey, a propuesta del Gobierno, haya ejercido una potestad reservada a las Cortes suprimiendo o refundiendo algún Departamento ministerial, esto es, regulando en este sentido la estructura básica de la Administración del Estado. Lo que se ha hecho o se ha pretendido hacer —alegando sorprendentemente razones de urgencia— ha sido desposeer a las Cortes de tal potestad y atribuírsela al Gobierno para que la ejerza cuando él quiera... aunque sea, como la historia ha demostrado, a los nueve meses o a los dos años y pico de producida la pretendida deslegalización (44).

Vemos, pues, que por razón del objeto el artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 no resulta ajustado a las exigencias constitucionales explícitamente establecidas en el artículo 13 de la Ley de Cortes (45). Lo que equivale, en realidad, a afirmar que ni el Gobierno ni el Rey —que carecía ya de la potestad legislativa de prerrogativa, propia del general FRANCO (46)— tenían *competencia* para operar por medio de decreto-ley una deslegalización como la que se pretende en el citado artículo 26 del de 8 de octubre de 1976. Este precepto

(44) Otro problema sería, además, el de la duración de la autorización al Gobierno contenida en el citado art. 26, teniendo en cuenta que se trata de un Decreto-ley-medida, esto es, una disposición dirigida a resolver una serie de problemas coyunturales con determinadas medidas. Pasadas las circunstancias que motivan esa disposición, ¿puede justificarse la pervivencia de facultades no ejercidas mientras subsistieron? Parece evidente que no. De todas formas, por esta vía no es fácil llegar a una segura determinación del momento en que habría que considerar definitivamente decaída la autorización.

(45) Que la deslegalización no es operable por la vía del decreto-ley ha sido sostenido por la doctrina. *Vid.*, por ejemplo, GALLEGO ANABITARTE, *Ley y Reglamento en el Derecho público occidental*, IEA, Madrid, 1971, 73, quien se refiere al «fenómeno sorprendente de decretos-leyes, autorizando, mejor, delegando en el Gobierno facultad normativa: un verdadero absurdo constitucional, que desvirtúa por completo el sentido del decreto-ley» (*vid* también en p. 71 para comprobar que está hablando de la deslegalización). Según ENTRENA CUESTA, R., *Curso de Derecho administrativo*, 3.^a ed., Tecnos, Madrid, 1968, 103, la deslegalización de materias requería ley formal, y por el contexto parece que se está refiriendo exclusivamente a la ley ordinaria, esto es, procedente del legislativo. *Vid.* asimismo J. SALAS, *Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español...*, cit., 61, y GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *Aspectos de la problemática del Decreto-ley en el ordenamiento español*, «RDAF» núm. 42, 1975, 413 y ss.

(46) Como es sabido, la disposición transitoria primera de la Ley Orgánica del Estado de 1967 disponía en su apartado II: «Las atribuciones concedidas al Jefe del Estado por las Leyes de 30 de enero de 1938 y 8 de agosto de 1939, así como las prerrogativas que le otorgan los artículos 6.º y 13 de la Ley de Sucesión, subsistirán y mantendrán su vigencia hasta que se produzca el supuesto a que se refiere el párrafo anterior», el cual se refiere al cumplimiento de las previsiones de la Ley de Sucesión relativas a la asunción de la Jefatura del Estado por Rey o Regente. En suma, la potestad legislativa para elaborar y aprobar leyes, una vez instaurada la Monarquía en noviembre de 1975, era exclusiva de las Cortes Españolas (art. 1.º de la Ley de Cortes, reformada en 1967), sin perjuicio de la potestad extraordinaria de dictar decretos-leyes en los supuestos constitucionalmente previstos.

adolece de un vicio de inconstitucionalidad que le invalida por falta de competencia del órgano que lo ha establecido. Para una norma de objeto deslegalizador como dicho artículo 28 solamente eran competentes las Cortes Españolas.

3.5. Pero si del objeto pasamos a la *causa* de dicho precepto y analizamos si se dio la concurrencia del presupuesto de hecho habilitante exigido por el mismo artículo 13 de la Ley de Cortes como legitimador del decreto-ley, es obligado llegar a idéntica conclusión acerca de la rotunda inconstitucionalidad de la disposición. En efecto, según dicho artículo 13 es la *urgencia* lo que justificaba el decreto-ley. Será difícil, si no imposible, que cualquier des'egalización pueda satisfacer una necesidad pública urgente. Ante la urgencia, el Gobierno debe actuar, debe disponer lo que proceda, pero no es razonable que se autoautorice para decidir o disponer más tarde, porque si se pospone la resolución a adoptar es que no será tan urgente el problema (47). En concreto, la deslegalización que opera el artículo 28 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, como ya apuntábamos, en modo alguno puede justificarse en razones de urgencia, cuando resulta que no se hace uso de ella hasta pasados meses y años, tiempo más que suficiente para—incluso dentro de las características propias de la transición política—someter las alteraciones en la estructura básica de la Administración del Estado al procedimiento legislativo más lento. Aparte de imponerse la consideración de que resulta incomprensible que una alteración del número o de la competencia de los Departamentos ministeriales pueda ser absolutamente decisiva para la resolución de cualquier problema urgente que se plantee a la Administración Pública. Y si lo que se alegaba como urgente era nada menos que la reducción del gasto público y una mayor eficacia en la gestión de los servicios, ningún mediano conocedor de la Administración se atreverá a negar que para lograr ese—por lo demás permanente—objetivo, el Gobierno, sin necesidad alguna de apropiarse de una potestad reservada a la ley, tenía y tiene en su mano bastantes posibilidades antes que llegar a la supresión o refundición de los Departamentos ministeriales: podía y puede suprimir Negociados, Secciones, Direcciones Generales—por no hablar del enjambre de Servicios, Gabinetes, Subdirecciones Generales, etc.—e incluso alguna Subsecre-

(47) Vid en el mismo sentido J. SALAS: *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, Cuadernos Civitas, cit., pp. 29 y 66, y *Los Decretos-leyes en el ordenamiento...*, cit., p. 61, nota (64).

taria (48). ¿Qué urgencia economizante podría tener necesidad de recurrir a suprimir Departamentos sin antes proceder a cercenarles internamente? Y, en fin, como hemos dicho, si era tan urgente, ¿por qué no se procedió a la supresión o refundición directamente, en el propio Real Decreto-ley?

En realidad, que la causa del artículo 26 del Real Decreto-ley era distinta a la tipificada por el ordenamiento constitucional se habría de poner ampliamente de manifiesto: primero con la tardanza en hacer uso de la deslegalización, y, después, por la evidencia de que la reforma administrativa realizada a su amparo ya en julio de 1977 permite poner por lo menos en tela de juicio el que apuntara a aquella «mayor economía en los gastos públicos» y «mayor eficacia en la gestión de los servicios» que por propia declaración del texto del Real Decreto-ley parecía ser la necesidad que había que remediar o atender con urgencia (49).

(48) Es de destacar que los Decretos-leyes de 3 de octubre de 1966 (núm. 8) y 27 de noviembre de 1967 (núm. 15), sobre medidas en orden a la restricción del gasto público, se propusieron y realizaron efectivamente—aunque no fuera más que con efectos temporales y pasajeros—una «reestructuración de Servicios y supresión o integración de Organismos» (art. 1.º, 3, del Decreto-ley 8/1966), o «la supresión, refundición o reestructuración de Organismos y Servicios de la Administración Central, Territorial, Institucional y Autónoma» (art. 1.º del Decreto-ley 15/1967, que añade: «cualquiera que sea el rango de la disposición por la que fueron creados o se encuentren regulados»). Los Decretos 2149, de 19 de agosto de 1967, y 2764, de 27 de noviembre de 1967, operaron, en efecto, una amplia reducción de organismos, órganos y servicios, sin necesidad de afectar a la división departamental de la Administración. Aunque ciertamente ambos Decretos-leyes citados puedan hacerse también acreedores a crítica, por establecer en realidad deslegalizaciones que solamente debía poder disponer el Poder legislativo mediante Ley formal. Curiosamente en los dos Decretos mencionados que dieron cumplimiento a esos Decretos-leyes se alega en la exposición de motivos la disposición final primera de la LRJ, referencia que quizá quiso conectarse con la que también se hace al artículo 43 de la Ley 194/1965, de 21 de diciembre, que aprobó los Presupuestos Generales del Estado para el bienio 1966-67, donde, en efecto, pudiera encontrarse cierta base para considerar que la deslegalización—en cuanto a supresión o modificación de Organismos y Servicios regulados por Ley—contenida en los Decretos-leyes citados estaba ya contenida en la citada Ley; *vid.* FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La reforma de la organización administrativa en el Decreto de 27 de noviembre de 1967*, RAP, 54, septiembre-diciembre 1967, 445-458.

(49) Además de lo que ya hemos expuesto en páginas anteriores, recuérdese que por otro Real Decreto dictado el 11 de junio de 1977 (el núm. 1692), una semana después del que «reestructuró» la Administración Central del Estado, los asesores especiales del Presidente del Gobierno, creados por Real Decreto 2213, de 16 de septiembre de 1976 (pocos días antes del Real Decreto-ley que analizamos), pasaban a denominarse consejeros del Presidente del Gobierno, de nombramiento y remoción libres, por real decreto, a propuesta del Presidente. Y al mismo tiempo se creaban una serie de órganos de apoyo al vicepresidente tercero del Gobierno, al ministro adjunto para las Regiones y al ministro adjunto para las Relaciones con las Cortes, convirtiéndoles *de facto* en una especie de «miniministerios», a pesar del nominal carácter de ministros «sin cartera», de los correspondientes ministros y de la formal adscripción del conjunto a la Presidencia.

Hay que afirmar, en conclusión, el carácter inconstitucional o anti-constitucional que *ex radice* y desde su nacimiento presentaba el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976. Y, por cierto, que también este vicio relativo a la causa, a los presupuestos fácticos legitimadores del decreto-ley, permite ser considerado como un aspecto más del vicio de radical *incompetencia* del órgano autor del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976. En relación con los actos administrativos, acertadamente se ha puesto de manifiesto cómo la falta de un presupuesto esencial, imprescindible según la ley para que el órgano pueda ejercitar el poder que el ordenamiento le ha atribuido, equivale a una situación de incompetencia (50), y pienso que el razonamiento es perfectamente aplicable al caso de los decretos-leyes. La inconstitucionalidad, en consecuencia, del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 lo es, a la postre, por incompetencia del Rey y del Gobierno para deslegalizar materias por decreto-ley y para dictar normas por este procedimiento que no se justificasen en razones de urgencia.

4. *Inaplicación y declaración de nulidad del artículo 26 del Decreto-ley 18/1976, antes y después de la Constitución de 1978*

4.1. Ahora bien, ¿qué sanción aplicaba el ordenamiento constitucional de las Leyes Fundamentales a las disposiciones con fuerza de ley, como este Decreto-ley, que le conculcaran, y cuál era el procedimiento para su aplicación?

La doctrina reconocía, desde la Ley Orgánica del Estado, el juego eventual—dentro de sus enormes limitaciones e imperfecciones—del recurso de contrafuero, a través del cual podía llegarse, en efecto, a la anulación (art. 64 de la LOE) de todo acto legislativo o disposición general del Gobierno que vulnerase los Principios del Movimiento Nacional o las demás Leyes Fundamentales del Reino (art. 59 de la LOE). Pero el juego de dicho recurso se limitaba a un plazo de dos meses de la publicación en el «BOE» de la disposición o ley que lo motivara (art. 61, 1). ¿Adquiría entonces firmeza, por así decirlo, indiscutible la ley o disposición con fuerza de ley que no fuera recurrida en contrafuero dentro del debido plazo? En tal supuesto, el artículo 26 del Real Decreto-ley que venimos comentando habría quedado

(50) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso de Derecho administrativo*, I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1979, 530-531.

subsanado en su invalidez radical inicial, en su inconstitucionalidad, y parece que habría que reconocer su efecto modificador del artículo 3.º de la LRJ.

Semejante conclusión chocaba con el principio fundamental de seguridad jurídica, formalizado como tal por el artículo 17 del Fuero de los Españoles de 1945 en los siguientes términos: «*Todos los órganos del Estado actuarán conforme a un orden jerárquico de normas preestablecidas, que no podrán arbitrariamente ser interpretadas ni alteradas.*» ¿Cómo mantener este principio frente a las leyes y disposiciones que por tener fuerza de ley no eran, por otra parte, susceptibles de los recursos directo e indirecto contra disposiciones de naturaleza reglamentaria establecidos por la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso-administrativa de 1956? (51).

No era en modo alguno descaminada la tesis avanzada por el profesor CASTÁN TOBEÑAS desde su presidencia del Tribunal Supremo en 1958 de que, en virtud de la declaración contenida en el artículo 3.º de la Ley Fundamental de Principios del Movimiento Nacional, de 1958, según el cual

«Serán nulas las leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley Fundamental del Reino»,

habría de ser posible en el futuro controlar judicialmente, por vía de excepción, la constitucionalidad de cualquier ley o disposición con fuerza de ley, pudiendo los Tribunales —al menos el Supremo— inaplicar una ley inconstitucional, aunque no llegaran sus poderes a la declaración de nulidad (52).

(51) MARÍN PÉREZ, P., en *La administración de justicia en la Ley Orgánica del Estado*, «Revista de Estudios Políticos» núm. 152, marzo-abril 1967, 221, admite el recurso indirecto contencioso-administrativo. Critica esta posición M. ARAGÓN en *La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de constitucionalidad de las leyes)*, «REDA» núm. 14, julio-septiembre 1977, 511 y ss. Admite también el juego del art. 39, 2 y 4 de la LJCA, GARRIDO FALLA, F. (*Tratado de Derecho administrativo*, I, 7.ª, ed. IEP, Madrid, 1976, 272), aunque precisando que no pueden los Tribunales contencioso-administrativos declarar su nulidad, sino simplemente inaplicarlos (*La fiscalización de los Decretos legislativos por la Jurisdicción Contencioso-administrativa* núm. 60, de esta REVISTA, septiembre-diciembre 1969, 112 y ss.).

(52) Cfr. CASTÁN TOBEÑAS, J.: *Perspectivas filosófico-jurídicas del pensamiento contemporáneo y de la Ley Fundamental española de 17 de mayo de 1958*, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1959, cit. por ARAGÓN, M., en *La sentencia del Tribunal Supremo...*, cit. supra, 511, nota 10. Vid. también la cita que hacen GARCÍA DE ENTERRÍA y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ, en *Curso...*, I, 2.ª ed., 2.ª reimpresión, Civitas, Madrid, 1978, 84-85.

Ante la insuficiencia del recurso de contrafuero para garantizar el orden de Derecho a que se refería el artículo 17 del Fuero de los Españoles—el cual, por otra parte, se limitaba a ofrecer una vía de impugnación directa, que, aparte de sus defectos intrínsecos como recurso más político que jurídico, no tenía por qué excluir y no excluía expresamente de hecho otras posibles vías impugnatorias o de control (53)—, la vía propugnada por el profesor CASTÁN TOBEÑAS era, sin duda, un camino acertado. La exigencia de tal «orden de Derecho», con explícita asunción de los contenidos de todas las Leyes Fundamentales, estaba además incorporada al principio VII de la Ley de Principios de 1958, de modo que la cláusula de nulidad de pleno derecho establecido en el antes citado artículo 3.º podía y debía cubrir todo supuesto de vulneración o menoscabo, toda infracción de las Leyes Fundamentales, incluidas, en consecuencia, la Ley de Cortes y el Fuero de los Españoles.

VILLAR PALASÍ sostuvo también hace años la legitimidad de que los Tribunales de Justicia, en su deber de determinar la norma aplicable a cada caso controvertido, inaplicaran una ley o norma con fuerza de ley que entrara en colisión con normas de rango superior, no derogables ni modificables por aquéllas, cuales son, evidentemente, las constitucionales de las Leyes Fundamentales. Al obrar así los Tribunales no dejarían por ello de respetar y cumplir el artículo 1.º de la Ley reguladora de la Jurisdicción contencioso administrativa en cuanto impide un proceso directa o indirectamente dirigido a efectuar una declaración de nulidad de una disposición con categoría de ley (54). Por su parte, los profesores GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ observaron que «la base constitucional sobre la que el Tribunal Supremo americano ha desarrollado su ejemplar competencia de *judicial review* sobre las Leyes era bastante menor que la que ofrece el artículo 3.º de la Ley de Principios Fundamentales del Movimiento Nacional» (55) y GARRIDO FALLA, estimando que las

(53) Cfr. en este sentido GARRIDO FALLA, F.: *La fiscalización de los Decretos legislativos...*, cit. 111, nota (3) *in fine*.

(54) Cfr. VILLAR PALASÍ, J. L.: *Derecho administrativo. Introducción y teoría de las normas*, Universidad de Madrid; Madrid, 1968, 300. Admite también, al parecer, la inaplicabilidad GARCÍA-TREVIJANO, J. A., en *Tratado de Derecho administrativo*, I, 2.ª ed., Ed. «RDP», Madrid, 1968, 261 (en cuanto a Decretos-leyes). En contra, BOQUERA OLIVER, J. M.: *Derecho administrativo*, 2.ª ed., IEAL, Madrid, 1977, 152-153. Vid. también GONZÁLEZ MARIÑAS, P., *Aspectos de la problemática...*, cit., 437 y ss.

(55) Cfr. *Curso...*, I, 2.ª ed., reimpr. cit., 85.

leyes contrarias a las Leyes Fundamentales no podían obligar a los Tribunales de Justicia, llegaba a considerar aplicable la técnica de la impugnación indirecta de los Reglamentos ilegales consagrada en el artículo 39, 2 y 4 de la LJCA (56).

El Tribunal Supremo llegó a dar poco antes de la derogación del régimen constitucional de las Leyes Fundamentales, pasos importantes en esta línea de asumir un control de constitucionalidad por la vía de la inaplicación y de la interpretación correctora de normas con fuerza de ley que resultaran anticonstitucionales. Me refiero a las sentencias de la Sala 4.^a del mes de abril de 1977 (57), que con motivo de los expedientes de legalización del «Partido Comunista de España», el «Partido Carlista» y el «Partido del Trabajo de España», inaplicaron el artículo 1.^o, 2, del Real Decreto-ley 12, de 8 de febrero de 1977, en cuanto que pretendía atribuir al Tribunal Supremo una competencia que éste no consideró compatible con el reparto de funciones establecido constitucionalmente por la Ley Orgánica del Estado. Como resaltaba en un comentario RODRÍGUEZ OLIVER, «el Tribunal Supremo ha optado por hacer descansar unas sentencias directamente sobre la Constitución, prescindiendo de normas de rango inferior» y si esto ha sido así—concluía—, «de aquí se sigue que el justiciable puede invocar también directamente las disposiciones fundamentales como amparo de su pretensión, así como también es posible apoyarse en la Constitución para solicitar que se inaplique la Ley ordinaria o un Decreto-ley, lo que supone explicitar la falta de cobertura legal de ciertas actuaciones, abriéndose así el camino a su eliminación» (58).

4.2. Es necesario, sin embargo, plantearse inmediatamente en qué medida la publicación de la nueva Constitución española, en diciembre de 1978, ha podido incidir en estos planteamientos en relación con

(56) Cfr. *Tratado de Derecho administrativo*, I, 7.^a ed., IEP, Madrid, 1976, 272. En contra de la interpretación que hace Manuel ARAGÓN, el profesor GARRIDO FALLA sostiene idéntica tesis en su trabajo sobre *La fiscalización de los Decretos legislativos por la Jurisdicción contencioso-administrativa*, núm. 60 de esta REVISTA, septiembre-diciembre, 1969, pp. 110-111, nota (3). Cfr. la interpretación contraria—parcial—que hace al respecto ARAGÓN, M., *La sentencia del Tribunal Supremo...*, cit., 511.

(57) Cfr. *Aranzadi*, 1978, R. 4635, 4636 y 4637.

(58) Cfr. RODRÍGUEZ OLIVER, J. M.: *Proyección doctrinal de la sentencia de 1 de abril de 1977 sobre Asociaciones Políticas*, «REDA» núm. 12, enero-marzo 1977, 73-74. Parte de aceptar una calificación similar del contenido de la sentencia de 1 de abril de 1977, pero, a diferencia de este autor, para criticarla severamente, ARAGÓN, M.: *La sentencia del Tribunal Supremo sobre la legalización del PCE (un caso de control judicial de constitucionalidad de las leyes)*, «REDA» núm. 14, julio-septiembre 1977, 507-523.

el control de constitucionalidad de unas normas legales producidas antes de la entrada en vigor de la nueva Constitución. Es decir, admitido que el Tribunal Supremo, conociendo, por ejemplo, de un recurso contencioso-administrativo, hubiera podido desconocer el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 que venimos estudiando, aplicando, en consecuencia, plenamente tanto la Ley de Cortes y la LOE como la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ¿cabe reconocerle esta misma potestad una vez publicada y entrada en vigor la nueva Constitución?

Dos problemas surgen al respecto. Por una parte, el de si la validez del artículo 26 del Decreto-ley debe ahora establecerse en confrontación con las Leyes Fundamentales, vigentes cuando fue dictado, o examinando su compatibilidad con el nuevo orden fundamental establecido por la Constitución ahora en vigor. Por otra parte, tanto si la respuesta al problema anterior se orienta en un sentido como si se orienta en el contrario, ¿no habrá que transferir al Tribunal Constitucional creado por el nuevo ordenamiento constitucional, toda potestad de inaplicar o declarar la invalidez de una norma con fuerza de ley?

En cuanto al primero de ambos problemas, me inclino a entender que la validez del precepto en cuestión hay que seguir analizándola en relación con el ordenamiento constitucional vigente cuando fue establecido. En efecto, la entrada en vigor del nuevo orden constitucional habría alterado las cosas si sus normas implicaran la inconstitucionalidad material de aquel precepto, lo cual haría inútil, innecesario e injustificado continuar apelando a la invalidez proveniente del antiguo ordenamiento constitucional. También habría cambiado las cosas el que la Constitución hubiera establecido una norma semejante al artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, sustituyendo y derogando de esta forma con el máximo rango las normas correspondientes de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado. En uno y otro supuesto nos encontraríamos con que la Constitución habría establecido normas que contemplaran directamente el supuesto o supuestos a que hace referencia el citado artículo 26, bien fuese de modo genérico pero suficientemente preciso, bien de modo particular y concreto.

Pues bien, en cuanto al artículo 86 de la Constitución, que prohíbe que los decretos-leyes afecten al ordenamiento de las instituciones básicas del Estado, es claro que hace inconstitucional para el futuro

cualquier decreto-ley que pretenda regular la estructura del Gobierno o de la Administración del Estado, instituciones ambas ciertamente básicas del Estado. Ya hemos explicado, además, que el artículo 98, 1 y 4 reserva a la ley la estructura del Gobierno y el artículo 103, 2 la regulación de la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado, lo cual significa que las correspondientes potestades normativas no pueden ser deslegalizadas ni siquiera por las propias Cortes Generales; tanto menos por el Gobierno, a través de un decreto-ley. Y si una ley de Cortes reserva a éstas la competencia para crear, suprimir, reformar, etc., los Departamentos ministeriales, esa atribución de competencia solamente podrá alterarse y transferirse al Gobierno por ley de las Cortes Generales mismas, mediante la oportuna deslegalización, aquí sí admisible. El artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, si se dictara ahora, sería, pues, rigurosamente inconstitucional, tanto por caer bajo la prohibición del artículo 86 como por lesionar la autorreserva que el artículo 3.º de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, en aplicación del artículo 103,2 de la Constitución, mientras no se altere el bloque normativo, hace en la materia.

Pero el Real Decreto-ley a que nos venimos refiriendo no se ha dictado después de la Constitución sino antes y las normas sobre competencia y procedimiento que condicionan la validez de los actos de los Poderes públicos son las vigentes en el momento en que se produjeron. La ilegalidad o la inconstitucionalidad sobrevenida puede deberse a un cambio del ordenamiento superior que afecte al contenido de las normas inferiores, pero nunca podrá tener su origen en una modificación de las normas superiores rectoras de la competencia o del procedimiento, cuya funcionalidad se agota una vez puesta la norma o acto de que se trate en el mundo jurídico con las suficientes apariencias de legalidad como para producir, siquiera sea provisionalmente, efectos. En suma, si el artículo 26 del Decreto-ley de octubre de 1976 era válido antes de la Constitución de 1978, hay que considerar que sigue siendo válido después de la entrada en vigor de esta norma fundamental. El ordenamiento constitucional aplicable en el futuro a los decretos-leyes no afecta por tanto —entiendo yo— a los que como éste de 1976 fueron dictados antes de la Constitución (59).

(59) Mantiene en este punto una tesis contraria, partidario de considerar derogado por la constitución el art. 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, JAVIER SALAS, en *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, cit., 67-68. Vid. en

Tampoco hay en la Constitución de 1978 norma alguna que pudiera implicar una convalidación o sanación en la raíz de la invalidez de que adoleciera con anterioridad el artículo 26 del Decreto-ley de 1976. La Constitución no atribuyó al Gobierno la potestad organizatoria sobre los Departamentos, como intentaba inicialmente el anteproyecto constitucional. De haberle asignado al Gobierno tal competencia, evidentemente el artículo 26 del Decreto-ley de 1976—en cuanto afecta a los Departamentos—habría quedado subsumido o absorbido en la nueva normativa constitucional y por lo tanto, al menos, a partir de la entrada en vigor de la nueva Constitución, no solamente recubierto ya de plena constitucionalidad, sino elevado incluso a rango constitucional (60). Pero sabemos que no ha sido así, que la potestad organizatoria sobre la Administración o la ejerce directamente el Legislativo—cuando afecta al Gobierno en su composición o en el estatuto de sus miembros—o la ejerce quien determine el Legislativo. De ahí que si el Decreto-ley de 1976 era inválido antes de la Constitución, después de ésta y por el momento ningún acto del Poder Constituyente o del Poder Legislativo le han hecho ganar validez.

Las cosas, en fin, respecto al artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, siguen como antes de aprobarse la Constitución y, por tanto, su validez o su falta de validez hay que seguir concluyéndola de lo que se dedujera del ordenamiento constitucional anterior. Fenómeno por lo demás que no tiene nada de extraño, ya que, efectivamente, si un Juez es hoy llamado a juzgar de un acto o contrato cualquiera celebrado hace cinco, quince o treinta años tendrá que indagar y aplicar el ordenamiento entonces vigente para poder juzgar sobre su respectiva validez, sin perjuicio de tener luego en cuenta normas ulteriores que hayan podido incidir favorable o desfavorablemente en sus efectos. Y lo mismo ocurriría si hoy, en un recurso indirecto contra reglamentos, se pidiera a un Tribunal que declarase la nulidad de tal o cual precepto reglamentario aplicado a un acto impugnado, que cuando éste fue dictado estaba vigente, pero que ulteriormente haya sido modificado o sustituido por otro o haya sido

sentido favorable a nuestra opinión, GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y TOMÁS RAMÓN FERNÁNDEZ: *Curso...*, 3.^a ed., cit. 112, y RUBIO LLORENTE, F.: *La Constitución como fuente del Derecho*, en *La Constitución española y las fuentes del Derecho*, vol. I, IEF, Madrid, 1979, 57.

(60) Aunque hay que advertir que la fórmula empleada por el texto del anteproyecto constitucional permitía que la ley exigiera una autorización legislativa para que el Gobierno ejerciera su potestad, lo cual equivaldría a una autorreserva legislativa en la materia, como ya explicamos.

derogada total o parcialmente la ley que le sirviera de base. La conformidad o disconformidad, en suma, de una norma o de un acto al ordenamiento jurídico en bloque, ha de medirse con relación al momento en el que surge a la vida jurídica y por tanto con respecto al ordenamiento entonces en vigor, sin perjuicio de los efectos que legítimamente puede producir cualquier reforma de dicho ordenamiento.

4.3. Una vez establecida esta conclusión, ¿cómo resolveremos el otro problema, el del órgano idóneo para inaplicar ahora el artículo 26 del Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 o incluso para declarar eventualmente su nulidad?

El artículo 1.º de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional, de 3 de octubre de 1979, configura a éste «como *intérprete supremo de la Constitución*» y en función de esta exclusiva misión está construida técnicamente toda su jurisdicción. Así el artículo 27 asigna al alto Tribunal competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes o disposiciones y actos con fuerza de ley con el fin de garantizar la primacía de la Constitución, enjuiciando la conformidad o disconformidad con ella de las leyes, disposiciones o actos impugnados. «Para apreciar la conformidad o disconformidad con la Constitución (...)—dice el artículo 28, 1—, el Tribunal considerará, además de los preceptos constitucionales, las leyes que dentro del marco constitucional, se hubieran dictado para delimitar las competencias del Estado y las diferentes Comunidades Autónomas o para regular o armonizar el ejercicio de las competencias de éstas. Y añade el número 2 del mismo precepto que «asimismo el Tribunal podrá declarar inconstitucionales por infracción del artículo 81 de la Constitución los preceptos de un decreto-ley, decreto legislativo, ley que no haya sido aprobada con el carácter de orgánica o norma legislativa de una Comunidad Autónoma en el caso de que dichas disposiciones hubieran regulado materias reservadas a ley orgánica o impliquen modificación o derogación de una ley aprobada con tal carácter cualquiera que sea su contenido». Por su parte, el artículo 59 asigna al Tribunal Constitucional competencia para entender de «los conflictos que se susciten sobre las competencias o atribuciones asignadas directamente por la Constitución, los Estatutos de Autonomía o las leyes orgánicas u ordinarias dictadas para delimitar los ámbitos propios del Estado y las Comunidades autónomas».

Toda la actuación del Tribunal Constitucional se dirige, en resumidas cuentas, a garantizar y defender el nuevo ordenamiento constitucional. Por eso, tanto el artículo 163 de la Constitución como el 35 de la Ley Orgánica del Tribunal prevén la cuestión de inconstitucionalidad promovida por Jueces o Tribunales cuando consideren que una norma con rango de ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución. Solamente se trata de defender, lógicamente, lo dispuesto por ésta y no lo que pudiera establecer el ordenamiento constitucional ahora derogado.

Ahora bien, igual que en el futuro, cuando se produzca alguna reforma constitucional, el Tribunal Constitucional seguirá siendo competente para enjuiciar la constitucionalidad —en cuanto a competencia y procedimientos— de una norma con rango de ley dictada bajo el ordenamiento constitucional actual, esto es, vigente con anterioridad a esa eventual reforma futura, no creo que hubiera inconveniente jurídico alguno para que del mismo modo el Tribunal aceptara enjuiciar la validez constitucional de leyes o disposiciones con fuerza de ley dictadas bajo el imperio de la Constitución que formaban las Leyes Fundamentales, sin perjuicio de aplicar, naturalmente, los principios generales sobre los efectos derogatorios de las normas de la nueva Constitución (61). Cabría, en este sentido, a mi entender, utilizar la vía del planteamiento de cuestión de inconstitucionalidad por los Tribunales para impugnar ante el Tribunal Constitucional el artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976.

Claro que, por otra parte, no habría mayor inconveniente en seguir admitiendo la competencia de los Tribunales judiciales mismos para inaplicar normas con fuerza de ley anteriores a la Constitución que no se consideren aplicables, bien sea por razón de su invalidez inicial bien por otras razones justas. No debe olvidarse, a propósito del Real Decreto-ley de 8 de octubre y en concreto respecto de su artículo 26, que aparte de su invalidez radical, cabe perfectamente entender que habiendo sido dictado por urgencia en razón de determinadas necesidades económicas coyunturales, habría ya caducado en sus efectos, transcurridas que fueron aquellas circunstancias (62). El Tribunal correspondiente podría así, sin más, determinar su inaplicación, por

(61) *Vid.*, en cuanto a esto último, GARCÍA DE ENTERRÍA-T. R. FERNÁNDEZ: *Curso...*, 3.^a ed., *cit.*, 101 y ss.

(62) *Vid.* J. SALAS: *Los Decretos-leyes en el ordenamiento jurídico español*, *cit.*, 72.

estimar que ya no está o no estaba vigente en los momentos en que se haya pretendido su aplicación. De todos modos, habida cuenta de las implicaciones del tema concreto a que el precepto en cuestión se refiere, lo más prudente pudiera ser aprovechar el cauce que actualmente brinda la existencia del Tribunal Constitucional.

Incluso a través del portillo del principio de jerarquía normativa, de seguridad jurídica o del de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, cabría provocar una intervención, una decisión del Tribunal Constitucional, que podría referirse al momento en el que el Real Decreto-ley surgió a la vida jurídica, confrontándole, por tanto, con las normas que en aquel momento le eran superiores en virtud de la jerarquía normativa. Es decir, para garantizar esos principios del artículo 9 de la Constitución podría el Tribunal Constitucional enjuiciar la legitimidad de disposiciones con fuerza de ley y leyes anteriores a la Constitución que no hubieran respetado no ya el orden de valores materiales de las Leyes Fundamentales—ahora reemplazado por el establecido en la Constitución—, sino la distribución de poderes y competencias establecida en aquéllas o a su amparo, es decir, el orden formal normativo entonces imperante.

III. NULIDAD DE PLENO DERECHO DE LOS REALES DECRETOS DE 4 DE JULIO DE 1977 Y 5 DE ABRIL DE 1979: ALCANCE DE SUS EFECTOS

1. *La nulidad de pleno derecho de ambos Decretos*

1.1. Tanto el Real Decreto 1558, de 4 de julio de 1977, como el 708, de 5 de abril de 1979, fueron dictados «*en uso de la autorización concedida (al Gobierno) por el artículo 26 del Real Decreto-ley 18/1976, de 8 de octubre*». Esta expresa apelación de ambos Decretos pone de manifiesto, si falta hiciera, la persuasión de que sólo merced a tal autorización podía el Gobierno ejercer una potestad organizatoria de la Administración del Estado con el alcance pretendido en ambas disposiciones (63). De ahí que, si las conclusiones a que hemos llegado

(63) *Vid.* como confirmación los argumentos del ministro de la Presidencia en la sesión del Congreso de los Diputados del 18 de abril de 1979 (DS, núm. 4/1979, página 132), tanto con referencia al Decreto de 5 de abril de 1979 como en relación al de 4 de julio de 1977.

en páginas anteriores sobre la invalidez e inaplicabilidad del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 son ciertas, será obligado afirmar la ausencia de cobertura legal de ambos Reales Decretos y, por ende, su invalidez, su ilegalidad. El Gobierno sería *incompetente* para aprobar tales disposiciones de rango puramente reglamentario, suponiendo como suponen regulación, sin autorización expresa de ley alguna de las Cortes, de una materia reservada en la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado a la exclusiva competencia del Poder Legislativo y constituyendo, en fin, una disposición contraria a dicha Ley de Régimen Jurídico y al artículo 103, 2 de la Constitución vigente (aplicable ya respecto del Decreto de 1979, aunque no respecto al de 1977). Y, a tenor del artículo 47, 2 de la Ley de Procedimiento Administrativo y del 28 de la misma Ley de Régimen Jurídico, es evidente que por tal razón ambos Reales Decretos serían nulos de pleno derecho.

1.2. Pero es que, además, aun en el supuesto en que no se reconociese la nulidad radical del Real Decreto-ley de 1976, en su artículo 26, los Reales Decretos de 1977 y 1979 y, especialmente este último, exceden palmariamente los límites de la competencia que el mencionado artículo 26 habría conferido al Gobierno en orden a la supresión, refundición y reestructuración de Departamentos ministeriales. De modo que incluso en el caso de que quiera defenderse la inatacabilidad del artículo 26 del Real Decreto-ley de 1976, número 18, los Reales Decretos de 1977 y 1979 reorganizadores de la Administración del Estado, resultarían nulos de pleno derecho por las mismas razones de fondo expuestas en el párrafo anterior.

En efecto, como ya indicamos en algún momento anterior, el Real Decreto 708, de 5 de abril de 1979, no suprime ni refunde Departamentos ministeriales anteriores ni lleva a cabo una simple reestructuración de singulares Ministerios o de varios Departamentos entre sí. Lo que esta disposición establece es pura y simplemente la *creación* de dos sendos nuevos Departamentos ministeriales desgajándolos de los anteriores Ministerio del Interior y Ministerio de Educación y Ciencia: el Ministerio de Administración Territorial (en el que se integrarían también los órganos adscritos al anterior ministro sin cartera para las Regiones) y el de Universidades e Investigación (en el que se integraban también algunos órganos hasta entonces dependientes de la Presidencia del Gobierno).

Que tal operación organizatoria excede plenamente la presunta competencia asignada al Gobierno en el mencionado artículo 26 del Real Decreto-ley de 1976, se confirma además, a la vista del fin específico para el que explícitamente este precepto concedía cierta competencia organizatoria al Gobierno: «*obtener una mayor economía en los gastos públicos y una mayor eficacia en la gestión de los servicios*». Lo de la mayor eficacia puede ser discutible, pero no puede justificar por sí mismo el uso de la competencia pretendidamente atribuida por el artículo 26: necesita combinarse *necesariamente* —ello es especialmente claro examinando el conjunto del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976 que es su contexto— con la economía en el gasto. En realidad, la verdadera finalidad es esta última, aunque complementariamente lo sea también la eficacia en la gestión en la medida en que encaje en aquel otro objetivo esencial y prioritario. Difícilmente podrá admitirse que una mayor economía en los gastos públicos —por mucha eficacia que quiera lograrse a la vez en la gestión— ha sido precisamente el objetivo, el fin buscado con la creación de los nuevos Ministerios de Administración Territorial y de Universidades e Investigación (64).

No cabe duda, en mi opinión, de que por todas estas razones el Real Decreto 708, de 5 de abril de 1979, como contrario a las leyes, ha incurrido en nulidad de pleno derecho, de conformidad con la LRJ, artículo 28 y LPA, artículo 47, 2.

1.3. Y esto, que es patente respecto de este Real Decreto, no es menos cierto en realidad respecto del de 4 de julio de 1977. Tampoco éste se mantuvo dentro de los límites de la presunta autorización del artículo 26 del Real Decreto-ley 18/1976. Veámoslo.

Es cierto que suprimió algunos Departamentos ministeriales. Es cierto también que las supresiones fueron en realidad refundiciones y reestructuraciones de unos Departamentos con otros: así Vivienda, que se refundió con Obras Públicas, dando lugar a Obras Públicas y Urbanismo, o Información y Turismo que, al menos parcialmente, se refundió con Comercio, dando lugar a Comercio y Turismo, conservando parte de su organización bajo el nombre de Ministerio de Cultura. En cuanto a éste, asumió al mismo tiempo algunos antiguos ór-

(64) Vid. en análogo sentido la argumentación del señor PECES-BARBA, del grupo parlamentario del PSOE, en la sesión citada del Congreso de los Diputados del 18 de abril de 1979 (DS, núm. 4/1979, p. 139). Doctrinalmente, Javier SALAS ya ha observado también esto mismo en *Los Decretos-leyes en la Constitución española de 1978*, cit. 88.

ganos del Ministerio de Educación y Ciencia. El Ministerio de Obras Públicas y Urbanismo recibió también la Dirección General de Acción Territorial y Medio Ambiente que estaba en el Ministerio de la Presidencia [art. 5, c)]. Al Ministerio de Cultura —antiguo de Información y Turismo— irían también la Subsecretaría de Familia, Juventud y Deporte con sus Direcciones Generales, dependientes por entonces de la Presidencia del Gobierno [art. 13, 1, b)]. Todos estos cambios quedarían suficientemente cubiertos por el artículo 26 del Real Decreto-ley de 1976 —siempre suponiendo la legitimidad de su eficacia. Si el Real Decreto de 4 de julio de 1977 se hubiera detenido aquí tendría merecido el título con el que se presentó: «reestructuración de la Administración Central del Estado», dentro de la autorización concedida por el citado Real Decreto-ley.

Pero el Real Decreto que analizamos fue mucho más allá: creó en realidad tres nuevos Departamentos ministeriales: Transportes y Comunicaciones (con órganos procedentes de Gobernación, Obras Públicas, Comercio y Aire: art. 11), Sanidad y Seguridad Social (con órganos anteriormente dependientes de Trabajo y Gobernación: artículo 12) y Economía (desgajado de Hacienda y de Presidencia del Gobierno: art. 10). Trató de escamotear la creación de estos nuevos Ministerios bajo el concepto de reestructuración interdepartamental: como la supresión de los Departamentos militares y su sustitución por el Ministerio de Defensa dejaba dos huecos libres en la lista de Departamentos existentes y por otra parte la refundición de Vivienda con Obras Públicas dejaba un tercer hueco, se entendió que sin variación en el número de Departamentos, cabía que los tres nuevos ocupasen los lugares de los tres suprimidos. De la reforma no salían «más» Ministerios, ciertamente; pero es innegable que sí salían «nuevos» Ministerios, unos Ministerios que no tenían punto alguno de continuidad con los otros anteriormente existentes y ahora suprimidos, como no fuera en el caso del de Transportes y Comunicaciones en relación con el Ministerio del Aire... Aplicar a esta operación organizatoria el nombre de reestructuración, y de reestructuración autorizada por el artículo 26 del Real Decreto-ley 18 de 1976, no deja de resultar un tanto sorprendente. Este artículo habla de reestructuración de los Departamentos ministeriales (y no *in genere* de la Administración Central del Estado, que es la expresión que emplea el Real Decreto de 1977 y que podría tener un sentido más amplio). Unos Departamentos ministeriales se pueden reestructurar si existen

ya, pero si no existen en modo alguno y hay que crearlos, no se reestructuran sino que se estructuran *ex novo*, se crean pura y simplemente. Ya es dudoso que la reestructuración a que se refiere el Real Decreto-ley en el artículo 26 se refiere a una reestructuración interdepartamental y no solamente a una reestructuración interna de cada Departamento. Pienso que puede aceptarse, sin embargo, la reestructuración interdepartamental, pero me parece una condición *sine qua non* el que la remodelación se llevara a cabo entre o dentro de Departamentos ya existentes en el momento de tomarse la medida reestructuradora.

1.4. Pero hay más. El Real Decreto de 4 de julio de 1977 crea una nueva figura orgánica, la de los *Secretarios de Estado*, modificando el contenido de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado y señaladamente sus artículos 14 y 22 o, mejor dicho, infringiendo directamente esta Ley, que regula imperativamente los órganos superiores de los Departamentos ministeriales y sus respectivas competencias (65).

Es cierto que en virtud del artículo 2.º, 1, de la LPA —aunque no deben olvidarse los requisitos del artículo 3.º de esta misma Ley— el Gobierno puede crear órganos de la Administración del Estado por

(65) Un comentario a la creación de las Secretarías de Estado, cuyas tesis de fondo me parecen atinadas, en GUAITA, A.: *Secretarías de Estado y Subsecretarías*, «REDA», 18, julio-septiembre 1978, 349 y ss. Sin embargo, no se plantea en ningún momento la cuestión de la legalidad de su creación. Por cierto que la tesis que aquí sostenemos sobre las Secretarías de Estado creadas en julio de 1977 es igualmente aplicable a las posteriormente creadas, que siempre lo han sido por simples reales decretos: la de *Información*, la de *Seguridad Social*, dependiente del Ministerio de Sanidad y Seguridad Social (R. D. 2436, de 14 de octubre de 1978), posteriormente desaparecida, al crearse la de *Sanidad* en el mismo Ministerio por R. D. 933, de 27 de abril de 1979; la de *Desarrollo constitucional* (R. D. 1015, de 27 de abril de 1979), y la de *Asuntos Exteriores* (R. D. 984, de 27 de abril de 1979), aunque estas dos últimas presentan curiosas especialidades.

Es cierto que el art. 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1978 autorizaba al Gobierno a «reestructurar» los Departamentos ministeriales, «cualquiera que fuera el rango de la disposición por la que fueron creados o se encuentran regulados». Si entendemos que la regulación por la LRJ de los ministros, en cuanto jefes de Departamentos, y de los subsecretarios, es una regulación general de la estructura de los Departamentos, la validez de la autorización deslegalizadora del mencionado art. 26, podría llegar a cubrir de legalidad la modificación de esa estructura general trazada por la LRJ que constituye la creación de los secretarios de Estado. Pero aparte de la invalidez ya demostrada del citado art. 26, es cuando menos dudoso que semejante tipo de «reestructuración» pueda encajar en la finalidad justificadora de la autorización de ese precepto: la mayor economía en los gastos públicos. Y no se olvide además que «la ordenación político-jurídica de las instituciones del Estado» era materia reservada a la ley en virtud del art. 10, g), de la Ley de Cortes, como lo es hoy la regulación de la creación, régimen y coordinación de los órganos de la Administración del Estado (art. 103,2 de la Constitución).

debajo de los ministros. Pero esa potestad tiene que ejercerla el Consejo de Ministros con sujeción estricta a lo establecido en la Ley de Régimen Jurídico. Ello vendría reforzado hoy por el tenor literal del artículo 103, 2, de la Constitución que exige que la creación de órganos administrativos se haga en todo caso «de acuerdo con la Ley». Y la LRJ traza un cuadro general imperativo de la naturaleza y funciones que deberán corresponder a los órganos superiores de cada Departamento: el Gobierno podrá crear más o menos subsecretarios o directores generales, pero no podrá establecer órganos distintos con competencias o funciones que por la LRJ deben corresponder a los ministros. Ni siquiera cabe delegar las funciones de los ministros o de los subsecretarios o directores generales en órganos distintos que los expresamente indicados en el artículo 22, salvo que un ley amplíe expresamente esas posibilidades. Por eso crear por decreto la figura de un nuevo órgano llamado secretario de Estado con funciones que según la LRJ corresponden a los ministros —o eventualmente a los subsecretarios— resulta manifiestamente ilegal.

La creación de los secretarios de Estado de Universidades e Investigación (art. 6.º), de Turismo (art. 8.º, 2), para la Administración Pública (art. 9.º, 2), para la Coordinación y Programación Económica (artículo 10, 2) (66) y de Cultura (art. 13, 2), suponían a la vez, por otro lado, la creación de cuasiministerios, burlando también por esta vía el objetivo de la presunta autorización del artículo 26 del Real Decreto-ley de 8 de octubre de 1976, que apuntaba, no lo olvidemos, a reducir el gasto público y por ello a suprimir Departamentos ministeriales, llevando a cabo las refundiciones y reestructuraciones convenientes. El Decreto de julio del 77 más que reducir aumenta la organización administrativa del Estado en su conjunto: mantiene el número de ministros con cartera, pero añade cinco cuasiministros. Sin olvidar la también anómala creación en el artículo 2, 4, de los llamados secretarios generales del Ejército, de la Marina y del Aire, bajo la dependencia del subsecretario del Ministerio de Defensa (67).

(66) Suprimida por Real Decreto 1025, de 27 de abril de 1979 («BOE» 5 de mayo de 1979).

(67) Los secretarios generales del Ejército, de la Marina y del Aire, creados por el art. 2, 4, del Real Decreto 1558/1977, se concibieron y crearon —si hemos de creer a la exposición de motivos del Real Decreto 2723/1977, de 2 de noviembre— como elementos que posibilitaran y facilitaran el período de transición hasta que el funcionamiento del Ministerio de Defensa alcanzara la eficacia necesaria. Por ello, este Real Decreto 2723/1977, por el que se estructuró orgánica y funcionalmente el nuevo Ministerio de Defensa, determinaba en realidad su supresión,

1.5. Hay que concluir. Los dos Reales Decretos enjuiciados, el 1558, de 4 de julio de 1977, y el 708, de 5 de abril de 1979, resultan, en mi opinión, nulos de pleno derecho. Este último en toda su extensión, con toda seguridad; el de 1977 también en toda su extensión si se acepta la nulidad radical e inaplicabilidad del artículo 26 del Real Decreto-ley 18, de 8 de octubre de 1976, pero al menos en cuanto a la creación de los Ministerios de Transportes y Comunicaciones, Sanidad y Seguridad Social y Economía, y, con bastante probabilidad en cuanto se refiere a las nuevas Secretarías de Estado, para cuya creación no puede servir de base suficiente el artículo 26 antes mencionado, aun cuando se aceptara su legítima vigencia.

La nulidad de pleno derecho y, por ende, permanente es la sanción que corresponde a los vicios en que han incurrido esos Decretos, a tenor del artículo 47, 2, de la Ley de Procedimiento Administrativo.

2. *Comunicación de la invalidez de los Decretos reestructuradores de la Administración a normas y actos posteriormente dictados por ésta*

2.1. Es indudable que la conclusión o tesis que acabamos de establecer implica graves problemas respecto a la legalidad de la actuación que desde su inválida creación han llevado y llevan a cabo los Ministerios de Universidades e Investigación, Administración Territorial, Transportes y Comunicaciones, Seguridad y Sanidad Social y Economía, por no referirnos a todos los demás afectados por la reforma de 1977. Al carecer de competencia legítimamente otorgada, los reglamentos y actos administrativos dictados por los ministros correspondientes resultan inválidos, afectados cuando menos por la anulabilidad a que se refiere el artículo 48 de la Ley de Procedimiento.

disponiendo la transitoria primera que sus funciones serían ejercidas por las nuevas Secretarías Generales funcionales de la Subsecretaría que dicho Real Decreto creaba. No debe desconocerse por otra parte la importancia organizativa de la creación de la Junta de Jefes de Estado Mayor por el Real Decreto-ley 11/1977, de 8 de febrero de 1977 (complementado por Real Decreto 836/1978, de 27 de marzo), así como de los jefes de Estado Mayor de cada Ejército y de sus respectivos Cuarteles Generales, establecidos estos últimos también por el Real Decreto 2723/1977 como parte de la organización de la cadena de mando militar. En realidad, por tanto, aunque efectivamente se ha operado una importante reunificación orgánica en el Ministerio de Defensa de positivos efectos racionalizadores, buena parte de la antigua organización de los Ministerios militares sigue subsistiendo bajo la organización llamada de mando. En cuanto a la antigua Subsecretaría de la Aviación Civil, recuérdese su paso a Transportes y Comunicaciones en virtud del artículo 11, 1, e), del Real Decreto 1558/1977.

Administrativo en cuanto viciados de incompetencia no manifiesta (68). La misma conclusión se impondría en cuanto a la actuación de los secretarios de Estado, en tanto que son órganos inválidos y en consecuencia plenamente incompetentes, aunque pueda admitirse que su incompetencia no resulta manifiesta ni ostensible por requerir su reconocimiento un análisis jurídico relativamente complejo.

Pero es que, además, como resulta que los ministros con cartera forman todos ellos parte del Gobierno —del Consejo de Ministros— en su condición de titulares de Departamentos ministeriales (69), la invalidez de la existencia de varios de éstos viene a viciar también —por inexistencia de presupuesto habilitante— los correspondientes nombramientos de ministros y, en consecuencia, la válida constitución de los Consejos de Ministros y la legitimidad de sus acuerdos (70).

Para evitar, no obstante, tamaña conclusión cabría entender que el nombramiento de los ministros cuyo Departamento no tuviera exis-

(68) El carácter notorio, claro y evidente (SS. de 28 de octubre de 1963 o 5 de noviembre de 1963), o clarividente y palpable (S. 31 marzo 1966) «no se da ni puede darse donde exista una materia de interpretación jurídica que es necesaria y previa» (S. 16 febrero 1968), «debe aparecer de manera clara, sin que exija esfuerzo dialéctico su comprobación, por saltar a primera vista» (S. 30 marzo 1971). Cfr. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1977, 321-323. Vid. en cambio GARCÍA DE ENTERRÍA, E.-FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, 3.ª ed., cit. 521 y 528 y ss. Según estos autores habría que entender que los actos a que nos referimos en el texto serían nulos de pleno derecho por ser manifiesta la incompetencia.

En cuanto a los reglamentos tener en cuenta lo que decimos *infra*.

(69) Cfr. art. 4.º, LRJ.

(70) El art. 47, 1, c), sanciona con nulidad de pleno derecho los actos «dictados prescindiendo total y absolutamente del procedimiento legalmente establecido para ello o de las normas que contienen las reglas esenciales para la formación de la voluntad de los órganos colegiados». GONZÁLEZ PÉREZ entiende que para que se dé el supuesto de nulidad por haberse prescindido de las normas reguladoras de la formación de la voluntad de los órganos colegiados no es necesario que se prescinda de todas las reglas esenciales, sino que bastará que se haya prescindido de alguna o algunas, puesto que el «total y absolutamente» del texto legal citado sólo haría referencia al procedimiento, pero no a las normas que contienen las mencionadas reglas esenciales de los órganos colegiados. De ahí que considere que en este tema o se da la nulidad plena o la validez, pero no puede darse la anulabilidad. Y como una de las reglas esenciales cita este autor expresamente la «composición del órgano» (con ref. a las SS. de 28 de octubre y 9 de noviembre de 1961, 15 de noviembre de 1965 y 20 de abril de 1971) o el «quórum de asistencia y votación» (citando la S. de 14 de febrero 1969) (*Comentarios a la Ley de Procedimiento Administrativo*, cit., 332-333). Y en análogo sentido se pronuncian GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, 3.ª ed., cit., 525. Con criterio algo distinto, *vid.* GONZÁLEZ NAVARRO, F.: *Organos colegiados en la LPA*, «DA» número 55, pp. 51-52. SANTAMARÍA PASTOR, J. A., ha estudiado *in extenso* esta cuestión en *La nulidad de pleno derecho de los actos administrativos*, IEA, Madrid, 1975 (2.ª ed.), 373-383, manteniendo las mismas tesis que hemos recogido de GONZÁLEZ PÉREZ (las sentencias citadas por este autor vienen analizadas detalladamente por SANTAMARÍA).

tencia válida se admitiera como nombramiento de ministros sin cartera (71). Pero aún subsistiría el defecto de la ausencia de los ministros jefes de Departamentos existentes antes del 4 de julio de 1977 y exigidos por el artículo 3.º de la LRJ. Resulta, en suma, enormemente difícil salvar la legalidad de las actuaciones de toda índole efectuadas por el Gobierno desde su constitución tras las primeras elecciones democráticas de junio de 1977 hasta la fecha. Y tratándose como se trata de un vicio que afecta a la legal composición del órgano colegiado superior, ¿cómo eludir la sanción de nulidad radical que establece el artículo 47, 1, c), de la LPA? La cadena de ilegalidades —muchas de ellas a su vez sancionables también con nulidad de pleno derecho— que de ahí deriva es, sencillamente, impresionante (72).

Por otra parte, respecto de los actos dictados por subsecretarios o directores generales trasladados de uno a otro Ministerio cabe sostener su legalidad, mientras sus respectivas competencias no hayan sido ampliadas o sustancialmente modificadas por actos del Gobierno o de los ministros ilegales (73).

(71) Con base en el art. 51 de la LPA.

(72) Nuestro Ordenamiento Jurídico sale, sin embargo, al paso de esta cuestión, si bien sea en términos no del todo precisos y claros: *La estimación de un recurso interpuesto contra una disposición de carácter general implicará la derogación o reforma de dicha disposición, sin perjuicio de que subsistan los actos firmes dictados a su amparo* (LPA, 120, 1). No obstante, en cuanto a los actos firmes nulos de pleno derecho podrá utilizarse la acción de nulidad del artículo 109 LPA (cfr. LAVILLA ALSINA, L.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, enero-abril 1961, pp. 88-89. SANTAMARÍA PASTOR, J. A.: *La nulidad...*, cit. 392 y ss. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *La doctrina de los vicios de orden público*. IEAL, Madrid, 1970, 285. BOCANEGRA SIERRA, R.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, IEAL, Madrid, 1977, 186 y ss. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la LPA*, cit., 656 y ss. GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso...*, cit., 3.ª ed., 517. ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 6.ª ed., Tecnos, Madrid, 1979, 237-238, etc.). Y en cuanto a las normas, recuérdese además la posibilidad del recurso indirecto del artículo 39, 2 y 4 de la LJCA.

(73) Hay que tener en cuenta sin embargo la irregularidad probable de la investidura de los correspondientes titulares de esos órganos administrativos, anulable por no haberse hecho la propuesta de su nombramiento —según exige el artículo 10, 7, de la LRJ— por el jefe del Departamento ministerial verdaderamente competente. (Y «si no existe tal investidura hay, en rigor —dicen GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ—, una usurpación de funciones administrativas por un sujeto privado, merecedora de la máxima sanción». De ahí que estos autores se pronuncien por la nulidad de pleno derecho de sus actos). Habrá que tener en cuenta que como acto simplemente anulable deviene firme con el transcurso de los plazos legales de impugnación. ENTRENA CUESTA, R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, Tecnos, 1979, 200, contempla el supuesto de vicio en el acto de nombramiento del titular del órgano, diciendo que en estos casos «serán válidos los actos dictados hasta que se anule el nombramiento». En igual sentido, GARRIDO FALLA, F.: *Tratado de Derecho Administrativo*, I, 7.ª ed., IEP, Madrid, 1976, 515.

2.2. Cierta doctrina importante entre nosotros sostiene que los reglamentos ilegales son siempre nulos de pleno derecho (74). Según esto todos los aprobados por el Gobierno desde el 4 de julio de 1977, y por los ministros ilegales, adolecerían de esa invalidez radical y no convalidable ni subsanable (igual que los de otros órganos, como los secretarios de Estado, que resulten ilegales). Quizá cupiese paliar la amplitud de esta consecuencia, entendiendo que los dictados por órganos unipersonales incompetentes —no manifiestamente incompetentes— serían simplemente anulables. Pero no puede olvidarse que según el artículo 39,2 de la Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa cualquier acto dictado en aplicación de una disposición general administrativa no conforme a Derecho es susceptible de ser impugnado por esta razón, añadiendo el número 4 del mismo artículo que la falta de impugnación directa de esas disposiciones no impedirá esa impugnación de los actos de aplicación individual. ¿No equivale esto a reconocer el carácter permanente de la invalidez de las disposiciones reglamentarias antijurídicas? (75).

En cuanto a los actos de todo tipo, no normativos, dictados por los órganos de la Administración del Estado afectados por la ilegalidad de los Decretos de 1977 y 1979, sea directamente, sea indirectamente (a través de los reglamentos aprobados por el Gobierno, los ministros, etc.), habrá que analizar en cada caso qué tipo de vicio puede afectarles (76). Si es cuestión solamente de incompetencia del órgano

DE LA VALLINA VELARDE, J. L., incluye este tipo de supuesto en la categoría del funcionario de hecho en situaciones de normalidad. Cfr. su estudio *Sobre el concepto de funcionario de hecho*, núm. 29 de esta REVISTA, mayo-agosto 1959, 103 y ss. Define el funcionario de hecho como «aquella persona física que con un nombramiento aparentemente regular y, sin embargo, jurídicamente nulo, o la que en circunstancias excepcionales, aun faltando esto, ejerce de buena fe las funciones de un cargo público de manera efectiva, exclusiva, pública, pacífica y continuada» (p. 133). Sin embargo, hay que tener en cuenta que este autor excluye de este concepto a «los llamados funcionarios honoríficos o políticos»; para ser funcionario se precisaría «ser titular no de un órgano, sino de un cargo o puesto público (...) sin relevancia hacia el exterior, hacia el administrado (...)» (p. 114). Es decir, se maneja solamente el concepto de funcionario *sensu stricto*. Por eso, a la postre, habría que acudir a una noción más amplia: el ejercicio irregular subjetivo de funciones públicas (cfr. *ibidem*, p. 103).

(74) GARCÍA DE ENTERRÍA, E.: *Legislación delegada y control judicial*, Tecnos, Madrid, 1971, 13 y 14, y GARCÍA DE ENTERRÍA, E., y FERNÁNDEZ, T. R.: *Curso de Derecho Administrativo*, I, 3.ª ed., Civitas, Madrid, 1979, 193 y ss. Asimismo, entre otros, GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Nulidad de Reglamentos y actos dictados durante su vigencia*, «REDA» núm. 14, julio-septiembre, 1977, 387 y ss.

(75) Cfr. en este sentido GÓMEZ-FERRER MORANT, R.: *Nulidad...*, *cit. supra*, 392.

(76) Cfr. GÓMEZ-FERRER: *Nulidad de reglamentos...*, *cit. supra*. GONZÁLEZ PÉREZ, J.: *Comentarios a la LPA*, *cit.*, 339 y ss. SANTAMARÍA: *La nulidad...*, *cit.*, 297 y ss. LAVILLA ALSINA, L.: *La revisión de oficio de los actos administrativos*, núm. 34 de esta REVISTA, enero-abril, 1961, 77 y ss.

unipersonal que le dictó, repito que habría que estar por la anulabilidad en aras de la seguridad jurídica (salvo naturalmente que se trate de una incompetencia manifiesta conforme a los criterios usuales en la jurisprudencia y la doctrina). En muchos supuestos puede tratarse de infracciones materiales de todo género, que en principio solamente generan anulabilidad y devienen inalegables una vez que el acto adquiere firmeza por el transcurso de los plazos ordinarios de recurso. En algún caso podría tratarse de un vicio formal radical (ausencia del procedimiento establecido) y dar lugar a la nulidad radical, pero será más bien excepcional que se den supuestos de éstos como simple consecuencia de la ilegalidad de los Reales Decretos a que nos referimos. Queda en pie, sin embargo, la probable nulidad de pleno derecho de las resoluciones y actos del Consejo de Ministros o de sus Comisiones Delegadas.

CONCLUSIÓN

En las páginas anteriores queda expuesto el ámbito de la reserva legal en materia de organización de la Administración del Estado. Queda asimismo manifiesto el alcance de la actual autorreserva que el Poder Legislativo tiene establecida en este campo. Como consecuencia, hemos podido concluir primero la invalidez del artículo 26 del Real Decreto-ley número 18, de 8 de octubre de 1976, y después, de los Reales Decretos reorganizadores de la Administración del Estado de 4 de junio de 1977 y 5 de abril de 1979. En los últimos párrafos quedan apuntadas las graves consecuencias que la invalidez de estas disposiciones generan.

Ante situación tan directamente atentatoria al principio constitucional de seguridad jurídica como la que se ha provocado, parece conveniente y aun urgente que se ponga el remedio oportuno proponiendo a las Cortes Generales una ley que o bien ponga en manos del propio Gobierno o de su presidente las facultades necesarias para legitimar la actual organización de hecho de la Administración del Estado o para operar otra nueva, deslegalizando así correctamente las competencias que hoy por hoy el artículo 3.º de la LRJ reserva a la ley, o bien sancione con el rango formal hasta ahora exigido la actual organización, o la que de modo más definitivo quisiera darse a la Administración. Esa ley podría también aprovechar para sanar

la invalidez de todos los actos y reglamentos dictados al amparo de los Reales Decretos de 4 de julio de 1977 y 5 de abril de 1979 en la medida en que proceda precisamente de la ilegal atribución de competencias perpetrada por estas disposiciones: es decir, podría, en suma, convalidar esos Decretos con la fuerza propia de la ley. Aunque las leyes no tienen en principio efectos retroactivos, el artículo 2.º, 3, del Código civil admite que puedan establecerse. El único límite a tal posible retroactividad —implícita en la convalidación— vendría en la actualidad marcado por el artículo 9.º y concordantes de la Constitución que prohíben la retroactividad de disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales. Las únicas disposiciones no convalidables serían, pues, las que pudieran beneficiarse de esta condición, aunque ya se puede suponer el impreciso y no escaso alcance que tal excepción podría, sin embargo, tener. No ha de olvidarse, con todo, que las situaciones jurídicas subjetivas nacidas o modificadas por actos ya firmes inicialmente anulables —solamente anulables y no nulos de pleno derecho— serán, en cualquier caso, inatacables e irreformables en sí mismas. Esta consideración debe limitar el enorme alcance que la imaginación tiende inmediatamente a suponer tanto en cuanto a las ilegales disposiciones de los Reales Decretos analizados, como respecto a una eventual y recomendable ley que dispusiera su formal convalidación.

A punto de terminar este trabajo en abril de 1980 tenemos conocimiento del *Proyecto de Ley Orgánica del Gobierno, de la Administración del Estado y de la Función Pública* enviado por el Gobierno a las Cortes en diciembre de 1979.

En alguna de las notas a pie de página dejamos constancia de alguna de las consideraciones críticas que dicho *Proyecto de Ley Orgánica* nos merece. No nos alargaremos aquí en un análisis más extenso. Digamos solamente que según se deduce de su artículo 6.º, 1), parece orientarse hacia una amplia deslegalización de la potestad organizatoria sobre la Administración del Estado en beneficio de la competencia del presidente del Gobierno. Por otra parte, el problema de la conveniente convalidación de las inválidas disposiciones organizativas que hemos analizado es plenamente ignorado.

JURISPRUDENCIA

