

# SOBRE EL DERECHO ADMINISTRATIVO Y SUS IDEAS CARDINALES

Por Fernando GARRIDO FALLA  
Catedrático de la Universidad de Zaragoza

*SUMARIO: I. Concepto y naturaleza del Derecho administrativo: 1. Definición. 2. El objeto del Derecho administrativo es la Administración en sentido subjetivo. 3. Naturaleza de las normas que constituyen este Derecho: A) El Derecho administrativo no es un conjunto de normas referibles a la Administración por cualquier motivo o pretexto; B) El Derecho administrativo es un Derecho público; determinación de este carácter. 4. Los posibles modos de sometimiento del Estado al Derecho: A) Doctrina del Fisco; B) «Rule of law»; C) Régimen administrativo. 5. La actual dualidad de régimen jurídico de los actos de la Administración. 6. Consecuencias respecto al fenómeno de la contratación administrativa. 7. Las etapas históricas del Derecho administrativo, -II. Caracteres e ideas cardinales que informan el Derecho administrativo: 8. La doble vertiente del Derecho administrativo. 9. La noción de servicio público. 10. Criterios de interpretación del Derecho administrativo. 11. Notas del sistema jurídico-administrativo español.*

## I.—CONCEPTO Y NATURALEZA DEL DERECHO ADMINISTRATIVO.

1. Vamos a ensayar una definición del Derecho administrativo. Entendemos bajo tal denominación «aquella parte del Derecho público que determina la organización y comportamiento de la Administración (directa e indirecta) del Estado, disciplinando sus relaciones jurídicas con el administrado».

Un examen ulterior de esta definición dará lugar a precisar: 1.º Que el objeto del Derecho administrativo está constituido por la Administración en sentido subjetivo, si bien se comprenda en esta denominación la llamada Administración *indirecta* del Estado; 2.º Que las normas que comprende el Derecho administrativo gozan de la naturaleza jurídica del Derecho público, por lo que no se puede admitir que formen parte de aquél cualesquiera normas que, en algún sentido, hayan de ser tenidas en cuenta por la Administración al actuar.

2. Cuando se examina el punto de vista doctrinal que insiste en hallar un criterio material o sustancial de determinación de la actividad

administrativa a través de los diversos Poderes orgánicos del Estado, se puede apreciar el valor nulo que, desde el punto de vista del Derecho administrativo, cabe asignar al hecho de que ciertos actos, por ejemplo, del Poder legislativo, no reúnan los caracteres de generalidad que se asignan normalmente a la Ley. Es evidente, además, la conveniencia de someter al mismo régimen de los demás actos administrativos los reglamentos emanados de la Administración. Así, pues, al intentar definir el Derecho administrativo, no nos queda sino confirmarnos en tales opiniones. El objeto de nuestro Derecho está constituido cabalmente por el conjunto de funciones que constituye el complejo de la actividad administrativa. No hay por qué dilucidar si tales funciones son sustancialmente de carácter legislativo, ejecutivo o jurisdiccional, pues es evidente que a través de estos tres tipos de funciones se realiza la actividad administrativa, y, por otra parte, es también cierto que todos los actos imputables a la Administración son sometibles a un régimen jurídico unitario (1).

Es curioso observar que muchos autores que no comparten nuestra base de partida en estas cuestiones, después de dedicar una profunda atención a esa denominada actividad administrativa en sentido material, que no emana de la Administración, terminan por confesar el fracaso de este criterio, declarando que indudablemente el Derecho administrativo estudia «más bien la Administración pública en sentido subjetivo que objetivo, esto es, que es más un tratamiento de *todas las funciones ejercitadas por las autoridades administrativas que no de las funciones de índole administrativa atribuidas a cualquier autoridad*» (2). De esta opinión de VITTA nos interesa también subrayar, en apoyo de nuestra tesis, la alusión que se hace a esa diversidad de funciones en manos de las autoridades administrativas.

En segundo lugar, hemos de precisar que, cuando nosotros hablamos de la Administración del Estado a los efectos de definir el Derecho administrativo, entendemos incluido en esta denominación el complejo orgánico y funcional de la llamada Administración indirecta.

---

(1) Las mismas exigencias de legalidad encuentra la Administración al dictar un reglamento que al tomar una decisión de tipo concreto. Incluso la sumisión de uno y otro al régimen contencioso-administrativo es característica de los sistemas positivos que, como el francés, conducen a sus últimas consecuencias los principios en que el Derecho administrativo se basa.

(2) VITTA, *Diritto Amministrativo*, I. 1948. pág. 18.

Al definir el Derecho administrativo, es frecuente en los autores la referencia al conjunto de entidades o personas morales de Derecho público que se integran en la superior unidad estatal. En cuanto que de la actividad de tales entidades pueden originarse relaciones jurídicas con los administrados, se pone cuidado en señalar que esto también es objeto del Derecho administrativo. Así lo estimamos nosotros también. Pero disponiendo del concepto de Administración indirecta del Estado, creemos inútil concretar dicha referencia. Ratificándonos en puntos de vista que hemos mantenido en otro trabajo, entendemos por Administración directa del Estado aquella actividad directamente referible a la Administración en sentido subjetivo, en cuanto constituye una personalidad jurídica; en cambio, cuando esta actividad, que en último término no hay duda de que satisface fines que el Estado ha tomado como propios, es directamente referible a ciertas entidades territoriales o institucionales de carácter público distintas del Estado, pero integradas en él, nos estamos refiriendo a la Administración indirecta del Estado (3).

3. Continuando con el examen de nuestra definición, nos vamos a encontrar ahora con un problema de mayor envergadura: el de la naturaleza de las normas que constituyen el Derecho administrativo.

El examen de este problema requiere que detengamos nuestra atención en dos momentos diferentes que se complementen entre sí, ayudando a su total comprensión: de una parte, hay que señalar que el Derecho administrativo no es el conjunto de normas que con cualquier motivo o pretexto han de ser tenidas en cuenta por la Administración; de otra, se ha de observar el carácter de Derecho público que presentan las normas jurídicas administrativas.

A) El Derecho administrativo no es un conjunto de normas referibles a la Administración por cualquier motivo o pretexto. El Derecho administrativo tiene su *leit-motiv*, su propia razón de existencia. Cuando nosotros hemos mantenido en otra ocasión que es imposible construir un Derecho administrativo de validez universal para todos los países y situaciones históricas, estábamos cabalmente apelando a esa su razón de ser, que ha de buscarse en las exigencias del Estado de Derecho.

Planteando así las cosas, satisfacemos además el mayor rigor metodo-

---

(3) GARRIDO FALLA, *Administración indirecta del Estado y descentralización funcional*, Madrid, 1950, págs. 12 a 14.

lógico. Es ésta la condición para que el Derecho administrativo no sea simplemente un conjunto de normas jurídicas positivas, sino una verdadera ciencia jurídica. Porque, en efecto, una ciencia no es otra cosa que la sistematización de un conjunto de afirmaciones con pretensiones de validez dimanantes de un determinado punto de vista. El papel funcional de este punto de vista se contrae a acotar en el objeto material que dicha ciencia se propone un cierto aspecto exclusivo de ella frente a las demás ciencias. Es decir, construir su propio objeto formal.

La autonomía científica de las diversas ramas o disciplinas jurídicas se ha de probar precisamente con base a los criterios que entraña el proceso que acabamos de describir. Pongamos un ejemplo: ¿Sería lícito definir el Derecho mercantil como aquel conjunto de normas jurídicas que tienen por objeto la moderna empresa industrial o mercantil? Si lo que se quiere definir es la disciplina jurídica autónoma conocida con el nombre de Derecho mercantil, y no un simple vademécum de normas y disposiciones legales para uso de empresarios y profesionales, habremos de convenir en la insuficiencia de una tal definición.

En ella se ha señalado el objeto material sobre que el Derecho mercantil-versa, pero se ha olvidado señalar el criterio formal que lo preside. Porque la empresa es también objeto de leyes laborales, de leyes fiscales, de leyes administrativas y de leyes civiles. El Derecho mercantil únicamente surge para regular ciertos actos privados de la empresa que exigen una especial protección en el tráfico jurídico.

Otro tanto puede decirse del Derecho administrativo. Y en esto coincidimos plenamente con BALLBÉ cuando critica la tesis contraria, pues el Derecho administrativo, «de acogerse a tales doctrinas, no sería una rama, una subespecie del Derecho, obtenida en la progresiva diferenciación de la esencia de lo jurídico, sino, simplemente, aceptando la denominación propugnada por LA LUMIA y comúnmente recibida, un Derecho *informativo* (4).

Aceptando nuestro punto de vista, no sólo se logra excluir en principio del Derecho administrativo las normas jurídicas que no pertenecen al Derecho público, sino que se encuentra solución para la cuestión a veces propuesta por la doctrina de si el Derecho administrativo ha existido en cualquier momento de la Historia.

---

(4) BALLBÉ, *Derecho administrativo*, en Nueva Enciclopedia Jurídica Seix, pág. 61.

Es conocida la postura de quienes, como JEZÉ y GOODNOW, mantienen que el Derecho administrativo se da en cuantos países han adquirido un grado de civilización suficiente para alcanzar la realidad de los servicios públicos. A la misma conclusión llega POSADA cuando afirma el reconocimiento de una administración y un Derecho administrativo en toda persona que desenvuelva su autonomía, por lo que tal Derecho no tiene por qué ligarse a ciertas condiciones históricas ni a ciertos regímenes (5).

Esta postura, y habida cuenta de que hay pocas instituciones sin antecedentes en otras épocas, podría aducir algún testimonio histórico, ligeramente interpretado, a su favor. Cuenta MACRI que cuando un amigo de PROUDHON se maravillaba ante él, a raíz de la publicación de su libro sobre dominio público, de que hubiese encontrado tanta materia administrativa en las Pandectas, le respondió PROUDHON: «¿Acaso no sabías que en tiempo de los romanos había ríos y grandes vías públicas?» (6).

Ahora bien, con esto lo único que se demuestra es que en tiempos de Roma se había llegado a algunas de las creencias que constituyen hoy uno de los principios cardinales de nuestro sistema jurídico-administrativo: la de que la propiedad privada constituía un Derecho que el Estado tenía en cuenta en su actuación. Pero de esta aproximación no debe deducirse en modo alguno la existencia de un sistema completo de Derecho administrativo. Y mucho menos el error histórico de creer que en cualquier tiempo y lugar en que el Estado desarrolle una actividad regularmente administrativa importante hay Derecho administrativo, ya que para esto último sería necesario admitir que tal actividad es diluible en un conjunto de relaciones jurídicas entre el Estado y el individuo, titular de derechos frente a él.

(5) POSADA, *Tratado de Derecho administrativo*, t. I, 2.<sup>a</sup> ed., págs. 42 y 43.

(6) Cit. por S. DE LUCA CARNAZZA, en la voz *Amministrazione* (Diritto) de la Enciclopedia giuridica italiana, de MANCINI, t. I, 2.<sup>a</sup> parte, 1892. Se contiene en este trabajo la referencia a textos romanos sobre la materia jurídico-administrativa. Así, sobre expropiación forzosa versaba la Constitución teodosiana del año 393 inserta en la Colección justiniana bajo la ley 9 «de operibus publicis», VIII, 12. Asimismo la Nov. 7 cap. 7, párrafo 1 de la auténtica recopilación de Justiniano, la ley I Cod. «de aquaeductu», donde se habla de un senadoconsulto especial sobre expropiación forzosa de ciertas posesiones «ex rei publica utilitate» mediante indemnización «viri boni arbitratu aestimata» (op. cit., págs. 1941-42). A pesar de esto, los romanos no pudieron legarnos un sistema jurídico de Derecho administrativo. Como dice LAFERRIERE en la introducción a su *Cours*, la base racional e inmutable que existía para el Derecho civil no existía en los romanos del Imperio para el Derecho administrativo.

Como antes hemos explicado, la unidad de objeto material no es suficiente para que pueda hablarse de la autonomía de un sistema jurídico. El hecho de que en ciertas épocas y países se descubran normas por algún concepto referibles a la Administración, o incluso «normas de acción» administrativas (7), nunca hubiese determinado por sí el nacimiento de un sistema aparte. Las mismas razones hubiese habido para pretender hacer una rama jurídica con autonomía científica del Derecho de patria potestad o del Derecho de compraventa.

Es éste, sin embargo, cuestión tan debatida, que importa que nos detengamos en los fundamentales argumentos de quienes mantienen tesis opuesta a la que se acaba de formular.

Contra la limitación histórica del Derecho administrativo, en efecto, se ha objetado recientemente, por una parte, que en todo momento han existido normas de organización administrativa cuyo carácter jurídico no debe negarse; por otra, que también es dable afirmar, con anterioridad al Estado constitucional, la presencia de normas de relación entre la Administración y los administrados, siendo éste «un hecho absolutamente inconcuso para todo el que se asome mínimamente a la historia del Derecho» (GARCÍA DE ENTERRÍA).

Desde luego, normas de organización administrativa han existido siempre. Ahora bien, hay que dudar de la juridicidad *per se* de este tipo de normas. No responde esta desconfianza, como quiere VILLAR PALASÍ (8), a una concepción extremadamente individualista del Derecho, sino que se basa en la exigencia de la *alteridad* como nota característica de la norma jurídica. Nosotros mismos hemos mantenido en otra ocasión (9), de acuerdo con DE VALLÉS, el carácter jurídico de las actuales normas de organización que presiden la complejidad de las actuales Administraciones públicas. Pero tal carácter no dimana de la propia esencia de dichas normas, sino que es el resultado de un proceso de juridización de la Administración pública, cuyo resultado consiste cabalmente en haber con-

(7) Esto es algo tan evidente, que sólo así se explica que LABAND negase carácter jurídico al llamado *reglamento administrativo*. El contempla, en efecto, reglamentos de servicios dictados, muchos de ellos, en tiempos del Estado policía y ajenos a toda preocupación jurídica. El Estado de Derecho ha venido cabalmente a juridizar de tal modo lo administrativo, que, después de él, estos mismos reglamentos van a adquirir relevancia en el campo del Derecho.

(8) *La eficacia de la concesión y la cláusula sin perjuicio de tercero*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 5, 1951.

(9) En nuestra obra antes citada, *La administración indirecta del Estado*.

vertido lo organizativo y buena parte de la acción administrativa en algo jurídicamente exigible por los particulares administrados.

Así, pues, la cuestión ha de plantearse inversamente a como se hace por la doctrina citada. No es que la existencia en cualquier momento histórico-político de normas de organización y acción administrativas pruebe la existencia del Derecho administrativo, sino que la existencia de éste —como tal sistema— determina la juridización de tales tipos de normas (10).

Por otra parte, se ha señalado la presencia de normas de relación entre Administración y administrados en todas las fases de la evolución del Estado anteriores al constitucionalismo (11). De existir estas normas, no cabe, claro es, negarles el carácter de alteridad, propio de lo jurídico. Pero aún habría de demostrarse, por quienes las alegan, que ostentan ese carácter peculiar que, dentro del total sistema del Derecho vigente, tienen las normas del Derecho administrativo. Porque, como veremos más adelante, no siempre que la actividad del Estado, o una parte de esta actividad, se ha sometido a reglas jurídicas, ha surgido el Derecho administrativo. La especialidad de esta disciplina jurídica ha de conectarse a un determinado régimen histórico-político (el régimen administrativo), cuyo catálogo de exigencias ha venido a sancionar.

Téngase en cuenta, por demás, que el hecho de que se nos muestre un concreto precedente de tal o cual institución típicamente jurídico-administrativa no desvirtúa lo anteriormente dicho (12). El Estado moderno —que constituye un presupuesto histórico-político del Derecho administrativo— no ha surgido de una manera insólita en la Historia:

---

(10) Por ejemplo, un reglamento que se limitase en su articulado a señalar las horas durante las cuales debe permanecer abierta una oficina pública no es, en sí mismo considerado, necesariamente materia jurídica. Su existencia durante el período del Estado policía no nos debe conducir a la conclusión de que durante tal época había un Derecho administrativo. Ahora bien, dado el sistema actual, es indudable que una reglamentación de este tenor puede tener sus efectos jurídicos en relación con el particular. Así, dichas horas de oficina deben ser tenidas en cuenta a los efectos del cómputo de plazo para la presentación, pongamos por caso, de un recurso o instancia de un particular, lo cual es materia jurídico-administrativa. Véase, pues, cómo cobra sentido jurídico, por su inserción en el sistema, una norma que aisladamente considerada aparece como de régimen interno.

(11) Vid. en este sentido el sustancioso trabajo de E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *El dogma de la reversión de las concesiones administrativas*, publicado en el volumen de Estudios en homenaje al profesor GASCÓN Y MARÍN, 1952.

(12) Por ejemplo, los precedentes citados por ALVAREZ GENDÍN con respecto a la expropiación forzosa en su monografía sobre esta materia.

es, por el contrario, consecuencia de un proceso gradual donde cada uno de sus rasgos hunde sus raíces en una densa genealogía. En ningún momento se nos puede ocurrir a nosotros negar esta evidencia histórica.

Ahora bien, si el Derecho administrativo es el Derecho de un determinado tipo histórico de Estado, sus afinidades con ordenamientos jurídicos de otras épocas serán tanto más o menos sustanciales cuanto mayor o menor sea el número de rasgos de tal tipo histórico de Estado descubribles en otras organizaciones políticas pretéritas.

Si hoy día podemos hablar de un sistema de Derecho administrativo es porque el ordenamiento jurídico de la Administración pública está presidido por unos supuestos cardinales que hacen de él una unidad. Dentro del sistema cobran un especial sentido ciertas reglas de acción administrativa que seguramente son anteriores a él. Posiblemente, aunque desapareciese el sistema, estas reglas continuarían existiendo; pero ello no evitaría el trágico mutis del Derecho administrativo (13).

B) El Derecho administrativo es un Derecho público. Con esta afirmación debería bastarnos, ya que supone el reenvío a una cuestión que la Teoría general del Derecho debe haber resuelto.

Desgraciadamente, y no obstante la afirmación de RAGGI de que «la distinción debe admitirse no sólo porque es cómoda a los fines didácticos, sino porque está científicamente justificada» (14), hemos de lamentar que si la discusión doctrinal se ha propuesto como meta enturbiar esta justificada distinción, lo ha logrado plenamente.

En efecto: se ha operado sobre el viejo criterio romano del interés público o privado prevalente en la relación jurídica examinada; se ha puesto de manifiesto seguidamente la insuficiencia de este criterio, ya que el *quid* de la cuestión consiste justamente en determinar cuándo predomina uno u otro de estos intereses, dado además que, en mayor o menor medida, ambos son descubribles en toda relación jurídica; se ha acudido entonces al criterio más fácilmente constatable, desde el punto de vis-

---

(13) BALLBÉ incurre en contradicción al no haber tenido en cuenta esto. Porque, por una parte, al pretender el condicionamiento ontológico de la administración por el Derecho, parece abogar por la permanencia histórica del Derecho administrativo; por otra, mantiene la especialidad jurídica del Derecho administrativo que no puede explicarse --según él-- por la simple referencia material de ciertas normas a la función administrativa. Lo que nosotros intentamos demostrar en el texto es que ambos puntos de vista no son compatibles.

(14) L. RAGGI, *Diritto amministrativo*, vol. II, 3.<sup>a</sup> ed., 1939, pág. 2.



ta formal, de caracterizar como pública aquella relación jurídica en la que interviene el Estado u otra persona de derecho público, pero se ha descubierto a continuación que muchas de las relaciones en que interviene el Estado están sometidas al Derecho privado; se ha tenido entonces que añadir a lo anterior que no basta con que el Estado (u otra persona pública) intervenga en la relación, sino que ha de hacerlo en su calidad de Poder público. Pero entonces otra vez hacemos entrar al problema en un callejón sin salida, ya que precisamente el criterio para saber cuándo el Estado interviene o no como Poder público es el que nos está haciendo falta para diferenciar el Derecho público del privado.

Estimamos, empero, que si empezamos las cosas desde sus comienzos es fácil llegar a una solución. La publicación del Derecho se produce en la medida en que el Estado *interviene* en las relaciones privadas, haciendo de la norma jurídica a aplicar una norma obligatoria (*ius cogens*) (15).

Ahora bien, la simple existencia de normas imperativas que desplazan el *ius dispositivum* no nos pone en presencia del Derecho público administrativo. Para que este fenómeno se produzca, es preciso que aparezca en escena el Estado, actuando justamente a través de sus órganos administrativos (16), dispuesto a tutelar con su intervención el interés que la norma declara. Esto tiene, además, una consecuencia orgánica importante que, como criterio práctico, sirve a la distinción entre el Derecho público y el privado: la obligatoriedad del Derecho privado es declarada por los Tribunales de Justicia siempre que ello sea deseado por el particular; en cambio, la obligatoriedad del Derecho público es declarada por la Administración, que, de acuerdo con la expresión de HAUROU, se convierte así en un Poder jurídico.

El examen de una serie de ejemplos concretos nos va a servir de piedra de toque para comprobar la bondad de este criterio de distinción.

*Ejemplo núm. 1.*—Ciertas normas del Derecho privado —o, al menos, admitidas como tales por la mayor parte de los juristas— tienen un evidente carácter imperativo, de *ius cogens*. Ocurre esto con las normas

(15) Vid. RIPERT, *Le déclin du Droit*, 1949.

(16) Es importantísima esta precisión, ya que la intervención del Estado a través de sus órganos legislativos o jurisdiccionales no produce, sin más, la publicación del Derecho. Vid. en este sentido la teoría general de las intervenciones estatales que cada uno desde su punto de vista, exponen PRESUTTI y BONNARD.

relativas al Derecho de familia y hereditario. Piénsese en los preceptos del Código civil relativos a derechos y obligaciones de la patria potestad, a herederos forzosos o a la legítima. ¿Son por esta razón normas de Derecho público? Desde luego, una cosa podemos afirmar: no son normas de Derecho administrativo, ya que a la declaración de coactividad —incluso contra la voluntad de los particulares que pueden intervenir en la relación— que hace el Estado no acompaña la posibilidad de actuación de un organismo administrativo que haga efectiva dicha coacción. No todas las normas del *ius cogens* son, pues, Derecho administrativo, y ello se descubre por aplicación del criterio que antes hemos predicado.

*Ejemplo núm. 2.*—Se duda de la naturaleza pública o privada del Derecho del trabajo. Como la regulación que al contrato de trabajo se dedica en el Código civil no permite la discusión acerca de su naturaleza jurídica privada, es lógico que la duda a que antes nos referimos surja de la contemplación del Derecho impositivo más tarde dictado. ¿Qué se deduce del examen de este Derecho?

Pensemos en una reglamentación de trabajo que establezca jornales mínimos para los obreros y la imposibilidad para el empresario de rescindir unilateralmente el contrato de trabajo. Esto nos hace ver inmediatamente que estamos en presencia de un *ius cogens*: el Estado, ante la consideración de los intereses en juego, suprime la antigua situación en que la autonomía de la voluntad era principio jurídico cardinal. ¿Ha aparecido entonces el Derecho administrativo? A nuestro juicio, no. El Estado tutela ahora, en efecto, de un modo especial, ciertos intereses; pero, en definitiva, es el propio interesado el que ha de actualizar la protección, acudiendo como demandante (al estilo del viejo Derecho privado) ante una jurisdicción —si bien sea ésta especial— (17). En este ejemplo, como en el anterior, puede hablarse de un intervencionismo estatal que, hasta cierto punto (18), publica la relación. Pero la relación jurídico-administrativa no ha surgido todavía.

Otro tanto cabe decir del moderno derecho de arrendamientos urbanos. Imposibilidad para el arrendador de subir la renta; prórroga obli-

---

(17) Si frente a esto se alegase que en ciertos casos de inobservancia de las leyes laborales en materia de salarios y despido fuese posible al obrero acudir como denunciante ante organismos oficiales, se habría demostrado entonces la existencia de normas jurídico-administrativas en esta materia.

(18) Esta parece ser una cuestión de grado.

gatoria del contrato, incluso a favor de parientes del arrendatario una vez muerto éste, etc., etc., no constituyen Derecho administrativo.

*Ejemplo núm. 3.*—Pero sigamos indagando la propia materia laboral y de arrendamientos urbanos. Hay leyes laborales que prohíben el trabajo de los menores y mujeres a determinadas horas, que establecen el descanso semanal obligatorio en domingo para la mayor parte de los trabajos, que prohíben el trabajo en ciertos locales no acondicionados debidamente, etc. Hay también leyes que para combatir el paro y, simultáneamente, estimular la construcción de viviendas de renta reducida para la clase media, conceden exenciones tributarias, préstamos y otros beneficios a los propietarios.

También, por tanto, Derecho imperativo; pero ahora, además, Derecho administrativo. ¿Qué ha ocurrido que nos autorice a esta nueva calificación? Sencillamente, que las leyes citadas proceden a la protección de los intereses en ellas tutelados, poniendo en acción adecuados organismos administrativos que, al entrar en contacto con el particular, pueden dar lugar al nacimiento de la relación jurídico-administrativa. El Ministerio (y sus Delegaciones) del Trabajo, ordenando inspecciones a las empresas privadas para constatar el debido cumplimiento de las leyes laborales; la Junta Central del Paro, autorizando al propietario a fijar la renta por los alquileres de su casa, son en estos casos los organismos administrativos cuya presencia nos está evidenciando la existencia de Derecho administrativo. En este último ejemplo, de no ser la renta conforme a la ley, la revisión habría que plantearla no ante la jurisdicción ordinaria, sino ante la Junta del Paro. Porque lo que el arrendatario estaría esgrimiendo ahora no sería un derecho civil, sino un derecho subjetivo administrativo (19)

Después de los tres ejemplos examinados, podemos insistir en el criterio que antes adelantamos. Podrá discutirse *cuando comienza a publicarse el Derecho privado*, por estimar que la regulación imperativa de determinadas relaciones humanas se sale de lo que debe entenderse por estricto Derecho privado. Pero entonces habrá que inventar una catego-

-----

(19) Claro es que la declaración administrativa que como resultado se obtuviese podría servir de base a una reclamación judicial de exceso de alquileres indebidamente cobrados por el propietario de la casa.

ría intermedia del Derecho (entre pública y privada) (20), o conformarse con decir simplemente que la tendencia hacia la publicación se ha iniciado. Lo que no puede mantenerse es que la simple existencia de *ius cogens* constituye Derecho público administrativo. Porque para que éste aparezca —y aquí está el criterio de diferenciación con el Derecho privado— es preciso que se presente como uno de los sujetos de relación jurídica la Administración, dispuesta a hacer efectivo, por sí misma, un ordenamiento jurídico imperativo.

4. De nuestras últimas consideraciones se deduce que no todo el Derecho aplicable a la actuación de órganos administrativos es Derecho público. Ello puede parecer extraño, ya que de las premisas con anterioridad sentadas no hay razón para deducir una dualidad de tratamiento jurídico de la actividad administrativa. Si nosotros, a pesar de todo, insistimos en que la actividad administrativa puede verse sometida a Derecho público o a Derecho privado, es necesario que ofrezcamos una explicación.

Para comprender cabalmente el fenómeno, vamos a pasar examen a los diversos modos como en la época moderna se ha sometido el Estado al Derecho. Estos modos son tres: 1.º Sumisión parcial al Derecho de ciertos actos estatales (*doctrina del Fisco*); 2.º Sumisión total al Derecho de los actos del Estado, sin consideración a la prerrogativa (*rule of law*); 3.º Sumisión total al Derecho, pero conservando los actos del Estado ciertas prerrogativas (*régimen administrativo*).

A) La doctrina del Fisco fué una construcción de los juristas de tiempos del Estado policía y que hizo posible el sometimiento a Derecho de parte de la actividad estatal. Su fundamento fué la consideración de que en ciertas ocasiones los actos del Estado no se diferenciaban en absoluto de los que hubiera podido realizar un particular. Como consecuencia, se distinguió una actividad privada estatal junto a los actos de poder, estimándose que no había ninguna razón para que aquélla no fuese sometida al mismo régimen de los actos particulares. Se arbitró entonces el procedimiento técnico de referir todos estos actos estatales de carácter privado a una persona jurídica, el Fisco, que, para responder de ellos, podía incluso ser llevada a los Tribunales. El Fisco —como decía O. MA-

(20) Al fin y al cabo, esto es lo que ha propuesto CICU al estudiar el Derecho de familia, y lo que muchos creyeron posible examinando el Derecho agrario.

YER (21)— no representaba sino un lado del Estado; pero este lado se reconocía y configuraba como persona moral mucho antes de que, para todo el resto de su existencia, se concediese tal cualidad al Estado. La doctrina del Fisco consigue así un fin que, de otra forma, se hubiese considerado disparatado: llevar al Estado a los Tribunales.

La admisión del Fisco suponía, pues, de una parte, la existencia de ciertos actos emanantes del Poder público al margen del Derecho; de otra, ciertos actos estatales a los que era aplicable el Derecho civil. ¿Cómo determinar prácticamente la distinción? Lo característico del Estado es el empleo de la fuerza, su actuación mediante mandatos; pues bien, cuando esto no ocurre es porque ha obrado el Fisco y es aplicable el Derecho civil (22). Más tarde, cuando incluso el Estado-Poder fué sometido al Derecho, la doctrina no ha sabido siempre desprenderse de esta tradición del Fisco, incurriéndose por algunos en la monstruosidad jurídica de la «doble personalidad jurídica del Estado».

Pero, como apunta MAYER, las consecuencias de la doctrina del Fisco no se contraen a lo anterior. Lo difícil no es encontrar aplicación al Derecho civil en los casos en que el Estado compra, vende o se obliga. La construcción maravillosa de la época estribó en saber encontrar fórmulas civiles para momentos en que el Estado *mandaba*, bien que sus mandatos tuviesen repercusión pecuniaria. Esto lo hizo posible, sin faltar a la lógica, la doctrina del Fisco, pues sobre éste —y no sobre el Estado— hacía recaer los efectos de tales mandatos. Así, el Estado expropiaba al propietario, pero al mismo tiempo se imponía al Fisco la carga de indemnizar con dinero; o cobraba dos veces una contribución y entonces se permitía accionar *condictio indebitis* contra el Fisco. En resumen, cada vez que el Estado, con su poder, impone al individuo un sacrificio especial, el Fisco, en virtud de una regla general del Derecho civil, deviene deudor de una justa indemnización, para cuyo pago se le puede emplazar ante un Tribunal civil (23). He aquí, pues, cómo con esta doctrina se logró la sumisión al Derecho de una parte importante de los actos del Estado.

B) Durante el siglo XIX no puede decirse que el súbdito inglés viese en un régimen de «policía». Tampoco sería afortunado hablar para

(21) *Le Droit administratif allemand*. Trad. francesa, t. I, pag. 56.

(22) MAYER. Op. cit., págs. 50 a 60.

(23) Seguimos la maravillosa interpretación de O. MAYER, op. cit., pág. 61.

tal época de la sumisión de la Corona británica a lo que nosotros entendemos por Derecho público. La situación ha sido caracterizada, por el contrario, con una expresión equívoca popularizada por DICEY y contraria a las propias observaciones de este autor sobre el sistema administrativo francés: el *rule of law* (imperio de la ley).

Como puede verse, la expresión en sí no nos ilustra demasiado, ya que la legalidad administrativa, es decir, el imperio de la ley, es también el principio cardinal sobre que basamos nuestro régimen administrativo. Y, sin embargo, paradójicamente, para diferenciarlo de él, fué utilizada por DICEY (24). ¿Cómo se explica esto?

En realidad, todo se debe a una inconsecuencia del famoso profesor inglés, que, a pesar de reconocer taxativamente que las relaciones entre el Gobierno francés y sus funcionarios, de una parte, y con los particulares, de otra, estaban reguladas por reglas que *eran realmente Derecho*, pero que difieren del Derecho que regula las relaciones entre particulares (24), no se preocupa después de precisar que el «imperio de la ley» anglosajón no se oponía a lo arbitrario continental, sino al «imperio de una ley especial».

Puestas así las cosas, lo que a nuestro objeto interesa dejar en claro es que históricamente ha sido posible una forma de sumisión de los actos del Estado a la ley común (*common law*) aplicable a las relaciones entre particulares. Claro es que esto sólo es posible en épocas de Administración central poco desarrollada (25), en que ésta no ha nacido como tal Poder jurídico, siendo por ello factible una *Administración judicial* (HAURIOT) a través de los distintos tipos de *writs* que los Tribunales podían dirigir a los funcionarios. Pero esto no desvirtúa el objeto que nosotros nos proponemos al examinar aquí este modo de sumisión administrativa al Derecho civil.

C) El sistema de «régimen administrativo» entraña, por el contrario, una superación de aquel Estado-Policía que habíamos visto construir la interesante doctrina del Fisco. El Estado, *en cuanto Poder*, se va a someter ahora también al Derecho, pero no a la ley civil, porque ésta parte de la igualdad jurídica de aquellos entre quienes se aplica, mientras que

(24) DICEY, *Introduction to the Study of the Law of the Constitution*, 3.<sup>a</sup> ed., 1939, pág. 310.

(25) El propio desarrollo de un régimen administrativo, con su consiguiente Derecho en los países anglosajones actuales, prueba este aserto del texto.

el régimen administrativo —dice HAURIUO (26)— se condensa en una centralización de funciones administrativas bajo la *autoridad jurídica* del Poder ejecutivo. Este Poder entra en relación con el particular en un trato de favor ante el ordenamiento jurídico: se presume la legitimidad de los actos por él realizados, de donde su consideración de ejecutivos.

Pero la presunción de legitimidad del acto administrativo no es una patente de corso para la Administración. Significa un trato de favor, en relación con los demás particulares, porque mientras éstos utilizan los medios jurídicos que les proporciona el Derecho para defensa de sus intereses privados, aquélla recibe de la ley el magno encargo de velar por el interés público. Pero, no obstante, la presunción admite prueba en contrario, bien que la carga de la prueba corra a cargo del particular. Y si, efectivamente, el acto administrativo es ilegal, una jurisdicción especial se encarga de decretar su nulidad.

Todo esto hace que haya sido legítimo decir que el Derecho administrativo es un Derecho especial. Efectivamente, dada la posibilidad histórica de que nos hubiésemos quedado en una etapa de Administración judicial bajo el imperio de la ley común, hay que admitir que en sus orígenes el Derecho administrativo es especial (27).

La evolución del Derecho administrativo hasta nuestros días, debida en su gran parte a la jurisprudencia del Conseil d'État, nos ilustra suficientemente de cómo se ha producido este milagro de que la Administración, dejando de ser arbitraria, no haya caído, empero, en las mallas de la ley común. De verdadero prodigio debe ser calificada esta sutilísima labor de dar a cada uno lo suyo —al interés público y al privado— realizada por la jurisprudencia. El resultado ha sido la construcción de este imponente sistema del Derecho administrativo, informado por principios propios.

5. Ahora bien: históricamente, el Derecho administrativo es una construcción teórica superpuesta a la del Fisco. Esto explica ya, en parte, que hoy coexistan simultáneamente conquistas de una y otra doctrinas. En otras palabras: he aquí una primera explicación de que ciertos

(26) *Précis de Dr. Adm. et Dr. Public*, 11.<sup>a</sup> ed., 1927, pág. 3.

(27) Valga el razonamiento del texto contra la postura de BALLBÉ, que desvirtúa la auténtica interpretación de la doctrina tradicional en esta materia al mantener que «el Derecho administrativo es el Derecho común de la función administrativa». Op. cit., pág. 79. Cosa que, desde otro punto de vista, es, sin embargo, cierta.

actos estatales estén sometidos a un régimen de Derecho público, mientras que en otros encuentra su aplicación el Derecho privado.

Pero no basta con esto. Hay que replantear el problema de por qué se conserva la dualidad de régimen jurídico de los actos de la Administración hoy, cuando la distinción entre Estado-Poder y Estado-Fisco no tiene ya fundamento de vigencia.

La respuesta está en el propio carácter de Derecho de prerrogativa que hemos concedido al administrativo. Si para la consecución de ciertos fines la Administración no necesita de la prerrogativa, no tiene por qué surgir el Derecho especial. Es justamente lo que hubiese ocurrido con caracteres generales si después de la Revolución francesa no se hubiese heredado del *ancien régime* un poderoso aparato administrativo férreamente centralizado; posiblemente el Continente europeo hubiese conocido —al igual que los países anglosajones durante el siglo XIX— una larga era de Administración judicial.

Pues bien: la cuestión será saber en qué casos la prerrogativa no es necesaria (28).

Lo que, por tanto, nos hace falta ahora es un criterio de discriminación para descubrir entre la total actividad administrativa qué zona de ella debe realizarse utilizando la prerrogativa (es decir, sometida al Derecho público). Planteándose AMORTH análogo problema, llega a la conclusión de que tal criterio no puede asentarse en la noción de interés público, pues éste es elemento connatural a toda actividad desenvuelta por la Administración, por lo que es más adecuado conectar la especie de actividad desenvuelta con el punto de realización de los fines constitutivos de la Administración. Desde el punto de vista indicado, la actividad administrativa admite una tripartición: 1.ª Actividad dirigida directamente a la consecución de los fines propiamente administrativos; 2.ª Actividad de carácter instrumental con respecto a la anterior; 3.ª Una cierta actividad, ya más lejana, desde el punto de vista del fin típica-

---

(28) Aunque sin plantearse la cuestión en estos términos, los autores americanos han visto el problema. Así, WHITE, al estudiar el «law enforcement» por parte de la Administración, diferencia los medios coactivos de los no coactivos, examinando entre estos últimos, tanto lo que para nosotros constituye actividad administrativa de fomento, como otros que no son sino empleo por la Administración de medios que, proporciona el Derecho privado (*Introduction to the Study of Public Administration*, 3.ª ed., cap. 32).



mente administrativo, que no tiene sino un carácter accesorio, para la consecución de este fin (29).

Para AMORTH se puede deducir de aquí un criterio sustancial de distinción entre la actividad pública y la privada que puede ser combinado con el criterio formal que hoy exige la distinción: que una parte de la actividad administrativa está sometida al Derecho público y otra a normas de Derecho privado. De esta combinación de criterios se ha de deducir una partición del campo de la actividad administrativa actualmente sometida a régimen de Derecho privado, dando lugar a las dos categorías que AMORTH denomina correspondientemente: actividad privada de las Administraciones públicas y actividad administrativa de Derecho privado (30).

A pesar de la minuciosidad con que BALLBÉ recoge la doctrina de AMORTH y de la adhesión que en todo momento le presta, se produce una desviación del autor español con respecto al italiano en punto a la importancia por el primero concedida al interés colectivo o subjetivo de la entidad administrativa, que legitima la actuación. De aquí deriva BALLBÉ su tesis de que «un acto o una relación jurídica de que sea sujeto la Administración estará disciplinado por el Derecho privado o por el Derecho público, con el consiguiente carácter de privado o público del acto o relación misma, según que se instauren en contemplación inmediata de intereses secundarios, subjetivos patrimoniales —en sentido lato— del ente público, o bien directamente del interés colectivo primario» (31).

Este criterio ha de servir, según BALLBÉ, para el mejor discernimiento entre el Derecho administrativo y el civil o mercantil en aquellos casos en que la separación presenta una mayor dificultad, lo cual ocurre, de acuerdo con el citado autor, en tres hipótesis: a) Cuando faltan expresas normas de carácter público que disciplinen una concreta relación entre la Administración y los particulares, siendo dicha relación, por su naturaleza, susceptible de entrar bajo la disciplina de uno u otro régi-

---

(29) AMORTH, *Osservazioni sui limiti all'attività amministrativa di Diritto privato*, Padua, 1938, págs. 33 y 34; BALLBÉ resume y se adhiere a esta doctrina en su op. cit., págs. 69 y ss.

(30) AMORTH, op. cit., pág. 35.

(31) BALLBÉ, op. cit., pág. 72.

men (32); b) Cuando ofreciendo, tanto el Derecho privado como el Derecho público, distintos medios jurídicos aptos para la consecución de un resultado práctico sustancialmente idéntico, sea dudoso cuál de los dos medios posibles haya entendido usar la Administración (33); c) Cuando existan específicas normas de naturaleza pública que disciplinen necesariamente determinada relación entre la Administración y los particulares, pero, dada la sustancial identidad de hecho entre esta relación y las conocidas por el Derecho privado, pueda pensarse que se trate más bien de un complejo de normas, si bien públicas, incidentes sobre una relación fundamentalmente privada, en cuanto regida básicamente por el Derecho privado (34).

El criterio aceptado finalmente por BALLBÉ nos parece un retroceso con respecto a la que consideramos aportación fundamental de AMORTH en esta materia: que la distinción entre actividad pública y actividad privada de la Administración es puramente formal, es decir, que lo único que se quiere señalar con ella es que unos actos de la Administración están sometidos al régimen jurídico-público y otros al régimen jurídico-privado (35).

Frente a ello, BALLBÉ, al mantener el doble aspecto de la Administración pública, titular, por una parte, de intereses que se refieren primariamente a la colectividad, y por otra, de intereses secundarios subjetivos, está haciendo revivir la teoría de la doble personalidad estatal, que, en el actual estado de la ciencia jurídica administrativa, es insostenible.

(32) El ejemplo que pone BALLBÉ es el de un Ayuntamiento que ceda al público plantas cultivadas en viveros municipales. Esto se puede hacer, dice él, o bien bajo el régimen de Derecho público que informa las prestaciones administrativas, o bien mediante las reglas generales de las obligaciones propias del Derecho privado. Op. cit., pág. 73.

(33) Ejemplo, según BALLBÉ: la provisión de cosas para el Ejército puede lograrse, bien mediante su adquisición en el mercado libre, bien acudiendo al instituto administrativo de la requisita. Op. cit., pág. 74.

(34) El ejemplo típico para BALLBÉ es el de las normas que regulan el transporte ferroviario de personas y cosas cuyo carácter público se considera indudable en cuanto aplicables exclusivamente a la Administración pública ferroviaria, aunque quepa pensar si no se trata más bien de normas incidentes sobre relaciones básicamente privadas y regidas por los Códigos civil y de comercio.

(35) Esto hay que entenderlo en el sentido de que una vez sometido un acto de la Administración a uno de ambos regímenes, sus consecuencias también han de regularse por él. Así, no pueden las entidades administrativas utilizar la vía de apremio para hacer efectivos créditos que tienen un origen civil (Sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 22 de diciembre de 1950).

Por demás, los propios grupos de hipótesis que BALLBÉ presenta como piedra de toque de su criterio no resisten un ulterior examen. En efecto, por lo que se refiere a la primera de las hipótesis antes expuestas, el problema suscitado por BALLBÉ no existe en absoluto. La única cuestión estriba en saber si el ordenamiento legal vigente permite efectivamente en tales casos a la Administración la libre elección entre uno y otro sistema. Si tal permiso no se infiere de la Ley, entonces será ésta la que determine el propio sistema, público o privado, a emplear. Si, por el contrario, la Administración puede elegir, entonces habrá que estar al régimen efectivamente establecido, lo cual se desprenderá de los caracteres positivos del mismo, pudiéndose dar desacuerdo entre la finalidad perseguida y el sistema empleado. Así, aceptando el propio ejemplo puesto por BALLBÉ, vamos a suponer que la Ley permite al Municipio la explotación de viveros para plantas en régimen público o privado, indistintamente. Cabe entonces pensar que el Municipio utilice los procedimientos públicos (expropiación, posible régimen de monopolio, concurrencia ventajosa al mercado ) para hacer simplemente de los viveros una explotación más rentable. ¿Puede pensarse aquí en el juego de intereses planteado por BALLBÉ?

Por lo que se refiere al segundo grupo de hipótesis, el ejemplo de BALLBÉ es poco convincente. Si la Administración está autorizada por la Ley para proveer de ciertas cosas al Ejército mediante incautación al particular, o mediante compraventa, el problema de saber si ha empleado uno u otro procedimiento es bien fácil de resolver: ¿es que acaso se parece la incautación a la compraventa? Por otra parte, es admisible suponer que, por dañar lo menos posible los intereses de los particulares, la Administración se decida a utilizar el procedimiento de *comprar* en el mercado cosas indispensables al Ejército; aquí falla entonces también el criterio de BALLBÉ, ya que el interés predominantemente colectivo no es suficiente a desvirtuar la realidad del procedimiento de tipo privado por la Administración empleado.

Finalmente, por lo que a la tercera hipótesis de BALLBÉ toca, el ejemplo de la Administración de ferrocarriles —sobre todo, de acuerdo con el Derecho positivo español que la encomienda a la Renfe, cuya acti-

vidad mercantil se rige por el Derecho privado (36)—, es efectivamente uno de aquellos casos donde se entrecruzan el régimen público y el privado de la actividad administrativa. Pero tampoco aquí, como en los anteriores casos, sirve de nada el criterio del interés.

Visto lo inadmisibile de la postura que combatimos, debemos pasar ahora a ofrecer nuestra propia explicación.

Ante todo, hemos de advertir la evidencia del diagnóstico de CANTUCCI cuando señala que «el Derecho positivo moderno tiende a aumentar el proceso de unificación del ordenamiento jurídico, por cuanto el Derecho privado penetra cada vez más en la esfera pública y el Derecho público se abre igualmente al régimen de Derecho privado» (37). Esta no es sino la revancha que se toma el Derecho privado frente a la tendencia a la publización del Derecho.

Particularmente, el fenómeno a que ahora aludimos hace su aparición en el campo del intervencionismo estatal en materia económica. Aquí se ofrecen tan entrelazados el régimen jurídico-público y el jurídico-privado de la actividad administrativa, que la doctrina ha vacilado al calificar la naturaleza jurídica de esta actividad. Mientras, por su parte, la doctrina francesa ensaya el tránsito a la noción del servicio público económico con las modificaciones que esto imprime en la idea clásica (38), VILLAR PALASÍ, entre nosotros, cree poder introducir en la dogmática del Derecho administrativo la nueva noción de la *gestion económica* como categoría jurídica que desborda el tradicional tríptico: policía, fomento

---

(36) Ley de bases de 24 de enero de 1941, sobre ordenación de transportes, bases 4 y 16; Decreto de 11 de julio de 1941, art. 3.

(37) M. CANTUCCI, *L'attività di Diritto privato della pubblica Amministrazione*, Padua, 1942, pág. 43. La postura de este autor con respecto a nuestro problema se resume en estas palabras suyas: «Al excluir el ordenamiento jurídico vigente la existencia de un límite sustancial de aplicación del Derecho privado a la Administración pública, induce a considerar superada, la distinción entre actividad pública y privada del Estado y a confirmar la existencia de una única actividad administrativa capaz de diferenciarse en actividad de Derecho público y actividad de Derecho privado.» (Op. cit., pág. 44.)

(38) La literatura jurídica francesa en este sentido tiene ya cierta importancia: CHAVANON, *Essai sur la notion et le régime juridique du service public industriel et commercial*, tesis, Burdeos, 1930; H. CULLMANN, *Les services publics économiques*, París, 1943; MORANGE, *Le déclin de la notion de service public*, en Dalloz, 1947; WALINE, *Vicissitudes récentes de la notion de service public*, en Rev. Administrative, 1948, núm. 5, págs. 23 y ss., y la obra de DRAGO, ya citada, *Les crises de la notion d'établissement public*, 1950.

y servicio público (39). Sin pretender entrar ahora en la discusión de esta tesis, sí hemos de señalar que la mayoría de las peculiares notas que se descubren en esta nueva y sorprendente actividad estatal (la de gestión económica) derivan de la constante interferencia de régimen público y privado que se dan en determinadas ramas de actuación administrativa dirigida a la consecución de un único fin. Aparecen así esos entes de propiedad estatal, con personalidad jurídica y autonomía financiera frente al Estado, que hacen titubear a una doctrina atónita que no sabe si considerarlos públicos o privados.

El examen, empero, de este interesante fenómeno debe afianzarnos en la idea antes formulada de la unidad sustancial de la actividad estatal como dimanante de una personalidad jurídica única, que se limita a veces a utilizar los medios jurídicos de Derecho privado, porque con éstos hay de sobra para conseguir el fin propuesto —como al individuo bastan dichos medios (o deben bastarle) para alcanzar los suyos propios—, y que en otras ocasiones le está permitido utilizar la prerrogativa, dada la insuficiencia de aquéllos. Pero, repitémoslo, la utilización de unos u otros no deriva necesariamente del fin propuesto ni de la clase de actividad realizada, pues con mucha frecuencia se dan entrecruzados.

Como en otras ocasiones, también aquí vamos a recurrir a una serie de ejemplos que ilustren nuestro pensamiento.

*Ejemplo núm. 1.*—Para atajar el problema de la creciente carestía de la vida, el Estado tiene en sus manos la posibilidad de utilizar diversos procedimientos: establecer un régimen policiaco de tasas, fomentar la producción de los artículos escasos mediante primas y subvenciones al productor, centralizar el mercado de dicho producto, convirtiéndose en intermediario forzoso en su comercio, establecer puestos reguladores. Detengamos nuestra atención en este último supuesto: el Estado (o el Municipio) concurre al mercado, vendiendo ejemplarmente un determinado producto a precios adecuados para que, poniéndose en juego las propias leyes económicas de formación de los precios, disminuya el fijado por los vendedores particulares.

No hay duda de que: 1.º El fin perseguido por el Estado (o Municipio) con esta actividad *interesa* primariamente y de modo directo a la

---

(39) VILLAR PALASÍ, *La actividad industrial del Estado y el Derecho administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 3, págs. 57 y ss.

colectividad; 2.º Para obtener los productos que ahora pone a la venta en el mercado, el Estado puede haber recurrido a la expropiación o venta forzosa de estos productos, a su incautación o a la compra directa y amistosa particular; es decir, el mismo fin puede dar lugar a la utilización de procedimientos de Derecho público o privado; 3.º Finalmente, la venta del producto se verifica por el puesto regulador oficial al particular según las normas contractuales que utilizan los particulares en sus relaciones privadas; es decir, que el mismo fin que antes ha podido dar lugar a la utilización de la prerrogativa se alcanza últimamente en su fase final mediante actos de Derecho privado.

*Ejemplo núm. 2.*—Otro tanto ocurre en la mayoría de supuestos que ofrece el régimen de las nacionalizaciones. La finalidad perseguida por el Estado puede ser la sustitución del sistema de gran capitalismo privado por la propiedad estatal; una finalidad, como puede verse, de grandes alcances políticos, que ha de buscarse, como es natural, invocando el *interés colectivo*. El instrumento jurídico-administrativo utilizado es la conversión de la antigua explotación capitalista privada en una empresa pública. Pero, una vez ésta creada, lo más probable es que continúe su funcionamiento utilizando los propios medios jurídicos privados (civiles y mercantiles) que conoció en su etapa de empresa capitalista. ¿Qué ha ocurrido aquí? Sencillamente, que, para conseguir el fin propuesto, se utilizó la prerrogativa cuando fué necesaria: para lograr el tránsito de la propiedad privada a manos públicas. Después el fin queda satisfecho, continuando el funcionamiento de la empresa sometido a régimen jurídico-privado.

Nuestra idea de la unidad de la acción administrativa se ve, pues, notablemente favorecida con el examen de las nuevas tendencias. La distinción de los dos regímenes público y privado de esta actividad será, unas veces, una supervivencia de los tiempos en que el Derecho privado se aplicaba como norma a los actos del Estado-Fisco. Pero, en todo caso, la idea actual que permite la explicación del dualismo es la de la necesidad de la utilización de la prerrogativa.

Todavía, sin embargo, podemos dar un paso más en el aseguramiento de estas ideas, examinando —como haremos a continuación— el fenómeno de la contratación administrativa.

6. Cuando el Derecho privado consagra la regla de que el contrato es Ley entre las partes, no hace sino poner en manos de los particulares

un medio hábil para, poniendo en concierto sus voluntades, facilitar la consecución de sus propios fines. Está claro que, pudiéndose lograr, a través de este mecanismo, fines que pueden interesar a la Administración, sea éste también un medio a utilizar por ésta.

Ahora bien: el contrato, que, por definición, es acuerdo de voluntades que produce la Ley entre las partes, supone por parte de la Administración una renuncia a la prerrogativa, un sometimiento al régimen de Derecho privado. En aquellos contratos que agotan su contenido con las prestaciones de las partes por una sola vez, esto no tiene importancia. Pero ¿y en los contratos que entrañan prestaciones sucesivas y continuadas en el tiempo?, ¿debe admitirse que la Administración puede renunciar al uso futuro de la prerrogativa, cuando se obliga en un contrato a largo plazo? El equilibrio interno del contrato así parece exigirlo.

Pero piénsese que, por un cambio en las circunstancias, la relación contractual a que se sometió la Administración para alcanzar sus fines se torna ahora en un obstáculo para conseguirlos. ¿Estará entonces justificado que la Administración utilice su prerrogativa para incumplir el contrato? Evidentemente, si al utilizar esta prerrogativa se libera a la Administración (representante de la comunidad) de una carga demasiado onerosa. La cuestión está en buscar ahora la fórmula para que, en los casos en que tal necesidad se presente, no sea el arbitrio administrativo lo que venga a consagrarse; porque entonces sería la misma posibilidad de relaciones jurídicas entre la Administración y los particulares lo que se estaría negando. Esta fórmula es, justamente, la creación propia del Derecho administrativo: la indemnización por daño emergente al particular que contrató con la Administración (40).

Este último elemento viene a restablecer otra vez el equilibrio, roto por la prerrogativa, que la idea de lo jurídico exige. Sin él, habría sido sustituido el Derecho por la arbitrariedad; al intercalarlo como esencial en la relación, ésta recobra su carácter jurídico. Pero *jurídico de Derecho administrativo*, porque el régimen privado hubiese exigido que la indemnización abarcase lucro cesante y daño emergente.

---

(40) El contrato administrativo es una creación del Consejo de Estado francés. La figura surgió interpretando aquellas relaciones contractuales cuyo contenido suponía el aseguramiento de un servicio público. La idea de servicio público, convenientemente esgrimida, hizo posible una figura contractual que escapaba a la conocida en Derecho privado. La aplicada por el Consejo de Estado fué una auténtica jurisprudencia de intereses.

Un sistema que, apelando a la necesidad del servicio público, permitiese, sin garantía de indemnización al particular, el desconocimiento de tales relaciones contractuales, no cabría dentro de la ideología del Estado de Derecho; un sistema que exigiese aplicar «a rajatabla» a la Administración el régimen jurídico contractual aplicable a los particulares estaría negando el Derecho público administrativo y constituiría un retroceso al *rule of law* de la Inglaterra de DICEY (41).

A los efectos de nuestra argumentación, una cosa nos interesa subrayar: que el contrato administrativo supone la inicial utilización por la Administración de medios jurídicos privados para la consecución de fines públicos; puede ocurrir que no haya necesidad de romper el equilibrio clásico del contrato a lo largo de toda la vida de éste, en cuyo caso nos habremos encontrado (contra la tesis de BALLBÉ) con intereses colectivos alcanzados a través de medios jurídicos privados; pero puede ocurrir también que se imponga a la Administración la necesidad de escapar a la disciplina contractualista, y entonces la posibilidad del uso de la prerrogativa será la que dará a la relación carácter y perfil de jurídico-administrativa.

7. Podríamos resumir ahora las ideas últimamente desarrolladas. El régimen administrativo es una resultante de determinadas creencias políticas y de la misma Historia. Por eso, como todo producto histórico, sólo puede comprenderse en su total dimensión a través de su evolución.

Creemos poder distinguir dos etapas fundamentales de la misma. En la primera, el régimen administrativo se caracteriza por una tendencia a la separación y diferenciación entre el Derecho administrativo y el común civil. Es la etapa en que se construyen los principios del Derecho administrativo clásico. La madurez de esta etapa se consigue en Francia con la declaración del Conseil d'Etat como juez común de Derecho administrativo: el Derecho administrativo deviene Derecho común de la Administración.

Si consideramos la literatura jurídico-administrativa característica de esta época, nos encontramos con que, por supuesto, no deja de plantearse el problema de la actividad administrativa de Derecho privado. Pero como algo esporádico y anormal, pues la Administración utiliza normalmente el procedimiento de Derecho público como norma de su actuación.

---

(41) Vid. lo que se dice *supra* sobre los modos de sujeción del Estado al Derecho.



La segunda etapa —en la cual nos encontramos— se caracteriza, en nuestra opinión, por una vuelta al Derecho privado. De nuevo se inicia un abandono del Derecho común en busca de un régimen de excepcionalidad. Pero el resultado será ahora, al menos aparentemente, el opuesto simétrico al anterior. Porque ahora, lo común y normal es el Derecho público, y lo excepcional y anormal, el empleo del Derecho privado por la Administración.

## II.—CARACTERES E IDEAS CARDINALES QUE INFORMAN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

8. El haber querido someter a Derecho las relaciones entre el Estado y sus súbditos había de producir sorprendentes consecuencias, no sólo para la explicación de tales relaciones, sino para la concepción misma del Derecho. Por eso, el Derecho administrativo, que nace a la Historia después de la Revolución francesa y, hasta cierto punto, como un producto suyo, va a significar una brecha a los propios principios revolucionarios. He aquí la primera contradicción que nos va a ofrecer el Derecho administrativo.

No es un azar que hayan sido administrativistas franceses e italianos los iniciadores de la teoría institucionalista del Derecho. Que el Derecho administrativo pretenda proporcionar toda una teoría del Estado —decía HAURIUO a comienzos de siglo— no debe extrañar en estos tiempos. El Estado moderno ha sido poco administrativo en los primeros siglos de su existencia: era el idealismo político que marca la juventud de los pueblos. Pero al evolucionar y hacerse maduro, se ha venido a un realismo económico en que los ciudadanos no piden al Estado promesas, sino que exigen realidades. El régimen administrativo ha constituido al Estado de una sustancia real y alimenticia que automáticamente se ha distribuido entre los ciudadanos en forma de *bienes*. Cuando se dice de nuestros contemporáneos —continúa el propio HAURIUO— que quisieran todos ser funcionarios, no se expresa en el fondo sino la idea de que todos quisieran obtener en sus profesiones las mismas ventajas que el funcio-

nario obtiene de su función y que hacen de éste un *bien*. Porque lo que engendra el régimen administrativo no son riquezas, sino *bienes* (42)

Y, sin embargo, estas consecuencias son incomprensibles desde el punto de vista de las concepciones jurídicas que hacen triunfar la Revolución francesa. Individualismo y voluntarismo no pueden ser, por supuesto, demasiado propicios a justificar las desigualdades y distingos a que da lugar el régimen administrativo. ¿Cómo explicar, en efecto, con aquellas ideas las peculiaridades que en anteriores cuartillas hemos descubierto en el contrato administrativo?

Según el régimen administrativo —ha dicho RENARD—, el ordenamiento jurídico se divide en tres estadios: actividad gubernamental, administrativa y privada. Sobre la trama de esta diferenciación fundamental, el espíritu jurídico se va a solazar con una variedad de matices. Es —continúa RENARD— la ruptura de la alineación; es la entrada del privilegio (*lex privata*); es el retorno ofensivo de las corporaciones y las clases. Por la brecha del Derecho administrativo, toda la concepción institucionalista del Derecho pasará pronto o tarde (43).

Cabe caracterizar al Derecho administrativo como un *tercer camino* en el intento de someter los actos del Estado a Derecho, y con esto no hacemos sino repetir ideas ya expuestas en este trabajo (44). Por eso, pudiera resultar inexplicable desde la perspectiva de cualquiera de los otros dos. El propio RENARD ha insistido en su inadecuación al punto de vista individualista: «Distinción entre leyes civiles y administrativas; contraste entre Derecho administrativo y común; separación entre una jurisdicción administrativa y otra judicial; oposición entre funcionarios y asalariados, entre dominio público y propiedad privada; privilegio administrativo contrarrestado por el doble regulador del recurso por exceso de poder y de la responsabilidad administrativa: ¡todo esto en el país de la Declaración de los derechos del hombre!» (45).

Y, sin embargo, ¿no se contiene precisamente en esta Declaración la

---

(42) HAURIOU, *Précis de Dr. Ad. e Dr. Pub.*, 6.ª ed., 1907, págs. V y VI de la introducción.

(43) RENARD, Prefacio a la obra de GENY, *La collaboration des particuliers avec l'Administration*, 1930, pág. XXIV.

(44) Ya hemos explicado antes cuáles son estos tres caminos o modos de someter la acción estatal al Derecho: doctrina del Fisco, *rule of law* y régimen administrativo.

(45) Prefacio *cit.*, pág. XXIII.

ideología que iba a hacer posible los derechos públicos subjetivos y, consiguientemente, la construcción del Derecho público?

He aquí, pues, cómo nuestro sistema de Derecho administrativo encierra en su seno una oposición aparentemente irreductible que le hace ofrecerse como un hipócrita personaje de doble faz. De una parte, el Derecho administrativo se puede caracterizar como un conjunto de prerrogativas que sitúan a la Administración en un plano de desigualdad y favor en sus relaciones con los particulares. Esta concepción explica por qué el acto administrativo, en sus orígenes, se configura como aquel que escapa a la fiscalización de los Tribunales ordinarios, los únicos que existían (46). No nos debe entonces extrañar que un inglés del siglo XIX, como dice DICEY, al encararse con el Derecho administrativo, lo considerase como un peligro para la libertad del ciudadano.

De otra parte, no es menos lícito haber considerado el Derecho Administrativo como la más acabada instrumentación técnica del Estado liberal. En este sentido es explicable que la doctrina nacionalsocialista alemana intentase demostrar un tal sistema.

Todo esto no deja de resultar paradójico: ¡al mismo tiempo el Derecho administrativo es acusado de estatista por los liberales y de liberal por los totalitarios!

Efectivamente, del examen de la estructura interna del Derecho administrativo se desprenden argumentos para ambas posiciones extremas. Porque el sistema de Derecho administrativo se explica por el juego dialéctico de dos conceptos contrapuestos: prerrogativa administrativa y garantía del particular. Pero lo que olvidan estas posturas es que ambos conceptos contrapuestos encuentran su unidad dialéctica en una idea superior que los trasciende y que, en Derecho administrativo, no es sino traducción de la idea filosófica del «bien común»: el servicio público.

Si no se admitiese la prerrogativa y la Administración hubiese de realizar su tarea de asegurar los servicios públicos con sólo los medios de cualquier persona privada, el servicio público podría correr el riesgo de no satisfacerse: si se dejase a la Administración manejar arbitrariamente sus prerrogativas, no sólo se estarían negando los derechos del particular, sino que también se estaría corriendo el riesgo de que la idea

---

(46) Vid. la exposición de los orígenes del acto administrativo en FERNÁNDEZ DE VELASCO, *El acto administrativo*, 1929.

de servicio público no se alcanzase, porque tales prerrogativas fuesen utilizadas por los gobernantes en su beneficio propio.

Una vez más ha de ser considerado el Derecho administrativo, con sus aparentes contradicciones, como la única solución. Gracias a él puede ser sustituida la relación de arbitrio entre Estado y súbdito por una relación jurídica. Pero no una relación jurídica inspirada en el principio de la igualdad entre las partes, lo cual haría imposible la tarea de gobernar, sino una relación jurídica en la que los ingredientes prerrogativa y garantía juegan su papel adecuado (47).

He aquí cómo el Derecho administrativo, que, por un momento, pudo creerse un engendro liberal, se va a convertir ahora en el Derecho de las socializaciones y nacionalizaciones, de la intervención del Estado en la economía, en las clases sociales y en la distribución de la renta nacional. ¿Cómo pensar que todo esto hubiese sido posible con un sistema de *rule of law* tipo DICEY? No hay alternativa posible: o prescindir de toda idea jurídica y consagrar la arbitrariedad como sistema, o intentar ascender a ese orden jurídico de principios propios —por diferencia del común— que es el Derecho administrativo.

9. Hemos hablado antes del «servicio público» como la traducción al Derecho administrativo de la idea filosófica del «bien común». Esto requiere, si no una investigación a fondo del concepto de servicio público, sí, al menos, que precisemos el sentido con que en estos momentos estamos utilizando el vocablo. Esta necesidad es tanto más apremiante cuanto que, como dice ALESSI, las nociones de servicio público son tantas cuantos los autores que de él se han ocupado, aunque sea incidentalmente (48).

---

(47) Esta noción sólo puede explicarse con aplicación del método dialéctico, como más propio a su naturaleza. Recurramos de nuevo al ejemplo del contrato administrativo: Administración y particular están unidos por un contrato que es ley entre las partes por un período, vamos a suponer, de veinte años. A los diez años cambian las circunstancias y la continuación del contrato se convierte en contraria al interés público. La utilización de la prerrogativa, rescindiendo el contrato unilateralmente la Administración, supone una negación de la relación jurídica anterior, al triunfar el arbitrio; pero de nuevo puede ser restablecida la relación jurídica, aunque ahora en un plano más elevado, mediante la negación del arbitrio (negación de la negación) y la obligación por parte de la Administración de indemnizar los daños causados realmente con su decisión (daño emergente, pero no lucro cesante).

(48) ALESSI, *Dir. Amm.*, vol. I, 1949, págs. 329 y 330. Quizás al intentar ahora ofrecer nuestra opinión no estamos sino confirmando la observación de ALESSI.

El origen del término ha de buscarse en la jurisprudencia y literatura jurídica francesa. Empero, no siempre en ellas se nos da de él una explicación satisfactoria. A partir de DUGUIT, sobre todo, se amplía tanto su significado, que en Derecho público todo deviene servicio público. Y entonces va a correr este concepto la suerte de tantos otros: a fuerza de ampliarlo pierde su originario valor jurídico.

En la doctrina francesa hay afirmaciones de sobra para evidenciar cómo se asiste a una progresiva esfumación del concepto hasta hacer de él el fin mismo de la actividad administrativa. Así, puede leerse en el *Précis* de HAURIOU: «El servicio público es la *obra a realizar* por la Administración pública: el Poder público es el medio de realización» (49). Más adelante, el propio autor ensaya una definición del servicio público dando entrada en ella al elemento subjetivo del servicio: «Una organización pública de poderes, de competencias y de costumbres que asume la función de rendir al público, de una manera regular y continua, un servicio determinado por un pensamiento de policía, en el sentido elevado de la palabra» (50).

En todo caso la obra de HAURIOU da lugar a pensar que, desde el punto de vista estrictamente jurídico, es decir, de los modos y medios de acción administrativa, el servicio público no ocupa un lugar tan absorbente, y que el Derecho administrativo no se reduce a examinar servicios públicos. Si se observan los derechos de las Administraciones públicas en relación a la función administrativa con respecto a la cual constituyen medios de acción, dice HAURIOU, se descubre que hay como dos etapas superpuestas: 1.<sup>a</sup> Los derechos en virtud de los cuales el orden público es asegurado y los servicios públicos organizados y realizados; 2.<sup>a</sup> Los medios de gestión de los servicios públicos que, por estar algo más alejados de los servicios técnicos, se aproximan a los derechos patrimoniales (los hay, como la expropiación, las obras públicas y los impuestos, que pueden clasificarse como modos de adquirir). Entre estos medios de gestión, unos merecen el nombre de derechos de poder público; otros, de derechos de persona privada (51).

---

(49) *Précis* cit., 1927, pág. VII del Prefacio. Hay que hacer notar que esta afirmación la hace HAURIOU oponiéndose al exagerado papel que al servicio público concedían DUGUIT y JEZE.

(50) *Op. cit.*, pág. 16.

(51) *Op. cit.*, págs. 441-442.

En JÉZE, la idea del servicio público se hace más absorbente aún. Hay un procedimiento especial, extraño al Derecho privado, utilizable por razón de servicio público: el estudio de ese procedimiento es el Derecho público administrativo. En la satisfacción de las necesidades de interés general —dice JÉZE— pueden emplearse dos tipos de procedimientos: el procedimiento de Derecho privado, que es el que emplean los simples particulares cuando satisfacen esas necesidades, y el procedimiento de Derecho público. «Decir que en determinadas hipótesis existe el servicio público equivale a afirmar que los agentes públicos, para dar satisfacción regular y continua a cierta categoría de necesidades de interés general, pueden aplicar los procedimientos de Derecho público, es decir, un régimen jurídico especial, y que las leyes y reglamentos pueden modificar en cualquier momento la organización del servicio, sin que pueda oponerse a ello ningún obstáculo insuperable de orden jurídico» (52).

Análogo valor, aunque predominando un punto de vista subjetivo, tiene la definición de L. ROLLAND: en un sentido amplio, el servicio público es la empresa o institución de interés general que, bajo la alta dirección de los gobernantes, está destinada a satisfacción de las necesidades colectivas del público (53).

A pesar de la impresión que produce la literatura hasta ahora examinada, no faltan autores franceses en los que puede perfilarse un más estricto concepto de lo que el servicio público sea. Así no obstante el papel que juega el servicio público en la definición del Derecho administrativo de BONNARD (54) y de su afirmación de que, desde el punto de vista realista, el Estado se presenta como un conjunto de servicios públicos, se ha de señalar que al estudiar este autor la teoría general de las intervenciones del Estado da pie a que se considere el servicio público como uno de los modos específicos de tales intervenciones. Esto podría servir de base de partida para hacer del servicio público una de las instituciones jurídicas del Derecho administrativo (55).

(52) *Los principios generales del Derecho administrativo*, trad. esp., vol. II, Buenos Aires, 1949, pág. 4.

(53) ROLLAND, *Précis de Droit Administratif*, 1947, págs. 1 y 2.

(54) Lo define así: «El Derecho administrativo es la parte del Derecho público interno que tiene por objeto prever y reglar las intervenciones administrativas del Estado, o sea, las intervenciones nacidas por medio de la función administrativa y aseguradas por los servicios públicos administrativos, cuyo conjunto constituye lo que se llama corrientemente Administración» (*Précis...*, pág. 1).

(55) *Op. cit.*, págs. 12 a 15.

Finalmente, hay que notar que en el manual de Derecho administrativo que más circulación tiene actualmente en Francia ha desaparecido la expresión «servicio público» de la definición del Derecho administrativo (56). WALINE, su autor, estudia también los modos de intervención del Estado, y distingue: las policías, el estímulo a las obras o empresas privadas de interés público y el servicio público. Pues bien: hay servicio público «cuando una colectividad administrativa, estimando que la iniciativa privada no provee convenientemente a una carga de necesidad o utilidad pública, ha decidido proveer a esta carga por medio de una empresa gestionada, sea directamente por ella a riesgo y ventura, sea bajo su control, distribuyéndose los riesgos con un explotador asociado financieramente, estando colocada esta empresa, por otra parte, total o parcialmente, bajo un régimen de Derecho público que exorbita del común» (57).

Si dejamos a un lado la idea de WALINE, bastante más específica, hemos de convenir en que no falta razón a ROMANO para decir que el servicio público, más que una figura jurídica verdadera y propia, hace referencia al complejo de los fines sociales que los entes administrativos deben proponerse, por lo que da lugar a una cantidad de institutos y relaciones profundamente diversos entre sí (58). No es, pues, de extrañar que ROMANO, que pretende una sistematización jurídica del Derecho administrativo, deje de referirse expresamente a una teoría del servicio público, la cual viene ventajosamente sustituida en su obra por la «teoría de las prestaciones de los entes administrativos» (59).

La preocupación teológica al definir el servicio público domina también en POSADA, el cual hace estas observaciones sobre su noción: 1.<sup>a</sup> Se basa en la noción del fin del Estado y supone la actividad del Estado al servicio de los fines que justifican su existencia; 2.<sup>a</sup> No se puede definir concretamente de modo definitivo, porque su concreción depende de la noción dominante y propulsora, del fin del Estado, de la misión que a

(56) WALINE, *Manual de Dr. Ad.*, 1946, pág. 8. El Derecho administrativo es aquí «el conjunto de reglas que precisan en qué condiciones las personas administrativas adquieren derechos e imponen obligaciones a los administrados, por el ór-  
lano de sus agentes, en interés de la satisfacción de las necesidades públicas».

(57) WALINE, *op. cit.*, pág. 25.

(58) S. ROMANO, *Principi di Dir. amm. italiano*, 3.<sup>a</sup> ed., 1912, pág. 357.

(59) Constituye el libro VI de la citada obra.

éste se atribuye, o sea de las necesidades que en cada momento se estime preciso someter a su acción eficaz (60).

¿Quiérese decir entonces que es necesario abandonar el intento de dotar a la noción de servicio público de *valor jurídico* propio, o es, por el contrario, factible restringir su significado hasta hacer de él una de las concretas instituciones en que se articula el Derecho administrativo?

Este problema fué planteado a fondo por A. DE VALLÉS (61). Después de hacer un recorrido por la literatura jurídica referente al tema, llega a la conclusión de que en la mayor parte de las definiciones, si bien se hace una apreciación exacta de lo que es el *servicio* y de lo que significa *público*, se ve erróneamente lo que el servicio público sea, y ello se debe a que éste tiene su significación *global*, que no corresponde al significado particular de cada uno de los vocablos que lo constituyen (62). Por ello, el punto de partida para lograr una exacta definición debe ser diverso del hasta ahora tomado. Cuando en la práctica se habla de servicios públicos se hace referencia a una serie de actividades sobre las que no cabe duda: ferrocarriles, correos, telégrafos, iluminaciones...; y en cambio, raramente se incluye la justicia civil y jamás la penal. Hay que partir, pues, de estas nociones seguras y observar que en ninguna de ellas se hace mención a los atributos especiales de la persona o entidad que dirige la actividad, sino que se afirma el criterio de que el servicio se dirige en estos casos al *público como tal*. Insistamos en esto: *público*, como segundo término de la expresión examinada, no se refiere aquí al ente que realiza la actividad, sino al *destinatario* del servicio. Y se entiende por «público» la colectividad toda entera, pero considerada en su aspecto fluctuante e indeterminado de individuos. La cuestión es ahora saber si a este concepto que se acaba de dar, por así decirlo, vulgar, corresponde un concepto científico, válido para el Derecho administrativo. Y la solución que debe darse es, para DE VALLÉS, afirmativa. La única limitación que hay que hacer es que el anterior concepto hace referencia tanto a aquellos servicios que están en manos de entes públicos como a los prestados por particulares; sin embargo, como de lo que se trata es de obtener una noción jurídica, hay que llamar «servicios pú-

(60) POSADA, *Tratado de Derecho Administrativo*, 2.<sup>a</sup> ed., 1923, pág. 272.

(61) *I servizi pubblici*, en el *Primo Trattato di Dir. Amm.*, de ORLANDO, vol. VI, parte I, págs. 379 y ss.

(62) *Op. cit.*, pág. 384.



blicos en sentido propio» a aquellos que son públicos también del lado subjetivo, es decir, que están en manos de entes públicos. Sólo así se habrá conseguido aislar un instituto autónomo en el campo del Derecho administrativo (63).

La más reciente doctrina italiana rechaza también la significación amplia e indiferenciada del término servicio público (64). ZANOBINI refiere la noción a sólo algunos aspectos de la actividad administrativa, contraponiéndola a la de «función pública», como forma superior de manifestación de dicha actividad. En su opinión, la función representa siempre el ejercicio de una potestad pública, entendida ésta como una esfera de la capacidad jurídica del Estado, ó sea, de su soberanía; los servicios públicos representan, por su parte, otras tantas actividades materiales, técnicas, incluso de producción industrial, puestas a disposición de los particulares para ayudarlos a conseguir sus fines (65).

En nuestra opinión, sin embargo, el tratamiento más preciso de esta materia se debe a Renato ALESSI (66). Según él, la actividad administrativa puede dirigirse: a) A la organización jurídica objetiva o subjetiva del ente administrativo; b) A conseguir los medios necesarios para el funcionamiento de la máquina estatal; c) A asegurar el orden jurídico y la seguridad social en las relaciones internas y la seguridad en las externas; d) A proporcionar utilidad a los particulares, bien de orden jurídico (por ejemplo, mediante el servicio de inscripción de hipotecas), o bien de orden económico-social, en relación con las necesidades físicas, económicas, intelectuales, etc. (mediante los servicios de transporte, alumbrado, telecomunicación, etc.).

Pues bien: en un sentido amplio se acostumbra incluir en la significación del servicio público las actividades comprendidas en los apartados c) y d). Pero en un significado más técnico y restringido se habla de servicio público exclusivamente para indicar la actividad de esta última categoría; esto es, actividad dirigida a procurar *utilidad* a los particulares, sea de orden jurídico o de orden económico-social. Y dentro de esta noción, todavía cabe distinguir entre dos diversas categorías de actividad.

(63) Op. cit., págs. 385 a 396.

(64) Es frecuente que los tratados italianos de Derecho administrativo no den lugar ni un capítulo especial a la teoría del servicio público.

(65) ZANOBINI, *Corso di Dir. Amm.*, vol. I, 1947, págs. 14 y 15.

(66) En *Le prestazioni amministrative rese ai privati*, Milán, 1946, y en su *Diritto Amministrativo*, vol. I, 1949, págs. 329 y ss.

La primera comprende actividad dirigida a procurar utilidad genérica a los individuos considerados *uti universi*, sin que haya posibilidad de distinguir la cantidad de utilidad de que cada ciudadano puede gozar; la segunda categoría, en cambio, comprende actividad dirigida a procurar específica utilidad a los ciudadanos considerados *uti singuli*.

La importancia de esta última precisión es fundamental para ALESSI, ya que sobre la actividad de estos últimos servicios construye su teoría de las prestaciones administrativas a los particulares (67).

Del resumen que acabamos de ofrecer, relativo a la panorámica de la noción de servicio público en la doctrina contemporánea, se deducen las siguientes conclusiones: 1.<sup>a</sup> Que, aunque es posible hacer una exposición jurídica del Derecho administrativo sin utilizar para nada el servicio público como institución autónoma y concreta, conviene dejar a salvo las ventajas que pueden obtenerse de la postura contraria, tal como aparece en la de ALESSI, o de JORDANA DE POZAS y ALVAREZ GENDIN en España (68); 2.<sup>a</sup> Que también es lícita la utilización de una noción teleológica del servicio público como concepto inspirador del procedimiento de Derecho público y justificante de la actividad administrativa, siendo en este caso noción análoga a la de *interés público*.

10. Como equivalente, pues, del *interés público* (69), el servicio público asume el papel de idea cardinal del Derecho administrativo, al mismo tiempo que elemento primordial para su interpretación y aplicación.

El jurista que contempla la ley administrativa, tanto como el Tribunal que la aplica a una relación dada entre Administración y administrados, han de tener en cuenta esta idea del servicio público si quieren

(67) Vid. *Le prestazioni amm.* ... cit., págs. 23 y ss., donde demuestra que la teoría de las prestaciones administrativas no constituye una inútil repetición respecto a la teoría del servicio público.

(68) ALVAREZ GENDIN admite que junto a los servicios públicos existe una actividad de policía y otra de fomento (en *Concepto del Derecho administrativo*, en *Revista General de Leg. y Jurispr.*, 1934, t. 164, págs. 403 y ss.). Lamentamos que el profesor JORDANA DE POZAS no haya dado cumplido desarrollo a su pensamiento en un tratado sistemático: nuestra referencia la basamos sobre sus programas de explicaciones en la Universidad de Madrid.

(69) Posiblemente no discutiríamos la tesis de que, dada la ambivalencia que hemos descubierto en el término servicio público, sería más conveniente el empleo del de *interés público*. Porque, en efecto, aquél implica la referencia de éste, mientras que se puede construir la teoría del *interés público*, como hace, por ejemplo, KRUEGER (*Die Lehre des öffentlichen Interesse*, 1932), sin mencionar aquél.

llegar a la íntima esencia del Derecho administrativo. Por haber procedido así en un alarde de intuición jurídica, ha conseguido el Consejo de Estado francés sus grandes avances en el camino de la construcción de un sistema de Derecho administrativo.

Estimamos, por tanto, que en la construcción teórica, así como en la aplicación jurisdiccional del Derecho administrativo, se debe utilizar el método característico de una «jurisprudencia de intereses». El interés específico a tener en cuenta en estos casos sería el *interés público*, o sea, continuando con la terminología adoptada, el *servicio público*. El servicio público desempeñaría el papel de un *standard de interpretación*. La novedad de esta terminología requiere, no obstante, una explicación

Hace ya algunos años, publicó M. HAURIUO, con el título *Police Juridique et fond du Droit*, un interesante trabajo no muy divulgado (70) sobre las últimas publicaciones dadas a luz por el Instituto de Derecho comparado de Lyon. Principalmente ocupaba su atención el libro de AL. SANHOURY: *Les restrictions contractuelles à la liberté individuelle du travail dans la jurisprudence anglaise*. Estudiaba este autor las llamadas *restraints of trade*, o sea ciertas cláusulas incluibles en contratos privados que aparejaban como consecuencia una restricción en la libertad de comercio de una de las partes. El problema fundamental que se ofreció a la jurisprudencia anglosajona fué el relativo a solucionar el conflicto planteado entre la validez de la cláusula restrictiva, que deriva del principio de la libre contratación (contrato ley entre las partes), y el principio de la libertad de comercio, derivante de una declaración constitucional. A falta de expresa regla de Derecho aplicable al caso, la jurisprudencia anglosajona eligió el procedimiento denominado del *standard*. Fundamentalmente, consiste en buscar la solución al caso concreto mediante un planteamiento de la cuestión, como dice HAURIUO continuando por su cuenta el razonamiento (71), en el que se hacen entrar todos los intereses razonables en juego en este caso concreto. Así, en un negocio contractual, donde, a primera vista, no entran en juego más que dos intereses (los de las dos partes contratantes), se hace entrar en juego un tercer interés, el de la empresa útil a la sociedad, estableciéndose así un equilibrio entre tres factores. Pues bien: si consideramos la relación

(70) En la *Revue trimestrelle de Droit civil*, 1926, I, págs. 265 y ss.

(71) *Op. cit.*, pág. 270.

jurídico-administrativa, comprenderemos que es justamente el juego decisivo de un tercer factor el que le presta su peculiaridad. Por supuesto, que este nuevo factor es el interés o servicio público, insoslayable al decidir sobre la cuestión.

El ejemplo a citar, demostrativo de la consideración de *standard* de interpretación que debe concederse a la idea de servicio público, puede ser, una vez más, el tantas veces citado de la jurisprudencia del Consejo de Estado francés, relativa a contratos administrativos. La única justificación que puede encontrarse al hecho de que la rescisión unilateral de ciertos contratos administrativos por parte de la Administración no acarree sino una indemnización de daño emergente, ha de buscarse en el interés del servicio público; y este mismo interés, aunque ello pudiera parecer paradójico, explica también la teoría de la imprevisión en la misma materia de contratos administrativos, pues la ruina del concesionario privado también atenta a la continuidad del servicio público.

11. Hemos examinado hasta aquí la significación del régimen administrativo y su Derecho como solución al problema de someter el Estado al Derecho. Es necesario ahora que veamos hasta qué punto ha cristalizado en España esta solución jurídica.

Se ha de advertir, ante todo, que la realidad histórica no se ha conformado con la simplicidad del esquema propuesto en este trabajo. Antes bien, los diversos sistemas europeos se ofrecen en una gradación de matices que va desde el clásico régimen francés hasta el *rule of law* anglosajón. Y así, no obstante la impresión ortodoxa que pudiera sugerir la lectura de la obra de Otto MAYER, otros autores alemanes, como KAUFMANN, han puesto de manifiesto la evidente inadecuación del sistema jurídico elaborado por los administrativistas franceses y el Consejo de Estado durante el siglo XIX, a la realidad alemana.

Ahora bien, se ha mostrado ya la tendencia que acerca cada vez más a los patrones del régimen administrativo los sistemas, como el anglosajón, antes más distanciados. Y, por otra parte, por lo que a la realidad española atañe, hay que recordar que HAURIOU la clasificaba, juntamente con Francia y Polonia, como ejemplo de régimen administrativo puro. Sin embargo, únicamente se puede hablar de la perfección del régimen y del Derecho administrativo cuando en las soluciones arbitradas a cuantos problemas deriven de relaciones entre la Administración y los administrados se tienen siempre en cuenta los criterios específicos que con au-

terioridad hemos examinado. Y si bien es cierto que puede hablarse con toda propiedad de un Derecho administrativo español, también lo es que a veces han escapado a su influjo ciertas zonas de la actividad administrativa, las cuales, por consecuencia, o han quedado bajo el imperio de principios propios del Estado-policía, o han pretendido resolver con criterios iusprivativistas relaciones en las que estaba implicada la idea de servicio público. En ninguno de ambos casos se ha realizado el «a cada uno lo suyo» —a la prerrogativa y a la garantía del particular— que exige la justicia administrativa.

Nos vamos a limitar a citar algunos ejemplos demostrativos de cómo en ciertas ocasiones nuestro Derecho administrativo no garantiza suficientemente la situación del administrado, o no tiene una debida cuenta de la peculiar interpretación que exigen las relaciones en que está en juego el servicio público.

A) Hay razones de sobra demostrativas de que el Derecho administrativo español clásico no ha construido un sistema completo de garantías para los derechos del particular. Ello se ve, por modo de ejemplo, en los siguientes principios que se deducen de nuestro Derecho positivo y jurisprudencia:

a) El sistema jurídico-administrativo español acepta el principio de que el acto administrativo discrecional, así como el de gobierno (que es, según la Ley de la jurisdicción contencioso-administrativa de 1894, una subespecie de aquél), son infiscalizables por los Tribunales competentes. Al oponer la discrecionalidad a lo reglado en la forma contuyente que según la Ley de 1894, se impide toda posibilidad de fiscalizar lo que la doctrina francesa ha llamado *détournement de pouvoir*, o sea uso de los poderes administrativos para fines distintos de aquellos para los que fueron concedidos por Ley. Por otra parte, la Ley de 18 de marzo de 1944 presenta, sin perjuicio de lo que se desprende del artículo 4.º del Reglamento de 1894, una lista de actos de gobierno, igualmente infiscalizables. Este tratamiento del acto discrecional, que supone un retorno a la situación de Estado-policía para aquellas relaciones por él creadas, sufre, empero, una doble corrección. De una parte, porque el propio artículo 4.º del Reglamento de 1894 considera la posibilidad de que la Administración haya de indemnizar al particular los perjuicios causados por consecuencia de su acto discrecional; por otra parte, ha de subrayarse una jurisprudencia del Tribunal Supremo que hace posible la fiscaliza-

ción del procedimiento seguido por las entidades públicas para dictar sus actos, aunque éstos fuesen discrecionales. En este sentido, declara la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de julio de 1948, «que es doctrina reiterada de este Supremo Tribunal que, aun en el supuesto de no ser competente para entender el fondo de la cuestión debatida, lo es siempre para resolver sobre la validez o nulidad de la disposición que se impugna, cuando la Administración, al dictarla, desconoció precepto de obligado e ineludible acatamiento; sin que tal doctrina jurisprudencial tenga otra excepción que la relativa a aquellas normas legales que por su evidente carácter de generalidad sean de observancia y aplicación a todo el territorio nacional...» (72).

b) El artículo 1.<sup>o</sup> de la Ley de 1894 exige, para la interposición del recurso contencioso-administrativo por el particular, la existencia de lesión de un derecho subjetivo de carácter administrativo. Esto significa que en aquellos casos, numerosísimos, en que la Administración obra ilegalmente, pero sólo lesiona intereses particulares, no hay posibilidad de fiscalizar su acción jurisdiccionalmente. Este carácter subjetivo de nuestro contencioso se lleva a sus últimas consecuencias por el Tribunal Supremo, hasta el punto de que, cuando se recurre un acto administrativo que afecte a varios particulares por sólo alguno de éstos, la sentencia de anulación, de conseguirse, sólo beneficia a aquellos particulares que recurrieron; para los demás, el acto declarado ilegal por el Tribunal Supremo continúa produciendo efectos jurídicos.

El contencioso municipal y la jurisdicción de agravios son, sin embargo, más generosos, admitiendo la legitimación del recurrente titular de un interés legítimo lesionado (73).

c) La interpretación jurisprudencial que se ha dado de la *fuera mayor* en los denominados contratos administrativos «a riesgo y ventura», como, por ejemplo, el contrato de Obras Públicas, es también contrario a los principios típicos que informan el Derecho administrativo. Aunque se refiere a un supuesto de contrato de afianzamiento de recaudación de contribuciones, declara, con pretensiones de doctrina general.

(72) Vid. nuestro comentario a esta sentencia en Rev. Der. priv., núm. 387, junio de 1949, págs. 540-541.

(73) La *diferencia* está, empero, en que el contencioso municipal le sobra con la simple alegación del interés, mientras que la vía de agravios exige la demostración por el recurrente de «interés personal, directo y legítimo».—La nueva Ley de Régimen local de 1950 exige ya un «interés directo».

la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo, en su sentencia de 3 de diciembre de 1949: «... el concepto de *fuerza mayor*, como elemento de posible obstáculo y de consiguiente modificación en el cumplimiento de los contratos, tiene en los de naturaleza administrativa un alcance más limitado y concreto que en los de carácter civil. ». Si esta declaración fuese doctrinalmente aceptable, no habría posibilidad de explicar la teoría del riesgo imprevisible, característica, como dice HAURIOU (74), de contratos influidos por una idea institucional. Pero es que, además, GARCÍA DE ENTERRÍA ha demostrado que justamente en nuestro Derecho positivo (artículo 42 del Pliego de condiciones generales para la contratación de Obras Públicas de 13 de marzo de 1903) hay razones de sobra para considerar ampliado el campo de aplicación de la *fuerza mayor* con relación a la *locatio operis* de carácter civil (75).

d) Tampoco ha sabido nuestra jurisprudencia jugar convenientemente con los principios propios del Derecho administrativo en ciertos supuestos claros de responsabilidad administrativa. Pensemos en el supuesto que plantea la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del T. S. de 31 de marzo de 1949; un particular solicita del Ayuntamiento autorización para construir un quiosco destinado a la venta de pan en una plaza pública; la Corporación municipal accede a lo solicitado, fijando las condiciones que había de reunir el edificio, que pasaba a propiedad del Ayuntamiento, siendo de cuenta del concesionario los gastos de construcción, el cual conservaba el derecho de ser arrendatario durante quince años mediante el pago de un canon anual. Ahora bien: la Dirección General de Bellas Artes, haciendo uso de las facultades que para protección del Tesoro artístico nacional concede el Decreto-ley de 9 de agosto de 1926, y entendiéndolo que por el lugar en que se instalaba el quiosco era de aplicar el Decreto-ley, ordenó al Ayuntamiento que mandase paralizar las obras iniciadas, demoliendo lo ya construido. El particular interpone recurso contencioso-administrativo en el que solicita revocación del acuerdo municipal por el que se le ordenó paralizar las obras y, habida cuenta de que éstas fueron ya demolidas, que se declarase la obligación del Ayuntamiento de abonar la indemnización por daño emergente (más de 6.000 pesetas) y lucro cesante

(74) *La teoría del riesgo imprevisible y los contratos influidos por instituciones sociales*, en Rev. Der. priv., Madrid, enero 1926.

(75) GARCÍA DE ENTERRÍA, *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en REVISTA DE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA, núm. 2, mayo-agosto 1950, páginas 83 y ss.

(más de 80.000 pesetas). Tanto el Tribunal Provincial como el Supremo, al conocer la apelación, declararon la incompetencia de jurisdicción, puesto que el acuerdo municipal impugnado se limita a trasladar al particular una orden de la Administración Central del Estado, tomada en el uso de facultades discrecionales. Ni uno ni otro Tribunal supieron hacer jugar aquí el principio de la indemnización que, en Derecho administrativo, es el que restablece el equilibrio roto por la prerrogativa (76).

B) Pero otras veces la falta de madurez del sistema administrativo se evidencia cuando la jurisprudencia incurre en el vicio opuesto al hasta ahora examinado: no es una situación de arbitrariedad del poder la que se consagra, sino una sumisión del mismo a criterios del Derecho civil. En estos casos ha faltado un adecuado planteamiento de la cuestión haciendo intervenir la idea de servicio público como *standard* previo a la solución.

Así, hay una reiterada jurisprudencia del T. S. en trámite de apelación que niega a los Ayuntamientos posibilidad de, en uso de sus poderes de policía de ornato y embellecimiento de las vías públicas, obligar a la Compañía Telefónica a retirar los postes aéreos de conducción, sustituyéndolos por conducción subterránea (77). El contrato como ley inflexible de la relación existente entre la Compañía y el Estado debe aplicarse aquí frente a la pretensión del Municipio de que la sustitución —de no darse las circunstancias contractualmente previstas— se lleve a cabo exclusivamente a expensas de la Compañía; pero ¿acaso no debe siempre dejarse a salvo la posibilidad del Ayuntamiento de obligar a realizar la sustitución, aunque indemnizando por daño emergente, cuando lo requiera (a juicio del Municipio, que es su juez) el servicio público?

---

(76) Tal como estaba planteada la demanda en este caso (en el *petitum* se solicitaba expresamente la indemnización), hubiese sido fácil estimar el acto municipal como fuente de responsabilidad o señalar con claridad que esta cuestión era a decidir por la jurisdicción ordinaria.

(77) Como ejemplo de una tendencia, vid. la sentencia de la Sala 4.<sup>a</sup> del Tribunal Supremo de 15 de junio de 1949.