

RECURSOS CONTRA DECISIONES DE ENTIDADES AUTARQUICAS INSTITUCIONALES

Por JOSÉ M.^a BOQUERA OLIVER

Doctor en Derecho,
Licenciado en Ciencias Políticas.

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. 1. La aparición de nuevas administraciones públicas. 2. Corporaciones profesionales. 3. La fiscalización estatal de las entidades autárquicas institucionales. 4. Entidades autárquicas institucionales objeto de nuestro estudio.—II. DESCENTRALIZACIÓN, AUTARQUÍA Y PERSONALIDAD. 1. La descentralización. 2. La autarquía. A) Concepto. B) Clases. 3. La personalidad jurídica como medio de dotar de autarquía a una entidad. A) El concepto técnico-jurídico de persona. B) Significación de las limitaciones a la capacidad de obrar de las personas jurídicas. C) La concesión de la personalidad a las entidades autárquicas institucionales.—III. CLASES DE PERSONAS JURÍDICAS. 1. Personas territoriales e institucionales. Distinción. 2. Personas de tipo corporativo y personas de tipo fundacional. 3. Personas públicas y privadas. A) Criterios de distinción. B) Fórmulas empleadas por el legislador español para manifestar que una persona institucional es pública. C) Criterio válido en defecto de calificación legal.—IV. CLASIFICACIÓN, ORGANIZACIÓN Y DIFERENTES CLASES DE FISCALIZACIÓN DE LAS ENTIDADES AUTÁRQUICAS INSTITUCIONALES. 1. Clasificación. A) Grupos que pueden formarse. B) Grupos formados. 2. Organización de las personas fundacionales públicas y privadas. A) La Junta Central. B) La Comisión Permanente. C) El Director. 3. La fiscalización. A) Concepto. B) Clases. 4. Recursos: Concepto y clases.—V. RECURSOS CONTRA ACTOS DE LAS PERSONAS FUNDACIONALES PÚBLICAS. 1. Naturaleza jurídica de los actos de las personas fundacionales públicas. 2. El recurso de alzada contra sus actos. A) El recurso de alzada entre órganos de esta clase de personas públicas. B) El recurso de alzada ante autoridades ministeriales. C) Discusión sobre la necesidad del recurso de alzada ante autoridades ministeriales para que los actos de las entidades autárquicas causen estado: a) Opiniones de los autores. b) Doctrina jurisprudencial. c) Argumento derivado de su forma de organización. d) Conclusiones. 3. El recurso de queja. 4. El recurso de nulidad. 5. El recurso de reposición. A) Su admisión en el ordenamiento de personas fundacionales públicas. B) Importancia que puede alcanzar en la reglamentación de las administraciones institucionales. 6. El recurso de revisión. A) Concepto y requisitos. B) El recurso de revisión establecido por la Ley de 27 de abril de 1946. 7. El recurso contencioso-administrativo. A) Argumento en favor de la posibilidad del mismo. B) Apoyo legal de su admisión. C) Jurisprudencia. 8. El recurso de agravios. A) Admisibilidad del mismo contra actos de las personas fundacionales públicas. B) El personal de esta clase de entidades.—VI. PERSONAS FUNDACIONALES PRIVADAS. 1. Naturaleza jurídica de sus actos. 2. La posibilidad de recursos administrativos contra actos de personas privadas que realizan una función pública en nuestra legislación positiva.—VII. PERSONAS AUTÁRQUICAS DE TIPO CORPORATIVO:

CORPORACIONES PROFESIONALES. 1. *Concepto de profesión.* 2. *Clases de Corporaciones profesionales.* 3. *Organización de estas Corporaciones.* 4. *Naturaleza de los mismos.* 5. *Su verdadero carácter.* 6. *Posibilidad de recursos jurisdiccionales contra sus actos.* 7. *Casos en que es posible interponer recursos contra actos de las Corporaciones profesionales ante jurisdicciones administrativas.*

INTRODUCCION

1.—Durante la primera mitad del presente siglo, el rápido progreso de la civilización ha originado un aumento considerable de las necesidades humanas. Por el carácter general de muchas de ellas, no todas podían ser atendidas debidamente por los particulares, y la comunidad política tuvo que encargarse de su satisfacción.

El Estado, en el mismo período, ha cambiado de actitud respecto a los acontecimientos de la vida social. Ha dejado de ser abstencionista para convertirse en intervencionista. Ha asumido la realización de actividades y ha intervenido otras muchas que antes le eran ajenas.

Estas causas han acumulado en el Estado una gran cantidad de funciones, que, en determinados casos, por su naturaleza y especiales condiciones no podían estar sometidas a las rígidas formas de la Administración propia de los Estados modernos.

El Estado podía elegir, para atender debidamente las funciones sobre él acumuladas, entre transformar total y rápidamente la estructura y los métodos de su Administración tradicional, repartir estas actividades entre las entidades territoriales que existen en su mismo territorio y subordinadas a él o crear nuevos organismos y encargarles de la prestación de las nuevas funciones.

La primera solución debió parecer costosa y difícil. Estas funciones han aparecido y han aumentado tan rápidamente que la transformación de la vieja organización, con el peso que ella supone, no podía hacerse al mismo ritmo de la aparición de aquéllas. Es probable, también, que se pensara que las nuevas funciones iban a ser transitorias.

A la segunda se le oponían serios reparos. Los Estados se han convertido, lo declaran más o menos abiertamente, en autoritarios y unitarios. Se piensa que el aumento de las funciones y competencia de las entidades territoriales inferiores puede resultar peligroso (1).

(1) El profesor JORDANA DE POZAS, en el discurso leído en el acto de su recepción como Académico de número en la Real Academia de Ciencias Morales y Políticas,

Se eligió, pues, preferentemente la tercera solución: la creación de personas jurídicas a las que se dota de un patrimonio y encarga de la realización de actividades de interés general. De este modo se separan funciones del Estado, del centro, creando personas jurídicas que se encargarán de prestarlas. Se descentralizan funciones personificándolas (2).

Pero el legislador, en la mayor parte de los casos, no puso demasiado cuidado en la creación de estas personas. El resultado ha sido la aparición de instituciones indiferenciadas, con un desorden tal en su regulación que quien intenta su estudio se encuentra con que le fallan los principios y clasificaciones tradicionales y siente la sensación de que se mueve en un terreno en donde hay escasos puntos firmes en que poder apoyarse.

el día 22 de junio de 1941, con el título de *La reforma administrativa y las revoluciones nacionales*, decía (pág. 13): «El Estado unitario significa la más categórica afirmación de la unidad e identidad política de la nación, tanto en el orden territorial e internacional como en el de la población y la economía. Así, el Estado unitario es incompatible con el federalismo y lo es también con todas las autonomías de contenido político.

Síguese que todas aquellas que, aun siendo administrativas, puedan fácilmente derivar al terreno político, se considerarán comúnmente sospechosas o arriesgadas.»

No cabe duda que las autonomías administrativas que más fácilmente pueden derivar al terreno político son las autonomías territoriales. Con la concesión de funciones a las entidades territoriales se favorecía esta autonomía.

(2) Esta forma de descentralización es compatible con la descentralización territorial porque ambas responden a necesidades distintas.

La descentralización territorial procura que las autoridades administrativas estén cerca de las necesidades que deben atender; permite que las formas de organización puedan adaptarse a las peculiaridades de cada lugar; procura que el procedimiento administrativo sea más rápido; que la opinión de los administrados tenga mayor influencia en la actuación de los administradores.

Por su parte, la descentralización por funciones se realiza para mejor atender a éstas, sobre todo cuando son de carácter técnico o especializado, evitando los inconvenientes de la gestión directa y por concesión. Los nuevos organismos realizan funciones para las que no estaban preparadas las antiguas administraciones públicas.

La realidad nos lo confirma. Los Estados han ido personificando funciones al mismo tiempo que mantienen las antiguas formas de descentralización territorial.

Don ANTONIO ROYO VILLANOVA las consideraba incompatibles. Véase el discurso que con el título de *La nueva descentralización* leyó en la inauguración del curso 1914-1915 de la Universidad de Valladolid. Don FEDERICO CUIÍ Y VERDAGUER (*La nova descentralització*, «Revista Jurídica de Cataluña», vols. XXII y XXIII, años 1916-1917, págs. 606 y 19) mostraba su disconformidad de la opinión de ROYO y defendía la compatibilidad de las dos formas de descentralización. Pero ninguno de los dos autores pretenden, en este caso, resolver exclusivamente un problema de organización administrativa. El uno ataca el regionalismo; el otro, lo defiende. Y lo hacen en una época en que el regionalismo es arma política y partidista.

Estas entidades tienen hoy grandísima importancia en la vida nacional. El profesor LÓPEZ RODÓ (3) ha afirmado que «su incesante crecimiento hace presumir que, si sigue esta corriente, las corporaciones públicas tradicionales de carácter territorial pasarán a un segundo plano, eclipsadas por el brillo y el poder de las nuevas entidades» (4).

2.—No todas las personas autárquicas institucionales han aparecido para atender necesidades nuevas. Existen personas de este tipo que responden a circunstancias distintas y que tienen ya una larga historia. Las más importantes y numerosas son las Corporaciones profesionales. Pero también desde hace algún tiempo han tomado una caracterización que las separa profundamente de las que fueron su origen. La importancia de sus funciones, los medios de que disponen, las han transformado en verdaderas entidades públicas.

Corporaciones profesionales son los Sindicatos y los Colegios profesionales. La regulación de unos y otros está inspirada en principios distintos. Su separación, provocada por un conjunto de causas históricas que vienen actuando desde hace más de un siglo, ha sido confirmada en nuestra Patria por el artículo 1.º de la Ley de 26 de enero de 1940, sobre unidad sindical.

Nosotros vamos a dejar los Sindicatos fuera de nuestro trabajo. No olvidamos que la posibilidad del recurso contencioso-administrativo u otro similar contra sus actos es un problema de actualidad. Mas para llegar a conclusiones válidas a este respecto hay que hacer consideraciones, discutir y hacer afirmaciones, que nos separarían muchísimo del tema de este estudio.

Los Colegios profesionales reúnen a gran número de individuos y gestionan intereses importantísimos. Presentan, también, problemas jurídicos de verdadero interés. Los juristas, sin embargo, no les han prestado demasiada atención.

3.—Hoy ya no se discute si el Estado puede y debe vigilar las entidades por él creadas o reconocidas. «Es natural —dice el profesor GASCÓN

(3) *Las empresas nacionalizadas en Inglaterra*, en el núm. 3 de esta REVISTA, página 375.

(4) En la actualidad existen algunas: Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de Industria, etc., que no admiten comparación en importancia con las entidades territoriales, a excepción del Estado.

y MARÍN (5)— y no va contra el principio de descentralización funcional ni del de autonomía de los servicios el que exista fiscalización.» Y explica BIELSA (6): «La descentralización debe ser de actividades, de funciones, de competencia, nunca de contralor, el que debe ser celosamente ejercido por el Poder central.»

Porque es lógico que cuando el Estado encargue a un ente de la realización de unas funciones públicas se preocupe y procure que éstas se cumplan y que ello se haga en la debida forma.

Con la fiscalización se tiende, también, a mantener la unidad en la acción administrativa (7).

Lo que se discute es el grado de intensidad de la fiscalización y el modo más conveniente de realizarla.

La dificultad del problema estriba en hacer compatible la autarquía de un organismo, necesaria para la mejor realización de sus fines, con la fiscalización, que, al mismo tiempo que conserva la unidad de toda la organización administrativa, favorece el cumplimiento de los fines de la entidad autárquica. Si la autarquía puede llevar al desorden, la fiscalización puede negar la porción de libertad necesaria para que una institución viva y se desarrolle. Como en tantos otros casos, hay que evitar el desorden sin destruir la libertad.

Para conseguir esto es preciso que la fiscalización sea distinta según los fines, la organización y poderes de cada organismo. Aunque nosotros limitamos nuestro estudio a un aspecto de la fiscalización, resulta imprescindible hacer previamente una clasificación de las entidades autárquicas. Esto es lo que intentamos en la primera parte de nuestro trabajo.

4.—Antes de pasar adelante debemos advertir que sólo estudiamos las entidades autárquicas institucionales que dependen del Estado o que tienen carácter nacional. Excluimos, pues, las que dependen de otras entidades territoriales y también aquellas que dependen de otras institucionales.

(5) *Descentralización administrativa*, «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», marzo de 1943, t. 173, pág. 263.

(6) *El problema de la descentralización administrativa*, Buenos Aires, 1935, página 27.

(7) La Ley de 5 de noviembre de 1940 funda sobre este motivo el régimen de fiscalización financiera que establece para las entidades con autarquía económica. En su preámbulo dice que es preciso que se establezca una fiscalización «para que no padezca la unidad esencial que debe presidir la economía del Estado».

II. DESCENTRALIZACION, AUTARQUIA Y PERSONALIDAD

1. *La descentralización.*

Descentralizar, en sentido jurídico-administrativo, es la acción por la que el Estado atribuye funciones y transfiere medios a otras personas jurídicas.

Si las funciones o medios no son trasladados a otras personas, sino que se atribuyen por los órganos superiores del Estado a otros inferiores, entonces no se descentraliza, sino que se desconcentra (8).

La atribución de funciones y medios puede hacerse a personas ya existentes, pero pueden también crearse personas jurídicas con el único propósito de hacerles esta atribución. De este modo se separan funciones del Estado. El Estado descentraliza funciones creando personas jurídicas. Con ello logra que determinadas funciones se realicen con independencia de su organización administrativa, pues con la personalidad jurídica da origen a entidades autárquicas.

Las funciones que realizan gran número de las entidades que vamos a estudiar las realizaba antes el Estado, pero existen otros muchos casos en que la persona ha sido creada para la satisfacción de una necesidad surgida en la vida social y que previamente no había sido atendida por el Estado.

2. *La autarquía.*

A) Autarquía es la capacidad de una persona para gobernarse por sí misma (9).

Decimos que una entidad goza de autarquía, que es una entidad au-

(8) «La desconcentración se manifiesta —dice BONNARD (*Précis de Droit administratif*, Partie Générale, Recueil Sirey, 1935, deuxième édition, págs. 271 y 272)—, en el dominio de la centralización. Consiste en hacer descender el poder de decisión en los grados de una jerarquía centralizada. Así, aumentar las atribuciones de los prefectos es desconcentrar y no descentralizar.»

(9) Con mucha frecuencia se expresa la misma idea con el término «autonomía». Este es el término que constantemente emplean nuestros textos legales. Y muchas veces hablan de entidades u organismos autónomos cuando debían de hablar de organismos autárquicos. Porque autonomía es la capacidad de la entidad para darse las

tárquica, cuando tiene fines propios y sus órganos aplican libremente medios propios para conseguir estos fines (10).

normas por las que debe regirse y no la capacidad de auto-regirse. La autonomía comprende normalmente la autarquía, pero no viceversa.

Por esto algunos de nuestros tratadistas de Derecho administrativo han importado, tomándolo de la doctrina italiana, el término «autarquía» y lo aplican a las entidades que, realizando funciones públicas, se gobiernan con independencia del Estado.

No podemos menos de admitir este término, ya que es el exacto.

(10) No todos los autores admiten que las entidades autárquicas tengan fines propios. En la doctrina italiana se distingue frecuentemente entre administración directa del Estado y administración indirecta del mismo (conceptos estudiados en nuestra Patria por el profesor GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Instituto de Estudios de Administración Local, Madrid, 1950), con lo que parece indicarse que sólo el Estado administra, si bien lo hace unas veces directamente y otras indirectamente a través de entidades llamadas autárquicas. Los fines de interés general son, pues, siempre propios y exclusivos del Estado que trata de alcanzarlos con métodos distintos. Algunos hablan de fines directos y fines indirectos del Estado.

El examen crítico de esta doctrina nos llevaría muy lejos. No puede hacerse de manera superficial. En este lugar nos basta con recordar las palabras del profesor GASCÓN Y MARÍN en su *Tratado de Derecho administrativo*, tomo primero de la décima edición, pág. 36, advirtiendo que es un error muy general el suponer que cuando se habla de Administración pública se trata exclusivamente de la Administración del Estado. «Téngase presente —nos dice— que lo administrativo no es exclusivo del Estado, sino que allí donde hay una persona existe una administración especial, idea necesaria de nuestra ciencia para poder examinar en forma adecuada problemas de vida de relación y de desenvolvimiento interno que sólo estimando como precisa la existencia de tal administración propia para cada entidad administrativa pueden ser bien atendidos.»

Parece difícil explicar en este supuesto por qué el Estado interviene en la vida de estas personas autárquicas que realizan fines propios, no estatales. SANTI ROMANO, en un breve pero interesante trabajo publicado en los *Studi di Diritto Pubblico in onore di Oreste Fanelletti, nel XXV anno d'insegnamento* (volumen segundo, Cedam, 1931) con el título de *Gli interessi dei soggetti autarchici e gli interessi dello Stato*, hace atinadas consideraciones respecto al tema que nos ocupa y lo concluye con estas palabras: «El ordenamiento que liga entre sí al Estado y a los entes autárquicos es una especie de ordenamiento de familia, de una familia de la que es cabeza el Estado. Los intereses propios de cada uno de sus miembros pueden tener un reconocimiento y una protección en sí y por sí, pero todos deben subordinarse a aquellos generales que, diversos por extensión, por contenido y por grado, compete al Estado hacer valer» (pág. 441).

Podríamos hablar también de los derechos de los entes autárquicos frente al Estado y de su posible ejercicio (véase a este respecto C. VITA, *Diritto Amministrativo*, volume I, pág. 140), pero es suficiente lo dicho, las autorizadas opiniones citadas, para explicar por qué afirmamos que las entidades autárquicas gestionan fines propios, aunque análogos a los del Estado (todos son fines públicos), que es quien se los ha señalado.

B) Suele hablarse de dos clases de autarquía: administrativa y económica. Pero no son dos clases de autarquía, puesto que la económica es una parte, un aspecto, de la administrativa.

La autarquía administrativa se refiere al hecho de poder actuar libremente, con medios públicos y propia responsabilidad, para realizar fines de interés general (11). Se goza de autarquía económica cuando se tienen recursos materiales propios que se aplican libremente a la consecución de fines propios. Es decir, que la primera se refiere a toda clase de actividad y la segunda a aquella actividad que aplica medios materiales a fines. La segunda está, pues, comprendida en la primera.

Lo que ocurre algunas veces es que se dice que una entidad goza de autarquía económica, y a lo que más llega esta pretendida autarquía es al hecho de llevar una contabilidad independiente de la del Estado, a disponer de una caja con fondos para atender a las necesidades más inmediatas, y algunas otras particularidades. Entendida así la autarquía económica, sí que es posible sin autarquía administrativa. Pero no son suficientes tales especialidades para calificar de autárquico a quien las posea. Serían, según explica el profesor PÉREZ BOTIJA (12), dependencias con gran sustantividad funcional, que no dejando de ser partes integrales de un Ministerio o Corporación ofrecen peculiaridades muy distintas del todo a que pertenecen (13).

3. *La personalidad jurídica como medio de dotar de autarquía a una entidad.*

A) «La palabra persona —dice MICHOUÉ (14)—, en lenguaje jurídico, designa un sujeto de derecho, es decir, un ser capaz de tener dere-

(11) ZANOBINI (*Corso de Diritto amministrativo*, vol. I, pág. 115) define la autarquía diciendo que es «la capacidad reconocida al ente de administrarse a sí mismo, o sea de actuar para conseguir los propios fines, mediante el ejercicio de una actividad administrativa que tiene la naturaleza y los efectos de la administración pública». Véase también la definición de SANTI ROMANO, *Principii di Diritto Costituzionale Generale*, 2.ª ed., Milano, 1946, pág. 102.

(12) *El problema de los «funcionarios» en las entidades públicas. Estudios dedicados al prof. Gascón y Marín*, 1950, pág. 146.

(13) Este parece ser el caso del Servicio Nacional de Pesca Fluvial (Ley de 20 de febrero de 1942, Decreto de 23 de mayo de 1945), del Servicio Nacional del Cultivo y Fermentación del Tabaco (Ley de 18 de marzo de 1944, Orden de 30 de noviembre de 1944), entre otros órganos de nuestra Administración estatal.

(14) *La théorie de la personnalité morale*, 3.ª ed., 1932, pág. 3.

chos que le pertenecen en propiedad y obligaciones que le incumben.»

¿Y quién podrá realizar una actividad encaminada a la consecución de un fin sin tener en sus manos unos poderes puestos a su disposición por el ordenamiento jurídico, que es en lo que consisten los derechos, y correlativamente posibilidad de obligarse? Quien tenga fines propios y quiera alcanzarlos precisa de derechos y necesita también poder obligarse, precisa, en una palabra, ser persona.

La sociedad implica relación. Y los fines humanos se cumplen en sociedad. Quien precise, o quiera, relacionarse con otros sujetos sociales necesita de personalidad, que es sinónimo de capacidad jurídica. No puede uno gobernarse por sí mismo si carece de la capacidad para relacionarse con los demás.

La autarquía no es posible sin personalidad (15).

B) Gozan de personalidad ciertos grupos que persiguen un fin común. Son las llamadas personas jurídicas.

El hecho de padecer limitaciones en su actividad no se opone a la personalidad de estas agrupaciones. Las personas tienen dos clases de capacidad: de derecho y de obrar (16). La capacidad de obrar, tanto en las personas jurídicas como en las naturales, puede sufrir limitaciones, estar más o menos restringida. Tampoco, por lo tanto, se opone a su autarquía (17).

C) Para que surjan personas jurídicas es necesario que concurren dos factores: existencia de un sustrato y concesión de la personalidad.

El sustrato puede formarse por las voluntades de los interesados directamente en la persona que va a surgir, o bien por la voluntad de una persona que no está directamente interesada en la misma. En los casos que nosotros vamos a estudiar, cuando no son directamente los interes-

(15) El estar dotada de personalidad jurídica una institución supone su autarquía más o menos amplia (JORDANA DE POZAS, *Derecho Administrativo*, 1924, pág. 293). «La autarquía presupone la personalidad jurídica de los grupos sociales investidos de ella» (ZANOBINI, *Corso*, vol. I, pág. 116).

(16) Distinción también aplicable a la capacidad pública. Véase SANTI ROMANO, *Diritto Costituzionale*, pág. 101.

(17) «La autarquía —hace notar el profesor CINO VITTA (*Diritto Amministrativo*, vol. I, Torino, 1949, págs. 139 y 140)— significa la posibilidad de moverse dentro de los límites prefijados en el ordenamiento jurídico positivo.» La autarquía es un actuar libre, pero condicionado.

dos quienes forman el sustrato, sino una persona de fuera de la misma, esta persona es casi siempre el Estado.

La concesión de la cualidad de persona es función exclusiva del Estado en las personas de ámbito nacional, que son las que nosotros estudiamos (18).

La concesión de la personalidad puede hacerse por acto especial para cada una de las entidades o de forma general (19).

La forma que se sigue para conceder la personalidad a las entidades autárquicas institucionales es la primera, es decir, por acto especial para cada una de ellas.

Para las personas públicas el acto especial debe ser un acto del poder legislativo, no una disposición de carácter administrativo (20) (21).

(18) Se dice frecuentemente, cuando el sustrato no es formado por el Estado, que se *reconoce* la personalidad, y sólo en el caso de que el sustrato sea también formado por éste se dice que se *concede* la personalidad. Pero son formas de expresión que hacen distinción respecto al sustrato, no respecto a la concesión de la personalidad. En rigor, la personalidad jurídica siempre se concede.

Cuando es el Estado quien forma el sustrato, esta formación y la concesión de la personalidad son simultáneas con mucha frecuencia.

(19) En este último caso, «el Estado declara (por ley) que reconoce, de una vez para siempre, como personas jurídicas a aquellas asociaciones que se constituyan o hayan de constituirse, conformando sus estatutos a un contenido típico indicado y obedeciendo a las condiciones impuestas por la ley» (FERRARA, *Teoría de las personas jurídicas*, Reus, 1929, pág. 750). La ley es título para la concesión de la personalidad, y ésta se alcanza solamente por la constatación oficial de la observancia de las condiciones prescritas y la consiguiente orden de registro y publicación.

(20) Véase FERRARA, ob. cit., pág. 753, y BIELSA, *La Nación y sus entidades autárquicas*, en *Estudios de Derecho público*, vol. I, pág. 409.

Artículo 16 del Fuero de los Españoles: «El Estado podrá crear y mantener las organizaciones que estime necesarias para el cumplimiento de sus fines. Las normas fundacionales, que revestirán forma de ley...»

(21) En nuestro Derecho no se ha observado siempre esta regla. Comienza con esto el desorden en la regulación de las personas públicas institucionales. La mayor parte de las personas institucionales han sido dotadas de personalidad por Decreto. Es ésta la forma más empleada y no tendría ningún valor citar ejemplos. A veces una simple Orden concede la personalidad a una entidad. Recientemente, por Orden de 19 de noviembre de 1953 se ha reorganizado el Servicio Nacional del Trigo, y esta Orden declara que tiene personalidad jurídica independiente del Estado (artículo 150). El Decreto-ley de 23 de agosto de 1937, que creó este Servicio Nacional, lo denominaba Organismo dependiente de la Comisión de Agricultura y Trabajo Agrícola (después Ministerio de Agricultura). La Ley de 13 de agosto de 1940 creó el Instituto de Fomento de la Producción de Fibras Textiles, y fué después organizado por Decreto de 29 de marzo de 1941; pues bien, una Orden de 5 de diciembre de 1942 le concede la personalidad jurídica.

III. CLASES DE PERSONAS JURIDICAS

Las personas jurídicas pueden clasificarse desde distintos puntos de vista.

Para nuestro estudio nos interesa, en primer lugar, su clasificación en personas territoriales e institucionales. Ello nos permitirá aislar las personas jurídicas que vamos a estudiar.

Las personas institucionales, atendiendo a su estructura, pueden clasificarse en fundaciones y corporaciones. Formaremos con esta distinción dos grandes grupos con características especiales que influyen grandemente en su fiscalización.

Por último, dentro de los grupos anteriores distinguiremos las personas públicas de las privadas, lo que también tiene destacada importancia para nuestro estudio.

1. *Personas territoriales e institucionales* (22).

Son personas territoriales aquellas en las que los individuos, por el solo hecho de estar adscritos a un determinado territorio, pertenecen a la comunidad (23).

El hecho de que la adscripción a un determinado territorio sea título suficiente para pertenecer a la entidad territorial es criterio esencial y decisivo para distinguirlas de las institucionales, a las que se pertenece por un título distinto.

No puede admitirse la opinión de que lo que caracteriza a las personas territoriales sea el hecho de que el territorio determina su competencia, puesto que en la mayor parte de las institucionales también

Recientemente han sido creadas personas jurídicas por Decreto-ley (Patronato de Biología Animal, 4 de agosto de 1952; Comisión de Compras de Excedentes de Vino, 11 de agosto de 1953). Esto puede significar una saludable rectificación.

(22) La palabra «institución», aun dentro de la técnica jurídica, tiene diversas acepciones (véase RUIZ-GIMÉNEZ, *La concepción institucional del Derecho*, Madrid, 1944, pág. 353, nota 77). Dentro del Derecho administrativo ha hecho fortuna y se ha generalizado para designar las personas no territoriales.

(23) «Son corporaciones formadas por todos los pertenecientes a un determinado territorio, en razón de su domicilio o de su residencia, sin guardar ningún otro requisito personal» (VITTA, *ob. cit.*, pág. 146).

el territorio determina su competencia. Lo que ocurre es que en las personas institucionales, con su competencia limitada a un territorio, el pertenecer a ese territorio no es título suficiente para pertenecer a ellas, sino que se requiere, junto a éste, otro título (24) (25).

La distinción entre personas territoriales e institucionales de ámbito nacional, que es el plano en que nosotros hemos situado nuestro trabajo, no ofrece ninguna dificultad en la práctica, puesto que sólo el Estado es entidad territorial.

2. *Personas de tipo corporativo y personas de tipo fundacional.*

Según su estructura interna, las personas jurídicas son de dos clases: corporaciones y fundaciones.

FERRARA (26) define las corporaciones diciendo que son aquellas «colectividades humanas asociadas para conseguir un fin común, con medios propios y, en principio, con libre actividad».

«Las fundaciones —dice el mismo autor— son establecimientos y obras creadas por otros para realizar un fin extraño y con un patrimonio a tal objeto destinado, conformándose en su acción a una constitución invariable establecida en el acta de su constitución.»

(24) El Instituto Nacional de Previsión, al que todos califican de institucional, extiende su competencia a todo el territorio nacional, al mismo territorio que extiende su competencia el Estado español, por todos calificado de entidad territorial. Las Confederaciones Hidrográficas tienen su competencia limitada por un territorio, el territorio de una cuenca fluvial, y son personas institucionales. Los Colegios provinciales de Abogados extienden su competencia al territorio de una provincia, y el Consejo General de los mismos, a todo el territorio de la Nación. En estos casos, además de pertenecer al territorio sobre el que extienden su competencia estas instituciones, es preciso, para pertenecer a ellas, ser beneficiario de la previsión social, propietario de tierras con derecho a riegos, abogado.

(25) Para aclarar la distinción entre personas territoriales e institucionales se le añade otra de las clasificaciones de las personas jurídicas. La que las clasifica en personas de fines totales, o mejor, con universalidad de fines, y personas de fines especiales, o singulares. Las primeras atienden, en abstracto, a todos o casi todos los fines colectivos. Las segundas son creadas para atender un fin o unos cuantos fines concretos.

Generalmente se corresponden estas dos características: entidad territorial y entidad de fines totales; entidad institucional y entidad de fines singulares. Pero no es preciso, ya que son clasificaciones fundadas sobre supuestos distintos.

(26) *Teoría de las personas jurídicas*, pág. 675.

Las corporaciones tienen por base o sustrato una colectividad humana; las fundaciones, una organización de actividades y bienes para la consecución de un fin (27).

Resumiendo sus caracteres diferenciales, dice FERRARA que mientras en las corporaciones hay una agrupación solidaria de los interesados y un interés común de los miembros, en las fundaciones hay un interés establecido por un tercero; que el patrimonio de las corporaciones está formado por las aportaciones de los miembros, y el de las fundaciones está destinado de fuera al servicio del objeto; que la actividad de las corporaciones es en principio libre, mientras que la de las fundaciones está vinculada a la «lex» de la fundación (28).

(27) Vide NART. *La fundación*, «Rev. de Derecho Privado», 1951, págs. 488 y ss., y S. (Sala 1.ª), 9 de febrero de 1948, comentada por BONET en la misma Revista, 1948, pág. 565.

(28) Advierte el profesor italiano que estas dos formas no se dan siempre en toda su pureza, sino que los dos tipos «se aproximan y entrelazan», dando lugar a corporaciones de tipo fundacional y a fundaciones de estructura corporativa. VITA (ob. cit., pág. 145) hace la misma observación.

Las corporaciones de tipo fundacional tienen «la base y el tejido —dice FERRARA (ob. cit., pág. 679)— de una verdadera corporación, la cual, sin embargo, por las funciones que ejerce, frecuentemente bajo la influencia de concepciones históricas, no nos aparece ya como el grupo de los interesados que realiza un fin propio, sino más elevado y potente, como cumpliendo un fin que trasciende de su esfera de intereses. La corporación es creada, además de para el cumplimiento del fin interno corporativo, por una función de índole general que va aneja, o bien la corporación ya nacida para desenvolver una actividad, está provista de facultades y funciones que no están encaminadas ya al interés de los asociados, sino al interés público. De este modo adquieren un sello fundacional». Como ejemplo en el Derecho moderno de este tipo mixto cita FERRARA a los Colegios profesionales. Y cree que este matiz fundacional «debe ser atribuido en general a todas las corporaciones públicas que deben su posición dominante no ya a la función interna de la consecución de utilidad por parte de los asociados, sino a una función exterior más amplia, que se les confiere, que interesa de algún modo a la vida social».

En las fundaciones de tipo corporativo «encontramos la estructura de una verdadera fundación, pero con estas particularidades: que, o el gobierno de la misma es confiado a un cuerpo electivo en el seno de los mismos interesados, o bien que la institución, aun gobernada por otros, aprovecha a un círculo conscripto de destinatarios, los que contribuyen con sus expensas a conseguir dicha ventaja».

Este autor, en el primer caso, casi insensiblemente, va mezclando la distinción entre corporaciones y fundaciones con la de las personas en públicas y privadas. Con ello nos hace notar que el carácter público o privado de una persona jurídica influye en su estructura interna. Pero si bien la persona pública parece que tiende a estructurarse fundacionalmente, no puede ello llevarnos, si se mantienen las notas distintivas que en un principio se han señalado, a confundir persona pública con persona fundacional, ni tan siquiera afirmar que toda persona pública llegará un

Las personas jurídicas institucionales pueden clasificarse, pues, según su estructura interna, en dos grandes grupos: corporaciones y fundaciones.

En el primero estarán las personas institucionales que organizan, representan y defienden intereses profesionales, pues en ellas se advierten las características de las corporaciones (29).

En el segundo, un gran número de personas institucionales creadas por el Estado para la consecución de variados fines que su creador en cada caso les señala. Las características de las fundaciones corresponden a los grandes Institutos Nacionales, Patronatos, etc.

3. *Personas públicas y privadas.*

A) La distinción de personas públicas y privadas está en íntima conexión con la de Derecho público y Derecho privado y adolece de la falta de precisión de ésta y de sus mismas dificultades.

día a ser de tipo fundacional. (Los dos tipos fundamentales de personas jurídicas sufren también una evolución en el tiempo. Hoy son fundaciones lo que en otras épocas fueron corporaciones y viceversa. Pero una corporación no llegará a ser fundación, y viceversa, sólo por el transcurso del tiempo y el cambio en las condiciones de la vida social. Estas circunstancias no harán más que preparar el terreno para que un acto de voluntad realice la transformación.) El hecho de que las corporaciones «son colectividades humanas asociadas para conseguir un fin común» y el de que las fundaciones «son establecimientos u obras creadas por otros», señalará siempre el límite entre unas y otras. Conducen a confusión y echan por tierra la distinción estas palabras de FERRARA a propósito de las corporaciones de tipo fundacional: «Al atender a un interés público, tales corporaciones nos aparecen implantadas o forjadas por una voluntad superior, por un interés extraño a los mismos asociados.» Esto es una sutileza de teórico.

En el segundo caso, esto es, en el de las fundaciones de estructura corporativa, existe en su misma formulación una contradicción esencial. Se está clasificando a las personas jurídicas por su estructura y se crea un nuevo tipo al mismo tiempo que se afirma que en la fundación de tipo corporativo «encontramos la estructura de una verdadera fundación...» Resulta, pues, una complicación innecesaria.

Esta creación de tipos intermedios y mixtos que responde a la dificultad de encajar en las clasificaciones de los científicos las múltiples manifestaciones de la vida social, no parece que en este caso tenga ninguna utilidad. El mismo FERRARA dice que, siendo muy difícil intentar una clasificación segura, «la distinción depende de la preponderancia de un carácter sobre el otro». Puede muy bien prescindirse de grupos intermedios y calificar a una persona de corporación o fundación según el carácter que en ella predomine.

(29) Otras personas del tipo de las corporaciones no son institucionales o no realizan fines de interés supraindividual. Por eso no son objeto de nuestro estudio.

Por eso los autores han optado por abandonar un poco las especulaciones de tipo doctrinal y tratan de encontrar y señalar las reglas y notas que permitan clasificar las personas que aparecen en la vida real.

No todas las personas creadas por el Estado para descentralizar funciones son personas públicas, sino que frecuentemente crea personas privadas.

Para distinguirlas se ha decidido atender, en primer lugar, a la calificación que de ellas hace el legislador (30). En los casos en que la voluntad de éste está expresa, la investigación es innecesaria; sólo en su defecto se buscarán en la persona estudiada los caracteres que nos permitan saber si es pública o privada. Porque, como advierte BIELSA (31), «las personas jurídicas públicas son tales por sus atribuciones constitucionales o legales, aunque expresamente no se las designe así».

B) Las fórmulas empleadas por el legislador español para manifestar que una persona institucional es pública son muy variadas.

Emplea unas veces las de «Institución de Derecho público» (32); «Entidad de Derecho público» (33); «Institución de carácter público» (34); «Corporación de Derecho público» (35). En estos casos no hay ninguna dificultad. Las personas así calificadas son públicas.

(30) Véase JORDANA DE ROZAS. *Las Corporaciones profesionales en el Derecho administrativo español anterior a la Dictadura*, «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, núms. 8, 9, 10, 11, pág. 30.

(31) *La Nación y sus entidades autárquicas*, pág. 420.

(32) Patronato Nacional Antituberculoso (Base I, Ley de 13 de diciembre de 1943); Instituto Nacional de Colonización (art. 1.º, D. 21 noviembre 1947); Instituto de Estudios Agrosoaciales (art. 1.º, O. 8 marzo 1948); Servicio Nacional del Trigo (art. 150, O. 19 noviembre 1953).

(33) Entre las fundaciones son calificadas con esta fórmula el Instituto Español de Moneda Extranjera (art. 4.º, L. 25 agosto 1939); Patrimonio Forestal del Estado (art. 1.º, D. 30 abril 1941); Instituto Nacional de Industria (art. 1.º, L. 25 septiembre 1941); Instituto de Fomento de Producción de Fibras Textiles (art. 1.º, O. 5 diciembre 1942).

Entre las de tipo corporativo: la Organización Médica Colegial (art. 1.º, O. 8 septiembre 1945); Colegios de Odontólogos y Estomatólogos (art. 1.º, O. 13 noviembre 1950).

(34) Patronato de Indígenas (art. 1.º, D. 7 marzo 1952).

(35) Instituto de Cultura Hispánica (art. 1.º, D. 18 abril 1947). En este caso, el empleo del término corporación es inexacto.

Entre las personas verdaderamente corporaciones: las Cámaras Oficiales Sindicales Agrarias (art. 1.º, D. 18 abril 1947); Colegio Nacional de Secretarios Judiciales (art. 1.º, O. 26 septiembre 1944); Colegios de Arquitectos (D. 1 diciembre 1950); Colegios de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y en Ciencias

Otras veces emplea expresiones menos precisas que pueden hacernos dudar respecto al carácter de la entidad.

Así la de «Institución del Estado» (36), que parece indicar relación de pertenencia al mismo y en tal sentido hay personas privadas que también son instituciones del Estado.

La de «Organismo administrativo» (37), pues administrativo en sentido técnico-jurídico implica la idea de público, pero no siempre, ni siquiera en las leyes, se emplea el término en este sentido.

«Organismo paraestatal» (38). El significado de este término produjo en la doctrina italiana una gran polémica. Los autores italianos, tratando de interpretar el artículo 2.º de un R. D. L. de 13 de noviembre de 1924, número 1.825, que hablaba de «entes morales, paraestatales y públicos», y algunos otros textos legales que empleaban la misma expresión, aventuraron numerosas opiniones respecto a la configuración de los llamados «entes paraestatales». Se dijo que eran una categoría intermedia entre los públicos y los privados (39); que eran privados, pero muy próximos a los públicos (40); que tal expresión era un error del legislador (41); que eran entes públicos con especialidades diversas según los autores (42); y la mayor parte de ellos, y también los más autorizados, sostenían que eran entes públicos sin ninguna especialidad y

(D. 5 junio 1953); Colegios de Secretarios, Interventores y Depositarios de Administración Local (art. 3.º, 31 julio 1953); Colegios de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales (art. 1.º, D. de 26 marzo 1954).

(36) Obra Pía de los Santos Lugares (art. 3.º, L. 2 junio 1940). En este caso concreto debe entenderse que califica a una persona pública. Tal naturaleza se deduce de la redacción del citado artículo 3.º, en el que se habla de fines públicos para la realización de los cuales goza la Obra Pía de los privilegios que al Estado se le reconocen como litigante, exención de impuestos, etc.

(37) De tal se califica al Servicio de Explotación de Ferrocarriles por el Estado (art. 4.º, L. 13 julio 1950). No creemos que esta persona jurídica sea persona pública.

(38) Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas (art. 4.º del D. 2 septiembre 1947). Don MANUEL CID empleó la misma expresión en una conferencia pronunciada en la R. Academia de Legislación y Jurisprudencia el 2 de febrero de 1953, titulada *Entidades paraestatales*, y no es raro encontrarla en nuestras Leyes.

(39) CAMMEO, *Gli impiegati degli enti pubblici e le norme sull'impiego privato*, en «Giurispr. Ital.», 1927, III, pág. 1.

(40) PRESSUTTI, *Istituzione di Diritto amministrativo*, 3.ª ed., I, pág. 485.

(41) FORTI, *Gli enti parastatali*, «Riv. di Diritto Pubblico», 1934, fascicolo V, página 245.

(42) CAMMAROSANO, *Gli enti parastatali nel Diritto positivo italiano*, «Riv. di Diritto Pubblico», 1935, pág. 537; MAURO, *Sul concetto di ente parastatale*, «Riv. di Diritto Pubblico», 1928, I, pág. 206; GIROLA, *Enti parastatali*, in «Studi Urbinati», 1929.

que quizá esta expresión quería significar que su actividad se extendía a todo el territorio del Estado (43).

Una expresión excepcional encontramos también en el artículo 1.º del Decreto de 26 de julio de 1929, que dice que las Cámaras de Comercio, Industria y Navegación son «organismos oficiales que gozan de la condición de Establecimientos públicos». En el Derecho francés, en donde los Establecimientos públicos están bien definidos y diferenciados, Establecimiento público equivale a servicio público personificado (44) o patrimonializado (según terminología de DUGUIT y JÉZE (45). La intención del legislador español parece ser en este caso declarar que las Cámaras de Comercio son personas públicas, y para ello emplea el término Establecimiento público, con lo que le separa de su significación propia y habitual (46).

El Decreto de 26 de junio de 1953 autorizando la constitución del Colegio de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos lo califica de «Corporación de interés público. Expresión también excepcional que lleva confusión a este problema de la calificación legal de las personas jurídicas.

Consideración especial merece el término «oficial» empleado con muchísima frecuencia para calificar personas jurídicas.

Un Real Decreto de 9 de diciembre de 1921 establece (art. 1.º) que todas las entidades o corporaciones pueden solicitar la concesión de carácter oficial; para ello no se exige más condiciones que las de que dediquen sus actividades a la defensa de los intereses generales que representen (art. 2.º) y cumplan determinados requisitos formales. Un De-

(43) RANELLETTI, *La giurisdizione competente per le controversie contro la pubblica amministrazione aventi per oggetto diritti patrimoniale derivanti da rapporto di impiego*, «Foro Italiano», 1928, I, pág. 94; R. ALESSI, *Diritto amministrativo*, Milano, 1949, pág. 55; SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo*, Cedam, 1930, pág. 92; RACNISCO, *La legge 31 gennaio 1926, núm. 100 e il Consiglio di Stato*, Cedam, 1930; D'ALESSIO, *Istituzione di Diritto amministrativo*, Uiet, 1932, vol. I; VITTA, *Diritto amministrativo*, 1949, pág. 142.

(44) Según HAURIUO, «es servicio público especial personificado» (*Précis de Droit Administratif*, 12.ª ed., 1933, pág. 280); según BERTHÉLEMY, «servicio administrativo provisto de personalidad jurídica» (*Traité élémentaire*, 12.ª ed., 1930, págs. 31 y 46).

(45) JORDANA DE POZAS cree —por diversas razones que pueden verse en la página 32 de *Las Corporaciones profesionales*...— que «no es prudente ni sería exacto traducir al español, y admitir en nuestro Derecho, la distinción francesa en establecimientos públicos y de utilidad pública».

(46) Posiblemente se empleó esta expresión porque se copió de la Ley francesa de 9 de abril de 1898, que reguló las Cámaras de Comercio y las calificó de Establecimientos públicos.

creto del Ministerio de Industria y Comercio de 19 de junio de 1935 modificó el de 9 de diciembre de 1921 por lo que respecta a las entidades oficiales dependientes de dicho Ministerio, declarando que la calificación de oficial se reserva a las personas jurídicas de Derecho público y calificando a las privadas que realizan fines de utilidad general de personas de utilidad pública.

Por tanto, como no toda entidad que defiende intereses generales es pública, se desprende de los preceptos anteriores que, según la legislación general, persona jurídica oficial equivale a persona privada de utilidad pública, y sólo las que dependen de los actuales Ministerios de Industria y Comercio calificadas de oficiales son públicas.

Sin embargo, el legislador no ha tenido en cuenta la significación que dió al término, y hoy nos encontramos con que lo ha empleado de forma tal que ha desvirtuado aquella significación y aun toda significación. El intérprete se encuentra ante una colección de casos particulares, algunos con expresiones verdaderamente peregrinas, para los que no sirve la norma general (47). «Oficial», sin más, no quiere decir nada. Convendría darle un significado preciso o suprimirlo (48).

(47) Una muestra clara de las dudas que el término «oficial» ofrece al mismo legislador, y al mismo tiempo del olvido en que se ha tenido al R. D. de 9 de diciembre de 1921, la tenemos en el preámbulo del Decreto de 1 de diciembre de 1950, que dice así: «El artículo primero de los Estatutos para el régimen y gobierno de los Colegios de Arquitectos establece el carácter oficial de los mismos, y aunque ese carácter pudiera estimarse que lleva aneja la consideración de Derecho público para dichas Corporaciones, conviene hacer una declaración expresa sobre el particular...»

En los Decretos de 11 de agosto de 1953 que crearon los Colegios de Doctores y Licenciados en Ciencias Políticas, Económicas y Comerciales, se lee (art. 1.º) que son Corporaciones oficiales de Derecho público, con lo que el término «oficial» pierde toda significación, pues de otro modo no es posible entenderse. Otras veces se leen declaraciones como las siguientes: «El Colegio Nacional de Auxiliares Sanitarios, como Corporación oficial..., gozará de plena capacidad legal como entidad de derecho público...» (O. 29 marzo 1954, art. 1.º); «Los Colegios de Ingenieros Agrónomos son Corporaciones de carácter oficial..., gozando del rango y preeminencia de las Corporaciones de derecho público, a todos los efectos civiles y administrativos» (O. 5 marzo 1953, art. 6.º). Igual declaración en la Orden de 6 septiembre 1950, art. 2.º, respecto a los Colegios de Ingenieros Industriales. En el art. 225 del Decreto de 30 mayo 1952 se dice que los funcionarios pertenecientes al Cuerpo de Directores de Bandas de Música Civiles se constituirán en Colegio oficial, que tendrá el carácter de Corporación pública.

No cabe duda que en todos estos casos en que el término «oficial» va acompañado de fórmulas tan expresivas nos encontramos con personas públicas. Pero no cabe duda tampoco que con ello se le ha hecho perder toda significación.

(48) Son calificados de oficiales el Instituto de Reeducación de Inválidos (art. 13, O. 8 diciembre 1933); el Servicio Militar de Construcciones.

C) Cuando falta una declaración legal sobre el carácter de una persona jurídica, o cuando esta declaración es inexpresiva, es cuando entran en juego los criterios señalados por los autores. Entonces hay que acudir al estudio de cada persona en particular para tratar de descubrir en ella las notas que previamente la doctrina ha señalado como propias de las personas jurídicas públicas (49).

El profesor JORDANA DE POZAS ha dado una lista muy completa de estas notas, sintetizando los criterios de nuestra legislación y la opinión de relevantes autores (50).

Casi todos los Colegios profesionales son calificados, en términos generales, de oficiales. Algunos son calificados de tales expresamente y con exclusión de toda otra calificación por sus normas ordenadoras. Colegios de Agentes Comerciales (art. 12, D. 15 febrero 1942); Colegios de Titulares Mercantiles (art. 1.º, D. 15 diciembre 1942); Colegios de Procuradores (D. 19 diciembre 1947); Colegios de Abogados (art. 2.º, O. 3 febrero 1947); Consejo y Colegios de Veterinarios (art. 3.º, O. 16 junio 1954); Colegios de Ingenieros de Montes (art. 1.º, D. 5 mayo 1954). También son calificadas de oficiales las Cámaras de la Propiedad Urbana (D. 10 febrero 1950, art. 1.º).

(49) Algunos autores han creído encontrar una nota, una sola, que permite distinguir a las personas públicas de las privadas. Otros opinan que sólo la conjunción de varias notas nos podrá llevar al convencimiento de que una persona es pública, pues, como advierte GIERKE (*Gen. Theorie*, pág. 167, cita tomada de O. MAYER, *Droit Administratif Alemand*, t. IV, pág. 265), cada una de estas notas no son «caracteres esenciales y decisivos por sí solos para la calificación de derecho público, sino síntomas más o menos significativos».

Incluso autores que en un plano teórico señalan una sola nota para distinguir estas dos clases de personas, declaran que en la práctica es preciso acudir a distintas notas. (Véase O. MAYER, *Droit administratif alemand*, t. IV, pág. 260; ZANOBINI, *Corso*, vol. I, pág. 112). Y algunos criterios de distinción basados en una sola nota nos llevan por sí mismos al otro método para lograr la distinción, el del conjunto de notas. Tal es el criterio de FERRARA (ob. cit., pág. 692), que afirma que «tendremos sujetos o personas de derecho público cuando los entes se presenten dotados de *imperium*, en posición eminente y desarrollando una potestad de mandato. Se tratará de personas de derecho privado cuando los entes se presenten sin la investidura de imperio». Pues para averiguar si una entidad se presenta dotada o no de imperio tendremos que fijarnos en el conjunto de notas por las que se manifiesta el imperio. La misma opinión en FLEINER, *Instituciones de Derecho administrativo*, trad. española, 1933, pág. 86, II).

(50) *Las Corporaciones profesionales...*, pág. 32. Los criterios de JORDANA DE POZAS son admitidos y empleados por LÓPEZ RODÓ en su trabajo *Las empresas nacionalizadas en Inglaterra*, pág. 394.

Puede verse también una enumeración de notas y un estudio de las mismas en MICHOD, *La theorie de la personnalité morale*, pág. 242, y en VILLAVICENCIO, *Modificaciones sustantivas en la legislación de Arrendamientos urbanos*, «Anuario de Derecho Civil», 1949, t. II, fasc. III, págs. 1094 y 1095.

Considera que algunas de ellas son de gran importancia y su concurrencia es signo casi seguro de naturaleza pública. Tales son :

El poder coactivo, aplicado a la constitución de las entidades o concedido a éstas para el logro de ciertos fines. Cuando una entidad tiene el derecho de ejecutar por sí misma sus decisiones y de requerir en su auxilio la fuerza pública para aquella ejecución, será verdaderamente excepcional que no se trate de una persona pública.

La facultad de nutrir sus cajas por el procedimiento del impuesto o por otros conocidamente públicos.

El grado de control ejercido sobre ella por las Administraciones, conocidamente públicas, del Estado, Provincia o el Municipio. Puede decirse que la existencia de recursos contra los acuerdos o resoluciones de la entidad de que se trate, ante autoridades administrativas, es uno de los signos más seguros de carácter público.

Las obligaciones de la entidad respecto al Estado. Así, el Estado impone frecuentemente la obligación de servir de Cuerpo consultivo de la Administración, de levantar determinadas cargas, establecer y regir ciertos servicios, elevar una Memoria anual, designar personas de las que las integran para desempeñar cargos, etc., etc.

Son de menor importancia : la acción del Estado en su creación, regulación o reconocimiento; la concesión de privilegios; la facultad disciplinaria y correctiva; la organización y gestión de servicios públicos; ciertas condiciones formales de publicidad, procedimiento, etc., impuestas para su funcionamiento.

Son, pues, unos poderes especiales, superiores, los que vienen a caracterizar a las personas públicas. Poderes propios de las personas públicas y de los cuales no gozan las privadas. Tales son las dos primeras notas de gran importancia señaladas por JORDANA DE POZAS. Las otras dos, el grado de control y las obligaciones de la entidad respecto al Estado, son una consecuencia de la atribución hecha por el Estado a la entidad de aquellos especiales poderes (51).

(51) Quizá fuera conveniente sustituir las expresiones de persona pública y persona privada por las de capacidad pública y capacidad privada.

Algunos autores hacen notar que la personalidad es única y hablan de capacidad pública y capacidad privada. Pero un estudio y una sustitución sistemática no se ha hecho.

FERRARA (ob. cit., págs. 684 y 685) nos dice que las personas públicas tienen una doble capacidad, pública y privada, pero una sola personalidad que se mueve en

IV. CLASIFICACION, ORGANIZACION Y DIFERENTES CLASES DE FISCALIZACION DE LAS ENTIDADES AUTARQUICAS INSTITUCIONALES

I. *Clasificación de las personas autárquicas institucionales.*

A) Con las clases de personas estudiadas podemos formar los grupos siguientes :

- a) Personas fundacionales públicas.
- b) Personas fundacionales privadas.

ambitos distintos. Así, el Estado que obra *iure imperii* no es el sosias del Estado que obra *iure gestionis*. En igual sentido se manifiesta VITTA (*Corso de Diritto amministrativo*, t. I, pág. 127), y SANTI ROMANO (*Corso de Diritto amministrativo*, 3.ª ed., 1937, pág. 82) también afirma que el Estado es una persona única.

«La personalidad jurídica del Estado —dice ZANOBINI (*Corso*, vol. I, pág. 107)— comprende la capacidad de derecho público y la de derecho privado: la primera se manifiesta especialmente en el ejercicio del poder público; la segunda, en el ejercicio de derechos privados patrimoniales, en la estipulación de contratos y en la formación de otras figuras de negocios propios del derecho privado.» Los primeros son llamados actos de imperio; los segundos, actos de gestión.

Quizá hablar de doble personalidad, pública y privada, sea una reminiscencia histórica. En el antiguo derecho, mientras los actos «*de imperio*» los realizaba el soberano, los actos de gestión eran atribuidos a una persona privada, el Fisco. Estas dos personas continuaron la una junto a la otra en el Estado de policía. Pero el Estado moderno ha absorbido las dos personalidades en una sola. El Estado actual es a la vez sujeto de las relaciones públicas y de las relaciones privadas.

Con la sustitución propuesta se comprendería mejor la actuación de las personas llamadas públicas en el campo del derecho privado. No diríamos que actúan en unas relaciones como personas privadas y en otras como personas públicas, sino con capacidad privada y con capacidad pública. El concepto de persona es un concepto muy sólido y es difícil explicarse los rápidos cambios de personalidad.

La actuación con capacidad privada puede limitarse a una relación o a unas cuantas relaciones, ser momentánea. Pero puede actuarse con capacidad privada durante un largo período, desenvolver de esta forma una actividad permanente. Así ocurre en nuestro ordenamiento jurídico con el Instituto Nacional de Industria (arts. 1.º y 2.º de la L. 25 septiembre 1941); el Consejo de Administración del Manzanares (el art. 3.º de la L. 5 febrero 1943 le dispensa de sujetarse a la Ley de Administración y Contabilidad del Estado).

Esta situación de las entidades institucionales, tanto en el derecho público como en el derecho privado, la facilidad que se les concedía de actuar de las dos formas, es lo que llevaría a JORDANA DE POZAS a afirmar que «tales entidades constituyen una zona intermedia entre el Derecho público y el privado; muchas de ellas viven habitualmente en uno y otro campo, lo cual explica la designación de *semi public bodies* que se les ha dado en el Derecho inglés» (*Derecho administrativo*, 1924, pág. 293).

- c) Personas corporativas públicas.
- d) Personas corporativas privadas (52).

B) El profesor JORDANA DE POZAS, después de dar la lista de notas que caracterizan a las personas públicas, dice que «en algunas entidades concurren circunstancias de todas las clases enumeradas, en la mayoría de ellas se dan unos u otros de esos signos, y en otras únicamente alguno. Para determinar, en cada caso, si dichas entidades son o no públicas, habrá que realizar un estudio minucioso de su organización, atribuciones y funcionamiento».

No podemos reseñar aquí las notas que hemos encontrado en las personas institucionales por nosotros estudiadas y que nos han permitido clasificarlas en cada uno de los grupos anteriores

Debemos advertir que hemos vacilado mucho en colocar a determinadas personas jurídicas en el grupo en que se encuentran situadas. Es muy posible que en algunos casos nos hayamos equivocado.

Grupo a.—Está formado, además de las personas enumeradas en las notas 32, 34, 36, 38 y fundacionales de las notas 33 y 35, por el Instituto Nacional de la Vivienda, Consejo de Administración del Patrimonio Nacional, Confederaciones Hidrográficas, Comisaría General de Abastecimientos y Transportes, Consejo Superior de Protección de Menores, Consejo de Administración del Manzanares, Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de Producción de Semillas Selectas, Instituto Nacional de Reeducción de Inválidos, Patronato de Protección a la Mujer, Instituto de España.

Grupo b.—Formado por el Servicio de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas, Instituto Nacional del Libro, Comisión de Compras de Excedentes de Vino, RENFE, Servicio de Explotación de Ferrocarriles por el Estado, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto Nacional de Estudios Jurídicos, Instituto Nacional Agronómico, Instituto Geológico y Minero de España, Instituto de Investigaciones Clínicas y Médicas, Instituto de Estudios de Administración Local, Instituto de Estudios Africanos, Instituto Angélico, Escuela Judicial, Patronato de Bio-

(52) Suprimiremos el grupo d) porque las únicas corporaciones que estudiamos son las corporaciones profesionales y éstas son públicas. (Trataremos este problema en el Apartado séptimo.)

logía Animal, Servicio Militar de Construcciones, Instituto de Técnica Aeronáutica.

Grupo c.—Formado por las Corporaciones profesionales (53).

La estructura y carácter de las personas jurídicas influye en su organización, y la estructura, carácter y organización, en la fiscalización a que están sometidas.

2. Organización de las personas fundacionales públicas y privadas.

La organización de las personas fundacionales no se distingue según sean públicas o privadas; por eso las estudiamos bajo un mismo epígrafe antes de separarlas para estudiar en concreto los recursos posibles contra sus decisiones.

A pesar de que el número de personas de tipo fundacional es grande, puede hacerse un esquema bastante general de su constitución. Con distintos nombres, sus organismos son casi siempre los mismos. Algunas entidades tienen particularidades, bien por su función, bien por su complejidad, pero son las menos.

Sus órganos rectores son: la Junta Central, la Comisión permanente y el Director.

En algunas de ellas existe también una asamblea general o pleno, que conoce y aprueba los planes generales de la institución (54).

A) La Junta Central es un órgano colegiado encargado de la alta dirección de la entidad. En las disposiciones ordenadoras recibe variadas denominaciones (55). Empleamos una de ellas: la de Junta Central.

(53) Con esta lista no hemos pretendido agotar todas las personas autárquicas institucionales existentes en nuestro Derecho. Algunas las hemos eliminado a sabiendas por coincidir su naturaleza y función con algunas de las reseñadas. Las Universidades, por su especial carácter, hemos creído también conveniente dejarlas fuera de nuestro estudio. Otras es posible que hayan pasado desapercibidas a nuestra investigación.

(54) Instituto Nacional de Previsión, Confederaciones Hidrográficas, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

(55) Junta Central, en el Instituto de Fomento de la Producción de Fibras Textiles (O. 5 diciembre 1942); Patronato Nacional Antituberculoso (Ley 13 diciembre 1943, Base 4.ª; Instituto Nacional de Producción de Semillas Selectas (D. 18 abril 1947, art. 3.º); Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas (D. 22 marzo 1948, artículo 2.º).

La composición de la Junta Central es generalmente la siguiente: un Presidente, uno o varios (dos o tres) Vicepresidentes, un número variable de Vocales y un Secretario.

Muchas veces la presidencia de la Junta Central la ocupa el Ministro que es Jefe del Departamento de que la institución depende (56). Los regla-

Junta Nacional, en el Patronato de Protección a la Mujer (Ley 20 diciembre 1952, art. 4.º).

Junta de Patronos, en el Patronato de Indígenas (D. 7 marzo 1952, art. 2.º).

Junta, en el Patronato Nacional de la Montaña de Montserrat (D. L. 16 octubre 1950, art. 3.º).

Consejo Nacional, en el Instituto Nacional de Colonización (D. 21 noviembre 1947, arts. 4.º y 5.º); la Ley de 15 de julio de 1954 (art. 34) creó un Consejo Nacional de la Vivienda que regula con independencia del Instituto del mismo nombre, pero por su composición y funciones parece un órgano de esta entidad.

Consejo de Administración, en el Instituto Nacional de Previsión (D. 14 julio 1950, arts. 2.º y 8.º); Servicio de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas (O. 4 diciembre 1951, art. 3.º); Consejo de Canalización del Manzanares (Ley 3 febrero 1943); RENFE (D. 17 enero 1947, art. 4.º); Instituto Español de Moneda Extranjera (Ley 25 agosto 1939, art. 9.º); Patrimonio Nacional (Ley 7 marzo 1940, art. 9.º).

Consejo Superior, en el Consejo Superior de Protección de Menores (D. 2 agosto 1948, art. 6.º).

Consejo de Dirección, en el Servicio Militar de Construcciones (Ley 2 marzo 1943, art. 5.º); Servicio de Explotación de Ferrocarriles por el Estado (O. 24 marzo 1951, art. 1.º).

Consejo General, en el Patronato de Biología Animal (D.-L. 4 agosto 1952, art. 7.º).

Consejo de Patronato, en el Instituto Nacional de Reeducación de Inválidos (Orden de 8 diciembre 1933, arts. 13 y 14).

Consejo, en el Instituto de Estudios Agrosociales (O. 8 marzo 1948, arts. 7.º y 8.º); Patrimonio Forestal del Estado (Ley 10 marzo 1941, art. 4.º).

Consejo Ejecutivo, en el Consejo Superior de Investigaciones Científicas (Ley 24 noviembre 1939, art. 4.º).

Junta de Patronato, en la Obra Pía de los Santos Lugares (Ley 3 junio 1940).

Junta de Gobierno, en las Confederaciones Hidrográficas y en el Instituto de Estudios Africanos (D. 28 junio 1945, art. 4.º).

Patronato, en el Instituto Nacional Agronómico (D. 11 diciembre 1953, art. 3.º); Instituto de Cultura Hispánica (D. 18 abril 1947, art. 6.º); Instituto de Técnica Aero-náutica (D. 28 julio 1943, art. 1.º); Instituto de Investigaciones Clínicas y Médicas (D. 4 diciembre 1953, art. 3.º).

El Pleno, en el INLE (D. 6 abril 1943, arts. 3.º y 15).

(56) El Ministro de Asuntos Exteriores preside la de la Obra Pía de los Santos Lugares (D.-L. 20 abril 1951, art. 4.º).

El Ministro de Justicia, la del Patronato de Protección a la Mujer (L. 20 diciembre 1952, art. 7.º); la del Consejo Superior de Protección de Menores (D. 2 julio 1948, art. 6.º); Instituto Nacional de Estudios Jurídicos (D. 31 mayo 1946, art. 8.º).

El Ministro de la Gobernación, la del Patronato Nacional Antituberculoso (Ley 13 diciembre 1943, Base 4.ª); Instituto de Estudios de Administración Local (D. 24

mentos y estatutos autorizan al Ministro para delegar la presidencia en persona que los mismos señalan, generalmente en el Vicepresidente, que suele ser el Subsecretario del Departamento (57), o en un llamado Presidente delegado (58).

En otras entidades la presidencia la ocupa el Subsecretario del Departamento ministerial (59). En algunas, Directores Generales (60) o determinados cargos (61). Y hay casos en que el Presidente de la Junta Central es nombrado por el Ministro de quien la institución depende (62)

junio 1941, art. 62); Patronato Nacional de la Lucha contra las Enfermedades del Aparato Circulatorio y Ayuda al Cardíaco (O. 16 febrero 1950, art. 2.º), y otros similares.

El Ministro de Agricultura, la del Instituto Nacional de Colonización (D. 21 octubre 1947, art. 5.º); Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas (D. 22 marzo 1948, art. 2.º); Instituto de Estudios Agrosociales (O. 8 marzo 1948, art. 8.º); Patronato de Biología Animal (D.-L. 4 agosto 1953, art. 12); y conjuntamente con el Ministro de Educación Nacional, la del Instituto Nacional Agronómico (D.-L. 1 diciembre 1953, art. 3.º); Patrimonio Forestal del Estado (D.-L. 19 enero 1951, art. 1.º).

El Ministro de Educación Nacional, además de la del Instituto Nacional Agronómico, como ya hemos indicado, la del Instituto de Investigaciones Clínicas y Médicas (D. 4 diciembre 1953, art. 3.º); Instituto Angélico (D. 6 febrero 1953, art. 3.º).

El Ministro de Comercio, la del Instituto Español de Moneda Extranjera (L. 25 marzo 1939, art. 10, modificado por el D.-L. 8 febrero 1952).

El Ministro de Trabajo, la del Consejo Nacional de la Vivienda (L. 15 julio 1954, art. 34).

(57) Como ejemplos, el Instituto Nacional de Colonización (D. 21 noviembre 1947, art. 5.º); la Obra Pía de los Santos Lugares (O. 30 abril 1953).

(58) También, a título de ejemplo, citamos el Patronato Nacional Antituberculoso, del que es Presidente Delegado el Director General de Sanidad (L. 13 diciembre 1943, Base 4.ª).

(59) El Subsecretario de Agricultura, la del Instituto de Fomento de la Producción de Fibras Textiles (O. 5 diciembre 1942, art. 18).

El Subsecretario de Hacienda, la del Servicio de Apuestas Mutuas Deportivas Benéficas (D. 19 octubre 1951).

El Subsecretario del Ejército, la del Servicio Militar de Construcciones (D. 6 abril 1943, art. 2.º).

(60) El Director General de Enseñanza Profesional y Técnica, la del Instituto Nacional de Reeducción de Inválidos (O. 8 diciembre 1933, art. 14).

El Director General de Agricultura, la del Instituto Nacional para la Producción de Semillas Selectas (D. 18 abril 1947, art. 3.º).

El Director General de Marruecos y Colonias, la del Instituto de Estudios Africanos (D. 28 junio 1945, art. 5.º).

(61) El Presidente de la Junta de Relaciones Culturales, la del Instituto de Cultura Hispánica (D. 18 abril 1947, art. 6.º).

El Gobernador General de Guinea, la del Patronato de Indígenas (D. 7 marzo 1952, art. 2.º).

(62) El de la Comisión de Compras de Excedentes de Vino (D.-L. 11 agosto 1953,

o a propuesta de éste por Decreto del Consejo de Ministros (63). El del Consejo de Administración del Patrimonio Nacional es nombrado libremente por el Jefe del Estado.

En algunos textos legales se dice que se confiere la personalidad jurídica a la Junta Central (64). No es así. La institución, el organismo, es el que es persona jurídica, no uno de sus órganos, como no es persona jurídica el Consejo de Ministro o el Ayuntamiento, sino el Estado o el Municipio.

Algunas entidades no tienen Junta Central; v. gr.: el Servicio Nacional del Trigo, la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes.

B) La Comisión Permanente (65). Para evitar los inconvenientes que tiene la actuación constante de un órgano colegiado numeroso, la Junta Central constituye, de su propio seno, una Comisión con un número reducido de miembros y la encarga de resolver y realizar los asuntos de trámite, resoluciones urgentes, actos de ejecución, dictar disposiciones de régimen interior, etc. Las normas ordenadoras unas veces establecen taxativamente sus funciones; otras, emplean formas de delegación general.

La Comisión Permanente está compuesta por un Presidente (66), por

art. 2.º); Servicio de la Explotación de Ferrocarriles por el Estado (O. 24 febrero 1951, art. 1.º).

(63) La del Instituto Nacional de Previsión (D. 14 julio 1950, art. 7.º); el de la RENFE (D. 17 enero 1947); el Delegado del Gobierno en las Confederaciones Hidrográficas. El Presidente efectivo del Consejo Superior de Investigaciones Científicas es nombrado por Decreto a propuesta del Consejo Ejecutivo del mismo (L. 27 diciembre 1947, art. 2.º).

(64) «El Instituto de Investigaciones Clínicas y Médicas estará gobernado por un Patronato...» (art. 3.º del D. 4 diciembre 1953). «Este Patronato tendrá personalidad jurídica...» (art. 4.º del mismo Decreto). «Se reconocerá al Patronato del Instituto Nacional de Técnica Aeronáutica personalidad jurídica para constituir su propio patrimonio...» (art. 5.º del D. 28 julio 1943).

El que la Orden de 4 de abril de 1942 diga que el Consejo de Administración del Patrimonio Nacional es una persona jurídica tiene una justificación de técnica jurídica y de mantenimiento de un nombre con tradición histórica. Con ello se evita decir que un patrimonio es una persona jurídica (cuidado que no se tuvo, y en este caso sin justificación, en el D. 17 enero 1947, art. 2.º, ordenador de la RENFE) sin tener que modificar un nombre que es ya tradicional.

Distinto es el caso, y debe evitarse la confusión, en que la institución y el órgano colegiado rector han recibido el mismo nombre; v. gr.: en el Consejo Superior de Protección de Menores.

(65) También llamada Comisión delegada, ejecutiva y de gerencia.

(66) Este Presidente es unas veces el de la Junta Central (Obra Pía de los Santos Lugares), O. 30 abril 1953; Instituto Nacional de Previsión, D. 14 julio 1950, ar-

el Director de la entidad, cuando no preside tal Comisión, por los cargos directivos de la entidad (Vicepresidente, Secretario, Tesorero) o alguno de ellos, y por unos cuantos Vocales de la Junta Central (su número oscila, según los casos, de uno a seis).

También falta este órgano en algunas entidades. Esta falta es más frecuente que la de la Junta Central. Pero los organismos que la tienen son mayoría (67).

C) El Director (68) es la persona individual dedicada de manera permanente a procurar que la entidad cumpla sus fines. Los estatutos y reglamentos suelen señalar sus funciones. Podemos decir que está encargado de las funciones directivas respecto de todas las actividades de la fundación. Le corresponde, con algunas limitaciones, la potestad disciplinaria sobre el personal, informar las instancias que se dirijan a los órganos colegiados superiores, ordenar la realización de los actos de ejecución de las resoluciones emanadas de los órganos superiores, y generalmente ostenta la representación de la entidad.

El Director es nombrado unas veces libremente por el Ministro de quien la institución depende; otras, a propuesta de éste por Decreto acordado en Consejo de Ministros.

El Director de las entidades autárquicas tiene normalmente categoría de Director General. El Director General es, según la Ley de 8 de agosto de 1939, artículo 8.º, el Jefe de un Servicio Nacional de la Administración Central. Pero de este cargo se ha hecho una categoría administra-

título 11; Patronato de Protección a la Mujer, L. 20 diciembre 1952, art. 7.º; Instituto Nacional de Industria, D. 22 enero 1942, art. 3.º; Consejo Superior de Protección de Menores, D. 2 julio 1948, art. 12); otras, el Director de la institución (Instituto de Cultura Hispánica; Instituto Nacional de la Vivienda, L. 15 julio 1954, art. 34); a veces, un alto cargo del Departamento ministerial del que la entidad depende (el Director General de Ganadería, la del Patronato de Biología Animal, D.L. 4 agosto 1952, art. 7.º; el Director General de Administración Local, la del Instituto de Administración Local, D. 24 junio 1941), o bien es nombrado libremente por la Junta Central (Consejo Superior de Investigaciones Científicas, D. 10 febrero 1940, art. 4.º).

(67) La encontramos en la Obra Pía de los Santos Lugares, Instituto de Cultura Hispánica, Instituto Nacional de la Vivienda, Instituto Nacional de Previsión, Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas, Instituto Nacional de Industria, Consejo Superior de Protección de Menores, Instituto de Estudios de Administración Local, Patronato de Biología Animal, Patronato de Protección a la Mujer, Instituto de Fomento de la Producción de Fibras Textiles, Consejo Superior de Investigaciones Científicas.

(68) Algunas veces llamado Presidente o Gerente (INI).

tiva y se suele conferir la misma a los Directores de las entidades autárquicas fundacionales. No es que éstos sean Directores Generales, sino que, como dicen los reglamentos, tienen «la categoría administrativa» (69) o la «consideración» (70) que corresponde a los Directores Generales (71) (72).

3. La fiscalización.

A) La fiscalización es el ejercicio de las facultades de vigilancia que corresponden a las autoridades superiores de una entidad respecto de las inferiores y al Estado sobre los entes por él creados o reconocidos (73) (74).

(69) D. 14 julio 1950, art. 20 (Instituto Nacional de Previsión), entre otros.

(70) Ley 10 marzo 1941, art. 8.º (Patrimonio Forestal del Estado).

(71) Una prueba de la transformación que han sufrido estas denominaciones de cargos ministeriales la tenemos en el artículo 6.º de la Ley de 24 de junio de 1941, que reorganiza la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes; en él se otorga al Comisario rango de Subsecretario, y al Secretario General de la Comisaría, rango de Director General.

(72) Para dar más unidad al estudio de las Corporaciones profesionales, estudiamos su organización en el Apartado séptimo.

(73) La doctrina administrativista española emplea el término fiscalización refiriéndose a toda clase de actividad. Con lo que sigue fielmente al *Diccionario de la Academia de la Lengua* (17 ed.), que dice que fiscalizar es «criticar y traer a juicio las acciones u obras de otro». BIELSA (*La nación y sus entidades autárquicas*, pág. 407) entiende que la palabra «fiscalización» solamente denota intervención en los actos fiscales del ente, y emplea como término más genérico el de «contralor».

Algunos autores emplean con igual significado el término tutela, pero normalmente la tutela es sólo un aspecto de la fiscalización. En la doctrina el término «tutela» tiene significados diversos. Véase S. ROYO VILLANOVA, *Problemas de régimen jurídico municipal*, 1944, Introducción, pág. 9; PÉREZ BOTIJA, *Problemas de Administración corporativa*, «Rev. de Estudios Políticos», julio de 1942, núm. 7, pág. 119; GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, pág. 174.

(74) Se comprende perfectamente que la fiscalización de las fundaciones debe ser mayor que las de las corporaciones porque la corporación satisface, en primer lugar, fines propios de quienes la constituyen, de sus miembros. Y atiende a estos fines con bienes que, en la mayor parte de los casos, proceden de estos mismos miembros, mientras que la fundación no tiene miembros, sino destinatarios, es decir, satisface necesidades de individuos que son ajenos a los intereses de la fundación. Y los medios le son procurados por el fundador, que es quien le señala el fin a cumplir.

En la corporación, sus mismos miembros, que son los que normalmente se encargan de su dirección, procurarán que la entidad cumpla su fin y que lo cumpla

B) Por la materia, la fiscalización puede ser civil, administrativa y financiera. La primera tiene por objeto la actividad privada o civil de la persona fiscalizada; la segunda, su actividad administrativa, y la tercera, su actividad económica (75).

Nosotros limitamos nuestro estudio a la segunda, a la fiscalización administrativa.

La fiscalización administrativa, según quien esté encargado de realizarla, puede ser gubernativa, si es ejercida por autoridades administrativas, o jurisdiccional, si la realizan tribunales judiciales u organismos constituidos como tales.

La gubernativa puede realizarse :

a) Por iniciativa de quienes crearon el ente o como condición de su reconocimiento. (Nombramiento de determinados cargos; reserva de facultades; derecho de veto; sustitución en algunos de sus actos; exigencia de autorización o de aprobación para algunos de ellos; anulación de oficio de actos de la entidad fiscalizada.)

b) A instancia de los particulares. (Recursos administrativos.)

recta y satisfactoriamente. La vigilancia que sobre ellas ejerza el Estado irá encaminada principalmente al mantenimiento de la legalidad. Por el contrario, las fundaciones tienen que satisfacer unos fines ajenos, que le han sido impuestos, y con patrimonio que ha constituido a su favor una persona que se mantiene fuera de ellas. Será preciso, pues, que se vigile el modo de realizar su misión, y el fundador procurará establecer los medios de vigilancia necesarios para que se cumplan debidamente los fines que señale y a la vez no se destruya el patrimonio con que las dotó.

Pero puede ocurrir que se sujete a personas corporativas a una fuerte fiscalización, lo que no indica que se las convierta en fundacionales, porque esta fiscalización puede responder a causas distintas a la de su estructura (evitar se convierta la Corporación en núcleo de oposición a la autoridad del Estado, etc.).

Según la persona sea pública o privada, la fiscalización será también distinta. Pues si se ha dotado a una persona de medios de poder público, si se le ha hecho pública, la vigilancia del ejercicio de estos medios requerirá ser de distinta naturaleza y normalmente más intensa que la de aquellas personas que no tienen más medios que los de los simples particulares, medios de Derecho privado.

(75) La fiscalización financiera está regulada en nuestro Derecho con carácter general y uniforme para todos los organismos con autarquía económica. La Ley de 5 de noviembre de 1940 estableció las bases del sistema de fiscalización financiera. Han sido dictadas disposiciones posteriores para la aplicación de esta Ley y para completar el régimen de fiscalización. La Ley de 13 de marzo de 1943, para cumplimiento de la anterior; la Orden de 6 de abril de 1943, aplicando preceptos de la Ley de 13 de marzo; la Orden de 28 de septiembre de 1944 (arts. 8.º y 9.º, sobre la manera de formar sus presupuestos).

De estas dos clases de fiscalización gubernativa sólo nos ocuparemos de la segunda. La primera forma es extensísima y muy variada. Exigiría ella sola un trabajo especial.

La fiscalización jurisdiccional respecto a la actividad administrativa es ejercida en nuestro ordenamiento jurídico por dos jurisdicciones: la contencioso-administrativa y la de agravios. También será objeto de nuestra atención.

4. *Recursos: concepto y clases.*

En sentido técnico llamamos recurso a la demanda dirigida a la autoridad jerárquica superior a la que ha dictado el acto administrativo que se impugna, para que examine de nuevo el asunto ya resuelto y haga una nueva declaración sobre el mismo u ordene se cumplan los trámites legales.

Pero en el Derecho procesal administrativo la palabra «recurso» no se emplea únicamente en sentido técnico. También se entiende por tal la demanda dirigida a un órgano administrativo pidiendo la reforma o anulación de una resolución propia y la impugnación de un acto administrativo ante una jurisdicción administrativa (76).

Entendido el término «recurso» en sentido general, que a pesar de ser considerado por todos como inexacto es, sin embargo, el corriente, los recursos, *según ante quien se interpongan*, pueden ser gubernativos si se interponen ante autoridades administrativas, y jurisdiccionales si se interponen ante órganos jurisdiccionales.

Los gubernativos, a su vez, pueden ser jerárquicos y no jerárquicos, según se interpongan ante una autoridad superior a la que dictó la resolución que se impugna o ante la misma que la dictó.

Los jerárquicos, por su contenido, pueden ser de *alzada*, *queja* y *nulidad*.

Los no jerárquicos pueden ser de *reposición*, *revisión*, *súplica*.

Los jurisdiccionales, según la materia, contencioso-administrativos y de agravios.

(76) Vide S. ROYO VILLANOVA, *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, «Rev. de Estudios Políticos», núm. 48, pág. 107; ZANOBINI, *Corso*, vol. II, 1946, pág. 41; GUASP, *El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso contencioso*, «Rev. de la Facultad de Derecho de Madrid», 1942, núm. 2, pág. 12.

V. RECURSOS CONTRA ACTOS DE LAS PERSONAS FUNDACIONALES PUBLICAS

1. *Naturaleza jurídica de los actos de las personas fundacionales públicas.*

Estas personas públicas atienden con su actividad directa e inmediatamente a la satisfacción de fines de interés general. Para ello las crea el Estado. Son, pues, administraciones públicas. Constituyen la Administración institucional. Cuando decimos Administración comprendemos todas las entidades que administran.

Acto administrativo, según FERNÁNDEZ DE VELASCO (77), es toda «declaración jurídica unilateral y ejecutiva en virtud de la que la Administración tiende a crear, reconocer, modificar o extinguir situaciones jurídicas subjetivas». Definiciones recientes amplían aún más los sujetos capaces de realizar actos administrativos. Así, GARCÍA OVIEDO (78) dice que «es una declaración especial de voluntad de un órgano público, preferentemente de un órgano administrativo...».

Los actos jurídicos de las administraciones públicas son actos administrativos. En esto no hay discusión. Actos administrativos son, pues, los actos jurídicos de las administraciones institucionales.

Por no ser actos jurídicos, decisiones ejecutivas que tienden a producir un efecto de derecho, como dice HAURIUO (79), las declaraciones que estas personas jurídicas hagan cumpliendo la misión, que en numerosos casos se les impone, de asesorar autoridades político-administrativas, no podrán ser impugnadas (80).

VILLAR Y ROMERO (81) dice que «es dudoso que puedan merecer el nombre de actos administrativos los que emanan de determinados órganos de las personas jurídico-públicas, tales como el Instituto Nacio-

(77) *El acto administrativo*, 1929, Editorial Rev. de Derecho Privado, pág. 15.

(78) *Derecho administrativo*, 3.ª ed., 1951, pág. 126.

(79) *Recueil Sirey*, 1898-3-81. Comentario al «arrêté» del Consejo de Estado del 6 agosto 1897.

(80) Es la doctrina mantenida a propósito del Consejo Nacional de Cultura por la S. de 3 de marzo de 1947. «Col. Legislativa», núm. 61, pág. 258.

(81) *Derecho procesal administrativo*, 1944, pág. 149.

nal de Previsión, los Bancos oficiales, el Instituto Nacional de Industria, las Confederaciones Hidrográficas, la Fiscalía de la Vivienda, etc.

No dice qué es lo que le ha procurado esta duda, pero creemos que si previamente se demuestra que estas entidades son personas públicas con fines de interés general, cuando sus actos reúnan determinados requisitos (los propios de todo acto jurídico) no podrá dudarse de que sus actos son administrativos.

El profesor GARRIDO FALLA (82) sostiene que «desde el punto de vista estatal es de señalar que el Estado ha de considerar el acto del ente descentralizado como indirectamente propio».

A nosotros nos parece que si el ente descentralizado es persona jurídica, y así ocurre, sus actos son actos propios y solamente suyos.

Que los actos de la persona institucional sean administrativos es condición esencial para interponer contra los mismos recursos pidiendo su revocación total o parcial. «Todo recurso —como dice VILLAR Y ROMERO (83)— arranca siempre de un acto administrativo...»

RECURSOS CUBERNATIVOS JERÁQUICOS.

2. *El recurso de alzada contra los actos de las personas fundacionales públicas.*

A) Los órganos rectores de las personas fundacionales, en el apartado IV, 2, lo hemos visto, están ordenados jerárquicamente, y de las decisiones de los inferiores se puede recurrir en alzada a los superiores.

Algunos estatutos y reglamentos lo establecen expresamente y dan normas para la tramitación del recurso; otros guardan silencio, pero no hay ninguna dificultad en admitirlo, puesto que el recurso de alzada es considerado por todos, como derivado del principio mismo de jerarquía, recurso ordinario.

Si existen organismos municipales o comarcales, de sus actos se recurrirá en alzada a los provinciales, de éstos a los centrales, y en éstos de las

(82) *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, pág. 165.

(83) *Ob. cit.*, pág. 147.

decisiones del Director se acudirá a la Comisión Permanente, y de ésta, o de las de aquél directamente si no existe, a la Junta Central (84).

B) El problema se plantea al tratar de determinar si la decisión del órgano supremo en la organización de la persona autárquica, normalmente la Junta Central, pone fin a la vía gubernativa, causa estado, o por el contrario, debe llegarse en alzada hasta el Ministro de quien la institución depende para que su decisión agote la vía administrativa y haga que el acto cause estado.

Puede ocurrir: 1.º Que existan normas que declaren de manera general la necesidad o no de recurrir en alzada ante el Ministro para que la resolución de una entidad autárquica cause estado (85); 2.º Que

(84) Admiten expresamente el recurso de alzada entre sus órganos las normas reguladoras del Servicio Nacional del Trigo (art. 149, O. 19 noviembre 1953); Confederaciones Hidrográficas (art. 139 del D. 7 septiembre 1935, que aprueba el Reglamento de la del Ebro, que puede considerarse Reglamento tipo); Instituto de Fomento de la Producción de Fibras Textiles (art. 15, O. 5 diciembre 1942); Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (distintas Circulares): Instituto Nacional de Producción de Semillas Selectas (O. 16 diciembre 1947, art. 4.º, y Orden 18 febrero 1950, art. 34).

(85) Se admite el recurso de alzada contra las decisiones de todas las personas autárquicas dependientes del Ministerio de Trabajo, salvo que se prohíba expresamente (art. 40 del Reglamento de Procedimiento administrativo del Ministerio de Trabajo de 2 de abril de 1954); contra las del Consejo de Administración del Manzanares (L. 5 febrero 1943); contra las del Patrimonio Forestal del Estado (D.-L. de 19 enero 1951); contra las de las Confederaciones Hidrográficas.

El art. 139 del Reglamento de la Confederación Hidrográfica del Ebro (D. 7 agosto 1935) establece que contra las resoluciones dictadas por el Delegado del Gobierno en materias reservadas a su competencia privativa cabe el recurso ante el Ministro de Obras Públicas, y que contra las que emanan de la Junta de Gobierno (Junta Central) existe la opción de recurrir ante el Ministro o ante la Asamblea. Aunque el último párrafo del artículo declara que las decisiones ministeriales ponen término a la vía gubernativa, debe entenderse que si se opta por recurrir ante la Asamblea también la resolución de ésta pondrá fin a la vía gubernativa. En esta materia de recursos la regulación es idéntica en casi todas las Confederaciones.

El Decreto de 7 de diciembre de 1935, que publicó el Reglamento de la Confederación del Segura, establece en su art. 6.º un sistema distinto. De la Junta de Gobierno cabe recurrir en alzada ante la Asamblea, y de los acuerdos de ésta, ante el Ministro de Obras Públicas.

El «Boletín Oficial del Estado» de 13 de septiembre de 1952, pág. 4187, publica un Decreto de 4 de agosto de 1952 por el que el Consejo de Ministros admite y resuelve unos recursos de alzada interpuestos contra una resolución de la Confederación Hidrográfica del Duero (su régimen de recursos es semejante a la del Ebro). No sabemos cuál pueda ser su explicación. ¿Estamos ante un nuevo recurso creado jurisprudencialmente en contra de disposiciones reglamentarias?

esta declaración se limite a determinados actos (86); 3.º Que no exista ninguna manifestación en ningún sentido.

En el primer caso no hay ningún problema. Si se establece que puede recurrirse ante el Ministro deberá llegarse hasta él para que su decisión ponga fin a la vía administrativa (87). Si se declara la no admisión del recurso de alzada ante el Ministro habrá que entenderse que la resolución de la Junta Central o del órgano supremo de la entidad causa estado (88).

Si se admite el recurso de alzada ante el Ministro para determinados actos, en los casos en que expresamente se admita, no hay ninguna dificultad. Para los restantes el problema de su admisión es idéntico al del supuesto en que las leyes y reglamentos nada dicen. En estos casos pudiera hacerse uso de la analogía como argumento en favor de la admisión del recurso en los casos no previstos. Pero este argumento es de escaso valor, o más bien nulo, porque podría sostenerse la no admisión fundándose en que si el legislador hubiera querido conceder el recurso lo hubiera hecho expresamente como en los otros casos.

Si nada se ha reglado, nos encontramos ante el verdadero problema.

C) ¿Causan estado los actos emanados de los órganos supremos de las entidades públicas fundacionales?

Se declara expresamente la no admisión de recursos contra las decisiones de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes (Circulares del 4 marzo 1942, art. 6.º, y 23 septiembre 1946, art. 6.º; Ley de lo Contencioso de 3 febrero 1952, art. 4.º, 1.º).

(86) Esto hacen las normas ordenadoras del Instituto Nacional de la Vivienda (L. 15 julio 1954, art. 41); Instituto Nacional de Colonización (O. 9 noviembre 1948; L. 21 abril 1949, arts. 15 y 17; D. 16 junio 1950, art. 2.º; O. 27 mayo 1953, artículos 29, fⁱ, y 31); Servicio Nacional del Trigo (O. 19 noviembre 1953, art. 149); Consejo Superior de Protección de Menores (L. 2 julio 1948, art. 99); Instituto Nacional de Producción de Semillas Selectas (O. 18 febrero 1950, art. 34).

Declara la no admisión de recurso contra determinados actos del Instituto Nacional de Colonización la Orden de 9 de noviembre de 1948 y la Ley de 27 de abril de 1946, art. 7.º

(87) «Si cabe recurrir en alzada es obvio que al no haberlo hecho el interesado dejó sin agotar la vía administrativa, obstruyendo con ello el acceso a la contenciosa. A los Tribunales de este orden no es lícito ejercer su función revisora sin que previamente se utilicen los recursos previstos para cada caso dentro del ámbito administrativo.» (Auto de 29 de enero de 1947. «Col. Legislativa», t. I, núm. 23, pág. 105).

(88) La Jurisprudencia ha declarado, refiriéndose a las Direcciones Generales, que sus decisiones sólo causan estado cuando alguna disposición legislativa o reglamentaria así lo establece (SS. de 14 de marzo de 1947 y 12 de diciembre de 1949, entre otras muchas).

El problema es de gran interés en la práctica, puesto que es indispensable para la admisión del recurso contencioso-administrativo y de agravios que los actos administrativos que se impugnan hayan causado estado.

a) Opiniones de los autores (89).

a') Son del parecer de que la resolución del órgano supremo de una persona autárquica no causa estado, GASCÓN HERNÁNDEZ (90), GONZÁLEZ PÉREZ (91), ALVAREZ GENDÍN (92).

Los dos primeros, pues ALVAREZ GENDÍN no explica su opinión, más bien niegan que en nuestra Patria existan entidades autárquicas (93).

Apoyan su opinión en las razones siguientes: Que aunque hay entidades que gozan de personalidad no son verdaderos entes autárquicos, sino que están insertos en la organización central de la Administración española (94), formando, en cierto sentido, una Dirección General den-

(89) Nos limitamos a estudiar las opiniones de los autores españoles. A opiniones de autores extranjeros sólo haremos alguna breve referencia. Hemos decidido esto porque las opiniones sobre esta materia están influidas en gran manera por la realidad legislativa e institucional de los distintos países y explicar en cada caso cuál sea ésta, aunque sólo fuera sumariamente, nos separaría del tema. BIELSA, por ejemplo, defiende a ultranza la necesidad de llevar a conocimiento de los Ministros los actos de las entidades autárquicas (puede verse, además de algunos trabajos suyos ya citados, *El recurso jerárquico*, Rosario, 1939, 2.ª ed, especialmente de la página 55 a la 78), pero cuando este autor escribe estos trabajos no existía para la Nación argentina una jurisdicción contencioso-administrativa. Esto es suficiente para condicionar una opinión. También por motivos de brevedad prescindimos de estudiar las de aquellos en cuyos países el régimen jurídico de la Administración es análogo al nuestro.

(90) *Sobre el recurso jerárquico*, «Rev. de Estudios Políticos», núm. 5, enero de 1942, pág. 153.

(91) *El proceso contencioso-administrativo argentino*, «Rev. de Estudios Políticos», núm. 48, 1949, pág. 267; *La colonización en zonas regables. La Ley de 21 de abril de 1949*, misma revista y número, págs. 161 y 164; *Colonización interior*, en «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. IV, 1952, pág. 408.

(92) *Manual de Derecho administrativo*, 1941, pág. 185.

(93) «...no se dan en España, por lo general, verdaderos entes autárquicos. En un régimen de verdadera autarquía administrativa, los actos de la entidad causarían estado en la vía administrativa...» (GONZÁLEZ PÉREZ, *Colonización interior*, pág. 408).

(94) Serían, pues, órganos estatales dotados de personalidad. La misma opinión mantuvo en Italia FEROCI (*Organi dello Stato, enti parastatali, enti semistatali*, «Riv. Ital. di Dir. Pen.», 1933, fasc. 5, particularmente núm. 8) respecto de los entes paraestatales. No hemos podido consultar este trabajo de FEROCI y no conocemos los fundamentos de su opinión. Hemos tenido noticia de la misma por un artículo de

tro de sus respectivos Ministerios. Apoyan esta afirmación en el hecho de que en la cúspide de su organización se coloca a una persona que, en la mayor parte de los casos, se le denomina, tiene carácter y categoría de Director General. A estas entidades, según estos autores, se les dota de personalidad, más que nada, a efectos financieros.

Examinemos estas afirmaciones. ¿Es posible personalidad sin autarquía? Cuando la persona no tiene capacidad de obrar, sí. Pero no es éste el caso de las personas públicas fundacionales de nuestro Derecho. Claramente nos lo muestran las normas que las ordenan. Tienen capacidad de obrar, aunque algunas veces con limitaciones, y no es posible capacidad de obrar sin autarquía, o mejor, capacidad de obrar y autarquía son la misma cosa (95).

El hecho de la personalidad, de la autarquía, hace imposible el recurso de alzada. Porque entre dos personas jurídicas no puede existir dependencia jerárquica, que es la condición necesaria para que pueda darse este recurso. «La relación jerárquica —dice ZANOBINI (96)— existe solamente entre los órganos de una misma persona jurídica: entre dos personas jurídicas distintas, como un ente menor y el Estado, puede haber relación de vigilancia y de control, pero está excluida de modo absoluto toda relación jerárquica». Por ello, concluye ZANOBINI, los actos de las personas autárquicas son actos definitivos por naturaleza.

Estas personas públicas institucionales constituyen la llamada Administración institucional, que está fuera, es distinta, de la Administración central. «Las personas morales descentralizadas son distintas respecto del Estado —dice HAURIUO (97)—, y si son distintas en el supuesto de

FORTI, *Gli enti parastatali*, y por otro de CAMMAROSANO, *Gli enti parastatali nel Diritto positivo italiano*, también citado en la misma página. Estos dos autores la critican, pero sólo desde el punto de vista de los entes paraestatales y de manera muy superficial. Nos parece difícil hacer compatible la idea de personalidad con la de órgano. ¿Una persona órgano de otra persona? Puede ilustrar este problema la primera parte del trabajo de GARCÍA-TREVIJANO, *Relación orgánica y relación de servicio en los funcionarios públicos*, REV. DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 13, pág. 53.

(95) Cfr. SANTI ROMANO, *Corso di Diritto amministrativo*, pág. 84; ALESSI, *Diritto amministrativo*. Milano, 1949, pág. 70; ZANZUCHI, *Istituzioni di Diritto pubblico*, Milano, 2.^a ed., 1948, pág. 13.

(96) *Corso*, vol. II, pág. 69.

(97) *Principes de Droit public*, 1916, pág. 324. Cita tomada de JORDANA DE POZAS, *Las Corporaciones profesionales...*, pág. 24.

las relaciones subjetivas, es de presumir que en la perspectiva objetiva representan centros de intereses y de funciones distintos del que se encuentra en el gobierno central.»

Por lo que respecta a la afirmación de que forman, en cierto sentido, una Dirección General dentro de sus respectivos Ministerios, hemos de advertir que cuando se ha querido dar a una organización carácter de Dirección General se ha declarado así expresamente. Tal ocurre con el Instituto Nacional de Estadística (98) y con el Instituto Geográfico y Catastral (99). Es de suponer, pues, que cuando se crea un organismo y se le concede personalidad no se pretende crear una Dirección General. Además, ha habido casos en que se ha creado una persona pública para sustituir a una Dirección General. El Instituto Nacional de Colonización sustituyó a la Dirección General de Reforma Económica y Social de la Tierra (art. 1.º de la Ley de 18 de octubre de 1939). Entre una Dirección General y una entidad autárquica existe, nada más y nada menos, la diferencia de que la primera no goza de personalidad y la segunda sí (100).

Sobre la afirmación de que el Director ocupa la cúspide de la organización de las personas autárquicas y del hecho de que tenga categoría de Director General, véase lo dicho en el apartado IV, núm. 2.

Con la personalización de estas entidades se pretende que atiendan mejor a sus fines en todos los aspectos. La autarquía financiera es sólo un aspecto de la autarquía general. Y aunque se concediera sólo a efectos financieros, el hecho de la personalidad alcanza también a los actos no financieros (101).

(98) «Se crea el Instituto Nacional de Estadística, que será, en el orden administrativo, una Dirección General dependiente de la Presidencia del Gobierno..» (art. 1.º de la Ley 31 diciembre 1945).

(99) «El Instituto Geográfico y Catastral es, en el orden administrativo, una Dirección General dependiente de la Presidencia del Gobierno» (art. 2.º del Decreto 22 enero 1944; en igual sentido, el art. 2.º del Reglamento aprobado por Decreto 8 mayo 1952).

(100) Se ha dicho que la creación de personas autárquicas evita los inconvenientes muy serios que presentaría la personalización de los Ministerios. Cfr. ROLLAND, *La personification des services publics*, «Rev. de Droit Public», 1912, págs. 492 y 493.

(101) El profesor GARRIDO FALLA sí que admite la existencia de entidades autárquicas. Dice así: «En virtud del mecanismo de la autarquía que la Ley reconoce a ciertos organismos administrativos, es posible el supuesto de la impugnación directa ante tribunales contenciosos de actos administrativos de autoridades distintas de

b') Opinan que la decisión de la autoridad suprema de la persona pública institucional debe causar estado, SERRANO GUIRADO y AURELIO GUAITA.

SERRANO GUIRADO nos dice: «Jerarquía y autonomía, en cierto modo, se excluyen en cuanto la vigencia de la primera se opone a la realidad jurídica de la segunda; de otra parte, la descentralización de servicio y la descentralización funcional responde a exigencias de eficacia y de flexibilidad en la gestión administrativa, las cuales quedarían en parte neutralizadas si la actividad jurídica de los órganos de gobierno y administración de las entidades autónomas se subordinasen en todo caso a la aprobación o autorización de la Administración territorial a la que figuran adscritas, o fuera susceptible de impugnarse mediante el recurso de alzada ante autoridades de esta última. El vínculo que une a la Administración territorial y al ente autónomo no obsta a que los acuerdos del último gocen en la mayoría de los casos de la cualidad de definitivos. Es preciso no olvidar que la fiscalización del ente autónomo es fundamentalmente política y económica... En términos generales, pues, la autonomía es efectiva e incondicionada en todo aquello que no está reservado a la autoridad de tutela; si en el ejercicio de su competencia el ente autónomo afecta a la situación jurídica del administrado, éste puede recurrir contra la resolución actuando los medios de tutela jurisdiccional que procedan en cada caso, es decir, el recurso de alzada ante autoridades ajenas al ente autónomo debe considerarse como excepcional y sólo admisible, en los casos expresamente autorizados por la norma legal de aplicación; el principio de autonomía y el de competencia coadyuvan para excluir una relación de jerarquía en tales casos (102). Pero a continuación afirma que estas consideraciones son más de «lege ferenda» que consecuencia de los criterios predominantes en el derecho positivo.

AURELIO GUAITA (103) afirma que en el caso de las entidades institucionales «no puede darse el recurso de alzada si no lo dispone expresamente la norma, ya que la tutela nunca se presume; en cambio, cuando

los ministros.» *Recursos administrativos contra decisiones ministeriales*, «Rev. de Estudios de la Vida Local», mayo-junio 1954, núm. 75, pág. 321.

(102) *El recurso contencioso-administrativo y el requisito de que la resolución cause estado*, REV. ADMÓN. PÚBLICA, núm. 10, enero-abril 1953, pág. 154.

(103) *Administración institucional y recurso contencioso-administrativo*, REV. DE ADMÓN PÚBLICA, núm. 11, mayo-agosto 1953, pág. 63.

se trata de órganos de la persona colectiva Estado se presume la posibilidad del recurso de alzada».

b) Doctrina jurisprudencial.

a') Jurisprudencia civil.

La Sala 1.^a del T. S., en S. de 14 de febrero de 1950, al examinar la excepción dilatoria de falta de reclamación previa en la vía gubernativa, en asunto del que era parte el Patronato Nacional Antituberculoso, ha declarado que no procede la admisión de tal excepción, puesto que contra decisiones del Patronato Nacional Antituberculoso no es necesaria la previa reclamación en vía gubernativa.

El alto Tribunal, forzado por la redacción del número 7.º del artículo 533 de la Ley de Enjuiciamiento Civil («La falta de reclamación previa en la vía gubernativa, cuando la demanda se dirija *contra la Hacienda pública*»), razona así: El Patronato Nacional Antituberculoso no es un organismo estatal «stricto sensu», con arreglo a las bases que para su actuación estableció la Ley de 13 de diciembre de 1943, pues aunque se le atribuye el carácter de institución de derecho público bajo la dependencia del Ministerio de la Gobernación y llena una finalidad de utilidad pública, la Ley de 1943 inviste al Patronato de personalidad jurídica para adquirir, gravar, enajenar, etc., bienes y lo declara capaz de derechos y obligaciones incluso de los derechos de índole procesal, reconociéndole además el derecho a poseer un patrimonio privativo que no se identifica o confunde con el del Estado ni en régimen de gestión ni en el de disposición, puesto que goza de autonomía expresamente concedida, siquiera sea con algunas limitaciones. No se puede, pues, identificar el patrimonio del Estado con el de la persona pública por él creada, a efectos de igualdad de trato en punto a la exigencia de la formalidad de reclamación gubernativa previa a la demanda entablada contra el Patronato.

La S. de 20 de mayo de 1941, a la que alude en sus considerandos la anterior, mantiene la misma doctrina y manifiesta que «es evidente que cuando las consecuencias de la «litis» no pueden afectar al patrimonio público, no hay para qué recurrir a ese trámite (de reclamación previa en la vía gubernativa), que, además de ineficaz, sería innecesariamente dilatorio» (104).

(104) La Ley de 13 de diciembre de 1943 reconoce, Base 2.^a, al Patronato Nacional Antituberculoso un patrimonio propio, y en su Base 7.^a declara que «los

La Sala primera parece encontrar en el hecho de que el Patronato Nacional Antituberculoso sea una institución de derecho público que está bajo la dependencia del Ministro de la Gobernación y que cumple una finalidad de utilidad pública, un obstáculo para declarar que no es un órgano estatal. Por eso dice *aunque tales cosas se afirmen...* Pero en realidad nada de esto se opone a que existía como organismo autárquico, pues para ello habría que entenderse que sólo el Estado es institución de derecho público, persona pública, y hemos visto que no ocurre así. En cuanto a que dependa de un Ministerio, tampoco es motivo que induzca a pensar que no es una entidad autárquica. El Estado tiene sobre los entes que crea una serie de obligaciones y de derechos que necesariamente tiene que ejercer a través de un Ministerio. Este Ministerio estará encargado principalmente de ejercer funciones de vigilancia sobre la entidad bajo su dependencia. También los Municipios dependen del Ministerio de la Gobernación y ello no afecta a su autarquía y menos a

bienes y derechos del Patronato se reputarán patrimonio del Estado y le serán de aplicación su mismo régimen, en cuanto no se opongan a las Bases de esta Ley».

Esta antinomia legal la resuelve la S. de 14 de febrero de 1950 diciendo que el régimen de los bienes del Estado «sólo podrá aplicarse al patrimonio del Patronato como supletorio o complementario del que específicamente dimana su autonomía jurídica y económica, inconciliable con la identificación absoluta de uno y otro patrimonio». La solución es un poco superficial, pero quizá la antinomia no pueda resolverse de otro modo. La Ley (si se ponen en relación sus Bases, se comprobará fácilmente) afirma que un mismo patrimonio pertenece a dos personas distintas. La Sentencia no hace cuestión de esta afirmación legal y la deja de lado al resolver el caso concreto.

En Francia, las leyes de nacionalización de la electricidad y del gas y de las «Houillères de bassin» de 8 de abril de 1946 (arts. 6.º y 16) y de 17 de mayo de 1946 (arts. 7.º y 18), respectivamente, contienen una antinomia análoga.

J. RIVERO (*Le régime des nationalisations*, 1948, núms. 576 y ss.) ve en el hecho de que se declare que el patrimonio de las industrias nacionalizadas pertenece a la Nación o al Estado, la concesión a éste de un «dominio eminente» sobre tales bienes, y afirma que las empresas nacionalizadas no tienen sobre ellos más que un «poder de gestión». Se le reprocha que ha alterado el sentido de los textos.

La Sección de Obras Públicas del Consejo de Estado francés opina (puede verse en *Recueil Sirey*, 1949, 21, 77) que estos bienes pertenecen al Estado que los aporta a las empresas nacionalizadas para que sirvan de garantía a su actividad, como ocurre en las sociedades anónimas. JEAN L'HUILIER hace notar que la aportación de un accionista a una sociedad anónima es traslativa de la propiedad (*La propriété des biens transférés aux établissements publics de l'électricité, du gaz e des combustibles minéraux*, «Daloz, Recueil Hebdomadaire», 1949, Chron. XXXI, pág. 130)

su régimen de recursos. Tampoco es privativo del Estado llenar una finalidad de utilidad pública.

b' Jurisprudencia contencioso-administrativa.

Encontramos en ella puntos de vista dispares. Esta jurisdicción, en S. de 14 de junio de 1943, afirma que cuando se opera una descentralización de servicios con objeto de lograr más eficacia y rapidez en la actuación correspondiente, «ello advierte que, a fin de no menoscabar esa autonomía buscada por el legislador, sea necesario tener en cuenta que sólo a título excepcional y cuando así lo impongan los preceptos aplicables, deba conceptuarse operante a la esfera de acción de estas entidades la norma usual sobre recursos de alzada y revisión de acuerdos administrativos».

Por otra parte, la S. de 14 de octubre de 1949, en recurso interpuesto contra acuerdo del Consejo de Administración del Patrimonio de la República, declara que, «a pesar de ser dicho Consejo un organismo autónomo con plena personalidad jurídica, como obraba bajo la inspección del Ministro de Hacienda, que podía suspender sus acuerdos, procedía contra éstos el recurso de alzada ante el mencionado Ministerio, para que quedase apurada la vía gubernativa».

Deducir del hecho de que un Ministro pueda suspender los actos de una persona jurídica que (*a pesar de esta personalidad*) proceda el recurso de alzada ante el Ministro y ello sea requisito esencial para que la resolución cause estado, es una deducción que está muy lejos de los buenos principios de la doctrina administrativa.

La facultad de un Ministro de suspender los acuerdos de una entidad es una manifestación de la tutela administrativa tal como la entiende S. ROYO VILLANOVA (105). Este autor la define, refiriéndose a la Administración municipal (pero por ser un concepto general nos puede servir también para la Administración institucional), diciendo que es «la potestad reconocida a las autoridades centrales y a sus delegados para intervenir en la Administración municipal en un doble sentido, preventiva y represivamente; a título preventivo, exigiendo para determinados actos la autorización o aprobación gubernativos; represivamente, mediante la potestad de suspender o anular los acuerdos municipales, e incluso de suspender y separar de sus cargos a las autoridades municipales».

(105) *Problema del régimen jurídico municipal*, Introd., pág. 9.

Esta potestad de suspensión de los acuerdos municipales es la que la Ley de Régimen Local reconoce a los Gobernadores civiles respecto a las Administraciones locales en su artículo 267, apartado b). Sin embargo, el artículo 386, 1, de la misma Ley dice que «los actos y acuerdos de las Autoridades y Corporaciones locales, con excepción de aquellos a que la Ley asigna otro recurso de naturaleza especial, causarán estado en la vía gubernativa y podrán ser objeto de recurso contencioso-administrativo ante el Tribunal provincial». Y nadie ha visto contradicción entre estos dos preceptos, porque tutela y recurso jerárquico son cosas distintas y puede darse la una sin la otra, ya que son manifestaciones de dos clases diferentes de fiscalización. HAURIOU dirá: «La tutela administrativa es visiblemente un poder de dominación del Gobierno central sobre cuerpos extraños; no se parece al poder jerárquico, que es una disciplina del Gobierno central sobre sus propios agentes; especialmente no supone sino facultades de control y de anulación, mientras que el poder jerárquico supone poderes de dirección y de reforma de las decisiones» (106).

Que una entidad autárquica esté sometida a la tutela ministerial no significa que sus actos no sean definitivos.

Otra S. de 8 de mayo de 1954 declara, sin razonar su declaración, que por no existir ninguna disposición legal especial el Instituto Nacional de Colonización está sometido a la regla del artículo 26 del Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Agricultura, que ordena que «contra los acuerdos de la Subsecretaría y de las Direcciones Generales procederá el recurso de alzada ante el Ministro». Se da, pues, el mismo trato al Instituto Nacional de Colonización que a las Direcciones Generales.

La opinión que nos merece la equiparación de una persona pública institucional a una Dirección General queda expuesta en páginas anteriores.

c') Jurisprudencia de agravios.

También encontramos en ella criterios opuestos. La O. de 13 de enero de 1948 (107), después de proclamar el principio de que el recurso de agravios sólo procede cuando las resoluciones de la Administración

(106) *Principes de Droit public*, ed. 1916, pág. 324.

(107) «B. O. del E.» de 25 de julio de 1912, pág. 3464.

no sean ya susceptibles de otro recurso jerárquico, declara «que las resoluciones de la Presidencia delegada del Patronato Nacional Antituberculoso son apelables ante el Ministerio de la Gobernación, del que depende la institución mencionada», según doctrina reiterada en diversos acuerdos que la Orden citada. Otra O. de 18 de marzo de 1949 (108), siguiendo la misma orientación, entiende que contra resolución de la Junta Central del Patronato Nacional Antituberculoso procede obligatoriamente el recurso de alzada ante el Ministerio de la Gobernación.

Por el contrario, la O. de 18 de marzo de 1952 (109) afirma que la resolución de la Presidencia del Consejo Superior de Protección de Menores tiene el carácter de definitiva. Funda esta afirmación en el hecho de que las disposiciones reguladoras del Consejo Superior de Menores atribuyen al mismo la facultad de resolver con carácter ejecutivo sobre la materia propia de su competencia, y en el de que las mismas normas orgánicas no establecen que los acuerdos del Consejo sobre materia de personal deban ser aprobados por el Ministerio de Justicia y que éste tampoco ha recabado la competencia de este asunto.

Con la manifestación de que el Consejo Superior de Menores tiene la facultad de resolver con carácter ejecutivo sobre la materia propia de su competencia, se nos viene a decir que el Consejo es persona pública porque sus actos son actos administrativos (actos públicos). Recordemos que JORDANA DE POZAS decía que «cuando una entidad tiene el derecho de ejecutar por sí misma sus decisiones será verdaderamente excepcional que no se trate de una persona pública». Y el acto administrativo es fundamentalmente una resolución ejecutiva.

Afirmados estos principios, la admisión directa del recurso es consecuencia lógica de los mismos.

Las que no tienen ningún valor son las otras dos razones. No se puede deducir del hecho de que determinados acuerdos de una persona pública institucional no necesiten de aprobación para tener eficacia jurídica, que los mismos causen estado sin necesidad de recurso de alzada ante el Ministro. Es una deducción basada también en una confusión. Aprobación y recurso de alzada son manifestaciones de dos formas distintas de fiscalización que no es preciso que concurren sobre una misma enti-

(108) «B. O. del E.» de 27 de marzo de 1949, pág. 1395.

(109) «B. O. del E.» de 4 de marzo de 1952, pág. 1023.

dad; puede darse la una sin la otra, y por tanto, la existencia de una de ellas no presupone la existencia de la otra (110).

El hecho de que el Ministro recabe o no la competencia en un asunto para determinar si procede o no el recurso de alzada no prueba tampoco nada. En caso contrario, ello equivaldría a dejar el procedimiento a merced del Ministro y, por consiguiente, al reclamante totalmente desorientado y sin ninguna garantía.

La O. de 13 de enero de 1953 (111) ya admite directamente el recurso de agravios contra acuerdo del Consejo Superior de Protección de Menores sin hacer cuestión de la procedencia del mismo. Pero la O. de 23 de marzo de 1953 (112) de nuevo hace alusión al problema. Considera que siendo el Ministro de Justicia el Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores, y no previniéndose ningún recurso especial contra las resoluciones del Consejo, el recurso de reposición ante el Ministro, como Presidente del Consejo, no como Ministro Jefe del Departamento del que la institución depende, es precisamente el procedente con arreglo a la Ley de 18 de marzo de 1944 y, por tanto, no es necesario el recurso de alzada, pues caso de haberse interpuesto éste la reposición tendría que efectuarse ante el Ministro como Jefe del Departamento ministerial.

Algunas consideraciones haremos a continuación sobre esto último al estudiar un nuevo argumento en favor de la no necesidad del recurso de alzada ante el Ministro para que la resolución de una persona pública institucional de carácter fundacional cause estado.

c) Argumento derivado de su forma de organización.

El inconveniente más grave que se le ha encontrado a la necesidad de apurar la vía gubernativa para que una resolución cause estado y poder impugnarla ante una jurisdicción contenciosa, ha sido la pérdida de tiempo y energías que significa el tener que llegar hasta el Ministro para que éste diga la última palabra.

La preocupación por evitar este inconveniente limitando las instancias ha sido recogida en reciente texto reglamentario. El Reglamento de Procedimiento administrativo del Ministerio de Trabajo de 2 de abril de 1954, en su artículo 40, párrafo 2.º, dice así: «En ninguno de los

(110) Véase BIELSA, *Régimen jurídico de las autorizaciones y aprobaciones administrativas*, en *Estudios de Derecho público*, vol. I (Derecho administrativo), pág. 429.

(111) «B. O. del E.» de 9 de febrero de 1953, pág. 851.

(112) «B. O. del E.» de 14 de mayo de 1953.

procedimientos sustanciados conforme al presente texto podrá haber más de dos instancias o grados, lo mismo si procede el asunto de una Dependencia provincial que si ha sido resuelto en primera instancia por los Organos centrales». Este precepto es de aplicación a las entidades autárquicas dependientes del mismo (párrafo 1.º del artículo citado). Pero este principio de limitación de instancias sólo está recogido en este texto de nuestro ordenamiento administrativo.

¿Se ha pensado en los inconvenientes, la pérdida de tiempo y los trámites superfluos que en el caso de las personas autárquicas representa llegar hasta el Ministro para que una resolución cause estado? El expediente, después de recorrer dos o tres instancias dentro de la persona institucional, o más si proviene de una delegación provincial, tiene que pasar a las dependencias del Departamento ministerial, en donde irá, en unos casos, directamente al Ministro, si la institución depende inmediatamente de él, pero en otros a un Director General a quien está subordinada jerárquicamente la entidad dotada de personalidad (113). Los inconvenientes de la vía gubernativa se multiplican por dos.

Además, hemos visto cómo muchas veces el Ministro ocupa la presidencia de la Junta Central de las entidades autárquicas que dependen de su Departamento. Admitiendo el recurso de alzada, tenemos que una misma autoridad, el Ministro, conoce dos veces de un mismo asunto. Una, como Presidente de la Junta Central de la persona fundacional; otra, como Jefe del Departamento ministerial. De esto se ha dado cuenta la Orden de 23 de marzo de 1953. Fijémonos en lo que hubiera ocurrido si se llega a admitir el recurso de alzada en el caso que esta Orden contempla. El Ministro de Justicia hubiera conocido y resuelto el expediente una primera vez como Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores, por segunda vez como Ministro Jefe del Departamento, en virtud del recurso de alzada, y por tercera, a causa del recurso de reposición que la Ley de 18 de marzo de 1944 exige como requisito esencial previo a la interposición del recurso de agravios. ¿Se ve claro lo absurdo de tal procedimiento? Si se exige el recurso de alza-

(113) La Ley de 10 de marzo de 1941, que reorganizó el Patrimonio Forestal del Estado, establece en su artículo 3.º que contra las resoluciones del Director del Patrimonio sólo cabrá recurso ante el Ministro. Con esto se evita los inconvenientes de la multiplicación de instancias, pero esta declaración no se encuentra en ninguna otra de las normas ordenadoras de las entidades autárquicas.

da ante el Ministro esto puede ocurrir muchísimas veces, pues son muchas las personas autárquicas que se encuentran en el mismo caso del Consejo Superior de Protección de Menores.

Aunque el Ministro frecuentemente puede delegar, es principio general reconocido por numerosos preceptos (véase el artículo 87 del Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Educación Nacional y el artículo 26 del de Agricultura) que contra las resoluciones dictadas en virtud de facultades delegadas del Ministro no procede el recurso de alzada ante el mismo. Por tanto, los actos de estos delegados tienen la misma virtualidad jurídica que los del Ministro.

Las mismas repeticiones ocurrirán en los trámites menos aparentes, pero igualmente, o quizá más, dilatorios e innecesarios, que se desarrollarán dentro de las dependencias burocráticas. Una manifestación de ello la encontramos en un Resultando de la Orden de 18 de febrero de 1952, que dice: «La Oficialía Mayor de la Subsecretaría del Ministerio de Justicia se limita a transcribir el informe del Presidente Jefe de los Servicios del Consejo Superior de Menores..., sin emitir dictamen por no haber tenido intervención alguna en la cuestión planteada».

He aquí un nuevo motivo de técnica administrativa que nos refuerza el convencimiento de que no debe exigirse el llegar a provocar una declaración ministerial para que la resolución de una entidad autárquica de tipo fundacional cause estado.

d) De las opiniones examinadas y de las consideraciones hechas se deducen los argumentos, que a continuación se resumen, unos de tipo jurídico y otros de tipo técnico, en favor del carácter definitivo de los actos de las entidades autárquicas públicas de tipo fundacional.

Jurídicos :

1.º Las personas jurídicas con capacidad de obrar necesariamente son autárquicas. Las entidades que estudiamos gozan de capacidad de obrar y, por tanto, de verdadera autarquía.

Recoge este argumento la S. de la Sala 1.ª del T. S. de 13 de febrero de 1950, y es el que pesa en la Sala de lo Contencioso del mismo Tribunal en contra de la doctrina que establece en S. de 14 de octubre de 1949.

2.º Entre dos personas jurídicas no puede haber relación de jerarquía, lo que hace imposible el recurso de alzada, pues éste exige como presupuesto la dependencia jerárquica.

3.º La fiscalización de una entidad, como limitación de la capacidad de obrar que es, no se presume.

Recoge este argumento la sentencia de la Sala de lo Contencioso-administrativo de 14 de junio de 1943.

Técnicos :

1.º El recurso de alzada disminuye la eficacia y la flexibilidad en la gestión administrativa, que es precisamente lo que se busca con la creación de entidades autárquicas, sin que, por el contrario, reporte ventajas que puedan compensar este inconveniente.

2.º Debido a la organización de las entidades autárquicas fundacionales, el recurso de alzada ante el Ministro multiplica los trámites de manera innecesaria.

3. *El recurso de queja contra los actos de las personas fundacionales públicas.*

El recurso de queja es un recurso ordinario (114). Su admisión, pues, respecto a las personas públicas de tipo fundacional no presenta ninguna dificultad.

El recurso de queja se distingue del de alzada por su carácter formal, es decir, sólo puede fundarse en defectos del procedimiento (o si no se diera curso a la reclamación), pero nunca pretender se resuelvan cuestiones de fondo propias del recurso de alzada (115). Esta es la única diferencia entre ellos (116). Por tanto, su tramitación y los problemas que pueda presentar son los mismos que el de alzada estudiados en el apartado anterior.

4. *El recurso de nulidad contra los actos de las personas fundacionales públicas.*

A. GUAITA (117) sostiene que en nuestro procedimiento administrati-

(114) Véase AURELIO GUAITA, *Los recursos de queja y de nulidad en el procedimiento administrativo español*, en *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, 1950, págs. 509 y 510.

(115) S. de 6 de mayo de 1931.

(116) El Reglamento de Procedimiento del Ministerio de la Gobernación, en el artículo 165, los engloba a los dos bajo el nombre de recurso de alzada, pues este recurso «podrá versar sobre la decisión del fondo de la pretensión ventilada o también sobre infracciones de normas de procedimiento».

(117) *Los recursos de queja y de nulidad en el procedimiento administrativo español*, pág. 552, II.

vo no existe el recurso de nulidad. Interpreta la frase, de la Base 14 de la Ley de 19 de octubre de 1889, «en cualquier estado del expediente» en el sentido de que el recurso de queja no puede interponerse una vez resuelto el expediente. El recurso basado en un defecto del procedimiento y que es interpuesto cuando el expediente está ya resuelto puede denominarse, según él, recurso de alzada de índole formal. Pero si se reserva el nombre de recurso de alzada para aquel en que se pide al superior jerárquico de quien dictó la resolución una declaración sobre el fondo del asunto, el recurso que fundado en defecto de procedimiento se interpone ya resuelto el expediente o será un recurso de queja, si se interpreta al párrafo citado de la Base 14 de la Ley de 1889 en el sentido de que el estar concluso es también un estado del expediente, u otro recurso que puede llamarse de nulidad porque con él se pide la nulidad de lo actuado. En este último caso el recurso de nulidad será un recurso formal contra expedientes resueltos. Quizá lo más conveniente fuera comprenderlo bajo la denominación de recurso de queja; se evitarían complicaciones innecesarias, y debe tenerse presente además que saber si se ha tramitado un expediente con infracción de los Reglamentos es fácil cuando éste está ya resuelto, pero casi imposible cuando se está tramitando. El que la Ley de Bases de Procedimiento gubernativo no hable del recurso de nulidad parece indicar que incluyó el supuesto sobre el que éste puede independizarse en el recurso de queja (118).

Cualquiera que sea el nombre con que se designe, la impugnación de un expediente resuelto con defectos formales no presenta tampoco ningún problema ni particularidad respecto a los actos de las personas públicas fundacionales.

RECURSOS GUBERNATIVOS NO JERARQUICOS.

5. *El recurso de reposición contra los actos de las personas fundacionales públicas.*

A) Algunas disposiciones ordenadoras de personas públicas fundacionales lo han establecido contra decisiones de las mismas. El Regla-

(118) Debe advertirse que el recurso llamado de nulidad por el Reglamento de Procedimiento en las reclamaciones económico-administrativas y regulado en su capítulo XIII no es tal recurso, sino un recurso de revisión. Igual ocurre con el establecido en el núm. 10 de la O. de 3 de diciembre de 1945 sobre tramitación de recur-

mento de 24 de junio de 1955 para la aplicación de la Ley de 15 de julio de 1954 dice en su artículo 72 que la aprobación de los proyectos de «viviendas de renta limitada» y la calificación provisional de éstas tendrán carácter discrecional, y contra el acuerdo denegatorio no se dará otro recurso que el de súplica ante el Instituto Nacional de la Vivienda. A pesar del nombre, la intención del legislador ha sido establecer un recurso administrativo de reposición, aunque ha seguido la terminología del procedimiento civil.

Igual carácter tiene el recurso establecido por el art. 10 de la Circular 701 de 15 de noviembre de 1948 («B. O. del E.» del 20, pág. 5269) de la Comisaría General de Abastecimientos y Transportes contra acuerdo adoptado directamente por el Delegado nacional del Servicio Nacional del Trigo, pues, según la Circular citada, «podrá interponerse un recurso de súplica ante el mismo. La calificación del recurso tampoco es aquí la usual en el procedimiento administrativo, lo que no desvirtúa su naturaleza de verdadero recurso de reposición (119).

B) El recurso de reposición puede y debe llegar a tener un gran papel en la ordenación de las entidades autárquicas institucionales. Si sus decisiones causan estado en sí mismas, debe establecerse como requisito previo e indispensable para interponer el recurso contencioso-administrativo, de igual forma que se halla establecido para las administraciones locales.

El profesor JORDANA DE POZAS (120) dice que mediante él se obtienen los efectos útiles de la alzada en vía gubernativa, que son los de suministrar a la Administración un medio de volver sobre sus acuerdos cuando no sean declaratorios de derecho, si en un segundo examen lo considera justo, al mismo tiempo que evita los inconvenientes que para la integridad de la autonomía municipal supone siempre el recurso jerárquico.

Igual función deberá desempeñar este recurso respecto a las entidades autárquicas institucionales, medio de procurar el acierto en sus resoluciones y modo de salvaguardar su autarquía.

808 en el Ministerio de Educación Nacional y en el art. 49 del Reglamento de Procedimiento del Ministerio de Trabajo.

(119) Esta es también la opinión de GARRIDO FALLA (*Recursos administrativos contra decisiones ministeriales*, pág. 330).

(120) *Derecho municipal*, pág. 146. Cita tomada de GASCÓN HERNÁNDEZ, *El recurso de reposición*, pág. 215.

6. *El recurso de revisión contra los actos de las personas fundacionales públicas.*

A) El recurso administrativo de revisión es una adaptación al procedimiento administrativo del recurso de revisión establecido en materia civil por la Ley de Enjuiciamiento civil en su Libro segundo, Título XXII, artículos 1.796 y siguientes.

Aunque sus requisitos y su concepto, en el plano teórico, son los mismos que los de la Ley de Enjuiciamiento civil, en el terreno legal presenta una gran variación.

B) Sólo en un caso se habla de recurso de revisión contra un acto de una persona pública fundacional: en la Ley de 27 de abril de 1946 sobre expropiación por el Instituto Nacional de Colonización de fincas rústicas de interés social (121). Su art. 7.º establece que «contra todas las resoluciones que de oficio o a instancia de parte, a efectos de justiprecio, pago y toma de posesión, adopte el Instituto Nacional de Colonización en ejecución de esta Ley, podrá el interesado —salvo las excepciones en los párrafos segundos de los artículos cuarto y quinto— interponer recurso de revisión a un solo efecto ante la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, fundado en alguna de las causas siguientes: 1.ª Incompetencia de jurisdicción; 2.ª Quebrantamiento de alguna de las formas del expediente que haya producido indefensión de recurrente; 3.ª Injusticia notoria por infracción de preceptos legales; 4.ª Injusticia en la valoración de la finca a efectos de justiprecio».

A pesar del nombre, no es un recurso de revisión, si aceptamos el concepto que de este recurso da la L. E. C. Este recurso es una copia del recurso de revisión establecido por la Ley de 28 de junio de 1940 (122), que restableció en su vigor la Ley de 15 de marzo de 1935 sobre arrendamientos rústicos, con las modificaciones que la misma establece. Los autores que han estudiado la Ley de 1940 ya han señalado que era impropio el nombre de recurso de revisión, puesto que se trata de una modalidad del recurso de casación (123).

(123) A. SANTOS PASTOR, *Propietarios, colonos, inquilinos*, t. 1.º, 1952, pág. 275;

(121) El establecido por la Ley de 21 de abril de 1949, en su art. 17, es contra resoluciones del Ministro de Agricultura.

(122) Disposición transitoria tercera, A), 7.ª

Con el recurso establecido por la Ley de 27 de abril de 1946 se someten unos actos administrativos a revisión de una jurisdicción que no es la contencioso-administrativa. No sabemos en qué motivo pudo fundarse esta especialidad. Quizá se deba al servilismo en la copia. Por lo demás, nos ha procurado un primer motivo de impugnación que resulta imposible de aplicar, incompetencia de jurisdicción, y que en la Ley de 28 de junio de 1940 tenía su fundamento porque se impugnaba un acto jurisdiccional de las Audiencias Territoriales, pero no en este caso, en que se impugna un acto de una autoridad administrativa (124).

RECURSOS JURISDICCIONALES.

7. *El recurso contencioso-administrativo contra actos de las personas fundacionales públicas* (125).

A) Hemos dicho que estas personas son administraciones públicas, puesto que realizan una actividad concreta y constante para atender directa e inmediatamente a la satisfacción de fines de interés general, y que sus actos son administrativos.

En España ejercen la revisión jurisdiccional de los actos administrativos unos Tribunales especiales llamados de lo contencioso-administrativo.

El texto refundido de la Ley de lo contencioso-administrativo de 8 de

GARCÍA ROYO, *Tratado de Arrendamientos rústicos*, 1950, t. 1.º, pág. 196; PRIETO CASTRO, *Derecho procesal civil*, t. 2.º, 1949, pág. 23.

(124) Una descripción del recurso de revisión establecido por las Leyes de 27 de abril de 1946 y 21 de abril de 1949, puede verse en GONZÁLEZ PÉREZ, *Colonización interior*, «Nueva Enciclopedia Jurídica», t. IV, pág. 409.

(125) Si se exige el recurso de alzada ante el Ministro de quien la persona pública depende para que la resolución de ésta cause estado no hay ningún problema en cuanto a la admisión del recurso contencioso-administrativo. En este caso los Tribunales contencioso-administrativos revisarán el acto del Ministro y la admisión del recurso contencioso-administrativo contra un acto del Ministro no ofrece ninguna duda. Esta será la solución en los casos en que el recurso de alzada ante el Ministro se admita expresamente. Pero hemos demostrado que, según principios jurídicos y también según las conveniencias de la práctica administrativa, no es ésta la solución correcta. Partimos, pues, del principio de que los actos de las personas fundacionales públicas causan estado en sí mismas y que la decisión que se impugna es la de la autoridad suprema de la persona fundacional.

febrero de 1952, en su artículo primero, declara: El recurso contencioso-administrativo (de plena jurisdicción, pues el de anulación sólo procede contra actos de las administraciones locales) podrá interponerse contra resoluciones administrativas... que emanen de la Administración... y que reúnan determinados requisitos que la misma Ley establece.

Sin embargo, como demuestran el resto de sus artículos, la Ley de lo contencioso-administrativo sólo se refiere a resoluciones de la Administración estatal, de la provincial y de la municipal. No cabe duda de que la Ley de 1952 no hace ninguna referencia clara y terminante a las administraciones de tipo institucional (126) (127).

Si, pues, la Ley de lo contencioso-administrativo no se refiere a las administraciones institucionales, nos encontramos con que los actos administrativos de estas personas públicas no están sujetos a revisión jurisdiccional, ya que no hay ninguna otra jurisdicción específicamente establecida para ellos, ni pueden juzgar sus actos otros Tribunales que serían incompetentes por razón de la materia.

Pero si los particulares no pueden encontrar un Juez que juzgue las infracciones legales que cometan estas administraciones públicas, la seguridad jurídica que el Fuero de los españoles, en su declaración 17, proclama como derecho de todos los españoles no tendrá realidad. Tendremos el contrasentido de que, mientras el Estado tiene sometida su actividad a una fiscalización jurisdiccional, estas administraciones públicas actúan sin el temor de ver sus actos sometidos al juicio de una jurisdicción independiente. Si, pues, resulta necesario llenar esta laguna de nuestro ordenamiento jurídico, será necesario que la jurisdicción contencioso-administrativa, única competente para juzgar actos de las administraciones públicas, conozca, aun en defecto de norma expresa, los recursos contra actos de las personas públicas que, no siendo ni el Estado, ni la Provincia, ni el Municipio, son administraciones públicas.

(126) Únicamente el art. 26, que trata de los Fiscales de los Tribunales Provinciales, habla de «Corporaciones administrativas distintas de las locales que funcionen bajo la inspección o tutela del Estado». El profesor GUAITA (*Administración institucional y recurso...*, pág. 57) opina que este artículo se refiere únicamente a administraciones institucionales que dependen de entidades territoriales locales.

(127) No creemos pueda interpretarse la expresión «Administración Central» como comprendiendo la Administración del Estado y la institucional, aunque así lo haga el «Boletín Oficial del Estado», que en el apartado que dedica a las disposiciones de la Administración Central publica también las de las personas institucionales.

B) Podría buscarse algún precepto que permita apoyar la admisión del recurso.

La ley de lo contencioso-administrativo, en su art. 24, declara que en las Salas del Tribunal Supremo el Fiscal defenderá « a la Administración y a las Corporaciones que estuvieran bajo su inspección y tutela... ».

A. GUAITA (128) opina que tales Corporaciones son exclusivamente las Locales. Apoya su opinión en el hecho de que el art. 23 de la Ley de 1894, idéntico al actual, por la época en que fué redactado no podía aludir a personas institucionales, sencillamente porque no existían. Además, pudiera pensarse que el término Corporación no es el que corresponde a la estructura de este tipo de entidades. Pero expresiones que cuando se acuñaron respondían a unas realidades concretas pueden hoy, por las necesidades presentes, interpretarse de forma distinta. El legislador puede pensar que no es preciso modificarlas porque con ellas pueden abarcarse las nuevas realidades. Si en la refundición de 1952 no se ha modificado la frase citada puede ser debido a que con ella puede designarse tanto las entidades locales como las institucionales, lo que no obliga a seguir la interpretación anterior.

En cuanto al empleo del término Corporación, sabido es que incluso la doctrina lo emplea designando a estas personas; se habla de Corporaciones de servicios (129) y de Administración corporativa (130). Que lo emplee la Ley, con la falta de rigor que en esta materia existe en nuestra legislación, no puede considerarse como que excluye a las personas institucionales de tipo fundacional.

Que estas personas están bajo la especial inspección y tutela del Estado ha quedado suficientemente probado por lo dicho hasta aquí y es por todos reconocido.

En numerosas normas ordenadoras de personas autárquicas fundacionales se establece que les serán aplicables en todos los litigios en que fueren parte las normas que regulan el especial enjuiciamiento del Es-

(128) *Administración institucional y recurso...*, pág. 60.

(129) LÓPEZ RODÓ, *Corporaciones de servicios*, «Rev. General de Legislación y Jurisprudencia», 1943, t. 174, pág. 524; PÉREZ BOTIJA, *Problemas de administración corporativa*, «Rev. de Estudios Políticos», núm. 7, págs. 93 y 96.

(130) POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, pág. 374 («Administración especial corporativa de las fundaciones y entidades constituidas para cumplir determinados fines sociales», dice POSADA); JORDANA DE POZAS, *Derecho administrativo*, 1924, pág. 293.

tado (131), y en otras muchas se especifica que serán los Abogados del Estado quienes las representen en juicio (132). No cabe duda de que en estos casos les es de aplicación el citado art. 24. Es éste un argumento de analogía que podría aprovecharse en favor de la admisión del recurso contencioso-administrativo contra los actos de todas las personas fundacionales públicas que no tengan disposiciones en contrario.

C) La jurisprudencia de las Salas de lo contencioso-administrativo del T. S. no contiene ninguna declaración sobre la admisión directa del recurso contencioso-administrativo contra actos de personas institucionales. En los pocos casos en que han juzgado refiriéndose a esta clase de personas el recurso se ha interpuesto contra un acto ministerial. En la S. de 14 de octubre de 1949 se declara incompetente para conocer en el recurso contra acuerdo del Consejo de Administración del Patrimonio de la República por considerar que faltaba el recurso de alzada ante el Ministro de Hacienda para que la resolución causase estado, pero no hace ninguna consideración sobre la admisión directa de un recurso contra actos de una entidad autárquica.

Lo que sí se ha admitido directamente ha sido recursos de agravios. Diversas Ordenes del Consejo de Ministros han resuelto recursos interpuestos contra actos de las personas institucionales. Dada la analogía de este recurso con el contencioso-administrativo, la admisión directa del mismo apoya la tesis mantenida (133).

(131) Servicio Nacional del Trigo (O. 19 noviembre 1953, art. 156); Instituto Nacional de Colonización (D. 21 noviembre 1947, art. 3.º); Obra Pía de los Santos Lugares (L. 3 junio 1940, art. 3.º); Instituto Nacional de Investigaciones Agronómicas (D. 2 septiembre 1947, art. 3.º); Patrimonio Forestal del Estado (D. 30 mayo 1941, art. 3.º).

(132) El T. S. (S. 20 mayo 1941, Sala 1.ª) ha declarado que el hecho de que la Abogacía del Estado ostente la representación de un Instituto no va en contra de la independencia jurídica y patrimonial [*autarquía*] de éste respecto al Estado, pues es perfectamente explicable por la misión tutelar que el Estado se arroga sobre las entidades de esa índole.

(133) VILLAR y ROMERO *Los recursos de agravios en el Derecho español*, («Rev. G. de Legislación y Jurisprudencia», febrero de 1948; separata, pág. 7) dice que es un recurso sustitutivo del contencioso-administrativo para determinadas materias.

La Orden de 3 de julio de 1944 («B. O. del E.» 4 julio 1944) destaca este carácter del recurso de agravios diciendo que el mismo «tiene el carácter de sustitutivo» del contencioso en las materias excluidas por la Ley de 18 de marzo de 1944.

8. *El recurso de agravios contra actos de las personas públicas fundacionales.*

A) Al declarar la Ley de 18 de marzo de 1944 (art. 3.º) que el recurso de agravios procedía contra resoluciones de la Administración Central en materia de personal, podía plantearse el problema de si tal recurso era admisible contra las resoluciones que en esta materia dictasen las personas institucionales. Hoy no hay ninguna duda respecto a su posible admisión, pues la jurisprudencia de agravios ha resuelto algunos casos y ha hecho algunas declaraciones respecto a su posible admisión.

Dos Ordenes de 15 de junio de 1948 (134) declararon que «materia de personal es toda disposición que afecta a la selección, situaciones, derechos y deberes administrativos de las personas que colaboran o han colaborado con la Administración en la prestación de los servicios, *aun cuando se trate de servicios personificados* (135) y aun cuando esas personas no gocen de la condición de funcionarios públicos...».

Otra Orden de 23 de marzo de 1953 (136) dice en el primero de sus considerandos «que con carácter previo al examen en cuanto al fondo del presente recurso de agravios se hace preciso examinar si el mismo es o no procedente, por cuanto se interpone directamente contra una resolución del Consejo Superior de Protección de Menores». Pero después, en los considerandos que siguen, se olvida un poco de esta cuestión y se limita a decir que, debido a la composición y fundamento del tal Consejo Superior y también por el carácter que tiene la inspección del impuesto sobre el precio de los espectáculos públicos, obligan a incluir a los inspectores del mismo en el concepto de «Personal», pues es indudable que colaboran con la Administración en la prestación de los servicios propios de ella.

La amplitud del término «Administración» permite aquí dos interpretaciones: o se califica de Administración al Consejo Superior de Protección de Menores, y por ello se admite el recurso directo contra sus resoluciones, o con él se alude a la Administración del Estado y por

(134) «B. O. del E.» de 9 agosto 1948, págs: 3839 y 3840.

(135) Aunque la Orden hable de servicios personificados, no puede haber dificultad en admitir recursos contra personas institucionales que presten otro tipo de actividad administrativa, pues en esta materia la terminología es muy imprecisa.

(136) «B. O. del E.» de 14 mayo 1953.

colaborar con ella los inspectores del impuesto sobre el precio de los espectáculos públicos se les comprende en el término «Personal». La interpretación correcta creemos que es la primera, pues «la composición y funciones del Consejo» es uno de los motivos de esta inclusión, es decir, de su composición y funciones de administración pública.

En el considerando que sigue examina el requisito del previo recurso de reposición exigido para interponer el de agravios y declara que el interpuesto ante el Ministro de Justicia, como Presidente del Consejo Superior de Protección de Menores, es el procedente con arreglo a la Ley de 18 de marzo de 1944 y puede por todo ello entrarse en el fondo del asunto.

Si el texto de la Orden puede resultar algo oscuro y, por tanto, de difícil interpretación, el hecho de la admisión directa del recurso tiene la suficiente fuerza probatoria de la posibilidad de admitir el recurso de agravios contra actos de las personas fundacionales públicas.

B) El Consejo de Ministros resolviendo en agravios ha declarado repetidamente que el concepto de personal es más amplio que el de funcionario público.

SERRANO GUIRADO (137) ha estudiado el concepto de personal en la jurisprudencia del Consejo de Ministros, y basándose en sus declaraciones concluye que están comprendidos en el término «Personal»: 1.º Los funcionarios públicos; 2.º Los que en virtud de título profesional, y de acuerdo con las disposiciones legales, desempeñan o colaboran el cumplimiento de funciones públicas; 3.º Los que colaboran o han colaborado en un servicio público y se encuentran sometidos al régimen jurídico-administrativo.

Este último grupo, formado seguramente por SERRANO para comprender al personal de las entidades institucionales públicas, es el integrado por funcionarios y empleados pertenecientes a las mismas. Quien colaborando en un servicio público esta sometido a un régimen jurídico-administrativo es funcionario público (138).

(138) *El concepto de personal en el recurso de agravios*, «Rev. de Estudios Políticos», núm. 48, pág. 137.

(139) El profesor PÉREZ BOTIJA, en su trabajo *El problema de los no funcionarios en las entidades públicas*, publicado en el volumen de *Estudios dedicados al profesor Gascón y Marín*, pág. 139, dice que se puede afirmar que en principio son funcionarios «todos los que prestan servicios en la Administración pública, en sus distintas esferas».

Si estos profesionales estuvieran sometidos a un régimen jurídico-laboral, la interposición del recurso de agravios no sería posible aun cuando la entidad sea administrativa. «No pueden incluirse en la órbita del recurso de agravios —dice la Orden de 23 de junio de 1952 (139)— las cuestiones que tienen un carácter exclusivamente laboral, aun cuando figure como empresa un órgano de la Administración pública, puesto que lo que caracteriza un acto administrativo en materia de personal, a efectos del recurso de agravios, no es tan sólo la naturaleza del órgano que lo dicta, sino también la relación jurídica que se origina, y es indudable que los órganos de la Administración pueden ser también sujetos de derechos de índole puramente laboral, cuestiones éstas que quedan excluidas de la vía de agravios, como ha declarado esta jurisdicción en numerosas resoluciones». La Orden de 16 de marzo de 1953 (140) declara improcedente el recurso de agravios interpuesto por funcionarios del Instituto Nacional de Previsión por considerar que la relación existente entre éstos y el Instituto es de carácter laboral, y estas cuestiones son ajenas a la finalidad y sentido del recurso de agravios (141).

VI. PERSONAS FUNDACIONALES PRIVADAS

El Estado crea también personas de tipo fundacional a las que no dota de medios públicos para que atiendan a fines de interés general. Tienen sólo personalidad civil y se les encarga de la prestación de un servicio o de otra actividad. No precisan someter su actividad al Derecho público.

1. *Naturaleza jurídica de sus decisiones.*

Hemos dicho que todo recurso administrativo se dirige a revocar total

(central, local, institucional), y ver, tras de esta ideación tan genérica, las posibles excepciones».

(139) «B. O. del E.» de 13 de septiembre de 1952, pág. 4188.

(140) «B. O. del E.» de 17 de mayo de 1953.

(141) La O. de 16 de marzo de 1953 basa su afirmación en el art. 1.º del Estatuto de personal del Instituto, aprobado por Orden de 30 de diciembre de 1947, que comienza así: «El presente Estatuto regula las relaciones laborales...» Esta frase parece que fué decisiva para la calificación que la Orden citada hizo de la relación existente entre el I. N. P. y sus empleados, pero la lectura del resto del articulado del Estatuto demuestra que las personas que ocupan un cargo de plantilla en el I. N. P. tienen una situación legal y reglamentaria análoga a las de los funcionarios públicos.

o parcialmente un acto administrativo. Para que las decisiones de las personas fundacionales privadas sean impugnables por medio de los recursos administrativos, será preciso, pues, que tengan la consideración de actos administrativos. ¿Pero pueden los actos de una persona privada reunir los caracteres del acto administrativo?

El concepto de acto administrativo, como otros fundamentales de la disciplina jurídico-administrativa, ha sufrido recientemente una transformación. Transformación en el sentido de una mayor objetivación, con lo que han aumentado sus posibles sujetos.

No se dice ya, como decía FERNÁNDEZ DE VELASCO (141), que es un acto que emana de la Administración, o, como decía ROYO VILLANOVA (142), que procede de un funcionario público, o según GASCÓN Y MARÍN (143), de una autoridad administrativa. GARCÍA OVIEDO (144) afirma que emana de «órganos públicos»; de este modo comprende la actividad administrativa que realizan los poderes legislativo y judicial, ya que se acepta normalmente que no sólo el poder ejecutivo administra. Y BALLBÉ (145), partiendo de que «cualquier acto que concrete función administrativa puede ser —es, mediante la concurrencia de los demás requisitos— acto administrativo», es decir, «que hay una función administrativa objetivamente considerada» (146), define el acto administrativo diciendo que es «cualquier acción, toda conducta, comportamiento, manifestación unilateral de voluntad, de deseo, de conocimiento o de juicio, de los *órganos del Estado o de vicarios suyos*, en ejercicio de función administrativa sujeta al Derecho público» (147).

Dentro de la figura de los vicarios de la Administración se comprende —continúa BALLBÉ— el ejercicio privado de funciones públicas.

Este es el caso ante el que ahora nos encontramos. Unas personas privadas que realizan normalmente funciones públicas. BALLBÉ llega a la conclusión de que cuando estas personas privadas actúan realizando fun-

(142) *El acto administrativo*, 1929, Ed. Rev. de Derecho Privado, pág. 15.

(143) *Elementos de Derecho administrativo*, 22.ª ed., 1950, t. I, pág. 93.

(144) *Tratado de Derecho administrativo*, 10.ª ed., 1948, t. I, pág. 180.

(145) *Derecho administrativo*, 3.ª ed., 1951, pág. 126.

(146) *Actos administrativos*, en Nueva Enciclopedia Jurídica, t. II, pág. 295.

(147) El profesor GARRIDO FALLA (*Actos del Administrado*, Nueva Enciclopedia Jurídica, pág. 313, t. II) mantiene la misma opinión, pero emplea una fórmula más prudente: «actividad que, objetivamente considerada, interesa a los fines administrativos».

(148) Ob. cit., pág. 297.

ciones públicas su actuación es administrativa. «Los actos de los sustitutos de la Administración son actos administrativos en cuanto se dicten en el ejercicio de la función administrativa». No puede negárseles este carácter «por ser fruto de una potestad administrativa cuyo ejercicio tenga asumida» (149).

Pero esta concepción del acto administrativo presenta un serio reparo. Después de la afirmación de que «el acto administrativo se caracteriza esencialmente por objetivar función administrativa», dice BALLBÉ que esa función la realiza unas veces la Administración directamente y otras mediatamente a través de vicarios suyos.

Si hay una función que reúne objetivamente el carácter de administrativa, quien quiera que la realice administrará. Y lo hará por sí, con actos propios, exclusivamente suyos. Quien realice una función de este tipo, en esta actividad, en ese momento, será Administración. Porque Administración no será una entidad o grupo de entidades determinadas, sino todo aquel que realice una actividad administrativa. Actividad que puede realizar cualquiera. Aunque sigamos llamando Administración a aquellas entidades que tienen como función primordial administrar.

Afirmar el carácter objetivo de la función administrativa para después decir que la Administración (en el sentido de las entidades que tienen como función primordial administrar) es la que actúa mediatamente a través de todos aquellos que a veces realizan actividad objetivamente administrativa, demuestra miedo a la lógica.

Lo que caracteriza al acto administrativo, según BALLBÉ, es ser actividad administrativa sujeta al Derecho público. Nos parece que el fallo de su concepción está en independizar los dos elementos. No es «función administrativa sujeta al Derecho público», sino que función sujeta al Derecho público y dirigida a la satisfacción de necesidades generales es función administrativa. No puede calificarse de función administrativa la que atiende a la satisfacción de necesidades generales (150), sino la que atiende a estas necesidades con medios públicos y se somete, por tanto, al Derecho público.

(149) Ob. cit., pág. 302.

(150) De otro modo se calificarían de tal casi todas las actividades privadas y quedarían, como únicos criterios de distinción, la existencia o no de afán de lucro o la mayor o menor inmediatez en esta satisfacción, criterios de escaso valor.

Hemos dicho que las personas que disponen de medios públicos son personas públicas. Sólo la actividad de las personas públicas dirigida a la satisfacción de las necesidades generales es administrativa.

Pero las personas públicas pueden dotar, y así lo hacen algunas veces, a las personas privadas de medios públicos, análogos a los que ellas poseen. Algunos de estos medios, se deduce de la lista dada por el profesor JORDANA DE POZAS, son de tal importancia que transforman a las personas privadas en públicas. Así como el Estado para entrar en determinadas relaciones se despoja de su «imperium», y entonces decimos que actúa como persona privada, puede ocurrir lo inverso, que a una persona privada se le den unos medios para determinadas actividades que sobrepasan los poderes de las personas privadas, y entonces las llamaremos públicas. Se recordará que decíamos que sería conveniente sustituir los términos persona privada y persona pública por los de capacidad privada y capacidad pública para comprender mejor estas mutaciones. Si se produce este cambio de la capacidad privada por la capacidad pública, la posibilidad y los problemas de los recursos administrativos contra los actos emanados de la persona jurídica son los mismos que hemos estudiado en el apartado V.

Otras veces estos medios de que son dotadas las personas privadas no son de los que transforman a una persona de privada en pública, y ello porque no son potestades públicas, sino privilegios, contra cuyo ejercicio no es posible recurrir ante Tribunales administrativos. Así, las servidumbres en favor de vías férreas de determinadas Compañías, etc.

Otras muchas veces decimos que personas privadas tienen facultades públicas, y en realidad lo que ocurre es que esas facultades son ejercidas por personas públicas en favor de aquéllas. Esto es muy frecuente en los casos en que se dice que una persona privada tiene la facultad de expropiar. Quien expropia es la pública, aunque en beneficio, dando lo expropiado, de la privada. Si se entabla algún recurso se hace contra un acto de la persona pública, aunque ello afecte a la privada.

2. *La posibilidad de recursos administrativos contra actos de personas privadas que realizan una función pública en nuestra legislación positiva.*

La Ley vigente de lo Contencioso-administrativo dice en su art. 4.º, núm. 4.º, párrafo segundo, que «se considerarán de índole civil y de la

competencia de la jurisdicción ordinaria las cuestiones en que el derecho vulnerado sea de carácter civil, y también (serán de la competencia de la jurisdicción ordinaria) aquellas que emanen de actos en que la Administración haya obrado como persona jurídica (debía de añadir «privada»), o sea como sujeto de derechos y obligaciones». Si, pues, cuando la Administración actúa como persona privada sus actos son sometidos a la jurisdicción ordinaria, con igual razón, o quizá con más, lo serán los de otras personas privadas aunque realicen fines de interés general, que son los que siempre realiza la Administración.

VII. PERSONAS AUTARQUICAS DE TIPO CORPORATIVO: CORPORACIONES PROFESIONALES

1.—En sentido estricto, profesión es, según la Academia de la Lengua (151), «empleo, facultad u oficio que cada uno tiene y ejerce públicamente» (152).

En sentido amplio significa, dice el profesor JORDANA DE POZAS (153), dedicación a un fin como un medio de satisfacer las necesidades del profesional.

El concepto de profesión en sentido amplio puede abarcar también a los propietarios (154).

Bajo la denominación de Corporaciones profesionales podemos comprender a las agrupaciones de propietarios.

2.—Algunas Corporaciones profesionales son verdaderas agrupaciones de funcionarios públicos. Forman parte de ellas los funcionarios que tienen una misma función. En este caso no suelen presentarse los problemas que referentes a recursos estudiamos a continuación, pues sus miembros

(151) *Diccionario de la Lengua Española*, XVII ed., voz «profesión».

(152) Este concepto gramatical es susceptible de una ampliación en su contenido. D. EDUARDO AUNÓS (*Las Corporaciones del trabajo en el Estado moderno*, pág. 29) dice que el oficio «es la disciplina de las facultades humanas encaminadas y convergentes en una zona de la producción».

(153) *Las Corporaciones profesionales...*, pág. 29.

(154) Cfr. JORDANA DE POZAS, *El régimen corporativo como sistema de reforma social*, pág. 24, Barcelona, 1930.

están sometidos a la legislación general de funcionarios, y la posibilidad y la tramitación de los mismos está regulada por esta legislación general. Algunos de estos Colegios de funcionarios tienen régimen jurídico especial.

De otros Colegios profesionales sólo forman parte los individuos que realizan una actividad liberal.

Otros Colegios profesionales podrían calificarse de mixtos, pues de ellos forman parte funcionarios públicos y quienes se dedican a una actividad liberal, exigiéndose para unos y otros el mismo título profesional. En estos casos no suele ser obligatorio para los funcionarios pertenecer al Colegio, y la disciplina del mismo sobre ellos es distinta a la del resto de los colegiados (155).

3.—La organización de estas Corporaciones, pese a diferencias de detalle y de nombres, es bastante uniforme. Existen Colegios provinciales (en algunos casos incluso Colegios comarcales) integrados en una organización nacional llamada normalmente Consejo General y que depende, según la actividad profesional de sus miembros, de un Ministerio.

De las decisiones de los Colegios provinciales se puede recurrir en alzada al Consejo General; de las resoluciones de los Consejos, algunas veces, ante autoridades ministeriales.

Los órganos gubernativos de los Colegios son: la Junta general de Colegiados, la Junta de Gobierno y el Decano. Los dos últimos, en la mayor parte de los casos, nombrados por autoridades ministeriales previa elección de los colegiados.

En algunos Colegios se constituyen Tribunales profesionales o Cámaras de disciplina para conocer de las faltas cometidas por los colegiados.

Los Tribunales de Honor que pueden constituirse en todos los Colegios profesionales tienen jurisdicción especial para conocer de todos los actos de los profesionales que desdican del decoro profesional.

4.—a) Don LUIS JORDANA DE POZAS, en el único trabajo que existe en nuestra Patria sobre las Corporaciones profesionales (156), llega a la

(155) «En los casos de faltas cometidas por Colegiados, funcionarios públicos, el Colegio se limitará a dar cuenta a las autoridades superiores a aquéllos.» Estatutos de los Colegios de Ingenieros Industriales, Orden de 6 de septiembre de 1950, art. 38.

(156) *Las Corporaciones profesionales en el Derecho administrativo español anterior a la Dictadura*, cit.

conclusión de que estas entidades, antes de la Dictadura, eran personas públicas.

Hoy este carácter se ha acentuado, lo que es perfectamente lógico en un Estado nacionalsindicalista, pues aunque las profesiones liberales han quedado al margen de la organización sindical, no podían dejar de estar influenciadas en su organización por los principios básicos sobre los que se asentó aquélla y que son eminentemente públicos. La organización de las profesiones liberales está bastante lejos del sistema puramente corporativo, es decir, de gestión exclusiva de los intereses profesionales por quienes pertenecen a una profesión, y está fuertemente intervenida por el Estado (157).

Hemos visto (notas 33 y 35) que el legislador ha declarado expresamente el carácter público de gran parte de las Corporaciones profesionales, y es de suponer que las restantes tendrán también este carácter si tienen la misma misión, las mismas facultades y los mismos deberes que aquéllas.

La misma opinión sustentan los autores italianos respecto de las Corporaciones profesionales aparecidas en su país después de la caída del fascismo.

Durante la época fascista las organizaciones de individuos que realizaban profesiones liberales quedaron también integradas en la organización corporativa (158). Por esto los autores no se plantearon el problema de la naturaleza pública o privada de las agrupaciones profesionales no sindicales. Un D.-Ls. de 23 de febrero de 1944, número 382, restableció el vigor de la legislación sobre esta materia anterior al fascismo. Las obras recientes de Derecho Administrativo se ocupan ya de las Corporaciones que agrupan a quienes se dedican a una profesión liberal y las califican, en general, de Corporaciones públicas.

(157) Recientemente han aparecido disposiciones que muestran tendencia a disminuir esta intervención favoreciendo su carácter representativo. Así, la O. de 26 de noviembre de 1951, por la que se modifican los arts. 58, 59 y 65 del Estatuto General de los Colegios de Abogados de España, y el D. de 5 de junio de 1953, en el que se dispone que el Presidente del Pleno del Consejo Nacional de los Colegios de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y Ciencias será nombrado por el Ministro de Educación Nacional a propuesta del Colegio, en sustitución del Director General de Enseñanza Media, que antes era presidente nato del mismo.

(158) Formaban parte de la «Corporazione delle Professioni e delle Arti». Véase PERCOLESI, voz *Corporazioni* del Nuovo Digesto Italiano, 1938, vol. IV, pág. 264.

CINO VITTA (159) afirma que «estos Colegios u Ordenes están encargados de llevar y custodiar los registros de profesionales, ejercen el poder disciplinario sobre los inscritos y pueden imponerles tasas para el ejercicio de la profesión: nadie ha dudado nunca de su carácter público, a pesar de que se pueda entrar en ellos y salir a voluntad de los interesados».

SANDULLI (160) incluye a las Cámaras de comercio, industria y agricultura y a las Ordenes y Colegios profesionales en el grupo de los entes autárquicos no territoriales, a los que califica de entes públicos necesarios.

b) Hay quien opina que las Corporaciones profesionales son personas privadas.

El Consejo de Estado francés, en el «arrêt Morand» de 28 de junio de 1946 declaró que las organizaciones corporativas agrícolas, a las que el legislador les había encargado de asegurar la ejecución de un servicio público concerniente a la organización y control de la profesión agrícola, eran organismos privados.

P. H., en nota al «arrêt» citado en el «Recueil Sirey» (1947, III, 19), sostiene que el Consejo de Estado ha fundado en este caso su decisión en preceptos legislativos concretos, que son los que le han llevado a esta calificación, pero que hay fuertes razones para dudar que pueda extenderse esta calificación a todos los organismos profesionales.

c) En Francia ha aparecido una fuerte corriente de opinión que difiere de las anteriores. Se afirma que el Derecho profesional, un Derecho nuevo que ocupa una posición intermedia entre el Derecho público y el Derecho privado, es el que regula las Corporaciones profesionales.

El origen de esta teoría parece ser las conclusiones de LAGRANGE, Comisario del Gobierno ante el Consejo de Estado, en el «arrêt Bouguen» de 2 de abril de 1943.

El médico BOUGUEN interpuso ante el Consejo de Estado recurso por exceso de poder contra un acuerdo del Consejo Superior de la Orden de los Médicos (161), y al examinar LAGRANGE la competencia del Consejo de Estado en la materia manifiesta que el Consejo de Estado se en-

(159) *Diritto amministrativo*, vol. I, Torino, 1949, pág. 147.

(160) *Manuale di Diritto amministrativo*, 1954, Napoli, pág. 209.

(161) Equivalente al Consejo Superior de los Colegios médicos españoles. CRE-

cuentra en presencia de instituciones nuevas, generadoras, al menos en una cierta medida, de un Derecho nuevo, al cual los principios tradicionales relativos a la aplicación de la regla de separación de los poderes tendrán necesariamente que adaptarse. La organización profesional atiende intereses colectivos, generadores de derechos y obligaciones que vienen a interponerse entre las dos nociones admitidas por la pura doctrina liberal: la de interés y derechos del individuo, frente al interés general y derechos del Estado, provisto de las armas del poder público. Este Derecho nuevo, que es el Derecho profesional, ocupa un lugar intermedio entre el Derecho público y el Derecho privado.

Estas ideas de LAGRANGE tuvieron repercusión entre los autores franceses. JACQUES DONNEDIEU DE VABRES (162) comparte la opinión de LAGRANGE y dice «que estos organismos nuevos deben ser sometidos a una reglamentación particular que no puede ser enteramente ni la del Derecho privado ni la del Derecho público en sentido clásico, a menos que se caracterice el Derecho público por un poder de renovación indefinido, por una posibilidad ilimitada de extensión».

LA BALLE (163) se manifiesta en el mismo sentido, diciendo que la distinción entre personas públicas y privadas se revela bruscamente insuficiente. Los organismos de orden profesional deberán en adelante situarse entre las personas públicas y privadas (164).

En la misma doctrina francesa han aparecido opiniones contrarias

MIEU (*Traité de la Profession d'Avocat*, París, 1954, Librairie Dalloz, pág. 112) dice que una Orden puede ser definida como «una reunión de personas que ejercen la misma profesión liberal, para defender en común sus intereses profesionales y para someterse a la misma disciplina».

(162) Nota al «arrêt Bongen» en el «Dalloz Critique», 1944, pág. 52.

(163) *Les pouvoirs déontologiques des Comités d'organisation et des Ordres*, «Dalloz, Recueil Critique», 1944, Chronique III, pág. 9.

(164) Desde hace algunos años, y no sólo respecto de este problema, se va manifestando la necesidad de una tercera categoría jurídica entre Derecho público y privado. Cada día parece surgir, a virtud de nuevas fuerzas sociales, instituciones y normas que no pueden clasificarse en uno u otro de los términos de esta dicotomía. Sin embargo, no ha surgido aún esta tercera categoría. La doctrina no ha logrado todavía precisarla, y en el terreno de la práctica se acude a subterfugios para resolver los problemas que puede plantear la insuficiencia de la distinción entre Derecho público y Derecho privado, cosa que resulta fácil debido a la imprecisión de esta distinción. Puede consultarse: CASTÁN, *El Derecho social*, «Rev. General de Leg. y Jurisprudencia», 1941, t. 169, pág. 513, y STAFFORINI, *Concepto y contenido del Derecho social*, «Rev. de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales», núm. 37, Buenos Aires, enero-abril, 1954, pág. 45.

a la que acabamos de exponer. GÉRARD VICHÉ (165) sostiene que las profesiones no han llevado a la laboración de un Derecho nuevo, sino a una modificación, a una adaptación del Derecho administrativo, que con ello extiende considerablemente su dominio, aunque tal extensión signifique profunda transformación para algunas de sus nociones. VICHÉ, en un terreno puramente positivo, se opone al Derecho profesional fundándose en que su autonomía no ha sido consagrada en general ni por el legislador ni por la jurisprudencia.

5.—Tenemos, pues, principalmente frente a la opinión muy generalizada de que las Corporaciones profesionales son entidades públicas, la de que ocupan una situación intermedia entre los entes públicos y los privados. Esta última opinión está basada en el hecho de que las Corporaciones profesionales no atienden a fines de interés general, sino a fines de interés colectivo (afirmaciones de LAGRANGE en las conclusiones para el «arrêt Bouguen»). Es decir, que el criterio seguido para la calificación de las personas jurídicas es el del fin (166). Nosotros hemos fundado la distinción entre personas públicas y privadas no en el fin, sino en los medios de que gozan. Las corporaciones profesionales gozan de medios públicos. Algunas veces estos medios les son concedidos con gran amplitud (167); otras se declara que las sanciones que imponen son ejecutivas (168). Podrían re-

(165) *La sanction professionnelle. Notion du Droit administratif nouveau*, Paris, 1948, Introduction, pág. 26.

(166) ZANOBINI admite como criterio de distinción entre personas públicas y privadas el del fin, y estudia consecuentemente la actividad profesional en el apartado dedicado al «ejercicio privado de funciones públicas». (*Corso*, vol. I, págs. 112 y 136.)

(167) El art. 1.º de la Orden de 8 de septiembre de 1945; el mismo artículo de la Orden de 13 de noviembre de 1950, y en el art. 2.º de la Orden de 29 de marzo de 1954, disposiciones que reglamentan, respectivamente, la Organización Médica Colegial, los Colegios de Odontólogos y Estomatólogos y el Consejo Nacional de Auxiliares sanitarios, declaran que los órganos representativos y directivos de estos Colegios tendrán en el ejercicio de sus funciones la consideración de autoridad pública. Otras veces se dice que gozan del rango y preeminencia de las Corporaciones de Derecho público a todos los efectos civiles y administrativos, y suele añadirse que, a pesar de ello, no se considerarán integrantes de la Administración Central del Estado. (Orden 6 septiembre 1950, art. 2.º; D. 1 diciembre 1950; O. 5 marzo 1953; O. 16 julio 1954; disposiciones que reglamentan, respectivamente, los Colegios de Ingenieros Industriales, de Arquitectos, de Ingenieros Agrónomos y de Veterinarios, que citamos a título de ejemplo).

(168) O. 17 septiembre 1941, art. 27; O. 23 julio 1945. Disposiciones que afectan, respectivamente, a los Colegios de Registradores de la Propiedad y a los de Aparejadores.

añarse otras muchas facultades públicas que les son concedidas, pero no es necesario porque son de todos conocidas y además en nuestra Patria no se ha opuesto nadie a esta calificación que parece ser opinión común.

Podemos, pues, concluir que las Corporaciones profesionales son personas públicas que atienden directa y principalmente fines de interés colectivo.

Si hemos definido la actividad administrativa diciendo que es la que realizan las personas públicas para satisfacer directa y principalmente fines de interés general, las Corporaciones profesionales no realizan actividad administrativa. Son personas públicas, pero no personas administrativas; les falta para ser administrativas un requisito esencial: el de atender a fines públicos.

6.—A pesar de que el Consejo de Estado francés no llegó a precisar el carácter de la Orden de los médicos, admitió el recurso interpuesto por BOUGUEN (169), pues declaró que la organización profesional constituía un servicio público, lo cual confiere a las decisiones de los organismos referentes a tal servicio el carácter de actos administrativos, doctrina que ha vuelto a repetir en los «arrêts Binet (170) y Morand» (171).

Para llegar a esta conclusión, el Consejo de Estado francés ha tenido que: 1.º Formular una concepción material del servicio público; 2.º Declarar que los intereses a que atienden algunas Corporaciones profesionales son públicos.

La jurisprudencia francesa ha mantenido a lo largo del tiempo —según explica GEORGES MORANGE (172)— tres concepciones distintas del servicio público.

La primera, que comienza a formularla el Consejo de Estado con el famoso «arrêt Blanco» (1873), es la llamada concepción orgánica del servicio público. Según ella, se «considera —dice MORANGE como servicio público la empresa situada bajo la dirección de los gobernantes y

(169) Se limitó a decir que las Ordenes no constituyen establecimientos públicos, aunque concurren al funcionamiento de un servicio público.

(170) De 14 de enero de 1944.

(171) De 28 de junio de 1946.

(172) *Le declin de la notion juridique de service public*. «Daloz», 1947, Chron. XII, pág. 45. «Recueil Hebdomadaire de Jurisprudence», janvier-juin.

cuyo funcionamiento es asegurado por personas puramente administrativas» (173).

Diversas causas (174) mostraron la concepción orgánica como insuficiente y fué preciso sustituirla por una concepción, medio orgánica, medio material, formada por la adición al elemento orgánico, que se atenúa, de un elemento material. El servicio público funciona bajo la dirección o la alta dirección de los gobernantes (elemento orgánico atenuado) (175) para dar satisfacción a una necesidad pública (elemento material) (176).

Pero de este modo —continúa MORANGE— la noción de servicio público se hace menos precisa y pierde parte de su utilidad jurídica.

Se hace menos precisa porque surgen dificultades para determinar si una empresa está bajo la alta dirección del Estado o solamente está reglamentada por éste (177).

Pierde parte de su utilidad porque bajo la concepción anterior la existencia de servicio público determina la aplicación íntegra de un ré-

(173) Durante los escasos años en que se mantiene esta concepción la actividad pública y la actividad privada están delimitadas con toda claridad. El Estado realiza los servicios públicos mediante órganos propios con actividad muy distinta a la de los particulares. La gestión de un servicio público lleva como consecuencia la aplicación total de un régimen de Derecho público distinto al del Derecho privado.

(174) «La aparición de ciertas invenciones —explica MORANGE—, el desenvolvimiento de los caminos de hierro, plantearon a las colectividades públicas difíciles problemas.» Se cree que estos nuevos servicios no son susceptibles de ser prestados por organismos públicos y, al mismo tiempo, que resulta indispensable someterlos, al menos parcialmente, al Derecho público. Para conseguir estas dos cosas se acudió al procedimiento de la concesión. La empresa concedida no cabía en la concepción orgánica del servicio público.

El Estado comienza a realizar actividades consideradas hasta el momento como privadas. La jurisprudencia estima que las administraciones públicas que gestionan intereses privados no pueden sustraerse a la aplicación del Derecho civil. La frontera entre la actividad pública y la privada, entre los regímenes públicos y privados, empieza a ser borrosa.

(175) Ya no es preciso que lo realice un órgano administrativo; es suficiente que la Administración ejerza su alta dirección.

(176) Esta nueva concepción permite considerar como servicio público la empresa concedida y dotarla de prerrogativas de poder público, y excluye de la categoría servicio público la actividad de determinados organismos públicos, porque, se decía, no daban satisfacción a necesidades públicas.

(177) En un principio las dificultades no fueron demasiado graves, porque sólo las empresas concedidas, bien delimitadas, funcionaban bajo la alta dirección de los gobernantes, pero se multiplicaron cuando las intervenciones estatales empezaron a manifestarse bajo las formas más diversas. El elemento material no podía paliar la imprecisión del elemento orgánico.

gimen de Derecho público. Ahora a unos servicios públicos se les aplica íntegramente el régimen de Derecho público; a otros, a los servicios concedidos, un régimen mixto.

Bajo el imperio de la concepción semiorgánica, semimaterial, que llega hasta 1938, el Estado, forzado por necesidades originadas por la guerra de 1914 a 1918, comienza a ocuparse de actividades de tipo industrial y comercial. La especial naturaleza de estas actividades hace preciso sustraerlas, en parte, del régimen de Derecho público (178).

La jurisprudencia del Consejo de Estado francés admite la existencia de servicios públicos regidos por organismos privados. Forzado por las circunstancias, considera servicios públicos los establecimientos comerciales que atienden a las necesidades alimenticias de los ejércitos (179).

Todas estas condiciones preparan la formulación de la concepción material del servicio público. Es servicio público aquella actividad que satisface necesidades públicas, que atiende a la realización de fines de interés general.

El Consejo de Estado admite con toda claridad, y no ya en circunstancias excepcionales (180), el criterio material en el «arrêt Caisse primaire» de 13 de mayo de 1938 (181); en él declara que los seguros sociales constituyen un servicio público y que su órgano de gestión, la Caja primaria, es un organismo privado. Esta concepción del servicio público es confirmada por el Consejo de Estado en la resolución de otros muchos casos (182).

Con este concepto del servicio público tan simple y tan general, cuando el Consejo de Estado tiene que examinar su competencia, para co-

(178) Comienza a hablarse de servicios públicos de carácter industrial y comercial distintos a los hasta entonces llamados servicios públicos, y que ahora, para distinguirlos, se les llama servicios públicos administrativos. Vide WALINE, *Traité élémentaire de Droit administratif*, pág. 309, 1952, 6.ª ed.

(179) «Arrêt Pierret», de 28 diciembre 1923, y «arrêt Decatoire», de 25 mayo 1925.

(180) Como había ocurrido en los «arrêts» citados en la nota anterior y en los que no se formuló el criterio con claridad.

(181) «Daloz Periodique», 1939, págs. 3 y 65.

(182) En el «arrêt Monpeurt» (31 julio 1942) declaró, sin determinar su naturaleza, que los Comités de organización creados por la Ley de 16 de agosto de 1940 (sobre los mismos puede verse MERICOT, *Essai sur les Comités d'organisation professionnelle*, Thèse, Bordeaux, 1943, Impr. Delmas; y H. GEORGE, *Le régime juridique des Comités d'organisation*, Thèse, París, 1942) realizaban un servicio público. Los Comités de organización tenían gran semejanza con nuestros Sindicatos.

nocer por vía del recurso por exceso de poder una decisión del Consejo Superior de la Orden de los Médicos, no tiene para afirmarla más que averiguar si la actividad de esta Orden satisface una necesidad pública, lo que será suficiente para que haya servicio público y, por tanto, el Consejo de Estado podría en este caso conocer y resolver el recurso.

Dada la indeterminación del concepto de lo público, no resultaba difícil declarar que la Orden de los médicos atendía a la satisfacción de necesidades públicas. El Comisario del Gobierno, LAGRANGE, dice en sus conclusiones para el «arrêt Bouguen»: «La organización profesional médica aparece ligada a intereses verdaderamente generales de la naturaleza de aquellos que están a cargo del Estado, y no solamente a intereses colectivos que se encuentran normalmente en la organización de las profesiones». El Consejo de Estado francés se declaró competente (183).

En nuestro Derecho no es posible configurar la actividad de los organismos profesionales como actividad de servicio público. No es posible porque nuestra jurisprudencia no ha llegado nunca a una concepción exclusivamente material del servicio público. Lo impedían, y lo impiden, los artículos 1.º y 5.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo, que desde su primera promulgación en 1888, pasando por la redacción de 1894, hasta llegar al texto refundido de 8 de febrero de 1952, declaran impugnables por medio del recurso contencioso-administrativo sólo las resoluciones administrativas (art. 1.º), que emanen de la Administración, puntualiza el número 2.º del mismo artículo, y atribuyen (artículo 5.º) a la jurisdicción contencioso-administrativa las cuestiones referentes al cumplimiento, inteligencia, rescisión y efectos de los contratos para obras y servicios públicos de toda especie, celebrados por la Administración Central, Provincial y Municipal (184). El criterio de la legislación es puramente orgánico. Explícitamente quedan fuera del recurso los actos de quienes, aun realizando una actividad de servicio público, no forman parte de una de las esferas de la Administración.

Cuando las administraciones públicas comenzaron a realizar actividades calificadas de privadas la jurisprudencia contencioso-administrativa

(183) La legitimidad de este razonamiento del Comisario de Gobierno, admitido después por el Consejo de Estado, es muy dudosa. No lo analizamos porque para nuestro propósito no resulta preciso. No obstante, lo repite el Consejo de Estado en otros «arrêts» (Binet, Morand...).

(184) A. GONZÁLEZ, en *La materia contencioso-administrativa*, 1891, pág. 313, hace la historia de este precepto hasta llegar a la Ley de 1888.

española declaró, para dejar esta clase de actividades fuera de su competencia, que para que exista servicio público es preciso que con él se atienda directa e inmediatamente a la satisfacción de necesidades públicas. «El único elemento positivo, esencial —dice el profesor GARCÍA OVIEDO (185)— del servicio público, de que explícitamente habla la jurisprudencia, es el de la *satisfacción inmediata de una necesidad pública.*»

El elemento material, exigido por la jurisprudencia, sumado al elemento orgánico, exigido por la Ley, nos da una concepción mitad orgánica (sin atenuar), mitad material. Esta es la concepción española actual del servicio público. A un concepto puramente material no se ha llegado en nuestra Patria gracias a los preceptos de la Ley ordenadora de la jurisdicción contencioso-administrativa.

No podía, ni puede, juzgar, pues, nuestra jurisdicción actos de personas no administrativas, privadas o públicas, cualquiera que fuera el tipo de su actividad. Es más, sólo las administraciones públicas pueden realizar servicios públicos en sentido jurídico-administrativo. Las Corporaciones profesionales no realizan una actividad calificable de servicio público, entre otras razones, porque no son Corporaciones administrativas (186).

(185) *Derecho administrativo*, 1951, 3.ª ed., pág. 118, III. En la pág. 120 pueden verse las Sentencias en que basa este autor la afirmación citada en el texto.

(186) Si nuestra jurisprudencia no ha llegado a una concepción material del servicio público, no es tampoco de desear que llegue a ella.

Los autores franceses han señalado los inconvenientes de la concepción material y la conveniencia de volver al criterio orgánico. MORANGE (obra citada) manifiesta que es extremadamente imprecisa y que como todas las actividades privadas son de interés general, la consecuencia es que, en cada caso, el Consejo de Estado francés decide soberanamente sobre el punto de saber si hay o no servicio público, y la diversidad de regímenes jurídicos aplicables a los servicios públicos es infinita. El servicio público —continúa el mismo autor— debe volver mañana a su antigua concepción y al papel que entonces realizaba. Las concepciones materiales, por naturaleza vagas e imprecisas, no pueden introducirse en el derecho positivo sin estropearlo. Ellas deben simplemente constituir la capa subyacente de donde el Derecho positivo toma su inspiración.

AUBY (*Remarques sur quelques difficultés du Droit administratif français*, Anales de la Faculté de Droit de l'Université de Bordeaux, 1951, núms. 1-2, pág. 4) también pone de manifiesto sus inconvenientes para la teoría del Derecho administrativo.

El Consejo de Estado, en el «arrêt Moineau» («Sirey», 1945, II, 29), ha declarado que sobre las decisiones disciplinarias de la Cámara Disciplinaria del Consejo de la Orden de los Médicos no ejerce más que el control del «juez de casación» y no el

En un comentario al «arrêt Bouguen» publicado por CHARLES CÉLIER en el *Juris-Classeurs Periodique*, 1944, II, 2565, afirmó este autor que el Consejo de Estado francés era jurisdicción suprema del Derecho público y no sólo jurisdicción administrativa; por eso el Consejo se había declarado competente para conocer una reclamación interpuesta contra un organismo público dotado de personalidad moral que no era un establecimiento público. «Decir que una persona moral no constituye un establecimiento público —afirma CÉLIER— es decir solamente que no constituye una parte de la Administración.»

«Las Ordenes. No se trata aquí de un organismo constituido para cumplir una misión, por delegación del Poder público, sino de un grupo formado para representar y defender sus intereses y también para la fijación y el control de las reglas profesionales. Una tal agrupación no puede evidentemente constituir una rama destacada de la Administración.

Pero el Derecho público no se limita al Derecho administrativo. Si se le ha confundido hasta aquí bastante frecuentemente, es porque los organismos administrativos eran los únicos organismos públicos cuyos actos dan lugar al nacimiento de un contencioso; el Derecho internacional, el Derecho constitucional, otras ramas del Derecho público, no producen ninguna jurisprudencia, y se había concluido que el Consejo de Estado, jurisdicción suprema del Derecho público, era una jurisdicción administrativa. El «arrêt» que nosotros comentamos pone definitivamente fin a este error. Afirma que la Orden de los médicos es un organismo importante del derecho público y sometido a la competencia del Consejo de Estado, bien que extraño al Derecho administrativo.»

Pero si en el Derecho francés puede afirmarse que el Consejo de Estado es jurisdicción suprema del Derecho público, y no sólo jurisdicción administrativa, esto es imposible afirmarlo de nuestra jurisdicción de lo contencioso-administrativo, que, como su nombre indica, es exclusivamente administrativa y sólo revisa «resoluciones administrativas» (artículo 1.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo). Lo mismo puede decirse de la jurisdicción del Consejo de Ministros en materia de agravios (art. 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944). Por este motivo en los casos en que se admite el recurso de agravios contra actos de organismos profesionales —Colegios de Abogados (D. 28 junio 1946, arts. 15 y 50,

control del juez del exceso de poder. Este cambio jurisprudencial, aunque sólo sea en materia de sanciones, significa una rectificación.

y O. 3 febrero 1947, arts. 4.º y 20), de Procuradores (D. 19 diciembre 1947, art. 34) y de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos (O. 22 diciembre 1954, art. 64)— se admite y se exige previamente el de alzada ante el Ministro de quien los Colegios dependen, y se subraya que «contra la confirmación expresa o tácita» hecha por el Ministro cabrá recurso de agravios. Es, pues, contra un acto ministerial contra el que se recurre.

No es posible, pues, en nuestra Patria llevar directamente ante Tribunales contencioso-administrativos decisiones de Colegios profesionales. Sin embargo, resulta preciso determinar qué jurisdicción deberá conocer de las reclamaciones contra decisiones de las Corporaciones profesionales, porque no es posible dejar a los miembros de las mismas sin una garantía jurisdiccional frente a unas Corporaciones que hoy administran intereses importantísimos.

Resulta impropio someter a la jurisdicción civil, que sólo conoce de relaciones jurídico-privadas, toda la actividad de una especie de personas públicas.

Tenemos, pues, una laguna en nuestro ordenamiento jurídico que es preciso llenar.

No sólo para garantizar unos derechos e intereses individuales, sino para defender conceptos básicos del Derecho Administrativo, es conveniente una declaración del legislador señalando qué jurisdicción es competente y con qué carácter en materia profesional. No puede olvidarse que los jueces, forzados a juzgar, se encuentran a veces con exigencias tan fuertes de la realidad que no tienen más remedio que desfigurar o romper los conceptos de que disponen para poder hacer entrar en ellos los nuevos hechos. A la doctrina corresponde preparar y al legislador ordenar los medios necesarios para que estas exigencias puedan ser atendidas y se eviten desagradables e inconvenientes situaciones.

La declaración propuesta sería por ahora mejor que la creación de una jurisdicción especial para conocer de los actos de las Corporaciones profesionales, como pidió en Francia LAGRANGE en sus conclusiones para el «arrêt Bouguen», jurisdicción intermedia entre la administrativa y la de Derecho común, en correspondencia al lugar que, según él, debía ocupar el Derecho profesional; DONNEDIEU DE VABRE (187) cree también

(187) Nota citada al «arrêt Bouguen».

que la competencia del Consejo de Estado en esta materia no es más que un *interin*. No nos decidimos por esta solución tan radical por motivos de conveniencia práctica, escaso número de los litigios, etc., no por razones teóricas (188). Quizá en el futuro fuera factible y de desear, pero hoy lo más importante es conseguir para los interesados en las Corporaciones profesionales una garantía jurisdiccional de sus derechos, sin destruir unos conceptos que son el soporte de toda una rama del Derecho. Una aclaración legal podría conseguir esto.

7.—La laguna que hemos hecho notar no es tan grande como de lo dicho hasta aquí pudiera parecer. En numerosas ordenaciones de Colegios profesionales se concede expresamente recurso de alzada contra determinadas resoluciones de los mismos ante autoridades administrativas (Directores generales y Ministros) de quienes por su actividad dependen.

Normalmente se da el recurso de alzada contra las resoluciones que deniegan el ingreso en el Colegio profesional y contra las sanciones que significan privación del ejercicio de la profesión (189). En otros casos se amplía el recurso a las sanciones que implican suspensión temporal del ejercicio de la profesión (190), y en otros se llega a conceder recurso de alzada contra la imposición de multas (191). En algunas ordenaciones la posibilidad de la alzada tiene carácter general si concurren determinadas circunstancias (192). En algunas se niega la posibilidad de recurrir (193) y en casos determinados se establecen recursos especiales (194).

(188) Esta nueva jurisdicción profesional podría ser la misma que conociera de las resoluciones de los actos de los Sindicatos.

(189) Colegios de Arquitectos (D. 13 junio 1931, art. 39); Colegios de Abogados (O. 3 febrero 1947, art. 34); Colegios de Ingenieros agrónomos (O. 5 marzo 1953, art. 25); Colegios de Veterinarios (O. 16 julio 1954, arts. 84 y 107).

(190) Colegios de Odontólogos y Estomatólogos (O. 13 noviembre 1950, art. 94); Colegios de Ingenieros industriales (D. 9 abril 1949, art. 40); Colegios de Doctores y Licenciados en Ciencias políticas, económicas y comerciales (D. 11 agosto 1953, art. 17); Colegios de Doctores y Licenciados en Filosofía y Letras y Ciencias (D. 5 junio 1953, art. 19).

(191) Colegios de Farmacéuticos (O. 7 agosto 1948, arts. 26 y 27); Colegios de Auxiliares Sanitarios (O. 29 marzo 1954, art. 32).

(192) Colegios Médicos (O. 8 septiembre 1915, art. 122); contra los acuerdos de la Junta directiva del Colegio Oficial de Registradores de la Propiedad, quizá por ser éstos funcionarios públicos, puede siempre recurrirse ante la Dirección General de los Registros y del Notariado (O. 17 septiembre 1941, art. 27). Contra los acuerdos que adopten las Cámaras de la Propiedad Urbana y el Consejo Superior de las mismas, en cuestiones que no se refieran a personal, pueden alzarse los interesados

Cuando se puede llegar mediante recurso de alzada ante una autoridad administrativa, como su decisión será un acto emanado de la Administración, tenemos ya un requisito esencial, exigido por el art. 1.º de la Ley de lo Contencioso-administrativo y el artículo 3.º de la Ley de 18 de marzo de 1944, para poder interponer el recurso contencioso-administrativo o el de agravios contra un acto en materia profesional. Si se dieran los otros requisitos exigidos por el artículo 1.º de la Ley de lo contencioso-administrativo podría interponerse recurso ante una jurisdicción administrativa (195).

El artículo 1.º de la Ley citada exige otro requisito esencial, el de que los actos de la Administración «vulneren un derecho de carácter administrativo establecido anteriormente en favor del demandante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo» (núm. 3.º). Los requisitos formales de que la resolución cause estado, de que la Administración actúe en el ejercicio de sus facultades regladas, no es preciso estudiarlos para fundamentar el recurso, que es lo que estamos haciendo.

¿Tienen carácter administrativo los derechos derivados del ejercicio de una profesión liberal?

El profesor GUASP (196) ha hecho notar que las soluciones propues-

ante el Ministro de Trabajo (D. 10 febrero 1950, art. 94). No se concede la alzada en materia de personal porque éste, a excepción del secretario, según ha declarado el T. S. en 3 de mayo de 1952 (Col. Legislativa, II, núm. 141, pág. 14), no tiene el carácter de funcionarios públicos.

(193) Colegios Oficiales de Aparejadores (O. 23 julio 1945, art. 57).

(194) De los castigos impuestos por la Cámara Armera de Eibar puede recurrirse en alzada ante la Comisión especial del Consejo de la Economía Nacional (R. D. 14 diciembre 1927, art. 118). Los funcionarios de Administración local tienen establecido, para caso de ser separados del Cuerpo, un recurso muy interesante regulado por el artículo 68 de la Orden de 31 de julio de 1953. Los empleados de las Cámaras Sindicales Agrarias están sometidos a la disciplina de la Organización sindical, y contra algunas decisiones de la misma puede entablarse recurso especial de alzada ante el Ministro de Agricultura, siendo la decisión de éste obligatoria, tanto para el empleado como para la Organización sindical (D. 18 abril 1947, art. 3.º, párrafo 3.º; y O. 8 mayo 1948, art. 80).

(195) VICHÉ, que ha estudiado la sanción profesional, afirma que ésta, en el Derecho francés, es un acto administrativo: a) Desde el punto de vista orgánico, porque son autoridades administrativas quienes las imponen; b) Desde el punto de vista material, porque los principios a los cuales está sometida son los del derecho administrativo: no aplicación del principio de legalidad de las infracciones, etc.; c) Desde el punto de vista formal, tiene la misma fuerza jurídica de los actos administrativos. (*La sanction professionnelle*, pág. 105).

(196) *El derecho de carácter administrativo como fundamento del recurso con*

tas por la Jurisprudencia respecto a la naturaleza del derecho de carácter administrativo no tienen un carácter único. Unas veces el T. S. sigue el criterio de la legislación reguladora; otras, el de la enumeración, atendiendo a cada caso concreto («nuestra jurisprudencia presenta multitud de decisiones en las que se aplica este criterio»). Falta, pues, un criterio general y estable.

El T. S., resolviendo un recurso contencioso-administrativo, ha declarado, en S. de 2 de diciembre de 1948 (197), que esta jurisdicción, por regirse por la Ley de 1894 (198), sólo admite ejercicio de acciones en defensa de derechos subjetivos que hayan sido desconocidos o vulnerados por las decisiones cuya revocación se intenta, y «considerando que esa vulneración no ha podido tener lugar en el único expediente administrativo obrante en autos y con vista del cual ha sido formalizada la demanda; y tampoco aparece dictado proveído alguno en que taxativamente se haya desconocido gubernativamente cualquier derecho profesional y oficial actual de los que el demandante estima le asisten; falta, por tanto, en el presente pleito concurrencia del requisito tercero de los que en el artículo 1.º de tal repetida Ley de 1894 exige para consentir la interposición de recurso contencioso-administrativo». Explícitamente esta Sentencia califica a los derechos profesionales de derechos administrativos.

La S. de la Sala 4.ª de 2 de enero de 1953 dice: «... que, si bien los Abogados no son funcionarios, sino ejercientes de una profesión colegiada, los Colegios son corporaciones oficiales, y, por otra parte, es la Administración quien regula y condiciona tal profesión mediante un estatuto aprobado por Decreto, donde se fija el objeto específico que caracteriza a la misma, los requisitos de capacidad para ejercerla, la forma de ingreso en ella, las incompatibilidades con otras y los derechos y deberes de los Abogados como tales, cuestiones todas ellas para las que éstos quedan relacionados con la Administración, es una materia que, dada su índole, merece calificación de personal...» Por considerarla materia de personal, la Sala 4.ª se declara incompetente y manifiesta que el recurrente debió de seguir el llamado recurso de agravios. Conside-

tencioso. Notas sobre la orientación dada por la Jurisprudencia a este problema, «Revista de la Facultad de Derecho de Madrid», 1940, núm. 2, pág. 11.

(197) «Col. Legislativa», t. VI, núm. 359, pág. 386.

(198) Hoy por la de 1952, que no está modificada, en este punto, por lo que respecta a las decisiones que no proceden de la Administración local.

raba, pues, el Tribunal juzgador que concurrían todos los requisitos que se exigen, tanto para ejercitar la acción contencioso-administrativa como el recurso de agravios, por el artículo 1.º de la Ley de lo contencioso.

Por este cauce puede llegarse hasta Tribunales administrativos en defensa de derechos profesionales.

¿El recurso procedente contra actos de los Colegios profesionales será el contencioso-administrativo o el de agravios?

Los profesionales miembros de los Colegios, exceptuados los Colegios de funcionarios, son particulares.

El recurso contencioso-administrativo, según el artículo 1.º de la Ley de esta jurisdicción, puede interponerse por la Administración o por los particulares.

La Ley de 18 de marzo de 1944 excluyó (art. 3.º) de la jurisdicción contencioso-administrativa las resoluciones de la Administración Central referentes a personal. Para conocer de las resoluciones en esta materia estableció (art. 4.º) el recurso de agravios ante el Consejo de Ministros.

El término «personal», lo hemos visto anteriormente, ha sido interpretado extensivamente por el Consejo de Ministros, pero no tanto que pueda hacerse entrar en él a los particulares que ejerzan una profesión liberal. Si tal cosa se hiciera, se destruiría aquel concepto. Sin embargo, es grande la analogía de los supuestos que pueden darse en los casos de reclamación por profesionales con los supuestos de reclamación de quienes son agrupados bajo el término «personal».

En los casos en que expresamente se ha admitido un recurso jurisdiccional administrativo interpuesto por profesionales (art. 15 del D. 28 de junio de 1946, Estatuto General de la Abogacía; art. 34 del D. 19 de diciembre de 1947, Estatuto General de Procuradores, y art. 64 de la O. 22 de diciembre de 1954, Estatutos Generales de los Colegios de Ingenieros de Caminos, Canales y Puertos), se ha llevado éste ante la jurisdicción de agravios. Se da el caso de que la Ley de 18 de marzo de 1944 (art. 3.º) exceptuó de la competencia del Consejo de Ministros como jurisdicción de agravios aquellos asuntos de personal «que impliquen separación del Cuerpo o del Servicio, siempre que estén dictados como sanción que no sea por depuración ni responsabilidades políticas», que quedan sometidos a la jurisdicción contencioso-administrativa, y las normas ordenadoras de los Colegios de Abogados y Procuradores conceden el recurso de agravios contra los actos del Colegio que signifiquen la ex-

pulsión de sus miembros, actos que son semejantes a los exceptuados por la Ley.

La única declaración jurisprudencial que conocemos es la citada S. de 2 de enero de 1953, que declara que, por la especial dependencia que existe entre el Colegio de Abogados y la Administración, los Abogados en relación con el Colegio son incluidos en el concepto de «personal» a efectos del recurso de agravios.

Si el T. S., en la citada S. de 2 de enero de 1953, declara que, por la especial dependencia que existe entre el Colegio de Abogados y la Administración, los Abogados en relación con el Colegio son incluidos en el concepto de «personal» a efectos del recurso de agravios, el Consejo de Ministros, de conformidad con el dictamen del Consejo de Estado, ha declarado, por Orden de 7 de mayo de 1954 (suplemento al núm. 108 del «B. O. del E.»), 18 de abril de 1955, pág. 540), que cuando los derechos lesionados «derivan única y exclusivamente de la condición de colegiado médico sin ninguna caracterización especial, la jurisdicción de agravios habrá forzosamente de declararse improcedente para conocer del asunto por tratarse de una cuestión de régimen interno de las Corporaciones colegiales...».

La jurisdicción de agravios adopta un punto de vista contrario al de la jurisdicción contencioso-administrativa, en cuanto a la consideración de los derechos profesionales.

Las dos jurisdicciones, por razones distintas, se declaran incompetentes. Los miembros de los Colegios profesionales quedan, por este motivo, sin una garantía jurisdiccional frente a las decisiones de estas Corporaciones. Son de esperar nuevas declaraciones jurisprudenciales que salven esta deficiencia de nuestro ordenamiento jurídico-administrativo.

JURISPRUDENCIA

