

VIDA JURIDICA

NOTAS CRITICAS

El Curso de Derecho Administrativo del profesor García de Enterría (*).

1. Los que estudiábamos Derecho administrativo en la Universidad Central hace ahora alrededor de veinticinco años —o cuando menos una parte de nosotros— tuvimos escasa suerte en materia de Derecho administrativo. Digo esto porque, si bien una de las cátedras estaba regentada por la personalidad ilustre y el indiscutido magisterio de don Luis Jordana de Pozas, la otra estuvo durante muchos años vacante. Hay que culpar a este hecho el que por lo menos un cincuenta por ciento de los estudiantes tuviéramos del Derecho administrativo una noción muy parva que nunca hemos llegado a colmar. Por aquellas mismas fechas, sin embargo, hacía eclosión una nueva generación de juristas, especializados en Derecho administrativo, que han constituido, como grupo, el más brillante, sin duda, de la post-guerra. Muchos de ellos eran jóvenes letrados del Consejo de Estado y otros profesores universitarios, pero todos dieron al Derecho administrativo un impulso que con anterioridad no había recibido y un tratamiento riguroso desde el punto de vista científico-jurídico, que tampoco era habitual entre nosotros. Pertenecen a aquella época los nombres ilustres de Fernando Garrido Falla, Jesús González Pérez, José Antonio García Trevijano, José Luis Villar Palasí, Sebastián Martín Retortillo y Rafael Entrena, y otros muchos que sin duda olvido. Entre ellos destacó pronto la figura señera de Eduardo García de Enterría, que fue, sucesivamente, profesor adjunto en Madrid, catedrático en Valladolid y, finalmente, catedrático de nuevo en Madrid, donde pronto se convirtió en maestro indiscutible, que arastraba tras sí las nuevas vocaciones jurídicas de muchos brillantes universitarios, para ser finalmente “capo di scuola” de una de las dos o tres escuelas administrativistas que hoy existen y, sin duda, de la más sólida y consistente.

La obra del maestro Enterría es extensa e importante, y en ella brillan, al lado de los profundos planteamientos históricos y del conocimiento del Derecho comparado, el ajuste riguroso de los temas con las categorías conceptuales y la preocupación última por unos resultados justos, acordes con una concepción “principal” del Derecho. Esta obra, extensa e importante, andaba hasta ahora un poco desperdigada. Gran número de artículos de revista y varias monografías, de las que recuerdo espe-

(*) GARCÍA DE ENTERRÍA (Eduardo) y FERNÁNDEZ (Tomás-Ramón). *Curso de Derecho Administrativo*, tomo I, “Civitas - Revista de Occidente”, Madrid, 1974, 621 págs.

cialmente los ejemplares “Dos estudios sobre la usucapión en el Derecho administrativo”, recientemente reeditados, su importante estudio “Legislación delegada y control judicial” y un volumen sobre “La Administración española”. Como todo hombre de derecho genuino, tras el especialista ha asomado siempre el pensador, casi diría —¿por qué no?— el filósofo del Derecho o, al menos, el hombre preocupado por las esencias y las instancias últimas de nuestro campo del saber. A él se debe —él fue el “culpable”— la traducción de Theodor Viehweg, a cuyo conocimiento llegamos por caminos distintos y que a mí tanto me atormentó.

Con la madurez viene —aunque no siempre— la hora de las grandes síntesis, pues eso es, a lo que creo, este “Curso de Derecho administrativo”, redactado por García de Enterría en colaboración con Ramón Tomás Fernández. En él se recoge una peculiar visión del Derecho administrativo, que, sin grandes perspectivas para comprenderlo —he confesado ya mi crasa ignorancia —diría que es, a la vez clásico y muy moderno; que está impregnado de un gran equilibrio, donde se contrapesan la necesidad de una administración eficaz y la necesidad de una justa protección de los derechos e intereses de los administrados; que es libro de prosa elegante, en el que destaca la claridad de la exposición y de las ideas, junto con la morosidad, a veces, de los planteamientos y de los desarrollos intelectuales; y que, aunque es un libro para estudiar, es también un libro para leer simplemente o para ir reflexionando uno, al mismo tiempo que reflexiona, en voz alta, el autor. Hay, pues, que dedicar un efusivo saludo a la aparición de este importante libro y, al mismo tiempo, urgir la pronta y sucesiva aparición de sus restantes tomos.

2. El tomo primero, que ahora analizamos, contiene una introducción a las materias de la Parte General del Derecho administrativo, que se desarrolla a lo largo de casi 650 páginas. Se divide el tomo en cuatro partes netamente diferenciadas entre sí, en las que se van escalonando como materias básicas: el concepto de Derecho administrativo, que se construye partiendo del concepto previo de Administración en general y de Administración como persona jurídica; el ordenamiento jurídico-administrativo; la posición jurídica de la Administración y la actuación administrativa.

No nos será posible en este lugar dar cuenta, ni siquiera resumida, de toda la amplia problemática que plantea un índice como el que ha quedado expuesto. La reseña y la valoración de una obra literaria, en el campo de la literatura jurídica, puede muy bien llevarse a cabo por medio de lo que en la técnica minera se llaman calicatas, que consiste en hacer excavaciones o tomar materiales aquí y allá, con el fin de ensayar después esos materiales para acabar de comprender su valor. Este ensayo nosotros lo haremos desde la perspectiva posible en una persona que ha confesado ya, más arriba, su ignorancia respecto de la materia y que, en cambio, ha cultivado otra, en alguna medida separada, como es el Derecho privado en general y el Derecho civil en particular. Como esta es también la especial dedicación de la revista en la cual este comentario se inserta, no será impertinente destacar aquello que para el Derecho

privado en general y para el Derecho civil en particular, presenta de llamativo el libro.

3. La primera parte (págs. 19-51), se dedica a delimitar el Derecho administrativo, mediante la formulación de un concepto y mediante el establecimiento de unos límites de aplicación.

La vía hacia el concepto se abre con una reflexión sobre la Administración Pública y sobre el concepto de Administración. Según la idea que preside el libro, el Derecho administrativo es el Derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto personas. La Administración Pública es una persona jurídica y no un simple conjunto de órganos. Menos aún una función abstracta.

El Derecho administrativo es un derecho propio y específico de las Administraciones Públicas en cuanto sujetos. Tiene un "carácter estatutario" y constituye para sus singulares sujetos un "verdadero Derecho común", capaz —se dice— de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes". No es un derecho privilegiado, pues en él, junto a los privilegios y potestades de la Administración, existe también un cuadro de garantías para los ciudadanos, que vienen en su combinación a perfilar una situación de equilibrio.

Sin perjuicio de la existencia de este derecho propio y específico, es posible la utilización del Derecho privado por las Administraciones Públicas, que tiene, en principio, sólo carácter instrumental. Las posibilidades de fricción entre uno y otro derecho no se extienden, sin embargo, a todas las materias o sectores de la actividad, sino solamente a una zona polémica: una parte del derecho de la organización y el derecho patrimonial. En todo caso, aun en las materias que aparentemente son sólo objeto del Derecho privado, hay siempre un núcleo insoslayable perteneciente al Derecho público, perfectamente separable en cuanto a su tratamiento del bloque negocial.

Aun sin poner en duda la corrección de estos puntos de vista, y admitiendo, por supuesto, que son los más adecuados para una construcción equilibrada del Derecho administrativo, hay algún extremo que suscita en alguna medida nuestra duda o, por lo menos, la necesidad de nuestra reflexión.

La utilización de la idea de ordenamiento jurídico, en el sentido que a esta expresión diera Santi Romano, para referirse a ramas, a disciplinas o a conjuntos de normas o de textos legales, es, creo, discutible. Es cierto que el ordenamiento jurídico no es un puro conglomerado o agregado de normas, sino, más bien, una entidad dinámica y, en alguna medida, una estructura. Mas los que profesamos la idea de la unidad del ordenamiento jurídico nacional no creemos que éste pueda romperse en una pluralidad de ordenamientos menores. Creo, por ello, que sería preferible utilizar la idea de sector, que, recibida de la geometría, connota porciones más o menos delineadas dentro de un círculo. O si se prefiere tomar otra imagen de las matemáticas, se puede configurar el ordenamiento jurídico nacional como un conjunto, del que el ordenamiento ju-

rido-administrativo no es más que un subconjunto. Fundiendo ambas imágenes se podrá hablar de un subconjunto sectorial.

Lo cual nos lleva directamente a la segunda idea necesitada de cavilación, que es la afirmación de que "el Derecho administrativo constituye, para sus singulares sujetos, un verdadero Derecho común, capaz de autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a otros ordenamientos diferentes".

Me voy a permitir discrepar de esta idea, que no me parece coherente en quien como el profesor De Enterría ha mantenido con clara lucidez una concepción *principal* del Derecho. Cuando se habla de "autointegrar sus propias lagunas sin necesidad de acudir a *otros ordenamientos* diferentes", me parece claro que estos otros ordenamientos son lo que llamaba antes otros sectores o subconjuntos del mismo ordenamiento. Probablemente se piensa en el tradicional recurso al Derecho civil o al Código civil (antiguo artículo 16 y actual artículo 4.º, 3) para tratar de ponerle un cierto coto. Desde una concepción "principal" habrá, en todo caso, que admitir que la integración de las lagunas ha de hacerse acudiendo a la fuente de donde los principios manen. No diré que siempre, pero sí que en muchas ocasiones tales principios se encuentran en lo que tradicionalmente se venía llamando "Derecho común".

4. El título II lleva como rúbrica "El ordenamiento jurídico-administrativo" y en él, tras alguna exposición inicial sobre la estructura y los caracteres, el papel de la costumbre, la función de los principios generales del Derecho y las reglas generales sobre la aplicación y la interpretación, se destina la mayor parte del tratamiento a lo que podemos llamar las fuentes del Derecho escrito, la ley y sus equivalentes, la ley y los reglamentos y las diferentes relaciones que entre ambos puedan existir. Siempre he pensado que la teoría de las fuentes del Derecho que se estudia en el Derecho civil, se encuentra un poco desfasada respecto de la realidad, en la medida en que se dedica casi por entero a estudiar las materias distintas de la ley en sentido amplio, cuando en la actualidad los mayores y más graves problemas los plantean precisamente las normas de origen estatal en orden a sus requisitos y a su alcance, así como a sus respectivas relaciones de *supra* y de subordinación. Desde este punto de vista las páginas que en el libro que comentamos se dedican a la materia reglamentaria (págs. 107-164) y a las relaciones entre ley y reglamento (págs. 265-202), me parecen especialmente ejemplares y acaso de lo más importante del libro.

Por lo que se refiere a la justificación de la potestad reglamentaria, la tesis de la delegación del poder legislativo, válida en los países anglosajones, no sirve en los países de sistema administrativo continental, de inspiración francesa, entre los que se encuentra el nuestro, ya que en éstos se reconoce a la Administración un poder reglamentario propio y general, que no surge como tal de una delegación legislativa ni de habilitaciones legales específicas. Este poder reglamentario independiente lo otorga la Constitución. Si la Constitución nada precisara para explicar la titularidad del poder reglamentario, habría que acudir a la exis-

tencia de una costumbre constitucional inequívoca. En nuestro país es la L.O.E., quien en su artículo 13 da expresión formal a este reconocimiento.

Sólo la Administración del Estado goza de una potestad reglamentaria, originaria e independiente, es decir, de un poder emanado directamente de la Constitución. Las demás Administraciones Públicas sólo pueden tener un poder reglamentario derivado, concedido no ya por la Constitución, sino por la Ley.

La creación por vía reglamentaria de derecho para los súbditos es una decisión política que compete al conjunto del Gobierno. De esta manera sólo el Consejo de Ministros puede ejercer esa potestad originaria que la Constitución reconoce y atribuye a la Administración del Estado. El poder reglamentario de los ministros, salvo en cuestiones organizativas de carácter doméstico propias de su departamento, no es un poder reglamentario originario, sino derivado, fruto de específicas habilitaciones legales.

La validez de los reglamentos presenta unos límites que se clasifican en formales y sustanciales. Entre los límites formales, además de la competencia, a que ya nos hemos referido, se encuentra el respeto de la jerarquía normativa y, por consiguiente, el principio de legalidad y el respeto del procedimiento previsto para la elaboración. Estos límites formales se han considerado durante mucho tiempo como los únicos existentes, pero modernamente se ha entendido que para poder afirmar la validez de un reglamento debe éste superar la confrontación con otras reglas de carácter sustancial. Se habla así de unos límites materiales o sustantivos de la potestad reglamentaria, entre los cuales destaca como el primero de todos el respeto a los principios generales del Derecho.

5. Especialmente importante es el capítulo que se dedica a las relaciones entre la ley y el reglamento (págs. 165 y sigs.). Se comienza examinando los principios que presiden estas relaciones, partiendo como regla de la primacía de la ley y criticando lo que se llama una "supuesta reserva constitucional de un ámbito directo en favor del reglamento", para estudiar después la reserva de ley en sentido material (materias reservadas a la ley) y la reserva de ley en sentido formal (principio de congelación del rango).

La tesis de la reserva constitucional en favor del reglamento, dice Enterría, nacida en Francia con la Constitución de 1958, que en función de muy peculiares problemas y planteamientos introdujo una técnica normativa revolucionaria en la teoría tradicional de las fuentes del Derecho, al acotar el dominio de la ley a un ámbito estricto y atribuir fuera de él toda materia a la autoridad reglamentaria, no es aplicable en nuestro país, donde formalmente las cosas no son así, aunque el acotamiento de la materia reglamentaria resulte especialmente difícil y sea clara la tendencia a su extensión. Además de fundar esta idea en el principio de la interdicción de la arbitrariedad y en el artículo 17 del F. E., así como en las técnicas de control de la discrecionalidad, en el libro que comentamos se lleva a cabo un interesante intento de limitar el ámbito de la materia reglamentaria (pág. 127), que parece tratar de poner con

toda razón un dique a lo que en otro lugar se llama (pág. 168) “una relectura gaullista de nuestras leyes fundamentales” que ha intentado justificar entre nosotros la limitación material de la ley y la existencia de un ámbito originario reservado por la Constitución en favor del reglamento. El reglamento, como producto de la Administración que es, está ordenado inicialmente al propio campo de funciones que la Administración tiene atribuidas en el concierto público y sólo hay un ámbito natural o inherente al reglamento como norma, el de las funciones administrativas, que corresponde al ámbito organizativo de la Administración. En el resto, bien por no tratarse de cuestiones administrativas, o bien porque aun tratándose de ellas está en juego la imposición de deberes y obligaciones a los ciudadanos o la limitación de sus derechos reconocidos por otras fuentes, el reglamento puede eventualmente actuar, pero siempre en función secundaria de complemento de la ley y en virtud de una habilitación específica de ésta.

Por último, bajo la rúbrica de “alteración de las relaciones entre ley y reglamento”, se estudia la delegación legislativa o legislación delegada, materia a la que el autor había dedicado ya un notable estudio anterior, pasando pormenorizada revista a las diferentes clases de delegación legislativa, como son la llamada delegación recepticia (textos articulados y textos refundidos), la remisión normativa y la deslegalización.

6. El título III de la obra (págs. 205 a 361) lleva como rúbrica “La posición jurídica de la Administración”, diversificándose en tres grandes temas o grupos de temas, que se analizan en capítulos separados: la personalidad jurídica de las Administraciones Públicas; el principio de legalidad de la Administración y las relaciones entre Administración y Justicia, con referencia especial al llamado principio de la autotutela.

Habíamos visto ya cómo para construir el concepto de Derecho administrativo, en el pórtico del libro se parte de la idea de la Administración como persona jurídica. Se trata ahora de concretar aquella idea y de realizar una “presentación formal de los diversos protagonistas del tráfico administrativo”. No se hace ninguna especial construcción del concepto de persona jurídica, tema en orden al cual, así como en orden a los requisitos característicos de la persona jurídica, se considera suficiente una remisión al Derecho civil o a la teoría general del Derecho, insistiendo sólo en las peculiaridades propias del ámbito administrativo. De algún modo, sin embargo, se puede encontrar una cierta fusión de las dos grandes líneas que, en la teoría general, han influido en la construcción de este concepto: la persona jurídica como una realidad social, que el Derecho no crea, porque de algún modo preexiste y goza de general reconocimiento, y la línea meramente formal de la pura personificación como trámite o técnica de solución de problemas, de mayor eficacia o de facilitación de decisiones. Pienso que de algún modo la personalidad de las diferentes Administraciones Públicas se sitúa en una y otra línea. La Administración del Estado y las entidades que integran la Administración Local o, por lo menos, algunas de ellas, como los municipios, parecen estar en la primera línea. En cambio, las entidades estatales

autónomas, los organismos personificados, etc., parecen estar mucho más en la segunda.

De algún modo, todo ello se pone de relieve en la importante y muy rica y matizada tipología de los entes públicos que en el libro se realiza. La Administración del Estado es una persona jurídica única, originaria y superior (págs. 212 y sigs.). En la llamada Administración Institucional, en cambio, hay necesidades de gestión o un efecto financiero deliberadamente buscado, como es el reconocimiento de la capacidad patrimonial y, por tanto, la contabilización separada de los ingresos y de los gastos, como excepción al principio de universalidad del presupuesto o lo que en el libro se llama también la "utilización de la personalidad jurídica con la finalidad de una huida de controles" (pág. 242). Todo lo cual lleva a concluir que hay una relación de instrumentalidad del ente institucional respecto de su ente matriz que se manifiesta en una serie de peculiaridades que son capitales para definir el "status" de estas Administraciones, ampliamente expuesto en las páginas 246 y siguientes.

7. La última parte del libro, a la que me gustaría dedicar algún comentario, si no hubiera agotado ya el espacio habitual de una reseña de libros, se dedica a "La actuación administrativa" y examina temas tan importantes como el acto administrativo, su eficacia y sus formas de invalidez e ineficacia, los contratos administrativos y contratos de la Administración, materias que por su proximidad con las nuestras (contrato, negocio) tanto interés poseen. Y se cierra el volumen con un estudio, para mí novedoso e iluminador, sobre la coacción administrativa (medios de ejecución forzosa, supuestos de coacción directa, etc.).

8. Es hora ya de cerrar el comentario. Comenzado hace unos meses, otros apremios y urgencias lo habían demorado. La circunstancia es feliz, porque nos permite dar cuenta de un hecho que es el más claro elogio. Cuando estas notas sobre el libro —en el que el comentarista ha entrevistado con vida y fuerza la asignatura que nunca aprendió— vean la luz ha aparecido ya una segunda edición del mismo.

LUIS DÍEZ PICAZO