

El administrado

SUMARIO: I. *Introducción*.—II. *Nociones generales*: A) Concepto. B) Clases de administrado: 1. Administrado simple: a) Posición de sacrificio, b) Posición de beneficio. 2. Administrados cualificados. C) Posición jurídica del administrado.—III. *Principios generales*: A) Función de los principios generales. B) Principio de legalidad. C) Principio de igualdad. D) El principio de subsidiariedad. E) Principio de Administración eficiente. F) Principio de acceso a la justicia.

I

INTRODUCCION

Hace unos años se rindió un merecido homenaje a ese gran humorista del administrativismo que es el Profesor PI SUÑER. Pues, aunque no lo creáis, no está reñido el humor con la Administración. Y buena prueba de ello es la atrayente personalidad de JOSÉ MARÍA PI SUÑER. Pues bien: en ese Libro-homenaje que le dedicamos un conjunto de compañeros y discípulos colaboró el Profesor JORDANA DE POZAS con un trabajo cuyo título no podía ser más expresivo ni más propio para el momento: *Humorismo y Administración*. Y en este trabajo recuerda estas frases de PÉREZ GALDÓS, referidas al edificio y oficinas del Ministerio de Hacienda: «Ni Dante ni Quevedo soñaron, en sus fantásticos viajes, nada parecido al laberinto oficinesco, al campaneó disorde de los timbres que llaman desde todos los confines de la vasta mansión, al abrir y cerrar de puertas, y al taconeó y carraspeo de los empleados que van a ocupar sus mesas colgando capa y hongo; nada comparable al mete y saca de papeles polvorosos, de vasos de

agua, de paletadas de carbón, a la atmósfera tabacosa, a las órdenes dadas de pupitre a pupitre y al tráfago y zumbido, en fin, de estas colmenas donde se labra el panal amargo de la Administración» (1).

Si el bueno de PÉREZ GALDÓS levantara la cabeza, comprobaría que mucho menos hubieran podido soñar el laberinto de entidades, órganos, organismos autónomos y servicios que integran la actual Administración. Eso sí, con sus oficinas de iniciativas y reclamaciones, su normalización, su racionalización y sus espléndidos letreros indicadores.

Solamente el Ayuntamiento de Madrid, durante el pasado año 1964, ha concedido 35.467 licencias, cifra en la que se incluyen las licencias de apertura de establecimientos comerciales, las de industrias y las de obras de todas clases. Durante el mismo ejercicio, por los distintos servicios del citado Ayuntamiento, se impusieron 345.179 multas, sin contar las que fueron satisfechas por los administrados en el momento mismo de la imposición. Y todo ello cuando el Alcalde no procedía de la carrera fiscal y todavía no se había inventado la «Operación-Salamanca».

Estas cifras, estas elocuentes cifras, referidas a una sola de las unidades administrativas, y, precisamente a una unidad local, aunque sea la que desarrolla más vasta actividad, nos dan una perfecta idea de hasta qué punto se han extendido los fines de la Administración moderna. Si a las mismas añadiéramos las referentes a las unidades administrativas de las demás esferas, llegaríamos a la convicción de que no existe esfera o parcela de la realidad social que escape de la acción administrativa.

Y todo esto, ¿para qué? Me atrevo a creer que para el hombre, para la persona. Y digo me atrevo a creer porque, a fuerza de hablar de prerrogativas, de poderes exorbitantes, del interés público, de los servicios públicos, de la planificación, del desarrollo económico, uno llega a olvidarse que el fundamento y razón de ser de esa ingente actividad administrativa, como el fundamento y razón de ser del Estado mismo, no es otro, en definitiva, que el hombre, su bienestar, hacer que su paso por la tierra sea más agradable, mejor.

(1) JORDANA DE POZAS: *Humorismo y Administración*, en «Problemática de la Ciencia del Derecho», Barcelona, 1962, pág. 472.

El administrado, pues, es, o al menos debe ser, el centro del sistema. Sin embargo, no es así. Si cogéis cualquier libro, tratado o manual de Derecho administrativo, aún de la época dorada del liberalismo, podréis observar que el administrado no tiene derecho ni siquiera a un título, ni a un capítulo, ni a una sección. Todo lo más que se le dedica es un epigrafe o apartado como elemento de la relación jurídico-administrativa. Y si pasamos al terreno de las monografías, podremos asimismo comprobar que, frente a la copiosa bibliografía sobre otros temas, el del administrado, en sí mismo considerado, apenas si ha merecido la atención de la doctrina, no ya española—donde pueden encontrarse algunos trabajos muy logrados (2)—, sino extranjera.

El hecho no puede ser más significativo. La Administración y sus prerrogativas ha absorbido lo mejor de nuestra producción. Es cierto que el administrado aparece en algún capítulo como recurrente, como usuario de los servicios, como expropiado, como contribuyente...; pero no en el puesto central que le corresponde.

Frente a este estado de cosas, siempre he mostrado mi predilección por la simpática figura que se conoce con el nombre humilde «administrado». Con sus virtudes y sus defectos. Con su inagotable paciencia y su tremendo afán de eludir obligaciones. Colaborando unas veces con la Administración y defraudándola siempre que puede.

Ya en el primero de los Cursos sobre los Problemas Políticos de la Vida Local, celebrados en Peñíscola, al estudiar la reforma administrativa, proclamé su necesidad en función de ese pobre y sufrido administrado, «que no pasa día que no tenga que hacer cola ante una ventanilla a hacer una declaración o a presentar una instancia, previa adquisición, naturalmente, de unos cuantos sellos que ha de adherir necesariamente a aquéllas». En el segundo Curso dediqué mi intervención al principio de igualdad, que se

(2) CUEVAS: *La teoría jurídica del administrado*, «Revista de Derecho Público», año I, núm. 3, págs. 73 y sigs.; MESA SEGURA: *Participación de los administrados en la obra de la Administración*, «Boletín de la Universidad de Granada», núms. 22 y 23; SERRANO GUIRADO: *Administrado*, «Nueva Enciclopedia Jurídica, Seix», II, págs. 379 y sigs.; MONTIEL: *Relieve y función del administrado*, «Revista de la Facultad de Derecho de México», XI, núms. 43-44, páginas 603-662; DE JUAN ABAD: *Sobre el concepto de administrado*, en «Documentación administrativa», núms. 56-57, págs. 67-74; DE DIEGO SAMPER: *Notas para el estudio del estatuto jurídico del administrado*, págs. 29-56.

ha colocado siempre como principio rector de la situación jurídica del administrado. Hace unos meses, por amable invitación de VICTORIANO FRÍAS, en el Colegio de Abogados de Málaga, me ocupé del tema del administrado ante los servicios públicos. Y en los últimos Cursos de Peñíscola, del administrado en la esfera local.

Pero esto constituye la excepción. Lo normal, lo usual, es la despreocupación por el tema del administrado.

Si de los libros descendéis a la realidad, el panorama no es sustancialmente distinto. Os encontraréis con Congresos y Asociaciones de las clases medias, de los padres de familia, de los abogados, de los farmacéuticos; oiréis hablar de las cuestiones que afectan al hombre como miembro de una profesión o de una familia, como vecino de un Municipio o parte integrante de una clase social. Pero del hombre a secas, como hombre, como administrado, apenas si se habla.

Hemos llegado, justamente, al polo opuesto de la situación reinante en el momento de nacer el Derecho administrativo moderno. Como tantas otras veces—quizá pudiéramos decir que como siempre—, el pensamiento humano no ha sabido mantenerse en el punto medio, y ha ido de un extremo a otro. De una realidad social en que no existía más que el hombre—como hombre, como ciudadano—frente al Estado, a otra en que el hombre apenas si tiene realidad a no ser a través de instituciones más o menos naturales.

El fenómeno ha sido constatado brillantemente entre nosotros por el Profesor JORDANA DE POZAS, en una monografía sobre «Las Corporaciones profesionales», con estas palabras: «Debido a la tarea asumida por el Estado, que siguió a la revolución, de consolidar la obra unitaria de las monarquías absolutas, empleando cuantos medios tuvo a su alcance para acabar con una serie de instituciones intermedias entre el individuo y el Estado, al aparecer en 1918 la obra clásica de MACAREL, en todo el territorio francés no existía para el Derecho público más que el Estado y el individuo y su obra fue un Derecho administrativo del Estado» (3).

(3) Ante la tremenda situación de privilegios con que se enfrentó la Revolución, fué preocupación esencial, una vez consagrado el principio de igualdad, realizarle hasta en sus últimas consecuencias. Me remito a mi trabajo *El principio de igualdad en el régimen local*, en «Problemas Políticos de la Vida Local», II, Madrid, 1962, págs. 225-228. Se trataba—dice S. MARTÍN RETORTILLO—de

Volvamos un poco al hombre. Sin exageraciones, volvamos al que forzosamente ha de ser el centro de todo sistema de gobierno y de administración. Y volvamos a él, no en su aspecto grandilocuente de ciudadano, sino en su aspecto más humilde, pero más realista y eficaz, de administrado.

Pasaron los tiempos en que el ciudadano era el tema central de la bibliografía de Derecho público. Pues acabó la lucha que el hombre tenía emprendida frente a los señores que encarnaban el poder absoluto para conquistar esa esfera de libertades, hoy consideradas elementales, que integran el estatuto del ciudadano. Pero el hombre está hoy frente a un enemigo mucho más peligroso, más poderoso y más arbitrario que los viejos poderes absolutos: la Administración pública.

Cualquiera que sea el Estado en que se encuentre o el régimen político que le informe. Desde las llamadas democracias populares hasta las manifestaciones más puras de la democracia, el administrado se encuentra ante un monstruo de poder que tuvo su nacimiento, precisamente, en nombre del propio individuo, para defenderle de los Parlamentos judiciales. Un autor argentino reciente, al referirse a una de las manifestaciones de ese poder —el poder de policía—, en un sugestivo trabajo, ha dicho: «Fácil es advertir en cualquier obra sobre la materia cómo el autor se encuentra con que ha creado o adoptado un pequeño Frankenstein jurídico; un ente que escapa de su control, indomable, ávido de

dar a luz las fórmulas concretas necesarias para fijar y cristalizar de modo real y efectivo la igualdad. Cfr. *Presupuestos políticos del régimen local*, RAP, número 43, pág. 19, donde añade: «En este sentido, la tarea más importante se presentó ciertamente en relación con las asociaciones, corporaciones y demás grupos de carácter estamental, que de modo tan directo impedían el desarrollo normal de un tratamiento jurídicamente igualitario de todos los ciudadanos. Actualizando esta dirección, el 14 de junio de 1791 el Abogado de Rennes, LE CHAPELIER, presentó a la Asamblea, en nombre del Comité de Constitución, un proyecto de supresión de Asociaciones y Corporaciones, proyecto que, inmediatamente a su presentación, fué sin dificultad aprobado. El texto, por su parte, determina en sus primeros artículos no sólo la supresión de los grupos intermedios, sino que va todavía mucho más lejos: taxativamente prohíbe toda clase de asociaciones o corporaciones entre ciudadanos de la misma edad, clase o profesión, así como toda asamblea o petición sobre sus «pretendidos» derechos comunes; declara, igualmente, que tales organizaciones eran inconstitucionales, atentadoras a la libertad y contrarias a la declaración de los derechos del hombre, castigándose a los jefes, autores o instigadores de tales intentos, a los que incluso se les llega a privar de sus derechos activos de ciudadano». Cfr., *infra*, apartado III, C.

expansión. El autor se dedica entonces tenazmente a encontrar «limitaciones al poder de policía» y enseñar cómo no puede violar las garantías constitucionales, cómo la Constitución es una protección nuestra que no existe en otros países, cómo la policía no puede desconocer la persona humana, cómo debe respetar la Ley... La práctica demuestra que los intentos de los autores no son suficientes para contener al poder de policía; éste holla la libertad y la dignidad humanas sin que los autores puedan hacer otra cosa que indignarse contra el Gobierno» (4).

Es necesario reducir la Administración pública a sus justos límites y garantizar al ciudadano una esfera de derechos, facultades y libertades en su faceta administrativa.

Y el vehículo para ello ha de ser la Ley por antonomasia, la Ley fundamental, la Constitución, Sólo si aquellas garantías han plasmado en normas de rango constitucional y existe un sistema jurisdiccional eficaz que asegure su cumplimiento se habrá conseguido algo. De otra forma, aun cuando se sancionen en normas con jerarquía de Ley, no se habrá obtenido absolutamente nada, ante la facilidad con que se deroga o modifica una Ley ordinaria.

Esta es la razón por la que buena parte de los derechos fundamentales que asisten al ciudadano como administrado estén ya en las Constituciones (5). Pero, elaboradas éstas todavía bajo la influencia de que lo esencial eran los derechos políticos tradicionales, sus garantías como administrado son incompletas.

Ha de empezarse, pues, por recoger en las Leyes constitucionales los principios fundamentales. Y, partiendo de éstos, llegar al estatuto jurídico del administrado.

(4) AGUSTÍN A. GORDILLO: *La crisis de la noción de poder de policía*, Buenos Aires, 1961 (separata), pág. 236.

(5) PELLOUX: *Le citoyen devant l'Etat*, 2.^a ed., Paris, 1963; GONZÁLEZ PÉREZ: *El procedimiento administrativo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1964, págs. 247-252; ALVAREZ GENDÍN: *La independencia del poder judicial*, Madrid, 1966, págs. 48-57; MONTIEL: *El ciudadano y el administrado*, RAP, núm. 48, págs. 127-142.

II

NOCIONES GENERALES

A. *Concepto.*

El administrado es esa persona que aparece al lado de o frente a la Administración pública. Es «ese público para el que existen, directa o indirectamente, los servicios públicos», el que los sostiene con la participación en sus cargas y se beneficia de sus prestaciones (6). Lo que da unidad al concepto son dos notas esenciales:

a) Por un lado, el sometimiento al Derecho administrativo. No es administrado el particular en cuanto se relaciona con la Administración pública, en régimen de Derecho común. El particular que vende una cosa de su propiedad a la Administración con arreglo al Derecho civil tiene una posición jurídica definida en el Código como vendedor, netamente diferenciado del Derecho administrativo; el obrero que presta sus servicios a una Administración pública en régimen laboral está sometido al contrato de trabajo que rige sus relaciones, etc. El administrado es lo que con frase expresiva CUEVAS calificó de «particular público», esto es, el particular «en cuanto queda ligado, objetiva o subjetivamente, a los sujetos oficiales para algo de carácter público, y por un enlace en que interviene más o menos inmediatamente el Poder público», o, dicho de manera más simple y más técnica, el particular en cuanto sujeto del Derecho administrativo.

b) Y, por otro lado, como nota negativa esencial del concepto, hay que señalar que no es titular de un órgano administrativo. La persona que deviene titular de un órgano deja de ser administrado y se convierte en autoridad o funcionario en el más am-

(6) MONTIEL: *Relieve y función del administrado*, cit., pág. 615; MESA MOLES: *Participación de los administrados en la obra de la Administración*, «Boletín de la Universidad de Granada», V, núms. 22-23, 1963, págs. 184 y sigs.

plio sentido. Este tipo de sujeto, que reúne unas características bien definidas, y que a veces llega a constituir una profesión—no sólo por parte del funcionario en sentido estricto, sino por parte del político que hace de la función administrativa su modo de vida—, puede ser designado, en contraposición al «administrado», con el expresivo nombre de «administrante», que hace años empleó el inolvidable JUAN GASCÓN HERNÁNDEZ (7). Ofrece el máximo interés sociológico. Y, todavía lo ofrece en mayor grado el de la «señora de administrante».

Aparece así una distinción esencial: administrante-administrado.

La distinción administrante-administrado excede del ámbito estricto del Derecho administrativo para ocupar un puesto central en la Ciencia política, muy superior al que CARL SCHMITT asignara a la distinción amigo-enemigo, o su tocayo CARLOS MARX a la diferencia de clases.

Si existe una diferencia profunda, esencial, entre los hombres que integran una comunidad es la distinción entre administrante y administrado.

Las diferentes ideas políticas, el distinto origen regional, el ejercicio de diversas profesiones, apenas si tienen importancia. Entre un administrado socialista, liberal, radical o demócrata-cristiano no existe diferencia esencial alguna (siempre es un pobre desgraciado que espera la cola de los transportes urbanos, que tiene que hacer su declaración de impuestos y sufrir distintas inspecciones en los momentos más inoportunos). Como tampoco existe entre el administrante de cada una de aquellas ideologías. Pero sí existe—y tremenda—entre administrante y administrado, aun cuando los dos comulguen las mismas ideas políticas, sean vecinos del mismo Municipio o ejerzan idéntica profesión.

La diferencia es, fundamentalmente, sociológica, no formal. Se da o puede darse en todas las esferas. Pensemos, por ejemplo, en una de las comunidades más reducidas. Dejemos la comunidad nacional y descendamos a una comunidad más pequeña para ver cómo se da este fenómeno sociológico. Pensemos en eso que está tan de moda y todos conocemos: la comunidad de copropietarios

(7) Sobre las ideas generales, me remito a mi trabajo *El procedimiento administrativo*, cit., págs. 242-260.

de una casa dividida por pisos. A veces—supuesto poco frecuente, pues el administrante abunda mucho—, no existe entre los miembros de la comunidad ningún administrante, y el problema de la administración de la comunidad viene a resolverse por una fórmula análoga a la que ya PLATÓN señalara para el gobierno de la *polis* griega, es decir, un sistema de turnos o sorteos que obliga cada año a uno de los condueños a asumir las cargas de la gestión. Este tipo es raro, pero existe. Conozco algunos.

Otras veces, en la comunidad existe un solo administrante. Y estamos ante una comunidad feliz. Ese administrante será nombrado presidente de la comunidad. Hará firmes protestas—como los políticos—al final de cada ejercicio de que realmente está muy cansado de su gestión, que hace falta la renovación en la dirección de la comunidad, que cualquier otro podrá sustituirle y lo hará mejor que él. Pero, ante los ruegos—que no hace falta que sean demasiado insistentes—de los demás, se sacrificará y continuará su gestión. Los demás comuneros, felices, podrán dedicarse a sus trabajos y actividades. Pagarán como único tributo el tener que soportar en la escalera una alfombra horrenda—que es la que gusta al presidente; mejor dicho, a la mujer del presidente—, y en el *hall* unas plantitas muy cursis que ha elegido la hija del presidente. Pero, a cambio de esto, no tendrán preocupación alguna y podrán trabajar felices.

Ahora bien: lo frecuente es que—y aquí está el problema—en una de estas comunidades exista más de un administrante. Lo que supone acabar con la paz comunal. Surgirá la escisión por la cosa más mínima, la discusión por detalles absurdos y no habrá modo de ponerse de acuerdo. Se dividirán los vecinos y surgirán los conflictos.

Esto, en la esfera reducidísima de una comunidad de propietarios de pisos, es fiel caricatura de esa más amplia comunidad que es el Estado. Y no digamos de esa maravilla de armonía y buen entendimiento que es la comunidad internacional.

Y no es difícil encontrar gobernantes y administradores que son auténticos administrados, y administrados que son consustancialmente administrantes. Se es administrante o administrado como se es rubio o moreno, alto o bajo, gordo o delgado.

Para distinguirlos existen criterios prácticos irrefutables. Mien-

tras los unos pagan los otros viven del presupuesto. Mientras los unos son seres infalibles, los otros se equivocan siempre. Mientras que lo que unos afirman, como dice VICTORIANO FRÍAS, goza de presunción de verdad, los otros tiene que probar lo que alegan, en aplicación del principio sobre carga de la prueba en el procedimiento administrativo. Mientras para uno no reza el régimen de multas por infracciones de normas de policía para otros se aplica implacable. Mientras para unos no existe el orden de preferencia en la tramitación de los expedientes en que están interesados, para los otros tampoco, pero al revés. Y hoy existe un medio técnicamente irrefutable para clasificarlos: el aparcamiento o estacionamiento. Cuando lleguéis a un lugar de excesiva circulación, sea un edificio público, un estadio deportivo o un lugar de recreo, os encontraréis con el consabido poste indicador de prohibido el estacionamiento, debajo del cual habrá un letrero: «excepto...». Pues bien: los que figuran a continuación del «excepto» ésos son los administrantes.

Y os decía que la diferenciación es sociológica, pues, siguiendo este criterio práctico de clasificación, observaréis que existen buen número de personas que, aun cuando utilizan vehículos cuya matrícula está entre aquéllas para las que no reza la prohibición, se consideran sometidas a ella. Y, por el contrario, otras tantas personas que, aun cuando carecen de aquel privilegio, dejan su coche donde mejor les parece, con desprecio de los demás administrados y de las elementales normas de educación ciudadana.

Un ejemplo típico de actuación de administrante lo presencié hace algún tiempo en una oficina administrativa de las que funcionan como Dios manda. Había varias personas esperando tratar con el jefe, que con amabilidad a la española atiende a todos como si estuviese al servicio de la empresa privada, cuando un ordenanza le pasó una tarjeta. El funcionario, hombre sano, haciendo caso omiso del nombre que figuraba en la tarjeta, dijo que tuviese la amabilidad de esperar. Al instante entra de nuevo el bedel diciendo que aquel señor le recordaba que si no sabía que un ex Ministro estaba dispensado de esperar cola. Y como el funcionario insistió, al poco tiempo recibió la llamada de su Ministro para llamarle la atención por su falta de consideración. Ignoro si se trataba de un «ex Ministro de la Corona», de un «ex

Ministro de la República» o de un «ex Ministro del Régimen». Pero podía ser de cualquiera de los tres grupos, pues en este tipo sociológico no se dan diferencias sustanciales.

Otro ejemplo que data de hace varios años: en un procedimiento administrativo pendiente de decisión en determinado Departamento ministerial, el entonces titular del Servicio competente era, por causas que no vale la pena citar, totalmente contrario a la pretensión formulada. Tan contrario, que en una entrevista mantenida con él llegó a decir que, para que se accediera a la petición, habría que pasar por su cadáver, y que si llegaba a dictarse resolución favorable presentaría su dimisión, cosas no muy congruentes, pues mal puede presentar la dimisión un cadáver. Lo cierto es que el Ministro resolvió accediendo a lo pedido—de conformidad con la propuesta de aquel funcionario—. Y, naturalmente, ni dimitió ni hubo que pasar por su cadáver (8).

Pero dejemos al administrante—os prometo dedicarme a él y a su tipo más cualificado, el «publicano», con la debida extensión en otro momento—y volvamos al administrado. ¿Qué tipos de administrado nos ofrece la realidad?

B. Clases de administrado.

Ante la complejidad de las funciones administrativas y sus múltiples manifestaciones, el administrado puede encontrarse en tan distintas posiciones que ha dado lugar a que se hable de clases de administrados. En definitiva, estas diversas posiciones pueden reducirse a dos categorías, que se han denominado administrados simples y administrados cualificados.

1. Administrado simple.

El llamado administrado simple es el auténtico administrado, esto es, el administrado que no se encuentra en alguna de las

(8) Podría reproducir en el texto multitud de ejemplos análogos, que tengo recogido en un archivo sobre experiencias administrativas, que cultivo con el mayor esmero. Pero como mi diario contacto con la «Administración pública» constituye la base de mi trabajo, prefiero demorar su publicación al momento de mi «jubilación».

situaciones cualificadas, en las que, sin dejar de ser administrado, se realiza actividad que en cierto modo pueda considerarse pública. Es el sujeto que se relaciona con la Administración, sin participar en forma alguna en la actividad pública. Su actividad es, subjetiva y objetivamente, actividad privada.

En atención a las distintas manifestaciones de la función administrativa, este administrado simple puede encontrarse, a su vez, en diversas posiciones que pueden catalogarse en dos grandes grupos, según el beneficio o sacrificio que para el mismo suponga.

a) *Posición de sacrificio.*

La intervención administrativa se traduce para el administrado en un sacrificio en su esfera de actuación personal o en su patrimonio. Esta posición de sacrificio se da, por tanto, en las llamadas funciones de provisión de medios. Si la Administración, para realizar sus fines, necesita unos medios, y estos medios han de provenir necesariamente de los miembros de la comunidad, es incuestionable que la obtención de aquellos medios supondrá para éstos un sacrificio: sacrificio es realizar una prestación personal obligatoria, soportar una expropiación—aun cuando se abonare, lo que ocurre en contadisimos casos, un justo precio de verdad—y contribuir a las cargas públicas mediante el pago del impuesto.

Pero, aparte de en las funciones de provisión de medios, también se da una posición de sacrificio en alguna de las funciones de realización de fines. El ejemplo de la función de policía es por demás expresivo: si por esencia la función de policía es limitación de la actividad privada, la imposición de deberes que pueden hasta consistir en un hacer, es incuestionable que supondrá—en cuanto limitación—un sacrificio al particular que la soporta.

b) *Posición de beneficio.*

Ahora bien: al mismo tiempo que el sacrificio, la Administración implica para el administrado auténticos beneficios. No se trata aquí de exponer los beneficios que con carácter general suponen para todo administrado la Administración—manteni-

miento del orden público, la salud pública, etc.—, sino de las situaciones concretas de beneficio en que se puede encontrar el administrado ante el ejercicio concreto de funciones administrativas, no sólo en las de realización de fines, sino incluso en las de provisión de medios. Pues la Administración pública, al proveerse de los medios necesarios para poder realizar sus fines, no siempre emplea la coacción frente al administrado, sino las prestaciones que éste realiza a cambio de ciertas ventajas económicas: el contratista de obras públicas o de suministros a los entes públicos realiza unas prestaciones, aporta al ente público medios necesarios, sin que pueda afirmarse que esté en una posición jurídica de sacrificio.

Tampoco es un *status* de sacrificio el del administrado que utiliza o aprovecha una cosa de uso público, ni el del administrado que percibe las prestaciones de la acción de fomento o de servicio público.

La percepción de las ventajas en que se concreta el fomento y el uso de un servicio público constituyen, al menos en teoría, una positiva situación de beneficio. Y decimos en teoría, porque, por desgracia, en la realidad no ocurre así en buen número de supuestos: pensemos en los servicios públicos establecidos con carácter de monopolio que el administrado no tiene más remedio que utilizar, aun cuando aquella función pública pudiera realizarse en régimen privado en mejores condiciones.

2. *Administrados cualificados.*

El así llamado es—como ha dicho CUEVAS—algo más que un administrado (9). Si su actividad puede considerarse desde un punto de vista subjetivo, privada, objetivamente puede ser considerada en cierto modo pública. De aquí que se haya llegado a hablar del ejercicio privado de funciones y servicios públicos (10). Y así como el administrado simple puede encontrarse en una posición de beneficio, aun cuando normalmente, su posición sea de

(9) CUEVAS: *La teoría jurídica*, cit., pág. 76.

(10) Es el título del célebre trabajo de ZANOBINI (*L'esercizio privato delle funzioni e dei servizi pubblici*) publicado en el *Primo trattato*, de ORLANDO, volumen II, parte tercera. Sigue la misma orientación GARRIDO, en *Actos del administrado*, «Nueva Enciclopedia Jurídica Seix», II, págs. 312 y sigs.

sacrificio, en el administrado cualificado esta última no es muy concorde con su esencia. En tanto en cuanto participa de las características y del trato del «administrante», se da la más absoluta imposibilidad de hablar de sacrificio, mientras que se puede empezar a hablar de prerrogativas. Es cierto que, a veces, el administrado cualificado sigue siendo un auténtico administrado, con todas las características propias del mismo (pensemos en el administrado que cumple con sus deberes militares); pero lo normal será lo contrario. Tal es el caso del denunciante.

El denunciante, aunque formalmente es un administrado—cualificado, pero administrado—, desde un punto de vista sociológico, es un auténtico administrante o algo mucho peor, salvo en los supuestos de denuncia-deber, o, mejor dicho, en supuestos muy concretos de denuncia-deber.

En efecto: ante uno de los típicos delitos comunes, de los que constituyen una verdadera infracción de la ley eterna, ante una conducta que pugne abiertamente con la justicia, es explicable una reacción del administrado que suponga cumplir con ese deber de denuncia que le impone el artículo 259 de la Ley de Enjuiciamiento criminal. Como es explicable la misma conducta, por ejemplo, por parte de quien, teniendo conocimiento de una enfermedad gravemente contagiosa cuya extensión podría poner en peligro la salud pública, cumple con el deber que le impone la base cuarta de la Ley de Bases de Sanidad Nacional de 25 de noviembre de 1944.

Pero la acción de denunciar ya no es tan lógica cuando lo que se presencia es uno de los delitos artificialmente creados por los políticos o una simple infracción administrativa. Cuando ante una infracción tributaria, por ejemplo, un administrado acude a la oficina competente a formular su denuncia, no es un administrado, sino un auténtico administrante, o, como antes decíamos, algo peor: un ser despreciable movido por los más bajos instintos, desde la envidia al odio, esperando la recompensa de la propia Administración, o hasta de la empresa competidora de la denunciada, que, no sabiendo luchar leal y noblemente en la vida económica, acude a veces a este sucio procedimiento de utilizar estos no menos sucios personajes, tan mimados por cierto sector de los funcionarios de todo el mundo. Tan mimado que, a veces, hasta se

oculta su personalidad en libros de registro ultra-secreto, a fin de protegerle de la reacción social, tan consustancial a la naturaleza del hombre de bien, que ya se manifiesta en los primeros años de la vida, ante lo que se llamará—según el tipo de centro de enseñanza—«soplón», «chivato» o «acusica». Como se trata de proteger la personalidad del verdugo, por razones análogas. Bueno, al verdugo que ejecuta las sentencias dictadas según la ley positiva; pues ciertos verdugos que ejecutan sus propias leyes, por desgracia tan frecuentes en épocas de guerra, viven a la luz pública, sin ocultar su personalidad, en medio del «respeto» de sus convecinos.

C. *Posición jurídica del administrado.*

Ante la complejidad de las funciones administrativas, puede hablarse de tantos estatutos jurídicos del administrado como tipos de función administrativa, y hablarse del estatuto del contribuyente, del expropiado, del usuario del servicio público, etc. Como decía GASCÓN Y MARÍN, poco a poco se va definiendo el estatuto orgánico de los administrados, su situación jurídica, examinada peculiarmente respecto de cada uno de los servicios (11).

Pero, previo a cada uno de estos estatutos específicos y concretos, existe un estatuto general del administrado.

En otra ocasión he proclamado la urgente necesidad de ese estatuto jurídico del administrado con estas palabras: «Cuando vamos a estrenar una Ley de Funcionarios, cuando los hombres de la reforma administrativa han acometido la tarea de articular su régimen jurídico, creo que es el momento de pedir una Ley del administrado. Bien está que se regule la situación del funcionario. Bien está que se definan sus derechos y obligaciones. Pero ocupémonos algo más de aquellos de los que son simples servidores los funcionarios. Ocupémonos de ellos, pero no de rechazo, indirectamente, sino de cara, de frente, en una Ley que sea un verdadero estatuto jurídico del administrado. Y si logramos que así sea, pidámosle a Dios que, cuando se logre la sanción legislativa, el

(11) *Tratado de Derecho administrativo*, 8.^a ed., Madrid, 1943, I, pág. 238; SERRANO GUIRADO: *Administrado*, cit., pág. 381.

texto que se publique en el *Boletín Oficial del Estado* se parezca a sus antecedentes algo más de lo que se parece a los suyos la desafortunada Ley articulada de Funcionarios» (12).

El administrado, como tal administrado, ostenta una serie de potestades y deberes, derechos y obligaciones, con independencia de la concreta situación jurídica en que pueda encontrarse ante cada una de las funciones administrativas. Abstracción hecha de las funciones administrativas, previamente a la función que le afecta o puede afectarle, el administrado ha de estar investido de unas garantías mínimas que constituyen la salvaguardia de la esfera de libertad individual, que es la esencia de un Estado que, de verdad, sea un Estado de Derecho.

III

PRINCIPIOS GENERALES

A. *Función de los principios generales.*

Se ha dicho, con razón, que se puede considerar la Declaración de Derechos del Hombre y del ciudadano de 1789, como el acta de nacimiento del ciudadano moderno (13). Pues en ella fueron consagrados por primera vez los principios en que descansa todo el sistema de garantías que salvaguardan la situación jurídica del administrado, principios que han de concretarse en una serie de normas generales aplicables en todo caso, cualquiera que sea el tipo de función administrativa.

Mas, desde el momento mismo que se proclaman como tales principios generales del Derecho, aun cuando no hayan tenido el debido desarrollo en las correspondientes disposiciones legales y

(12) GONZÁLEZ PÉREZ: *La expropiación forzosa por razón de urbanismo*, Publicaciones Abella, Madrid, 1965, pág. 88.

(13) PELOUX: *Le citoyen devant l'Etat*, cit., pág. 9.

reglamentarias, su eficacia es incuestionable, en una triple dirección (14):

1. Por lo pronto, como fundamento mismo del Ordenamiento. Un principio jurídico, al informar las normas del Ordenamiento, las configura como unidad orgánica. De aquí que la contradicción entre las normas y los principios sólo puede resolverse a favor de éstos. En este punto, nuestro Ordenamiento ofrece fórmulas sumamente eficaces, tanto para el supuesto de que las normas que contradigan el principio tengan jerarquía de Ley, como para el supuesto de que sean, simplemente, normas reglamentarias.

a) En los casos de contradicción entre norma legal y principio general del Derecho, es cierto que no existe en nuestro sistema, al menos por ahora, ningún recurso jurídico que permita la impugnación directa de la norma anticonstitucional. Pero existe un precepto que, debidamente interpretado, constituye garantía más que suficiente del sometimiento de las Leyes ordinarias a las fundamentales. Me refiero al artículo 3.º de la Ley de 17 de mayo de 1958 sobre los principios del Movimiento Nacional, que dispone: «Serán nulas las Leyes y disposiciones de cualquier clase que vulneren o menoscaben los Principios proclamados en la presente Ley.»

La proclamación de la nulidad de las Leyes que infrinjan o menoscaben los principios recta y valientemente interpretados implica nada menos que la imposibilidad de que cualquier Juez, sea cual fuere su jurisdicción, aplique sus preceptos. De este modo, la posición del Juez ante una Ley que infringe un principio fundamental es análoga a la que guarda ante un precepto reglamentario ilegal, según el artículo 7.º de la Ley orgánica del Poder judicial. Un Juez no puede aplicar un precepto nulo de pleno Derecho en aplicación de la Ley de Principios del Movimiento.

b) Y cuando es una disposición reglamentaria la que infringe el principio fundamental, entonces ya no sólo existe la posibilidad de no aplicación al caso concreto, sino algo más. Ante un

(14) Me remito a mi trabajo *El método en el Derecho administrativo*, RAP, número 22, en especial págs. 44-56 y bibliografía que allí se cita. Cfr., también, REAL: *Los principios generales del Derecho en la Constitución uruguaya*, Montevideo, 1958.

Reglamento que infringe un principio fundamental cabe la impugnación directa del mismo ante la jurisdicción contencioso-administrativa; cabe que los Tribunales de esta jurisdicción declaren, no ya la no aplicación al caso concreto, sino la nulidad de las normas reglamentarias.

En esta dirección, la jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo ha iniciado un camino pleno de perspectivas. La sentencia de 6 de julio de 1959 marcará un jalón decisivo en la historia de nuestro Ordenamiento jurídico administrativo, que, de pronto, ha dado un paso gigantesco, adelantándose, con mucho, a la magistral y progresiva de algún país que, durante mucho tiempo, ha servido de modelo al Derecho administrativo de todo el mundo.

2. Pero la función de los principios jurídicos no se agota en servir de fundamento al Ordenamiento. Si constituyen su base misma, nada más lógico que acudir a ellos en la labor de interpretar cada una de las normas que le integran.

Ellos indicarán en cada momento la fórmula interpretativa que se debe elegir. A esta función de los principios se ha referido la doctrina administrativa, al señalar cómo, en aquellos casos en que algunas disposiciones suponen un atentado al respeto de la persona o de la libertad humana, el Consejo de Estado francés ha podido minimizar el alcance de aquellas disposiciones al interpretarlas de la manera más restrictiva posible y salvaguardar las libertades esenciales (15).

Y así lo ha entendido, también, nuestra jurisprudencia: por ejemplo, al interpretar restrictivamente las normas sancionadoras (sentencias de 19 y 22 octubre 1964), las que señalan los requisitos para tener acceso a la Jurisdicción contencioso-administrativa (sentencias de 26 noviembre 1962, 11 febrero 1963, 19 enero de 1963) o las que regulan las limitaciones de la libertad (sentencia de 29 marzo 1965).

3. Y, por último, como todo principio jurídico, el de igualdad cumple una función hermenéutica, al servir de fuente di-

(15) RIVERO: *Los principios generales del Derecho en el Derecho administrativo francés*, RAP, núm. 6, pág. 293 y sigs. Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA: *El principio de la interpretación más favorable al derecho del administrado al enjuiciamiento jurisdiccional de los actos administrativos*, RAP, núm. 42, págs. 267 y sigs.

recta en caso de insuficiencia de la ley de la costumbre, por disposición expresa del artículo 6.º del Código civil. Todo principio jurídico—dice la sentencia de 21 octubre 1957—es fuente supletoria de Derecho ante la ausencia de Ley o de costumbre. Como dice la sentencia de 25 enero 1965 (Ponente: ARIAS RAMOS), «suplir el vacío de una norma no es conculcarla». «Interpretar una norma de Derecho—dice la S de 5 octubre 1965. Ponente: ESTEVA—es esclarecer su sentido, que es decisivo para la vida jurídica y, por tanto, también para la resolución judicial. Para lograr este esclarecimiento y precisar y determinar el sentido de la norma o de la Ley existen dos métodos: el gramatical o literal y el lógico o espiritual. En los primeros tiempos del Derecho romano, como en todos los Derechos no desarrollados, lo decisivo era el sentido literal. Pero, a medida que el Derecho se desarrolla y perfecciona, avanza, y posteriormente impera la doctrina de la interpretación del sentido de la norma, prevaleciendo desde entonces el principio aceptado en nuestro Ordenamiento legal positivo y por la doctrina jurisprudencial de que 'sobre la letra de la ley debe prevalecer siempre el espíritu de la misma' para que el objetivo del Derecho, que en definitiva consiste en la realización de la justicia, sea cumplido en beneficio de la seguridad de los fines de la vida del individuo y de la sociedad».

B. Principio de legalidad.

Lo primero a que debe aspirar el administrado, y lo primero que debe garantizarle su estatuto jurídico, es el respeto a la Ley, el respeto a la norma, la sumisión de todos y cada uno de los órganos del Estado y demás entes públicos a un orden jerárquico de normas. En una palabra, el principio de legalidad.

Sin embargo, como buena parte de las conquistas de la Revolución francesa, está en tela de juicio. Se ha discutido su vigencia, no sólo en el seno de los regímenes que se han apartado de los principios clásicos del Estado de Derecho liberal, bien en el sentido de los llamados totalitarios o de las recientes democracias populares, sino también por un sector nada despreciable de la doctrina que se considera continuadora de las esencias del Estado

de Derecho, dentro de los países cuyos Ordenamientos constituyen una manifestación de eso que se ha venido en llamar concepción occidental.

Frente a todas estas tendencias de tan diverso significado, es necesario proclamar la vigencia del principio de legalidad. El principio de legalidad, en su concepción clásica, constituye una de las garantías esenciales del administrado que es necesario mantener intangible y conservar como una de las más preciosas conquistas de la lucha frente a las arbitrariedades de los gobernantes.

Y, digámoslo una vez más, es necesario mantenerle en su concepción clásica. Porque existen hoy sistemas en que también se habla de principio de legalidad—como en las democracias populares, de legalidad revolucionaria—; pero con ello se expresa una idea radicalmente distinta a la del principio de legalidad en su más pura concepción.

Recordemos, pues, lo que en esta pura concepción supone.

Como sabéis, cuando se habla de principio de legalidad no se quiere expresar—o, al menos, no se quiere expresar tan sólo—la primacía de la Ley frente a cualquier acto emanado de un órgano estatal no legislativo, la sumisión de la Administración a la Ley, la necesidad de que la Administración actúe de conformidad a la norma legal.

El principio partía de un presupuesto esencial, y comportaba una elemental consecuencia: el presupuesto no era otro que el carácter representativo del órgano legislativo—el Parlamento era el pueblo a través de los representantes por él elegidos—; y la consecuencia, la reserva a la Ley así elaborada de la regulación de determinadas materias, concretamente, de todo cuanto afectara a la libertad y a la propiedad.

De tal modo, que el principio resultaría vulnerado, tanto cuando la Ley emanara de un órgano que no tuviera ese carácter representativo como cuando se permitiera cualquier invasión de la esfera individual de la libertad o de la propiedad al margen de la Ley o sin la existencia de una autorización legal previa.

Naturalmente, el presupuesto de que parte el principio es estrictamente político. Es previo al estatuto jurídico del administrado propiamente dicho.

Pero si han de constituir parte integrante esencial del mismo las consecuencias del principio, claramente reguladas, a fin de evitar interpretaciones contraproducentes, y arbitrando medios eficaces que aseguren su respeto y cumplimiento.

Nuestro Ordenamiento jurídico, aun cuando en normas dispersas de distinta jerarquía, contiene una regulación que, en buena parte, sigue la línea clásica. En efecto:

1) La primacía de la Ley se consagra en el Fuero de los Españoles (art. 17) y en la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado (art. 23).

2) La reserva a la Ley de la reglamentación de ciertas materias se consagra asimismo en el Fuero (arts. 8 y 9) y en la propia Ley de régimen jurídico (art. 26), aparte de en otras disposiciones especiales, como la Ley general tributaria (arts. 2 y 10).

Pero esta reglamentación no deja de ofrecer ciertas lagunas que es necesario superar a la hora de elaborar un estatuto jurídico del administrado. En especial, debemos destacar las deficiencias siguientes:

1) Que no está claramente consagrada la reserva a la Ley de la reglamentación de la libertad. Es cierto que el artículo 8.º del Fuero reserva a la Ley la imposición de prestaciones personales y que los artículos 12 a 16 consagran el respeto a las libertades tradicionales.

Pero la proclamación clara y solemne de que toda intervención de la Administración en la esfera de la libertad de los ciudadanos exige una autorización legal no existe. Por el contrario, lo que existe en nuestro Ordenamiento es más de un precepto que supone un desconocimiento, olvido y hasta manifiesto atentado al principio. Por ejemplo:

a) En la esfera central, el artículo 28 de la Ley de procedimiento administrativo contiene un atentado, y un atentado consiguiente, pues no existía en el anteproyecto de la Ley; se consumó en el texto que obtuvo la sanción legislativa al modificar el texto del anteproyecto. El precepto, en su párrafo 1, dispone:

«La comparecencia de los administrados ante las oficinas públicas sólo será obligatoria cuando así esté previsto en una disposición legal o reglamentaria.»

El texto primitivo, más concorde con los principios tradicionales, únicamente admitía la obligatoriedad de la comparecencia cuando estuviese previsto en una Ley o en disposición dictada con autorización de Ley. Pero el texto admite también que se obligue a la comparecencia cuando así se autorice en una simple disposición reglamentaria, lo que supone una infracción del principio de legalidad.

Y lo cierto es que nuestros órganos administrativos utilizan muy alegremente esta facultad de requerir la comparecencia del administrado. Por ejemplo, el pasado verano de 1965, en pleno mes de agosto, varios Laboratorios de especialidades farmacéuticas de Madrid recibieron un oficio de la Jefatura provincial de Sanidad, dirigido a los Directores de cada Laboratorio, en el que se decía, poco más o menos, lo siguiente: que, para un asunto relacionado con su industria, se le rogaba se pasase por aquella oficina, apercibiéndole que, de no hacerlo, incurriría en sanción. Naturalmente, ante tan expedito requerimiento, acudieron al llamamiento. Y allí se encontraron con una buena cola, que tuvieron que esperar pacientemente bajo el sol de agosto. para al final de la espera enterarse que se trataba de hacer una liquidación de tasas correspondientes a una visita de inspección girada meses antes, liquidación que iba haciendo con toda parsimonia una funcionaria, en presencia del representante de cada Laboratorio.

Es éste un caso más de los tantos de pérdida de tiempo y molestias al administrado totalmente innecesarios. Pues para practicar una liquidación de tasas no hace falta requerir la presencia del Director de una Sociedad, ni de nadie, en la oficina competente.

b) Y en la esfera local también podemos citar ejemplos de infracción del principio. Así, el artículo 8.º del Reglamento de Servicios de las Corporaciones Locales, al disponer que «las Corporaciones podrán sujetar a sus administrados al deber de obtener

previa licencia en los casos previstos por la Ley». Hasta aquí el precepto se mantiene en la línea más ortodoxa de respeto al principio. Pero añade—y esto ya no es tan correcto—que puede sujetar a licencia previa la actividad de los administrados, no sólo en los casos previstos por la Ley, sino también en los previstos por «el presente Reglamento u otras disposiciones de carácter general».

Desde el momento que la sujeción a licencia previa supone una invasión en la esfera de acción individual, en cuanto se concreta en una prohibición de hacer algo que antes se podía hacer libremente, sólo debe admitirse en virtud de Ley o de autorización legal.

Por muy autónomo o autárquico que sea el Municipio, por muy entidad natural que sea, sus órganos rectores no deben intervenir la esfera de libertad individual sin autorización legal expresa.

2) Por otro lado, al reglamentarse las materias reservadas a la Ley, se observa en nuestro Ordenamiento una omisión importantísima al determinar el órgano al que ha de confiarse la elaboración de la Ley, a excepción de una materia: la creación de impuestos.

En este punto concreto del establecimiento de tributos, ningún reparo puede hacerse a nuestro Ordenamiento, en cuanto que:

—En el artículo 9.º del Fuero se proclama con toda solemnidad el principio de que nadie estará obligado a pagar tributos que no hayan sido establecidos con arreglo a la Ley votada en *Cortes*.

—La Ley general tributaria reitera el principio en su artículo 2.º, al señalar que «la facultad originaria de establecer tributos es exclusiva del Estado y se ejercerá mediante Ley votada en *Cortes*». Y la propia Ley desarrolla este principio general en su artículo 10, al enumerar exhaustivamente las materias que se regularán, «en todo caso, por Ley».

Puede tomarse como ejemplo esta regulación cuando llegue el momento de reglamentar la aplicación del principio a cada una de las materias tradicionalmente reservadas a la Ley.

3) Y, por último, una observación: que tan importante como las Leyes es la educación cívica de los hombres que han de apli-

carlas. Ahí está para corroborarlo la depurada regulación del principio de jerarquía de las normas, con su indudable secuela de la nulidad de toda aquella que contravenga lo dispuesto en una de superior rango. Ya hace varios años que, con una claridad insuperable, así lo dispusieron la Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado y la de procedimiento administrativo. Y, sin embargo, no ha podido acabarse con el desprecio hacia la norma, tan acusado en algunos sectores de nuestra Administración.

Como de costumbre, corroboraré la afirmación con un ejemplo reciente

Por Decreto de 18 de abril de 1963 se autorizó en bloque, en determinados sectores económicos, la inversión de capital extranjero en proporción superior al 50 por 100. El Decreto no establece limitaciones ni distinciones. Por tanto, en los sectores concretamente enumerados, desde la entrada en vigor del Decreto no hace falta la autorización exigida en los demás casos para que la inversión de capital extranjero exceda del citado límite.

Naturalmente, nuestras oficinas comerciales del exterior se encargaron de dar la debida difusión a tan liberalizadora disposición.

Sin embargo, cuando algún incauto sueco, alemán o natural de cualquier otro país desarrollado acude a la oficina de inversiones de capital extranjero de la Presidencia del Gobierno a consultar si efectivamente la información es cierta, le dicen que ni hablar: que el Ministerio de Industria ha dado órdenes de que ha de contestarse caso por caso, previo informe de aquel Ministerio, al que ha de presentarse el proyecto completo de la industria de que se trata. Y si, todavía más incauto, presenta el proyecto, a veces le dicen que todavía no está en vigor el Decreto porque aún faltan por dictarse las oportunas disposiciones complementarias por aquel Departamento ministerial.

Como si para que entrara en vigor un Decreto hiciera falta dictar disposiciones complementarias. Pero estamos tan acostumbrados a, por esta vía, desnaturalizar lo reglado en normas de superior jerarquía, que el funcionario se resiste a aplicar pura y

simplemente un Decreto de tan claro y expedido contenido como el citado.

C. Principio de igualdad.

1. El segundo gran principio que debe figurar en un estatuto jurídico general del administrado es el de igualdad. Igualdad ante la Ley y ante los cargos públicos, igualdad en las cargas y en los beneficios, a la hora de contribuir a los servicios y a la hora de recibir las prestaciones.

2. ¿Cómo nació el principio? Al problema me he referido en otra ocasión (16) en los términos que siguen:

Cuando el 5 de mayo de 1789 se abren de par en par las grandes puertas del salón en que habían de celebrarse los Estados generales no habían de entrar por ellas los representantes del tercer estado. Se abrieron, sí, para los diputados del clero y de la nobleza; pero el tercer estado se vió obligado a penetrar en el salón de los Estados por una pequeña puerta, casi excusada.

El hecho, en los albores mismos de la Revolución, no puede ser más expresivo. Refleja una situación de privilegios que, quizá, nadie haya descrito mejor que GNEIST, como recordaba, no hace mucho, SEBASTIÁN MARTÍN-RETORTILLO: «En ningún otro país europeo como en Francia—dice—los privilegios de la aristocracia fueron tan duramente aplicados y tan faltos de las correlativas obligaciones. En ningún otro lugar se había encastillado el alto Clero en sus prebendas y dignidades nobiliarias, separándose del bajo Clero, que, aislado y mal pagado, atendía al culto y al cuidado de las almas. En ninguna otra parte como en Francia los derechos exclusivos de la burguesía industrial se habían desarrollado tan unilateral y arbitrariamente... En ningún otro país el orden natural del trabajo industrial e intelectual, así como la valoración de las clases proporcionadas a sus prestaciones políticas, se encontraba tan alterado, donde la participación a las

(16) *El principio de igualdad en el régimen local*, en «Problemas Políticos de la Vida Local». II, Madrid, 1962, págs. 223-247. Cfr. también ENTRENA: *El principio de igualdad ante la Ley y su aplicación en el Derecho administrativo*, RAP, núm. 37, págs. 63 y sigs.

cargas públicas había devenido la marca infamante de las clases inferiores.»

Nada tiene de extraño, pues, que cuando aquel estado llano se convierte en Asamblea constituyente, su primera preocupación fuese desarticular aquel sistema de privilegios. Y antes de que en la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano se consagrara solemnemente el principio de igualdad la Asamblea va a ganar la primera batalla en nombre del mismo, con la promulgación del Decreto de 4 de agosto de 1789, en el que están las bases de la nueva división territorial de Francia.

Quince días más tarde de aquella noche histórica se aprobaba la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano. Y la igualdad ante la Ley quedaba consagrada como un derecho fundamental.

Así pasó a las primeras Constituciones. Y así ha venido reiterándose hasta las Constituciones de nuestros días.

El Ordenamiento jurídico español no constituyen una excepción. El Fuero de los Españoles, primero, y la Ley de 18 de mayo de 1958, después, proclamarán solemnemente el principio. Lo que supone un tratamiento igual para situaciones iguales, dicen las sentencias de 26 de septiembre, 17 de noviembre de 1959 y 12 de junio de 1962. Por lo que infringe abiertamente el principio, recogido explícitamente en el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, cuando se establece una prohibición exclusivamente a un vecino de una vía pública y no a aquellos que están en igual situación (sentencia de 29 marzo 1965). La sentencia de 30 junio 1965 (Ponente: CORDERO TORRES) habla del «principio de igualdad de los administrados ante la norma». Y otra sentencia de 4 de mayo 1965 (Ponente: DOCAVO) afirma que «aunque no siempre un acto administrativo puede ser un precedente vinculante para el Tribunal, lo cierto es que la Administración debe, al dictar sus resoluciones en casos idénticos, mantener un criterio igual». Ahora bien, el precedente administrativo no puede vincular a los Tribunales. Así, una sentencia de 30 septiembre 1965 (Ponente: CORDERO TORRES) dice que «el Tribunal ha declarado repetidamente que el ejercicio de su función jurisdiccional puede llegar a tener presente como elemento útil de enjuiciamiento cualquier precedente; pero no a basar sus fallos en el criterio que

suponga un acto administrativo que en su momento no fué sometido a decisión jurisdiccional y no goza, por tanto, del valor que supone su confirmación de este carácter como ajustado al Derecho aplicable». Y otra de 16 octubre 1965 (Ponente: OLIVES FELÚ) se refiere a la «abundante y reiterada doctrina de esta Sala en el sentido de que los precedentes administrativos de otros casos no traídos a la revisión de la jurisdicción contenciosa son totalmente desconocidos para esta última».

La igualdad ante la Ley es, pues, uno de los principios fundamentales del Ordenamiento jurídico. No se trata de una declaración platónica, ni de una etiqueta legal a efectos de exportación; se trata de un auténtico principio general del Derecho, con las trascendentales consecuencias que ello supone.

¿Qué consecuencias comporta el principio en la realidad jurídico-administrativa? Lo examinaremos respecto de cada una de las funciones administrativas.

3. Refiriéndonos a las funciones de provisión de medios, distinguiremos entre los personales, los reales y los económicos:

a) *Medios personales.*

La Administración pública, toda Administración, como ente jurídico y abstracto, necesita valerse de personas físicas que realicen la actividad a ella encomendada. Son personas físicas que cuando devienen titulares de un órgano administrativo, dejan de ser administrados. Pero como el acceso a la función pública es uno de los derechos del administrado, al estudiar las consecuencias del principio de igualdad en la provisión de medios personales, es necesario aludir al acceso a la función pública y a las prestaciones personales de los particulares que siguen siendo administrados.

a') Respecto de la función pública, el principio de igualdad juega, ante todo y sobre todo, en el momento de la selección. Lo que el principio de igualdad impone, consiste, sencillamente, en igualdad de oportunidades para tener acceso a los puestos públicos. Todo ciudadano debe tener derecho a los cargos públicos,

según su aptitud. Ninguna otra consideración debe jugar en el momento de la selección.

Desde la instauración misma del principio, y en atención a la situación de privilegios frente a la que surgió, ha sido una de las consecuencias destacadas en las propias Leyes fundamentales. En este sentido, el Fuero de los Españoles, después de la formulación general del principio en su artículo 3, en su artículo 11, dispone: «Todos los españoles podrán desempeñar cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad.» Y más tarde, al proclamarse los principios del Movimiento en la Ley de 17 de mayo de 1958, después de la consagración del principio en el apartado V, en el VIII se insiste en aquel aspecto, al decir que «todos los españoles tendrán acceso a los cargos y funciones públicas, según su mérito y capacidad», lo que se ha reiterado por la jurisprudencia de nuestras Salas de lo contencioso-administrativo (verbigracia, sentencia de 2 octubre 1965).

Ninguna exclusión, cualquiera que sea su naturaleza y alcance, es admisible. El principio de igualdad debe aplicarse aquí con todo rigor. Nadie, por razón de nacimiento, por razón de privilegio, debe tener derecho preferente a ocupar un cargo público, desde la más alta Magistratura al puesto más humilde.

Superada la injustificada exclusión de la mujer para tener acceso a determinados cargos y funciones por Ley de 22 de julio de 1961, quedan todavía numerosas y flagrantes infracciones del principio.

Es cierto que la Ley de régimen local ha tratado de asegurar la realización del principio al establecer en su artículo 323 que los nombramientos se efectuarán siempre por oposición o concurso juzgado por Tribunales o Comisiones de carácter técnico-administrativo. Pero que esto no es suficiente lo demuestra buen número de convocatorias para cubrir plazas determinadas. Existen concursos en los que, aún cuando se han limitado las facultades de los Tribunales calificadores estableciendo unos méritos tasados, tales méritos se han valorado pensando en una persona determinada, de tal modo que sólo ha faltado poner en la convocatoria el nombre del candidato oficial. Pero lo cierto es que, aplicando aquellos méritos, sería éste el aspirante que resultaría nombrado.

Y otra infracción del principio, nada infrecuente en nuestro Derecho, es la reserva de plazas a determinados individuos, ordinariamente a los que vienen desempeñándolas interinamente.

Por el fraudulento procedimiento de designar interinamente a ciertas personas, sin las garantías del procedimiento de selección exigido, convalidándose más tarde el nombramiento en propiedad, a través de oposiciones no menos fraudulentas, se lesiona el indiscutible derecho de aquellas otras que, con mejores condiciones, ven cerrado el acceso a la función pública.

Claro está que siempre podrá jugar la desviación de poder como vicio determinante de la anulación de las respectivas convocatorias. Pero ya sabemos la dificultad que ofrece su prueba, a pesar de la progresiva jurisprudencia de la Sala 5.^a del Tribunal Supremo.

b') Las prestaciones de los particulares.

Las prestaciones personales obligatorias han quedado reducidas al mínimo en todos los Ordenamientos. Y han quedado reducidas al mínimo, precisamente en aplicación del principio de igualdad. Porque la exigencia de prestaciones personales constituye, en la inmensa mayoría de los casos, un flagrante atentado al principio. Por mucho cuidado que ponga el legislador en su regulación, prestaciones idénticas en su contenido, representan un sacrificio desigual, según la persona a que se exige.

Utilicemos para ello el ejemplo característico de prestación personal que todavía se mantiene en las legislaciones: la exigida en la esfera local por los Ayuntamientos para determinados y concretos fines. En Derecho español—y el ejemplo no constituye, ni mucho menos, una especialidad del sistema—se dice que la prestación no excederá de quince días al año, ni de tres consecutivos, y podrá ser redimida a metálico, al tipo del jornal medio de un bracero en la localidad. Así lo dice el artículo 566 de la Ley de régimen local.

La simple enunciación de la regla es más que suficiente para poner de manifiesto que constituye una fuente de tremendas desigualdades. Pues exigir la prestación de tres días consecutivos de servicios a la Administración supone una carga superior a sus po-

sibilidades para el obrero que necesita el jornal diario para mantener a su familia, mientras que no supone nada, absolutamente nada, para la clase acomodada, que puede hasta redimir la prestación por el equivalente al jornal medio de un bracero.

b) *Medios reales.*

El segundo tipo de medios que necesita la Administración para la adecuada realización de sus fines son los medios reales, las cosas. Ante un fin de interés público está fuera de duda la potestad de la Administración de adquirir, de ocupar, de sacrificar las cosas, tal y como exija la realización del fin público.

Ahora bien: si el sacrificio que exige del particular propietario de la cosa no obtuviese una justa compensación se habría roto el principio de igualdad ante las cargas públicas. Pues un ciudadano concreto habría contribuido exclusivamente a las mismas en beneficio de los demás miembros de la comunidad. Y ésta es la finalidad de la institución de la expropiación forzosa, con la amplitud que se regula en la Ley vigente: hacer real el principio de igualdad sancionando el derecho a una justa indemnización por cualquier forma de privación singular de la propiedad privada o de derechos o intereses patrimoniales legítimos, cualesquiera que fueran las personas o entidades a que pertenezcan, acordada imperativamente, ya implique venta, permuta, censo, arrendamiento, ocupación temporal o mera cesación de su ejercicio.

Por tanto, siempre que a un particular al que se le impone un sacrificio patrimonial no se le haga efectiva la indemnización correspondiente, cualquiera que sea la causa, estaremos en presencia de una infracción del principio de igualdad.

Y éste es el pan nuestro de cada día en nuestra vida administrativa, tanto en los procedimientos de expropiación propiamente dicha, como en los que se refieren a responsabilidad patrimonial de la Administración, regulados ambos en la Ley de expropiación forzosa.

Al tema me he referido en más de una ocasión. Permitidme que, dada su trascendencia, vuelva una vez más sobre el mismo (17).

(17) Cfr., por ejemplo, GONZÁLEZ PÉREZ: *Responsabilidad por demora en la Ley de expropiación forzosa*, RAP, núm. 33, págs. 11 a 29.

A pesar del decisivo avance que supuso la Ley de 16 de diciembre de 1954 en orden a las garantías patrimoniales del administrado, no deja de ofrecer defectos en la regulación de los procedimientos expropiatorios, dando lugar a que, en la inmensa mayoría de los casos, no perciba el expropiado sino una cantidad muy inferior al verdadero justo precio. Para lograrlo, le basta a la Administración con incumplir los plazos que señala la Ley para la determinación y pago del justo precio. En efecto:

—Determinación del justo precio. Supongamos que, aplicando los criterios legales de estimación, se llegase a fijar una indemnización justa, esto es, que representase efectivamente el valor real de los daños y perjuicios ocasionados al particular. Ahora bien: tal indemnización ha de referirse a un momento concreto perfectamente determinado en la Ley: el artículo 36 dice que las tasaciones se efectuarán con arreglo al valor que tengan los bienes y derechos expropiados al tiempo de iniciarse el expediente de justiprecio. Y el expediente se entenderá iniciado, según el artículo 25 de la Ley y 28 de su Reglamento, «el día siguiente a aquel en que haya adquirido firmeza el acuerdo declaratorio de la necesidad de ocupación».

Y aquí radica, precisamente, la principal arma de la Administración para lograr un justo precio que no tenga de tal más que el nombre. Le basta con incoar el expediente, a efectos de determinar la fecha de incoación, y luego dejar pasar varios años para proceder a la fijación del justo precio. La corriente inflacionista hará todo lo demás.

Unos años antes el expropiado hubiese podido adquirir una cosa análoga a aquella en que se ha visto privado. Pero en la fecha en que se determina no puede soñar, ni con mucho, en adquirir nada parecido.

La Ley se ha limitado a regular un sistema de responsabilidad por demora que resulta insuficiente por la simple y elemental razón de que la demora en el pago supone un perjuicio al expropiado muy superior al 4 por 100.

—El pago del justo precio. Tan importante como la determinación de un precio justo es el inmediato pago al expropiado. Porque si, fijado el justo precio, la Administración no cumple

con la obligación de pagar dentro de los plazos que la Ley señala, por la razón antes expuesta de la constante y continua devaluación de la moneda, resultará que, cuando llegue a hacerse efectivo no tendrá de tal más que el nombre.

Y esto es lo que ocurre todos los días. Basta asomarse a cualquier esfera o rama de la Administración para encontrar supuestos de expropiación en los que, fijado el justo precio hace muchos años, los expropiados no han recibido aún las cantidades correspondientes.

Es necesario acabar con esta situación. Es necesario arbitrar medidas eficaces que impidan a la Administración cometer tales abusos. ¿Las tiene la Ley de 1954?

El legislador pensó que lo eran las que se señalan en los artículos 57 y 58. Tales preceptos establecen una coacción importante para el caso de que, fijado el justo precio, no se haga efectivo, a saber: si la demora en el pago no excede de dos años establece la obligación de la Administración de abonar el interés legal a los expropiados; si excede de dos años habrá que practicar un nuevo justiprecio.

La Ley ha pretendido, con la amenaza de esta responsabilidad patrimonial, que la Administración cumpliera los plazos legales. ¿Lo ha conseguido?

En absoluto. La coacción que supone el abono del interés legal no es efectiva, entre otras razones, por la ya señalada de que la diferencia de valor consecuencia de la devaluación de la moneda reporta un beneficio superior a la carga que supone el abono del interés legal.

Y lo mismo puede afirmarse respecto de la otra medida, esto es, la práctica de nuevo justiprecio. Ante su sola posibilidad, se aterran los expropiados. Decir al interesado, después del calvario que supone un expediente de justiprecio, con sus trámites y gastos consiguientes, que tiene que empezar de nuevo, resulta un sarcasmo. La inmensa mayoría prefiere aceptar lo que se ha fijado a tener que repetir el trámite. Porque, se dice—y no sin razón—, si después de fijado el nuevo justo precio la Administración persiste en su actitud, ¿qué hacer? ¿Incoar un tercer expediente una vez transcurridos otros dos años?

Realmente, hay que reconocerlo: la Ley ha fracasado en este

aspecto. Entonces ¿qué hacer? ¿Resignarse a vivir bajo el imperio de la arbitrariedad?

No. Queda una medida eficaz: que la Administración no pueda ocupar la cosa expropiada en tanto no abone el justo precio. Esta sí que es una garantía. Si un ente público necesita de una cosa para la realización de sus fines, y no puede disponer de ella sin abonar previamente el justo precio, ¿qué duda cabe que procurará por todos los expresivos medios a su alcance el cumplimiento de los plazos!

Pero existe una institución en nuestra legislación expropiatoria que echa por tierra esta eficaz garantía: el procedimiento expropiatorio de urgencia. El procedimiento de urgencia, como tal regulado en la Ley de 1939, no figuraba en el anteproyecto primitivo de la Ley de Expropiación Forzosa de 1954. Pero resultaba una institución demasiado preciosa para la Administración para que pasase por su supresión. Y en el proyecto se mantuvo. Se mantuvo, no obstante, no como procedimiento expropiatorio especial, sino como medida excepcional que permitía la ocupación de la cosa mediante acuerdo del Consejo de Ministros en cada caso.

No obstante este carácter excepcional, la realidad es que constituye el procedimiento ordinario. Cualquiera que sea la cosa que se trata de expropiar y la causa que lo justifique, en la inmensa mayoría de los casos se acude al procedimiento de urgencia, aunque luego se tarde en consumar el procedimiento expropiatorio varios años. De este modo, la declaración de urgencia, más que un procedimiento rápido de ocupar la cosa expropiada, se traduce en una medida eficaz para aplazar casi indefinidamente el pago. Porque si la Administración cumpliera los plazos del procedimiento ordinario el tiempo que tardaría en ocupar la cosa previo pago del justo precio sería inferior al que tarda en ocuparla con el procedimiento de urgencia. La declaración de urgencia es, digámoslo claramente, el instrumento para burlar la garantía fundamental de los expropiados y demorar el pago del justo precio. No hace mucho pasó por mi despacho uno suficientemente expresivo.

Un organismo público (no citaré concretamente de qué organismo se trata) incoa un procedimiento para expropiar determi-

nadas fincas; se tramita por el procedimiento ordinario y el mismo llega a la fase del justiprecio. Administración y expropiado formulan sus hojas de aprecio y, planteada la divergencia, sólo queda, para ultimar el expediente, que el citado organismo lo remita al Jurado de expropiación, a fin de que lo resuelva definitivamente en vía administrativa. No es necesario conocer detalladamente la Ley para comprender que a partir de aquel momento en pocas semanas podía quedar todo ultimado: el Jurado de expropiación fijaría el justo precio y, abonado éste, la Administración podría ocupar la finca por el procedimiento ordinario. No hacía falta alguna la declaración de urgencia.

El expropiado instó en varias ocasiones a la Administración para que remitiera el expediente al Jurado. Pero el organismo en cuestión hacía caso omiso de ello. Y pasaban los meses, meses que hubieran constituido plazo más que suficiente para terminar el procedimiento ordinario. Hasta que un buen día aparece el acuerdo declarando urgente la ocupación. El procedimiento ordinario que se venía tramitando está paralizado caprichosamente por la Administración. Pero se procedió a levantar el acta previa que permitiera ocupar sin pagar, depositando la ridícula cifra que la Ley señala.

Es necesario, pues, una urgente y radical reforma de la legislación expropiatoria, que debe empezar por establecer como requisito esencial la necesidad de partida presupuestaria suficiente para cumplir las obligaciones dimanantes de la expropiación. Iniciar alegremente un expediente expropiatorio sin partida presupuestaria, a conciencia de que el expropiado va a recibir el justiprecio transcurridos varios años, cuando no sea más que una caricatura del justo precio, es algo más que una ilegalidad; tiene su nombre en la moral y en el Código penal.

—Responsabilidad de la Administración. Por último, la nueva Ley de Expropiación Forzosa supuso una conquista definitiva al regular por primera vez con carácter general la responsabilidad patrimonial de la Administración del Estado.

La Ley de régimen jurídico de la Administración del Estado ha venido a completar la línea iniciada por la de expropiación forzosa en orden a la regulación de la responsabilidad de la Administración. La amplitud con que en la misma se regula ha hecho

dudar de la viabilidad de la nueva normativa. Los defensores de la Administración y los funcionarios de la Hacienda se han llevado las manos a la cabeza, asustados. ¿Es que nuestro presupuesto, nuestro pobre presupuesto, está en condiciones de soportar la carga que supone el principio de responsabilidad patrimonial? Seamos realistas—se dice—, y no saquemos las cosas de quicio; restrinjamos la responsabilidad a supuestos especiales y no la mantengamos con la generalidad de la Ley.

Ante esta forma de argumentar, hay que señalar: si la acción administrativa, como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, impone a un administrado un sacrificio individualizado, valorable económicamente y no es indemnizado, lo que habrá ocurrido es, sencillamente, que se ha infringido el principio de igualdad ante las cargas públicas y consumado un atentado a la justicia. Porque para realizar los servicios públicos, para satisfacer unos fines de interés general, que interesan a todos los miembros de la comunidad, algunos ciudadanos habrán contribuido muy especialmente.

Si esto es así, es indudable que la economía nacional está en condiciones de soportar aquella carga. Porque la comunidad ha soportado el daño. Ahora bien, el problema es el siguiente: ¿debe soportarlo exclusivamente el que lo sufrió o deben soportarlo todos, según su capacidad económica, a través de un sistema fiscal justo?

Si la aplicación de las nuevas disposiciones exige forzar la presión fiscal, a fin de aumentar los ingresos, hay que admitirlo como una imposición de la justicia. Y es indudable que un aumento de la presión fiscal por este concepto en modo alguno puede ser rechazado. Es más, si se preguntare a cualquier ciudadano si preferiría verse gravado en los impuestos que abona o correr el riesgo de tener que soportar cualquier día un sacrificio impuesto por la acción administrativa, es indudable que optaría por lo primero.

Sin embargo, pese a los elementales postulados de la justicia a que el principio de responsabilidad responde, hay que dudar de su aplicación a ciertos supuestos.

La posición de prerrogativa que adopta la Administración impone la ejecución de sus actos aun cuando se interponga recurso

contra ellos. Es más, en algún caso, la ejecución es requisito previo para recurrir, como lo es el pago previo respecto de los recursos contenciosos contra actos que impongan el abono de cantidades líquidas. Pues bien, pensemos que el acto que exigió el pago se dictó infringiendo lo dispuesto en las Leyes y que el obligado recurre, siendo estimado el recurso por el Tribunal. Como tuvo que ingresar la cantidad previamente, la sentencia condenará a la Administración a que la devuelva aquella cantidad. Pero entre el pago y la devolución han transcurrido varios años, durante los cuales el particular se ha visto privado de una cantidad, como consecuencia de una actuación administrativa ilegal. Se le han ocasionado unos daños, individualizados y valuales económicamente. Debe ser indemnizado. Es indudable que el abono del interés legal no es, ni mucho menos, suficiente. Porque no cubre, en modo alguno, la devaluación sufrida en la cantidad que pagó al particular. Pese a ello, los Ordenamientos no suelen reconocer aquella infima indemnización.

Es frecuente otro atentado al principio. Tal es el caso de buen número de licencias, autorizaciones o permisos otorgados por determinadas Corporaciones locales. Con arreglo a la nueva legislación, es indudable que, una vez dictados aquellos actos, si razones de interés público exigen su revocación, habrá que indemnizar a su titular los daños ocasionados por la revocación. Pues bien, la Administración ha escapado de esta aplicación del principio, añadiendo a la licencia, autorización o permiso, una cláusula en virtud de la cual se otorgan en precario, reservándose expresamente la facultad de revocar sin indemnización. Con ello se infringe principio tan elemental de Derecho administrativo como el que prohíbe en todo acto administrativo incluir elementos accidentales o accesorios que vayan en contra de su contenido esencial.

c) *Medios económicos.*

Y terminamos con las funciones de provisión de medios refiriéndonos a los económicos, sin los cuales la Administración se vería imposibilitada de obtener cualesquiera otros. Pues, en último término, la obtención de los medios personales y reales se

traduciría siempre en la necesaria disponibilidad de una determinada cantidad de dinero.

Y aquí juega plenamente el principio de igualdad ante las cargas públicas. Al mismo se refiere el artículo 9.º del Fuero de los Españoles al decir que los españoles contribuirán al sostenimiento de las cargas públicas según su capacidad económica. Y el artículo 3 de la Ley General Tributaria, al disponer que la ordenación de los tributos ha de basarse en la capacidad económica de las personas llamadas a satisfacerlas y en los principios de generalidad y equitativa distribución de la carga tributaria.

Los ingentes gastos que implica la Administración moderna deben ser soportados por todos y cada uno de los miembros de la comunidad, según su capacidad económica. Ninguna discriminación es admisible. En sentencia de 27 octubre 1962 se alude a la labor de «distribución de la cantidad globalmente asignada al gremio» calificándola de «tarea en la que forzosamente se ven implicados problemas jurídicos de adecuación de bases y de corrección de índices, en relación con valoraciones objetivas de los elementos tributariamente relevantes y determinantes del impuesto y con la superior misión de reparto justo y equitativo», todo lo cual puede reconducirse a un problema de la máxima enjundia jurídica, sintetizado en el principio de igualdad ante la ley, plasmado en textos tan fundamentales como la Ley de 17 de mayo de 1958, en la que, en su punto V, solemnemente se proclama que «la ley ampara por igual el derecho de todos los españoles» y en el IX que los españoles tienen derecho «a una equitativa distribución de la renta nacional y de las cargas fiscales», en confirmación de otras declaraciones anteriores similares recogidas en los artículos 3.º y 9.º de la Ley de 17 de julio de 1945 sobre el Fuero de los Españoles».

Hasta qué punto nuestro sistema fiscal es congruente con él es un problema que escapa del campo del Derecho administrativo para entrar en el de la Hacienda pública y el Derecho financiero.

Hasta aquí las funciones de provisión de medios. Pasemos a las de realización de fines.

4. Respecto de las funciones de realización de fines, ya es clásica la división tripartita en policía, fomento y servicio público. También en ellas tiene plena vigencia el principio. Veámoslo.

a) *Policía.*

Ante la extensión de la intervención administrativa a los evidentes peligros de desigual trato a que puede dar lugar, es necesario recordar y reiterar el principio. Y así lo ha hecho el Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales, en su artículo 2, al decir que «la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de los administrados se ajustará, en todo caso, al principio de igualdad ante la Ley».

El artículo 5 de dicho Reglamento dispone que la intervención de las Corporaciones locales en la actividad de sus administrados se ejercerá por los siguientes medios:

- Ordenanzas, Reglamentos, bandos de policía y buen gobierno.
- Sometimiento a licencia previa; y
- Ordenes individuales, constitutivas de mandato para la ejecución de un acto o la prohibición del mismo.

Es indudable que el principio de igualdad juega en todos y cada uno de estos momentos o modalidades de la intervención, tanto al regularse con carácter general como al ejercerse en cada caso concreto.

a') *La regulación de la intervención administrativa.*

Las Corporaciones locales, a través de Ordenanzas, Reglamentos y bandos, pueden regular la intervención, respetando siempre las normas de superior jerarquía, que en ningún caso puede vulnerar.

Pues bien, al ejercer esta potestad normativa, vienen obligadas a respetar rigidamente el principio de igualdad, evitando situaciones de privilegio.

En lo posible, debe evitarse la discrecionalidad, regulando la actividad administrativa sobre la base de situaciones objetivas que condicionen la intervención.

De este modo, el ejercicio de la función interventora se reducirá a la aplicación de aquellas normas a las situaciones de hecho, evitándose toda arbitrariedad.

b') *El ejercicio de la función interventora.*

Regulada con carácter general la intervención, el principio de igualdad condiciona permanentemente la actuación de los distintos organismos.

Cuando la regulación de la intervención limita la discrecionalidad, el principio de igualdad exige que las normas generales que regulan la intervención no sean objeto de derogación o dispensa especial a favor de personas determinadas.

Ante la práctica viciosa y, por desgracia, frecuente de las dispensas, ha sido necesario proclamar su ilegalidad. A este fin responde, en el ámbito estatal, el artículo 30 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, y en el local, del artículo 11, párrafo segundo del Reglamento de Servicios, al decir que las disposiciones de las Ordenanzas y Reglamentos «vincularán a los administrados y a la Corporación sin que ésta puede dispensar individualmente de la observancia».

Por si fuera esto poco, la Ley del Suelo, en su artículo 46, establece la nulidad de las reservas de dispensa «que se contuvieran en los planes u Ordenanzas, así como las que con independencia de ellos se concedieran, salvo que lo fueren para edificios monumentales o singulares».

Ahora bien, en muchos casos, la regulación de la intervención deja a la discrecionalidad de los organismos de la Administración local la decisión en uno u otro sentido. Y es aquí, al ejercer esta actividad interventora, donde más necesario es recordar el sometimiento a los principios generales.

La decisión, en cada caso, debe siempre fundarse en una razón objetiva, evitando el espectáculo harto frecuente de licencias concedidas a determinadas personas, cuando pocos días antes habían sido denegadas a otras distintas.

Cuando resulte imposible establecer un orden objetivo de prelación, que sea el sorteo el que decida, siempre que sean varios los aspirantes a la licencia y el número de éstas limitado. Todo menos el sistema de privilegios y favoritismos tan frecuente en nuestro Ordenamiento local.

b) *Fomento.*

Y si esto es así en el ámbito de la intervención administrativa, ¿qué no habrá ocurrido dentro de la acción de fomento?

Mediante el fomento, la Administración persigue la realización de fines públicos, no por el cauce de la limitación, sino por el del estímulo. No a través de mandatos o prohibiciones, sino de medios que favorezcan aquellas actividades encaminadas al fin público, cuya realización interesa a la Administración.

Desde los simples honores hasta los beneficios de la expropiación, pasando por los créditos, primas y subvenciones, muchos y muy variados son los medios de fomento utilizados.

Pues bien, en esta modalidad de acción administrativa se han cometido flagrantes atentados al principio de igualdad. Es cierto que, en la mayor parte de los casos, la Administración actúa dentro de un amplio margen de discrecionalidad. Pero también aquí juegan—y de modo preferente—los principios generales del Derecho. Todos y cada uno de los órganos administrativos se encuentran vinculados por aquellos principios. No pueden prescindir de los mandatos que los mismos implican.

Es cierto que el Reglamento de Servicios ha establecido, en lo posible, importantes limitaciones en el régimen de las subvenciones (arts. 23 a 29).

Sin embargo, ¿cuántas veces, al conceder un crédito, al otorgarse una subvención, al reconocerse ciertas primas, no se habrá olvidado principio tan esencial como el de igualdad? ¿Es que podría excluirse la existencia floreciente de buen número de sociedades y empresas sin haber gozado de una posición de privilegio a la hora de recibir los beneficios de una acción de fomento arbitrariamente realizada?

Hora es ya de que vivamos los principios fundamentales, poniendo fin a aquella forma de gestión de los intereses públicos. Los fondos que el presupuesto consigna, en cada esfera administrativa, para estimular la realización de determinados fines de interés general, no son cantidades de que pueda disponer caprichosamente el funcionario competente para atender relaciones de amistad, compromisos sociales y otros inconfesables, sino can-

tidades para realizar unas funciones administrativas, dentro del marco de la Ley y su sujeción a unos principios generales.

c) *Servicio público.*

Y llegamos al final. Llegamos a aquella función administrativa que representa la máxima intervención: el servicio público. ¿Qué consecuencias implica el principio en la prestación de los servicios? No pueden ser más sencillas: la igualdad en la prestación y en el uso, la igualdad para ser colaborador o concesionario y para ser usuario del servicio.

Sin embargo, pese a lo elemental de estas nociones, ¡cuántas veces no se habrá vulnerado también el principio de igualdad! ¡Cuántas veces se habrá convertido la potestad de explotar ciertos servicios a determinadas entidades privilegiadas, y cuántas otras se habrá excluido a todo un sector de personas del uso de los mismos, pese a reunir las condiciones legales para ello!

D. *El principio de subsidiariedad.*

1. Está de moda hablar del principio. Y, al hacerlo, de colocar unas cuantas citas de los Papas, sobre todo de los últimos (18). Muchas veces para evitar que le apliquen a uno el calificativo de liberal.

Como si para justificar el principio fuese necesario acudir a la doctrina de los Papas o a determinada concepción política o a argumentos económicos. No hace falta ser liberal—que, dicho sea de paso, ha sido, y todavía es, una de las pocas formas de ser señor en política—para defender la subsidiariedad. Se defiende por sí sola.

Pues es un hecho incuestionable que cuando hacen una cosa los particulares—por mal que la hagan—la hacen mejor que los entes públicos. Cuanto más tiempo pasa, cuanto mayor es la in-

(18) No es infrecuente encontrar éstas o parecidas expresiones: «quiero afirmar ahora mi íntima vinculación a una concepción personalista del Estado, tal y como solemnemente acaba de conmover al mundo por boca del llamado Papa Roncali»; o decir: «el texto es del entonces Cardenal Montini». Así, S. MARTÍN-RETORTILLO: *Presupuestos políticos del régimen local*, RAP, núm. 43, págs. 33-35.

tervención administrativa, cuanto más conocemos regimenes intervencionistas, más patente es la incapacidad de los entes públicos para realizar aquellos fines hacia los que se encauza la iniciativa privada.

Da aquí la tendencia innata de la Administración, al crear un servicio público, de crearlo en régimen de monopolio.

Es cierto que, en muchos casos, en los auténticos servicios públicos, el carácter de monopolio es una consecuencia ineludible de su esencia. Pero cuando se trata de servicios públicos impropios—que es donde se centra la cuestión—el carácter monopolístico no es una característica impuesta por el servicio, sino algo impuesto por la exclusiva voluntad del gobernante. ¿Por qué?

Porque no puede admitir la concurrencia de la actividad pública y privada para realizar unas mismas prestaciones, a fin de evitar comparaciones. Pues las comparaciones le pondrían en evidencia: conducirían—al menos en la inmensa mayoría de los casos—a poner de manifiesto la superioridad del régimen de empresa privada sobre el de servicio público. Aunque la «Administración pública» sigue siendo «administración», es una administración muy distinta. Lo que tiene la consiguiente repercusión en el lenguaje: la palabra «administración» experimenta transformación análoga a la que experimenta la palabra «mujer» al añadirle el calificativo de «pública».

Por eso, cuando defendemos el principio de subsidiariedad, lo hacemos al margen de toda consideración política o económica. Cuando afirmamos que los entes públicos únicamente deben intervenir para suplir la inexistencia o defectuosa actuación de la iniciativa privada, lo hacemos pensando, únicamente, en el administrado.

De aquí que el principio, además de consagrarse en Leyes fundamentales, como es la Ley de 17 de mayo de 1958, debe reiterarse en la reglamentación de todas y cada una de las manifestaciones de la acción administrativa, como hace el artículo 4.º de la Ley sobre el régimen del suelo, al disponer en su párrafo segundo que «la gestión pública suscitará en la medida más amplia posible la iniciativa privada, y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que ésta Ley establece».

Precisamente esta reiteración del principio en una Ley ordinaria, con todas las consecuencias que ello supone, ha permitido a la jurisprudencia reaccionar frente a actuaciones administrativas innecesarias, por existir actuación privada. Así, una sentencia de 17 de febrero de 1962, en la que fué ponente MANUEL CERVIA. Se enfrentaba la sentencia con el supuesto, por desgracia harto frecuente, de una expropiación utilizada por la Administración para ejecutar un plan de urbanismo, a pesar de existir constancia en el expediente de la voluntad decidida de los propietarios afectados de realizar por sí las previsiones del plan. Y la sentencia no duda en considerar ilegal aquella actitud del órgano público, por olvidar los artículos 4.º y 118 de la Ley del Suelo, que preceptúan, respectivamente, la obligación de la gestión pública de suplir a la iniciativa privada, sustituyéndola cuando no cumpla los objetivos necesarios, y la exclusión de la expropiación proyectada cuando los propietarios aceptan realizar el plan en régimen de cooperación.

2. En definitiva, pues, lo que el principio comporta es la utilización de la intervención en la medida que resulte estrictamente indispensable para lograr la finalidad pretendida.

Una de las más logradas clasificaciones de las funciones a través de las cuales la Administración pública realiza los fines asumidos por los entes públicos es, como hemos visto, la que descansa en el grado de intervención. Se ordenan así los distintos modos de actividad administrativa en una escala progresiva que, partiendo de la simple limitación de la actividad privada, llega hasta el servicio público monopolizado (19).

Ante determinada esfera o realidad social, el Poder público puede:

a) Abstenerse de toda intervención, dejar actuar libremente a la iniciativa privada o limitarse única y exclusivamente a dictar normas reguladoras de la conducta de los particulares, dejando a los órganos jurisdiccionales que diriman los conflictos que se planteen con ocasión de la aplicación de aquéllas. Hasta aquí no

(19) Se ha ocupado especialmente del tema, JORDANA DE POZAS, en *Ensayo de una teoría del fomento en el Derecho administrativo*, «Revista de Estudios Políticos», núm. 48, y en *El problema de los fines de la actividad administrativa*, RAP, núm. 4, págs. 11-28.

existe actuación administrativa. Existirá actividad normativa o legislativa, en su más amplio sentido, y, en su caso, actuación jurisdiccional; pero todavía no ha aparecido la Administración.

b) La Administración aparece cuando, ante determinada parcela de la realidad social, el Poder público no se contenta con dar normas, no se queda en la labor de legislar y juzgar, sino que asume determinados fines públicos cuyo realización confía a alguno de los entes que integran la Administración. Aparece el Estado como persona, sometido al Derecho, titular de un interés, el interés público, en cuya realización puede adoptar las posiciones escalonadas siguientes, según la fuerza de su presencia:

—Limitar la actividad privada negativa—imponiendo prohibiciones absolutas o condicionadas—o positivamente —sometiendo al particular a la carga de actuar en un sentido determinado—;

—encauzar la iniciativa privada hacia el fin de interés público, utilizando los medios de estímulo más variados (desde la concesión de simples honores a la de verdaderas ventajas económicas);

—realizar el fin público, a través de sus propios órganos, de una entidad creada especialmente para ello o de un concesionario.

3. Así expuestos los modos de intervención, lo que el principio de subsidiariedad comporta es:

a) En primer lugar, la abstención de toda intervención allí donde el libre juego de la iniciativa privada es más que suficiente para satisfacer adecuadamente las necesidades públicas. Como hace años afirmó JEFFERSON en su conocido lema, «el mejor Gobierno es el que gobierna menos».

El problema está en determinar cuándo ese libre juego de las fuerzas particulares es suficiente.

En un trabajo reciente dedicado al tema, desde el punto de vista económico, SAMUELSON se planteaba así la cuestión: «¿Me coartan y limitan mi libertad los semáforos, verdad? Pues bien, antes de su instalación, ¿era verdaderamente libre en mitad de

un atasco en una calle? Y la suma algebraica de mi libertad y la del automovilista medio, o la de la colectividad en su conjunto, ¿ha aumentado o disminuído a consecuencia de las luces rojas? Los semáforos, como sabéis, señalan el rojo, pero también el verde» (20).

Pues bien, ahí está el nudo del problema: en la apreciación de cuándo el semáforo constituye una remora de la circulación o, por el contrario, el único procedimiento de hacerla posible. En definitiva, pues, la decisión siempre radicará en el buen sentido y la lógica.

b) Y cuando el libre juego de la iniciativa privada no basta, la intervención no ha de olvidar principio tan esencial como el de la proporcionalidad. La intervención administrativa nunca debe olvidar el fin que trata de realizar.

En este sentido, una reciente sentencia, de 29 de marzo de 1965, proclama que «un acuerdo municipal viola el llamado principio de proporcionalidad que ha de presidir la actividad de policía (o intervencionismo, según la terminología del aludido Reglamento de Servicios), consagrado en el apartado 2 del expresado artículo 6 del texto reglamentario comentado, cuando el Ayuntamiento puede optar por el empleo de una medida policial menos restrictiva para la libertad e interés del administrado».

Y otra sentencia de 8 de mayo de 1965 afirma que el artículo 101 de la Ley de Régimen Local, y los artículos 1 y siguientes del Reglamento de Servicios autorizan a las Corporaciones locales «a intervenir la actividad de los administrados cuando existe perturbación grave de la tranquilidad, seguridad o salubridad ciudadanas..., si bien las limitaciones han de ser congruentes con los motivos y fines que justifiquen la medida y ésta lo menos restrictiva posible de la libertad individual».

Cuando bastan las medidas limitativas o de estímulo para que puedan satisfacerse las necesidades públicas nunca deberá ser asumida por el Estado su satisfacción. Como hace años dijo ABRAHAM LINCOLN, en frase que hizo fortuna, «el Estado sólo debe hacer aquello que los ciudadanos no pueden realizar por sí mis-

(20) *El papel económico de la iniciativa privada*, «Información Comercial», abril 1965, págs. 53-60.

mos, o que no pueden hacer con resultados tan positivos como el Estado».

Y así como el administrado debe contar con medios para impedir que la alegría de los gobernantes instaure servicios públicos cuando ninguna necesidad real existe, también debe tenerlos para lograr la creación de aquellos servicios que son, no ya convenientes, sino hasta ineludibles en una comunidad bien organizada.

Pues en buen número de casos se olvidan servicios esenciales mientras se crean mil servicios inútiles, pero más fáciles de organizar, más espectaculares o que halagan a sectores más influyentes, aun cuando sean los menos necesitados.

Por ejemplo, una Diputación provincial cuyo hospital, por falta de medios, no puede atender debidamente las más elementales necesidades de los indigentes hospitalizados, ha invertido cantidades nada despreciables en mejorar las vías de comunicación de una zona residencial en la que tienen sus lugares de descanso y recreo buen número de personas que no pueden catalogarse precisamente entre las clases humildes.

Y los ejemplos podrían multiplicarse. Pero creo que es innecesario; todos los conocéis en las distintas esferas administrativas.

E. Principio de Administración eficiente.

Cualquiera que sea el tipo de función administrativa, cualquiera que sea el sector o realidad social objeto de intervención. lo que interesa al administrado es una Administración eficaz que cumpla adecuadamente los fines encomendados, que acuda con rapidez allí donde sea necesaria su presencia, que resuelva bien y pronto los expedientes.

Bien está la legalidad; bien está que los órganos administrativos adecúen su actividad a la norma. Pero casi tan importante como ello es la celeridad y eficacia. De poco serviría una Administración que cumpliera estrictamente la Ley si cuando se llega a pronunciar su decisión fuese innecesaria.

En nuestra Ley de procedimiento administrativo se recogen estos principios. Su artículo 29, por ejemplo, como sabéis, esta-

blece la necesidad de que la actuación administrativa se desarrolle con arreglo a las normas de economía, celeridad y eficacia.

Pero éste, como tantos otros preceptos análogos, son declaraciones platónicas, que sólo se cumplen cuando lo considera oportuno la autoridad o funcionario de turno.

Así, aun cuando la propia Ley de procedimiento administrativo señala un plazo máximo de seis meses para dictar resolución en un expediente—plazo más que generoso en la inmensa mayoría de los casos—, no tenéis más que ir a cualquier oficina administrativa para encontraros expedientes incoados hace bastante más tiempo sin que se vislumbre una pronta decisión.

No existen garantías para asegurar el cumplimiento de aquellos principios. Los escritos de queja, por mucho que se reiteren, no sirven para nada, como tampoco tiene la menor eficacia práctica el anuncio de que se exigirá responsabilidad por la demora en resolver un expediente, pues políticos y funcionarios saben que la responsabilidad que para estos casos prevé el artículo 49 de la Ley de procedimiento administrativo no se cumplirá jamás, como no sea como medida para reaccionar frente al funcionario que menos culpa tiene, pero que resulta molesto para sus superiores jerárquicos.

A pesar de cuanto se ha hecho, a pesar de los incuestionables avances que indiscutiblemente se han producido, la situación no es mucho mejor de la existente al empezar a hablarse de la reforma administrativa.

El administrado viene suspirando desde siglos por la reforma administrativa. Y, de cuando en cuando, surge alguien que abraza la bandera de la reforma. Y se hacen reformas. Pero reformas que dejan las cosas como están, si no las empeoran. Porque quienes proyectan, articulan y realizan las reformas no son, precisamente, los administrados, sino los administrantes, que no olvidan la más vieja Ley de la Administración pública, anterior a todas las leyes de PARKINSON: que la reforma bien entendida empieza por uno mismo.

En la última década del pasado siglo, en un libro dedicado a estudiar los «errores de la Administración pública»—éste era el título—, se decía: «El país espera y desea reformas; pero reformas prácticas y provechosas; reformas que le causen bienestar,

que le quiten gabelas, que le rebajen contribuciones y que no le entorpezcan el ejercicio de sus derechos.» Como estaréis observando, este buen autor del siglo XIX era un auténtico visionario. Y seguía afirmando: «De no ser así, de añadirse nuevas disposiciones legales a las muchas que ya existen, sin que se ordene, simplifique y aclare el intrincado laberinto de nuestro procedimiento administrativo, y sin que se le aligere de la pesada carga que lleva, desde luego puede asegurarse, sin ser profetas, que cualquier proyecto que las Cortes aprueben que no tienda a los fines apuntados, llevará las maldiciones de todos los buenos, que para el caso presente son todos los españoles que pagan y no viven del presupuesto» (21).

Ahora bien, en éste, como en otros tantos aspectos, no hay que esperar mucho de las Leyes, o, por lo menos, no hay que esperar todo.

La única medida eficaz que puede arbitrar el Derecho es una buena regulación de la responsabilidad de la Administración, clara y terminante, que no admita interpretaciones dudosas.

La fórmula de nuestro Ordenamiento al declarar indemnizable todo daño que sea consecuencia del «funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos» sería más que suficiente para llegar a todos los supuestos en que procede la indemnización. Pero ante la timidez de nuestra jurisprudencia a la hora de aplicar el principio, sería preferible que, partiendo de aquella fórmula amplia y correcta, se descendiera a todos los supuestos, tomando ejemplo de la progresiva jurisprudencia francesa, que ha llegado a incluir entre los supuestos de responsabilidad, no sólo los casos en que el servicio público haya funcionado mal, sino también

(21) BAYTON: *Los errores de la Administración pública*, Madrid, 1898, página 1.920. En la página 18 afirmaba: «Mas si todo necesita reforma y poda de lo inútil, y a ellas todos aspiramos en principio, no hemos de apartar por esto la vista del pasado y del presente, de cuyas experiencias y prácticas ha de formarse el criterio juzgador de lo porvenir; porque más dañosa es una reforma mal estudiada, que la continuación de lo existente, por defectuoso que sea, por cuanto se destruye lo conocido por lo caótico y el embrollo. Para nosotros es base esencial de todas las reformas que deben acometerse, contar con buenos empleados y simplificar notoriamente el procedimiento administrativo, para que sea rápido el despacho de los asuntos, porque el dar curso a los expedientes es una ineludible y sagrada obligación de los agentes administrativos, y un incuestionable derecho para los azotados contribuyentes, que pagan con el sudor de su rostro y el embargo de sus fincas a los altos y bajos funcionarios y todas sus comodidades y dichas».

aquellos en que no llegó a funcionar—verbigracia, falta de parapeto protector en una carretera o falta de señales en sitios peligrosos—o que funcione tardíamente.

F. *Principio de acceso a la justicia.*

Si el proceso es, dentro de sus imperfecciones humanas, el más eficaz de los medios para lograr que impere el Derecho en las relaciones humanas, la garantía de que toda pretensión frente a la Administración pueda ser deducida ante órganos jurisdiccionales, y, por tanto, independientes, constituirá el único procedimiento idóneo para hacer efectiva la sumisión de la Administración al Derecho.

De poco servirían unas Leyes perfectas si no se instrumentara un sistema eficaz para que todos y cada uno de los órganos administrativos ajustaran su actuación a sus preceptos. Nada conseguiríamos con la promulgación de un estatuto jurídico del administrado que supusiera el más sagrado respeto a los derechos individuales si la Administración pudiera vulnerarle cuando mejor tuviera por conveniente. «En un verdadero Estado de Derecho—se ha dicho—, todo acto administrativo debe ser objeto de control jurisdiccional» (22).

El administrado debe tener plenamente garantizado el acceso a la Justicia, a los órganos jurisdiccionales, para formular toda pretensión, cualquiera que sea su contenido, frente a los órganos administrativos.

Tan esencial es el principio, que se ha ido consagrando en los textos constitucionales. Lo que no es sino una manifestación del fenómeno más amplio que se ha denominado «constitucionalización de las garantías mínimas del enjuiciamiento».

La Constitución austríaca (art. 132), la italiana (art. 113) y la Ley fundamental de Bonn (art. 19, párrafo IV) consagran solemnemente el principio de recurribilidad contra los actos adminis-

(22) ALVAREZ GENDÍN: *Ideas sobre la revisión de la Ley de lo contencioso-administrativo en orden a la estructura orgánica y a la petencia de sus Tribunales*, separata de la «Revista General de Legislación y Jurisprudencia» (octubre 1965), pág. 39.

trativos. Por ejemplo, el artículo 113 de la Constitución italiana proclama así el principio: «Contra los actos de la Administración pública será siempre admitida la tutela jurisdiccional de los derechos y de los intereses legítimos ante los órganos de la jurisdicción ordinaria o administrativa.» Y añade: «Tal tutela jurisdiccional no puede ser excluida o limitada a particulares medios de impugnación o por determinadas categorías de actos».

Una jurisprudencia valiente ha señalado la aplicación inmediata del precepto y no ha dudado en considerar inconstitucional cualquier Ley ordinaria que suponga un obstáculo al acceso a la jurisdicción en una materia determinada.

De este modo se pone fin a las llamadas «materias excluidas», esto es, materias en las que estaba vedado el acceso a la jurisdicción contencioso-administrativa por no estar permitido el «recurso contencioso-administrativo». Dichas «materias excluidas» no son sino el resultado de una acusada tendencia de toda Administración. Porque toda Administración, cualquiera que sea el Estado a que pertenece, aspira a huir de todo sometimiento a esquemas de Derecho, dotando a su actividad de la máxima discrecionalidad y, por ende, de la imposibilidad de que se deduzcan pretensiones procesales contra los actos en que se concrete.

La Administración española no ha constituido una excepción. Y en ocasiones ha logrado que los órganos legislativos exceptuaran del contencioso-administrativo determinados actos. Ya nuestras viejas leyes de lo contencioso-administrativo, al enumerar las resoluciones no susceptibles de recurso, incluían un apartado en que se señalaba «las que se dicten con arreglo a una Ley que expresamente las excluya de la vía contencioso-administrativa», y la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956, en su artículo 4, después de hacer una enumeración de actos no susceptibles de recurso, en su apartado f) señala «los actos que se dicten en virtud de una Ley que expresamente los excluya de la vía contencioso-administrativa».

Se ha llegado a intentar la exclusión, bajo el pretexto de que se trataba de actos políticos, incluso de actos que son concreción de una de las típicas manifestaciones de la función administrativa de policía: el mantenimiento del orden público. Siempre, desde el nacimiento del régimen administrativo, una de las funciones

propias de la Administración ha sido el mantenimiento del orden público. Siguiendo esta línea, así lo proclama el artículo 1 del Reglamento de Servicios de las Corporaciones locales. Sin embargo, al amparo de la vigente Ley de Orden Público, se pretendieron excluir de revisión jurisdiccional los actos dictados en aplicación de aquella Ley por considerarse actos políticos. No obstante, nuestra jurisprudencia, después de unos primeros fallos vacilantes (sobre todo de la Sala 3.ª), consagró la buena doctrina.

Tal corriente legislativa, en cuanto supone la eliminación de una de las garantías máximas que el Ordenamiento confiere para defenderse de las arbitrariedades y abusos de la Administración, es censurable. Pues no se trata en tales disposiciones de delimitar el ámbito de la jurisdicción, señalando, en casos límites, actos —empleando terminología de Derecho fiscal muy expresiva— que *no están sujetos* a fiscalización contenciosa, sino que, como de la redacción de los preceptos respectivos se desprende, lo que se pretende es algo muy distinto: es exceptuar de fiscalización actos que, en principio, estaban sujetos. Se trata, por tanto, según la terminología antes empleada, de *actos exentos*, no de actos no sujetos; esto es, de actos que, de no haber sido exceptuados expresamente, serían impugnables según el régimen general. Y esto es lo que resulta inadmisibles según los principios informantes del estado de Derecho. Porque ninguna razón existe para que determinadas materias tengan un trato jurídico privilegiado y en ellas goce la Administración de la máxima discrecionalidad, sin temor a una posible fiscalización ulterior.

En nuestro Ordenamiento jurídico no existe una consagración tan clara del principio. Es cierto que, entre los principios regulados en la Ley de 17 de mayo de 1958, figura uno que, recta y valientemente interpretado, podría conducir a resultados análogos a los que ha llegado la jurisprudencia italiana al interpretar el texto de su constitución. Me refiero al que se contiene en el IX de la Ley de 1958, al reconocer a todos los españoles el derecho «a una justicia independiente, que será gratuita para aquéllos que carezcan de medios económicos».

En el ámbito jurídico-administrativo, este principio implica importantes consecuencias, pues si todo español tiene derecho a

acudir a los órganos jurisdiccionales, sin que la Ley fundamental imponga limitación alguna, tal derecho no puede ser limitado a materias determinadas por el hecho de que sea una entidad pública la parte frente a la que la pretensión se deduce. De este modo, la máxima garantía del administrado para lograr una plena realización del principio de sumisión de la Administración al Derecho adquiere consagración plena.

Sin embargo, hay que dudar mucho de que nuestra jurisprudencia tenga la valentía necesaria para sacar del principio todas las consecuencias que permite su amplia formulación. Y así lo prueba el hecho de que varios años después de su sanción nuestros Tribunales siguen respetando esa frontera de las materias excluidas, no dictando el menor pronunciamiento acerca de aquellos actos a los que una simple Ley ordinaria excluye de impugnación contenciosa.

De aquí la necesidad de consagrar el principio con la mayor claridad posible, de tal modo que no deje lugar a interpretaciones torcidas.

Parte de la doctrina duda incluso de la efectividad de un principio que viene a consagrar el sistema contencioso tradicional de impugnación de actos. Pues—se dice—ante los nuevos campos a que se extiende la Administración moderna, ante el ingente aumento de funciones, ante la serie de prestaciones del administrado que han asumido los entes públicos, ¿es suficiente un sistema contencioso dirigido a verificar la legalidad de los actos? ¿No sería necesario arbitrar un sistema jurisdiccional en el que el administrado pudiera ver satisfechas sus pretensiones de una buena prestación de servicios?

Creemos que la crítica no es fundada. Pues, en definitiva, todas estas pretensiones del administrado, cualquiera que sea su contenido, conducirán a una decisión administrativa que dejaría abierta la vía jurisdiccional para formular en ella la pretensión.

Y un buen sistema de responsabilidad de la Administración permitirá indemnizar al particular de los daños ocasionados por el funcionamiento «normal o anormal de los servicios públicos», según acertada fórmula de la Ley de Expropiación y de la de Régimen Jurídico.

Pero es necesario regular claramente, no sólo la responsabilidad de la Administración, sino del titular del órgano cuya actuación determinó el daño.

Responsabilidad del político y del funcionario. Responsabilidad patrimonial efectiva. Ultimamente, en nuestro Derecho, se ha dado un paso definitivo en esta línea. Y, aunque tímidamente, demasiado tímidamente, nuestros Tribunales van condenando a la Administración a pagar daños y perjuicios. Se ha levantado la veda frente a la Administración. Pero, en la práctica, sigue la impunidad del administrante.

Y esto es intolerable. Bien está que cuando la Administración cause un daño se indemnice al perjudicado. Pero ¿por qué esa indemnización va a soportarla el contribuyente? ¿Por qué la ineptitud, la alegría o inmoralidad de un funcionario va a pagarla el propio administrado?

Leyes claras y jueces que no titubeen en llegar hasta las últimas consecuencias que de su aplicación deriven. He aquí el nudo de la cuestión. Y en este orden de ideas hay que constatar el desigual trato de que son objeto la Administración estatal y la Administración local. La timidez frente a aquélla a la hora de aplicar, por ejemplo, normas tan expresivas como las que se contienen en los artículos 61 y 110 de la Ley jurisdiccional, contrasta con el excesivo rigor de que, más de una vez, son objeto las Corporaciones locales. Pero no culpemos a nuestros Tribunales de algo que es una simple manifestación de lo que es el ambiente general nacional, y, quizá, no la más expresiva. Si no, ahí tenéis el ejemplo de la prensa: mientras desencadena la más rabiosa crítica al más pequeño error de un Ayuntamiento, se mantiene en la más absoluta pasividad ante gravísimas equivocaciones de los titulares de un Departamento ministerial, como si entre un Ministro y un Alcalde existiera alguna diferencia esencial.

* * *

He intentado ofreceros un resumen de los principios básicos que deben informar todas y cada una de las manifestaciones de la acción administrativa. Si logramos el más escrupuloso respeto

de ellos, hasta en sus más ínfimas consecuencias, podremos hablar de la existencia de una auténtica esfera de libertad y, en definitiva, de que vivimos en un Estado de Derecho.

Pero sería un error creer que ello puede conseguirse sólo por la vía de las reformas legislativas. Se ha dicho, al hablar de las normas procesales, que «la experiencia demuestra que una magistratura capacitada puede administrar una justicia impecable con un instrumento procedimental deficiente, y, viceversa, que el mejor procedimiento sobre el papel no impedirá los mayores abusos si los funcionarios judiciales a quienes su manejo se encomienda son inmorales o ineptos» (23). La afirmación es válida respecto de las normas procesales y de cualquiera otra. Pues mucho más importantes que las normas son los hombres que han de aplicarlas.

De aquí que por encima de las reformas legislativas esté la modificación sustancial de nuestros hábitos, de nuestras prácticas, de nuestras costumbres. Resulta de una imperiosa necesidad acabar con el círculo vicioso en que nos movemos, en que no se sabe qué es peor: si el afán del administrado por defraudar y eludir sus obligaciones o el olímpico desprecio a la norma del administrante.

¿Cómo va a poder seriamente exigir de los administradores el cumplimiento de sus deberes un administrado que, desde que se levanta cada mañana, está pensando en el procedimiento más idóneo para no cumplir las suyas? ¿O ser objetivo en sus decisiones el titular de un órgano administrativo vinculado a poderosos sectores financieros o a grupos de presión más o menos encubiertos? Pues es un hecho universal el contubernio entre el poder político y el financiero. Lo constató hace unos años, entre nosotros, FEDERICO DE CASTRO al hablar de la crisis de la Sociedad Anónima con estas palabras: «Las cajas de los partidos, los órganos de opinión—hasta los nominalmente más anticapitalistas—están subvencionados por los grandes organismos financieros; los políti-

(23) ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO: *Proceso, autocomposición y autodefensa*, México, 1947, págs. 111 y sigs.; PÉREZ SERRANO, en contestación al discurso de PLAZA, *Las garantías de la independencia judicial*, Academia de Ciencias Morales y Políticas, Madrid, 1954, págs. 55-56; GONZÁLEZ PÉREZ: *Derecho procesal administrativo*, Madrid, 1957, II, págs. 484-485.

cos y burócratas de primera fila son llamados a los Consejos de Administración, y a los menos importantes se les atrae con asesorías o remuneraciones indirectas. Este influjo sobre los servidores del Estado y el conocimiento previo de sus medidas hace que hasta los actos defensivos más enérgicos del Estado (Derecho de la economía) sirvan, a la postre, para aumentar el poder financiero» (24).

Nuestro Derecho ha intentado salir al paso de ello con el Decreto-Ley de 13 de mayo de 1955 sobre incompatibilidades de los cargos de Ministro, Subsecretario, Director general y asimilados, declarándolos incompatibles con el ejercicio activo de cargos que lleven consigo funciones de dirección, representación o asesoramiento en las Compañías, Sociedades mercantiles y civiles.

Pero, una vez más, se demuestra que no estamos ante un problema de normas. Pues en la práctica la interpretación del Decreto-Ley es la siguiente: el Consejero que pasa a la política no cesa, no deja de ser Consejero. Deja de ser Consejero en activo, pero continúa como tal en una especie de excedencia forzosa, que adopta mil modalidades distintas, según el tipo de Sociedad. Y, en cuanto tiene lugar el cese de la política, vuelve automáticamente al puesto que le espera en la empresa privada, si se portó como es debido. Si no, es cuando se produce de verdad el cese.

Se propuso, en su día, para evitarlo, que aquella incompatibilidad no desapareciera en el mismo momento a que se cesara en la política, sino que se mantuviera durante varios años, a fin de evitar que la vuelta—o hasta el ingreso—en la empresa privada fuese una recompensa por los servicios prestados durante la gestión pública. Pero tampoco esto hubiera servido de mucho, pues se hubiera ideado en seguida la fórmula de eludir el precepto.

No confiemos, pues, o al menos, no confiemos demasiado en la norma. Confiemos en nosotros mismos, en todos y cada uno de nosotros. Y esperemos que Dios nos ayude a cambiar un poco nuestro modo de ser, que será el único procedimiento de cambiar

(24) *¿Crisis de la Sociedad Anónima? Reflexiones sobre la proyectada reforma legislativa de la Sociedad Anónima*, en «Revista de Estudios Políticos», número 49, 1950, pág. 74.

esta España que no nos gusta. Pues, como dijo MARAÑÓN, «la gran lección que la Historia nos da cada día, y que nosotros no queremos nunca aprender, es que no ha habido jamás tiranía que no hayan merecido los que la sufren» (25).

JESÚS GONZÁLEZ PÉREZ.

Catedrático de Derecho Administrativo.

Registrador de la Propiedad.

(25) *Ensayos liberales*, 4.^a ed., 1956. pág. 70.