

LA ADMINISTRACION ASEDIADA

Por

ANGEL MARTÍN DEL BURGO Y MARCHÁN

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN.—II. LA ADMINISTRACIÓN ASEDIADA: A) Por el legalismo. B) Por la política. C) Por la burocracia. D) Por la sociedad.—III. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN: A) Potestad expropiatoria. B) Potestad tributaria. C) Los poderes exorbitantes en la contratación administrativa. D) La Administración, como titular de un «dominium».—IV. UN ANTIPRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MISMA.

I. INTRODUCCIÓN

No hace mucho en otra publicación periódica (1), he examinado superficial y sumariamente el tema de la Administración como poder. No me reprocho el haberlo hecho. Sin embargo, el fenómeno administrativo, con ese enfoque, creo que aparece presentado por una sola cara, quedando oculta otra, de signo contrario a la anterior, cuya desvelación es lo que motiva el presente trabajo.

No temo con ello incurrir en contradicciones insalvables, pues recordando lo dicho por SAINT-EXUPÉRY, pienso que es posible que conceptos contrapuestos sean al propio tiempo exactos, aun referidos a un mismo fenómeno, si éste, por su complejidad, es susceptible de generar más de una verdad. Recuerdo, por otra parte, una frase de nuestro genial UNAMUNO, referida a que un hombre que nunca se contradice será porque nunca dice nada.

De todas formas, de haber contradicción, la culpa no será nuestra, sino del tema tratado. La Administración pública, que tiene que decirnos tantas cosas, ¿cómo no se va a contradecir? Se contradice,

(1) *El poder administrativo*, «Revista Española de Derecho Administrativo», número 33, abril-junio 1982.

como se contradice el administrado que, por un lado, va hacia la Administración en demanda de ayudas, subvenciones, servicios, seguridad, mientras que, por otro, huye de ella cuanto puede, naturalmente cuando le resulta gravosa (2).

Ahora, con esta nueva visión del tema, empiezo por constatar que a la Administración se le ha reservado el papel de malo de la película, situación de corrección imposible, porque es debida a su destino. La legislación cumple su cometido con sólo establecer las reglas del juego en que ha de moverse la sociedad. Y la jurisdicción hacer que esas reglas se observen. Así de simple. Nada más y nada menos.

Los juristas, en general, muy poseídos de su papel de guardianes de la libertad, cosa que ciertamente es lo que más les dignifica, han contribuido a la concepción de lo administrativo como un fenómeno residual: Administración es todo aquello que no es Legislación ni Jurisdicción. Juicio que inevitablemente asocia la idea de lo administrativo a algo accesorio y apendicular. Mas ¡oh paradoja!, en estos tiempos de grandes aglomeraciones urbanas, de elevadas necesidades de trabajo, ahora resulta que el hombre se ha complicado la vida de tal manera que resulta imposible pueda subsistir sin tener continuamente a su lado a la Administración: desde que nace, como repetidamente se viene diciendo, en un centro sanitario de la Seguridad Social, hasta que muere, y sus restos son depositados en un cementerio municipal.

La vida misma del hombre, no los juristas, ni siquiera los políticos, se ha encargado de ofrecernos el nuevo panorama, motivador de que pueda hablarse de la existencia de un *imperialismo administrativo*, de una *era administrativa* y hasta de un *Estado administrativo* (3). Esto es cierto en cuanto la legislación ejerce una actividad que sólo es percibida por una minoría a través de las páginas del «Boletín Oficial»; y la jurisdicción desarrolla otra en la que sólo otra minoría se ve implicada, mientras que la Administración se encuentra tras de todo ciudadano, como la sombra al cuerpo, ya que ni siquiera se puede

(2) Dwight WALDO: *La Administración pública del cambio social*, Publicaciones de la Escuela Nacional de Administración Pública, Madrid, 1974, p. 19.

(3) Estas calificaciones, de diversos autores, las tengo recogidas en mi trabajo, antes citado, sobre *El poder administrativo*.

cruzar una calle sin observar las normas del Código de la Circulación (4).

Ahora bien, ¿basta esto para sumarse, sin más, al tópico de la Administración como encarnación de un nuevo *Leviathán*, dictatorial y avasallante? ¿Es justo, es correcto, imaginársela como un monstruo que nos persigue y nos vigila en todo momento, cometiendo toda clase de desafueros y arbitrariedades? ¿Es cierto que, por el contrario, los administrados, en general e indiscriminadamente, desde los obreros en paro a las multinacionales, sean todos unas víctimas inocentes?

Aquí, nuestro intento se reduce a poner en entredicho el tópico. Ciertamente que la Administración opera normalmente en posición de supremacía, sirviéndose de privilegios y de poderes exorbitantes; pero cierto también que ello no debe servir para ocultar lo que ocurre alrededor y dentro de la misma.

Lo que se viene ocultando son las presiones y los asedios a que se ve sometida la Administración por todas partes.

II. LA ADMINISTRACIÓN ASEDIADA

A) *Por el legalismo*

El primer asedio de la Administración procede del legalismo, esto es, de una legalidad hipertrofiada, beata, encarnada en ritualidades, formulismos y formalismos, de una legalidad tan complicada que ella requiera estar sometida, a su vez, al principio de legalidad.

El legalismo subvierte el orden de valores, pasando del fin de la ley a la ley como fin (5). Se trata de una antítesis muy galanamente expuesta por nuestro ORTEGA (6) al hablar de los que piensan que el derecho es derecho porque es justo, frente a los que consideran que es justo porque es derecho.

El legalismo convierte a la legalidad en una religión, a sus principios en unos dogmas, a sus servidores en unos sacerdotes.

(4) Luis JORDANA DE POZAS recoge la visión que nos da Sidney WEBB (el fundador de la *Fabian Society*) sobre el discurrir de la vida diaria de un ciudadano de su época, utilizando un servicio tras otro, casi todos de carácter público y la mayoría del municipio respectivo. Lo recoge en *El problema de los fines de la actividad administrativa*, número 4 de esta REVISTA, p. 17.

(5) J. T. DELOS: «Los fines del Derecho: bien común, seguridad, justicia», en un libro titulado *Los fines del Derecho*, en el que se recopilan otros trabajos de LE FUR, RADERUCH y CARLYLE, Universidad Nacional Autónoma de México, 1975, página 32.

(6) J. ORTEGA Y GASSET: *Obras completas*, vol. VI, p. 78.

El legalismo es la exacerbación de lo legal, como el militarismo respecto de lo militar, y como todo concepto que se convierte en movimiento y en cruzada. Es una salida de órbita, una conversión de medio en fin. Una idolatrización de la ley, origen principal de que se hayan despertado sentimientos de antipatía y de asco hacia ella, precisamente porque es ley, como apunta ORTEGA. Antipatía que es necesario desterrar, puesto que, como dice nuestro filósofo (7): «La ley, como la cortesía, son finos artificios de muelles interpuestos entre los hombres con el fin de intentar que la convivencia consista un poco en otra cosa que en morderse la nuez los unos a los otros.»

La ley, en Derecho público, y en el administrativo preferentemente, ha de servir también de muelle, en evitación de choques que pueden surgir en los intentos, o en los actos de abuso de poder, que tanto pueden proceder del Poder público como de los particulares, según subraya Edgar BODENHEIMER (8): «...el Derecho —nos dice este autor—, en su forma más pura, tiene que reconocer una esfera limitada de poder a los particulares y a las autoridades gobernantes»; refiriéndose a un «despotismo privado», como antítesis del «despotismo público».

Cierto que hablar hoy día, en un «Estado-Administración», de «despotismo privado», resulta un tanto sorprendente. Porque el individuo podrá defraudar a la Hacienda pública; podrá, si tiene suerte, eludir otras cargas administrativas, apropiarse indebidamente de partes del demanio público, pero llegar a ser despótico frente al Estado no resulta imaginable.

De ahí que la misión de la ley, en el tema de evitar abusos de poder, tenga que estar dirigida en gran proporción a impedir los abusos de poder del Estado. Y que en esa misión el principio de legalidad ocupe un lugar destacado. La ley viene a establecer quién debe actuar en cada materia, en cada lugar y nivel orgánico (competencia); cómo se debe actuar (procedimiento); incluso cuál debe ser el contenido de esa actuación (contenido u objeto del acto); y el fin perseguido (el *para qué*, frente al *por qué*; o *causa final*, frente a *causa impulsiva*).

Está muy bien también, porque resulta necesario, que la ley cuide, en todos sus pormenores, de las cuestiones que, en el actuar de la Administración, se consideran de «orden público», como son principalmente las de competencia y de procedimiento. Las primeras, por exi-

(7) J. ORTEGA Y GASSET: *Obras completas*, vol. VI, Madrid, 1952, pp. 230-231.

(8) Edgar BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, pp. 32-33.

gencias de seguridad jurídica, y para la racionalización y encauzamiento del ejercicio del poder administrativo. Las segundas, porque el procedimiento requiere un orden, una fijación predeterminada de etapas en su desarrollo, si se pretende que sea el instrumento ideado para cumplir adecuadamente su fin. Y porque sólo de esta forma el procedimiento constituye la garantía jurídica que de él se espera, tanto para los administrados como para la propia Administración, según destaca una constante jurisprudencia. Garantía que es la que sirve de enfoque a Segismundo ROYO-VILLANOVA para estudiar esta institución (9), a diferencia de SANDULLI (10) que la examina como el desarrollo de la función administrativa, en su aspecto dinámico, y como itinerario para llegar a producirse los actos administrativos. Garantía incompleta, puesto que en el procedimiento de que se trata, la Administración actúa como juez y parte, lo que ha obligado, como remate en la construcción del Estado de Derecho, a que éste, en un gesto de autolimitación, como nos dirá G. JELLINEK, consienta que su Administración sea juzgada por un poder extraño a la misma, esto es, por otro poder (el judicial), aunque poder del propio Estado.

Todo esto sería maravilloso si el principio se mantuviera en un estado sano y puro, y no degenerara en la patología del legalismo, fenómeno que, para desgracia de todos, se encuentra ahora en plena exaltación orgiástica.

Si el acudir a los Tribunales es necesario a veces, como refugio o zona de asilo para recuperar la libertad perdida; y si razonablemente se ha pensado que con ello no basta, ante la ausencia de vacuna inmunizadora del virus del error; arbitrándose, ante este posible mal, la medida reparadora de segundas instancias jurisdiccionales, abriendo, no un *novum iudicium*, sino una *revisio prioris instantiae*. Si todo esto entra dentro de la más elemental prudencia, lo que ha permitido que, como sistema de garantías, haya alcanzado una aceptación entre todos los Estados modernos de forma generalizada. Empero, por la fiebre legalista que en estos momentos nos invade, estas garantías clásicas saben a poco, pretendiéndose rizar el rizo en la defensa de los *derechos humanos*, sospechosa y súbitamente convertidos en artículo de consumo diario en las áreas geográficas que convenga.

(9) Segismundo ROYO-VILLANOVA: *El procedimiento administrativo como garantía jurídica*, en «Rev. Estudios Políticos», núm. 48, pp. 55 y ss.

(10) Aldo M. SANDULLI: *Il procedimento amministrativo*, Milano, 1940.

Este estado febril nos mete en un laberinto de medios impugnativos, en una interminable ruta de procesos, en un kaffiano mundo litigioso, del que más de uno sale tocado para siempre (11). En este sentido se crea un proceso especial en defensa de los derechos fundamentales de la persona (12); y un recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional (13); y un Defensor del Pueblo (14), y se piensa en el *habeas corpus*. Y en la gratuidad de la justicia. Y claro, a más, más. Porque, para algunos, esto ya sabe a poco. Y surge la ilusión de acudir al Tribunal Europeo de los Derechos Humanos. Es el infantilismo democrático. O el oportunismo de servirse de vías democráticas para destruir el sistema.

Siguiendo así las cosas, pronto, lo que de verdad se hará necesario es crear un defensor de la Administración. *Un defensor del interés general*. Que conste que mis preferencias no se dirigen a un vuelco de las estructuras y de los principios de nuestro Estado. A estas alturas de la Historia, con este «horizonte de la vida», que diría ДИЛТНЕТ, no va uno a adherirse al «imperio de la fuerza», con la consiguiente «negación del Derecho», para consolidar un Estado, y luego para que unos pocos se apropien de ese Estado. Lo que hace falta es apuntalar un Estado para que pueda funcionar al servicio de todos. Ahora nos encontramos con un Estado con problemas ingentes, que no es lo mismo que con una crisis de Estado. Recordando que, como dijo FLEINER, la mejor Constitución es una buena Administración, aunque sin pretender con ello —apostillo por mi parte— sustituir una por la otra.

La democracia no sólo tiene que jactarse de ser el régimen político más adecuado para la defensa de la libertad y la dignidad de los ciudadanos, sino que tiene que competir en eficacia y en resultados materiales con los que, en este terreno, parten de una situación de ventaja, al disponer de un autoritarismo removedor de toda clase de obstáculos.

Aunque parezca extraño, los demócratas avanzan a paso muy lento en la tarea de adaptar la democracia a la sociedad actual y, sobre todo, en la de defenderla. Por eso aún conservan plena vigencia las

(11) L. MUÑOZ SABATÉ: *Enfermedad y justicia*, Ed. Hispano-Europea, Barcelona, 1972.

(12) Ley 62/1978, de 26 de diciembre.

(13) Constitución española de 27 de diciembre de 1978, art. 161.1.b); Ley Orgánica del Tribunal Constitucional 2/1979, de 3 de octubre, título III.

(14) Constitución española de 1978, art. 54; Ley Orgánica 3/1981, de 6 de abril.

sagaces palabras de Harold J. LASKI (15): «El gobierno democrático —escribió— es, sin duda alguna, la forma suprema de la organización política, en el sentido de que los hombres que han disfrutado una vez del poder, no lo abandonan jamás sin disputa. Pero también es cierto que el gobierno democrático, hoy por hoy, es menos una cosa digna de alabanza que una fórmula que ha de entregarse al estudio y la investigación. Todavía tenemos que conocer la eficacia de sus hipótesis y las instituciones adecuadas en que puede encarnar en la práctica acertadamente.»

Me gustaría que se tomara nota que un autor de la trayectoria política que Harold J. LASKI siguió en su vida, a continuación de las palabras transcritas, se atreviera a proclamar que «... la administración del Estado moderno supone un cometido técnico, y que aquellos que la comprenden y conocen son pocos, relativamente...». Que «cualquier sistema de gobierno en sentido moderno supone un cuerpo de personas expertas que trabajan por la felicidad de grandes masas de población, que sólo juzgan de la política por el beneficio de sus resultados, y no se preocupan ni demuestran interés alguno por conocer el proceso que conduce a la realización de los mismos».

Naturalmente que no pienso apoyarme en el pensamiento de este ilustre autor para, extrapolándolo, como ahora se dice, presentar como de recibo una nueva legitimidad. Aquella a que se refiere Manuel GARCÍA-PELAYO (16) y que se expresa así: «es legítimo lo que es eficaz, y es eficaz lo que promueve y asegura el desarrollo tecno-económico en unas condiciones ambientales y en una coyuntura dadas...». Y no lo pienso porque, aunque haya que buscar en los resultados un avance cada vez mayor en logros técnicos, económicos y sociales, empero, la legitimidad de un Estado no debe partir de ahí, sino de su origen y de su base de sustentación, que no puede ser otra que la voluntad del pueblo.

Lo que hay que hacer es no caer en la trampa, o en la encerrona, de considerar que no hay más alternativa que la que da a elegir entre una *legalidad jurídica* y una *legalidad técnica*, porque la una no está reñida con la otra, consistiendo todo en saber combinarlas y dosificarlas convenientemente.

(15) HAROLD J. LASKI: *El Estado moderno*, Librería Bosch, Barcelona, 132, tomo I, pp. 3 y ss.

(16) MANUEL GARCÍA-PELAYO: *Burocracia y tecnocracia*, Alianza Universidad, Madrid, 1974, p. 52.

Lo conveniente, a mi juicio, es librarse del complejo democrático del *garantismo* (17); de la *psicosis de la juridicidad*, pero sin bajar nunca la guardia ante lo que es connatural a todo poder: la tendencia al abuso. La Administración, por eso, en ninguna de sus actividades, podrá liberarse del Derecho y, por tanto, de ninguna de sus limitaciones.

El Derecho es la envoltura de toda la Administración, lo mismo en su estructura que en su función. Tesis como la de LABAND, o la de G. JELLINEK, sobre el carácter no jurídico de la organización administrativa, lo que dio pie a la falsa distinción entre *reglamentos jurídicos* y *reglamentos administrativos*, no tienen en la actualidad apenas seguidores.

Sin embargo, no faltan aún los que, desde la perspectiva elevada de la teoría general, contraponen Derecho y Administración. Por ejemplo, Edgar BODENHEIMER (18) tiene dicho: «Lo que importa principalmente al Derecho son los derechos; a la Administración, los resultados; el Derecho conduce a la libertad y la seguridad, en tanto que la Administración fomenta la eficacia y rapidez de la decisión. Los peligros del Derecho son la rigidez y el estancamiento; los de la Administración, la burocracia y la autocracia.»

Esta contraposición sólo debe servir para sopesar bien lo que cada uno de estos conceptos debe aportar en la construcción de un Estado democrático y social, al servicio de todos. El peligro sólo vendrá de descompensaciones, de bruscas oscilaciones a uno u otro lado. La Administración debe estar jurídicamente controlada, ¡qué duda cabe!, pero controlada sin complicaciones innecesarias, sin exacerbación del espíritu legalista, estrecho y esterilizante. Lo contrario, en el dramático mundo de hoy, representa una regresión. Un paso atrás en la Historia. Una vuelta al siglo XIX, pero sólo en su parte negativa. «En el siglo XIX —nos dice el citado BODENHEIMER— en el sistema político norteamericano se subrayó casi exclusivamente el Derecho. La esfera de la Administración se mantuvo todo lo restringida que fue posible.» «La paralización —continúa— de la Administración por el Derecho era un espectáculo cotidiano. Casi todas las medidas importantes de policía o administración tuvieron que hacer frente a una intervención judicial (injunction)...»

(17) En algún sitio he leído esta expresión, atribuida a SANDULLI.

(18) Edgar BODENHEIMER: *Teoría del Derecho*, Fondo de Cultura Económica, México, 1974, p. 120.

BALLADORE PALLIERI, por su parte, abunda en la misma idea (19): «... elevada —nos dice— la legalidad a un fin en sí mismo, a único valor, ha dado origen a toda una superflua maraña de normas, de vínculos, de limitaciones, que sólo cumplen la función negativa de trabar la acción, en lugar de estimular a obrar, y a obrar bien...»; calificando el fenómeno de estéril y excesivo legalismo, para el que recomienda la tarea de «podarlo de todo lo que sea superfluo».

Obsesos con la idea de la garantía, sin darse cuenta que ésta radica fundamentalmente en el poder electoral de los ciudadanos, en una prensa verdaderamente libre (que no tiene por qué identificarse con una prensa sensacionalista, frívola e irresponsable de los verdaderos intereses nacionales) y en unas instituciones comprometidas con el sistema democrático (Cámara legislativa, Tribunales, Administración pública), se ha llegado a montar una trama inextricable, basada fundamentalmente en la idea de la duplicación: Congreso-Senado, Ministerio de Justicia-Consejo General del Poder Judicial, Defensor del Pueblo-Ministerio Fiscal, y así sucesivamente.

Es una trama que es hija, en buena parte, de un espíritu de reacción frente a la indigencia que el anterior régimen político presentaba en sus ofertas jurídicas de garantía a los españoles; frente a ese «vía-crucis de las libertades públicas» heredado de aquel régimen (20); frente a las secuelas de una guerra civil que pulverizó las instituciones básicas de todo Estado de Derecho (Tribunal de Garantías Constitucionales, Tribunal de Cuentas, Consejo de Estado, Jurisdicción Contencioso-administrativa, etc.).

Tiene la Administración otro tipo de asedios, pero éstos son ya otro cantar. A éstos ya no los incluyo en el paquete del legalismo, esto es, en esta denominación claramente peyorativa. Son los asedios de la legalidad, merecedora de todos mis respetos, por lo que lo mejor será retirar tal consideración.

La Administración no debe considerarse *asediada* por la ley, porque aquélla sin ésta no es concebible en un Estado moderno. La Administración tiene que admitir como algo natural, como algo que forma parte de su propia esencia, el que su actuación tenga que ser una

(19) Giorgio BALLADORE PALLIERI: «La crisis de la personalidad del Estado», incluido en un libro, junto a trabajos de diversos autores, con el título general de *La crisis del Derecho*, Ediciones Jurídicas Europa-América, Buenos Aires, 1961, pp. 296-297.

(20) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO y BAQUER: *El vía crucis de las libertades públicas y otros ensayos*, Ed. Cuadernos para el Diálogo, Madrid, 1976, 391 pp.

actuación conforme a ley; igualmente que es consciente de que no podrá obrar si no dispone de los medios personales y materiales necesarios para el debido cumplimiento de sus cometidos. Razón por la cual los autores que se han ocupado del estudio de los medios de la Administración no han tenido más remedio que establecer esta tripartición: medios personales, medios materiales, medios jurídicos.

Naturalmente que la sumisión de la Administración al Derecho representa una traba que frena la libertad y la fluidez que, sin él, podría tener en el desarrollo de su actividad. Es un coste que ineludiblemente hay que pagar, como hay que pagar otros, porque gracias a él se puede compatibilizar el ejercicio de la prerrogativa administrativa con el de garantía de los administrados, en un juego dialéctico que nunca debe tener fin. Es el precio de la libertad.

Sólo a título excepcional, la Administración se permite agilizar su actuación, pero no a costa de prescindir del Derecho, sino a base de cambiar de ropaje, sustituyendo las prendas del Derecho administrativo por las más ligeras del Derecho civil, mercantil y laboral. La Administración que, como nos tiene dicho Renato ALESSI (21), es expresión concreta del Estado, se presenta normalmente como titular del poder de imperio de éste, pero con la posibilidad de renunciar al mismo, esto es, a la posición de supremacía que tal poder le confiere frente al particular. Renuncia que da paso a la llamada «actividad administrativa de derecho privado».

Sin embargo, esta renuncia nunca podrá ser completa, porque nadie puede producir la traumaturgia de dejar de ser lo que se es, por lo menos dejar de serlo del todo. Por eso la ilusión inicial sobre una actividad administrativa de derecho privado se ha visto empañada nada más nacer. Incluso en esa zona estudiada entre nosotros por J. L. VILLAR PALASÍ relativa a la «actividad industrial del Estado». Sencillemente porque la construcción de dos parcelas separadas (Derecho público *versus* Derecho privado) se ha venido abajo. El Derecho privado aplicable a la acción administrativa se encuentra siempre teñido por la finalidad del interés general y reviste un cierto particularismo; no es jamás idéntico al que se aplica en las relaciones entre particulares, tiene escrito Prosper WEIL (22), apoyándose en ideas anteriormente

(21) Renato ALESSI: *Sistema Istituzionale del Diritto Amministrativo Italiano*, 2.^a ed., Milano, Dott. A. Giuffrè, 1958, pp. 211 y ss.

(22) Prosper WEIL: *El Derecho Administrativo*, Cuadernos Taurus, Madrid, 1966, p. 81.

vertidas por AUBY y LAMARQUE, y en las de LATOURNERIE, quien señalaba que la especialidad del Derecho administrativo reside, precisamente, en una amalgama de elementos de Derecho público y de Derecho privado, en dosis variables según las materias.

De todas formas, y retornando a nuestra tesis, la Administración, con uno u otro derecho, nunca se encuentra con las manos libres, siempre se ve asediada por las formas, por las reglas de competencia, por los procedimientos a seguir, por los controles obligados. Incluso, si bien se mira, lo peor para ella es el actuar en un régimen híbrido —público/privado—, por las complicaciones que ello lleva consigo, como puede comprobarse con algún ejemplo, como en materia contractual ha sucedido con la teoría de los llamados *actos separables*, origen de pleitos interminables y ruidosos, motivo de construcciones doctrinales y jurisprudenciales muy bonitas, pero desastrosas en la práctica (23). Circunstancias que han provocado un movimiento doctrinal en favor de la *unidad de fuero*, al que el propio Prosper WEIL se ha sumado, como entre nosotros lo han hecho el citado GARCÍA-TREVIJANO y PARADA VÁZQUEZ (en materia contractual) y LORENZO MARTÍN-RETORTILLO (en materia de responsabilidad civil de la Administración), entre otros autores.

El Derecho, por otra parte, no sólo traba la acción administrativa con reglas adjetivas, empleando un término sintético que englobe a cuantas no son de carácter sustantivo o material, sino, lo que es más importante, con otras que marcan a la Administración *lo que puede y debe hacer*, dejándole un escaso margen de manjobra. En su virtud, la Administración no encuentra espacios libres. La ley no sólo es límite de la actividad administrativa, sino presupuesto suyo, en contra de lo que pensaran autores como WINKLER o MEYER-ANSCHÜTZ con la teoría de la *negative Bindung*. Autores como ZANOBINI y KELSEN, y constituciones como la austríaca y la alemana de Bonn, y ¡cómo no!, la nuestra de 1978, se inscriben de lado de la teoría opuesta de la *positive Bindung*, de la plena sumisión de la Administración a la ley (24). Empero, incluso los que tan apasionadamente defienden el principio de legalidad, como ocurre con GARCÍA DE ENTERRÍA, no pueden ocultar la existencia de

(23) J. A. GARCÍA-TREVIJANO FOS: *Contratos y actos ante el Tribunal Supremo: la explotación del «Hotel Andalucía-Palace» de Sevilla*, en el número 28 de esta REVISTA, y *Reciente evolución de la jurisprudencia administrativa: los actos separables admitidos por el Tribunal Supremo*, en el número 36 de esta REVISTA.

(24) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Observaciones sobre el fundamento de la inderogabilidad singular de los reglamentos*, en el número 27 de esta REVISTA.

opiniones en favor del establecimiento, no de una vinculación de tipo único, sino de diversos grados de vinculación, no reductibles a unidad, tal y como piensan DAHM, FORSTHOFF y EISENMANN.

El miedo a salirse de la legalidad coarta —¡qué duda cabe!— el ideal, desde un punto de vista gerencial, de una Administración con poderes de iniciativa, con libertad de movimientos, con intervenciones en las que se maneje el sentido de la oportunidad. Lo que ocurre es que el Derecho administrativo, como casi todo el Derecho, lo contemplamos preferentemente desde la perspectiva patológica del proceso judicial, y en él, de entrada, la salida de la Administración de la legalidad siempre se presenta como una incursión en la arbitrariedad y en la injusticia. En los procesos no suelen establecerse términos medios.

Para colmo, ni siquiera en las materias en las que el ordenamiento jurídico delega en la Administración la elección de objetivos (Planes de Urbanismo), o la valoración de los hechos (pruebas selectivas de acceso a la función pública), puede considerarse libre, puesto que el poder que se le confiere —poder discrecional— se materializa en unos actos que, aunque calificados de discrecionales, al menos judicialmente han dejado de tener la inmunidad revisora de que gozaban en las viejas leyes de lo contencioso, desde que en la vigente de 27 de diciembre de 1956, como se puntualiza en su exposición de motivos, los actos discrecionales han dejado de figurar en la lista de actos excluidos de fiscalización, en razón, como se manifiesta en la misma exposición, a que la discrecionalidad no puede referirse a la totalidad de los elementos de un acto, a un acto en bloque, ni tiene su origen en la inexistencia de normas aplicables al supuesto de hecho, ni es un *prius* respecto de la cuestión de fondo de la legitimidad o ilegitimidad del acto.

La Administración, pues, no deja en ningún momento de verse asediada por el Derecho, en cualquiera de sus actos, en todas sus actividades, en todas las materias.

B) *Por la política*

La Administración no es dueña de sus destinos. Aparenta ser poderosa, omnisciente, dominadora, y, sin embargo, no es más que un simple instrumento, al que, eso sí, se le han concedido poderes (25), pero poderes instrumentales, para que haga aquello que conviene al poder político, aunque a éste, claro está, lo primero que le convendrá, para

(25) Angel MARTÍN DEL BURGO: *El poder administrativo*.

mantenerse y por propio instinto de conservación, es que la Administración cubra, por lo menos, las necesidades vitales de la población, e incluso mantenga las conquistas alcanzadas por anteriores gobiernos adversos. Factor que explica el que gobiernos conservadores respeten buena parte de programas socialistas, y que gobiernos socialistas copien fórmulas exitosas de precedentes gobiernos conservadores.

La Administración, por estas razones, se ve impulsada por una dinámica de expansión y de crecimiento, que ha dado origen a que se pueda presentar lo que se ha dado en llamar *ley de multiplicación de los servicios públicos*, pues ningún gobierno quiere correr el riesgo de recortar servicios y prestaciones ya establecidos, y frustrar lo alcanzado por los gobernados hasta entonces.

Por ello, el contenido del poder administrativo depende siempre, no del poder que la Administración quiera darse, lo que es imposible, por carecer de fuentes autoabastecedoras, sino del conjunto de las características del Estado y de la sociedad, de los que es sirviente.

La Administración es un elemento maleable, domesticable, debido a ese su carácter instrumental, lo que le priva de toda posibilidad de autonomía ideológica, que no implica la neutralidad de la Administración, sino el que la misma tenga que moverse impulsada por una energía ideológica extrínseca a ella, proveniente del poder político. La Administración, nos dice Charles DEBBASCH, está dirigida por la misma filosofía que la del poder político (26).

La Administración cuenta con estructuras propias, pero las funciones varían según las directrices políticas del Gobierno, que las orientará a una sanidad pública o privada o mixta; a la escuela obligatoria o a la libertad de enseñanza; a una economía planificada o de libre mercado; a un predominio del sector público o del sector privado en las inversiones; a una fiscalidad progresiva o regresiva; a un dirigismo cultural o a una liberalización de la cultura.

Para que esto ocurra así la Administración se ha montado como un monstruo, pero sin cabeza. El cuerpo está formado de tejido administrativo, pero la cabeza es de tejido político.

El cuerpo de la Administración está formado por un gran número de órganos (de ahí la teoría organicista), cada uno de ellos con competencias predeterminadas y acotadas, con un personal adscrito a los mismos de forma reglamentada, permanente, jerarquizada, encargados

(26) Charles DEBBASCH: *Ciencia administrativa. Administración pública*, INAP, Madrid, 1981, pp. 53-54.

de llevar a cabo los cometidos asignados a esa Administración en cada una de sus parcelas. Mas, este personal, esto es, estas personas físicas que son en realidad las que pueden poner en marcha y mantener con vida a los distintos órganos, en cuanto éstos, como el Estado y los demás entes, no son más que un artificio, siempre suelen tener, en la cumbre de la jerarquía, a unos órganos, y a unas personas, encargados de marcar directrices, dar órdenes, y decir la última palabra, que no son de carácter administrativo, sino político.

A este respecto resulta paradójico que, por ejemplo, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957, al dedicarse a regular los órganos de la misma, y sus competencias, se refiera al jefe del Estado, al Consejo de Ministros, a las Comisiones Delegadas, al presidente del Gobierno y a los ministros (art. 2.º), así como a los subsecretarios, directores generales y secretarios generales técnicos (arts. 15, 16 y 19), esto es, a la cumbre de la Administración, a su cabeza, que, precisamente por serlo, es política. Lo que quiere decir, lisa y llanamente, que la Administración está mandada (27) por instancias políticas, y que, por tanto, la sujeción de la Administración (empleando la terminología de VEDEL) a la política es manifiesta.

Una cabeza política la encontramos no sólo en la Administración central del Estado, sino también al frente de la Administración estatal periférica, en la persona de los gobernadores civiles, e incluso en los que se encuentran al frente de las delegaciones y jefaturas provinciales de los distintos Ministerios; así como los que ocupan la cumbre de los diversos entes de la Administración institucional, y muchos de los puestos de mayor responsabilidad. Igual que ocurre con las Comunidades autónomas, Diputaciones provinciales y Ayuntamientos. El que la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa excluya sólo de la revisión por la misma a los «actos políticos del gobierno» (art. 2-b) no implica que los actos de los demás órganos a los que nos acabamos de referir no sean políticos, sino al deseo de que los actos de estos órganos puedan ser revisados jurisdiccionalmente.

No obstante lo dicho, no es posible establecer un corte, una línea divisoria, entre agentes políticos y agentes administrativos, entre órganos de la primera clase y de la segunda. El Gobierno, por ejemplo, puede actuar con actos de una y de otra condición; como puede hacerlo un gobernador civil; y las otras autoridades referidas. Ahora bien,

(27) Philip SELZNICK: *El mando en la Administración*, Estudios Administrativos, Madrid, 1962.

el que un órgano político actúe administrativamente no significa que en ese supuesto pierda su condición, sino más bien lo contrario, esto es, que con ello se está produciendo una actuación administrativa impulsada políticamente.

No existe una línea divisoria tajante, ni siquiera en la parcela que por su estructuración tiene un componente burocrático y administrativo, pues, o el poder político se encarga de introducir su ideología en la Administración o ésta se politiza por su propia cuenta. Y es que una «administración científica» (*scientific management*) resulta difícilmente conseguible, casi una quimera. Los intentos doctrinales, sobre todo americanos, de convertir a la Administración en una *máquina*; de hacer de toda ella un gigantesco aparato, encargado de realizar sus cometidos de modo económico y eficiente, sin atender más que a los dictados de la organización científica del trabajo y a los métodos de la mayor productividad, no podrán nunca tener realidad plena.

Para PFIFFNER (28) «la clave de la nueva Administración pública, la conclusión de que la política debe atenerse a su esfera de determinación de directrices y dejar a la Administración aplicar sus procedimientos técnicos propios, libre del estorbo de la intromisión política», deriva de la consideración de que en la Administración no hay voluntad propia, capaz de marcar metas y objetivos, sino sólo un mecanismo encargado de poner en ejecución una voluntad que ha nacido en otro campo: en el campo político.

Indudablemente, de existir Administraciones de este tipo, de ellas no podría predicarse la afirmación que sirve de tesis a nuestro trabajo: el que la Administración se encuentra asediada o sometida a toda clase de sujeciones, puesto que en esta concepción, puramente técnica, toda la Administración es una sujeción total a una ideología (aunque se presente como todo lo contrario) que trata de aparentar la inexistencia de ella.

En realidad, como ha sostenido FRIEDRICH (29), Política y Administración no son dos compartimentos mutuamente excluyentes, sino dos aspectos íntimamente ligados. La Administración pública, dirá por su parte ANDERSON (30), se halla entretrejida con las instituciones, tradiciones e ideales políticos, en un sentido general, y depende de ellos. La

(28) «Public Administration», New York, 1935, p. 9. Citado por Héctor GIORGI: *La nueva Administración pública*, Montevideo, 1965, p. 130.

(29) Citado por Héctor GIORGI: *Ob. cit.*, p. 134.

(30) Citado por Héctor GIORGI: *Ob. cit.*, pp. 134-135.

política está metida dentro de la Administración porque, como sostiene DIMOCK, la Administración planea. No es simplemente una forma sin vida. Es un elemento activo en el cuerpo político, un elemento que adivina, inventa, proyecta.

La Administración, en conclusión, está dirigida por la política; está mediatizada por ella; está condicionada. La Administración, pues, está también asediada por la política.

C) *Por la burocracia*

¿Cómo es posible esto?, se preguntarán algunos. ¿Pero no es la burocracia el nervio, el esqueleto de la Administración? ¿Es que no es su elemento sustentante, y hasta su motor? Pues sí, puede decirse de la burocracia que es esto y muchas más cosas, pero, sin embargo, la burocracia presiona a la Administración desde la posición en que ésta es más vulnerable, desde dentro, como un infiltrado.

Estar dentro de la Administración, dentro del Estado, es una tentación, difícilmente resistible, de apropiarse para sí parte del poder que todo Estado dispone, como energía vivificante de su existencia. Como consecuencia de esta posición privilegiada, de esta ocupación de todos los órganos vitales del Estado, la burocracia, como ha señalado ISAAC DEUTSCHER (31) «... no sólo se constituye en el aparato regulador del Estado, sino también en el poder que impone su voluntad política a la sociedad».

Si el poder político trata de adueñarse, desde arriba, de la Administración, la burocracia, desde más abajo, pero desde dentro, se resiste en todo lo que puede a esa dominación, e intenta, con sutiles procedimientos, cambiar los papeles, pasando al ataque en cuanto descubre el menor descuido del adversario. La Administración, de poderosa y dominadora, se convierte en un campo de batalla, de aguerriadas fuerzas antagónicas, dispuestas a adueñarse de la misma. WERNER WEBER (32) nos dirá que los grupos —sociales, políticos, económicos— se mueven en el mundo moderno como animales de presa, dispuestos a devorarse entre ellos, y girando siempre alrededor de su presa más codiciada —el Estado— para desde allí dominar impunemente a los

(31) ISAAC DEUTSCHER: *Las raíces de la burocracia*, Ed. Anagrama, Barcelona, 1970, p. 27.

(32) Citado por Alejandro NIETO: «Administración y burocracia», inserto en el *Libro-homenaje a Jordana de Pozas*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1961, volumen I, p. 355.

demás. Pero Werner WEBER incurre en la ingenuidad de pensar que de esa lucha no participan los burócratas, por lo que considera que es a ellos a los que habrá que encomendar la defensa del Estado. Algo así, interpretarán algunos, apostilla NIETO, como encomendar al lobo la defensa del rebaño.

El lobo es un devorador y, para MICHEIS, la burocracia también lo es (33). Ve en la burocracia una base para el surgimiento de una oligarquía, que surge, dice, en todas las organizaciones, como manifestación de tendencias antidemocráticas existentes en todo grupo social: «La aparición de fenómenos oligárquicos en el seno mismo de los partidos revolucionarios es una prueba concluyente de la existencia de tendencias oligárquicas inmanentes en todo tipo de organización humana que lucha por el logro de fines definidos.» La oligarquía surge, según este autor, debido a la naturaleza de la organización, y a la naturaleza de los individuos que la integran.

Max WEBER, apóstol del sistema burocrático, cantor de sus excelencias, contrapone burocracia a otras formas estructurales de dominación y, concretamente, al «patrimonialismo», negando a éste la racionalidad que presupone existe en aquél. Pues bien, la consolidación de la burocracia ha dado origen a que la idea patrimonialista anide en cada uno de sus miembros, cuya primera y principal obsesión es la de que sus cargos los ostentan *en propiedad*. Idea que siempre propende, cualquiera que sea su objeto, a la expansión, a ejercer el dominio de forma absoluta. Idea muy bien reflejada en aquella frase de Pierre MENDÈS-FRANCE, dicha en 1954, de que le era más fácil cambiar al sultán de Marruecos que a un policía subalterno (34).

No perderé el tiempo, ni lo haré perder a los demás, recogiendo aquí opiniones en favor y en contra de la burocracia, muy justificadas las dos posiciones, puesto que se trata de una institución que da motivos para ambas cosas. Resumiré las encomiásticas con las palabras de Max WEBER, que ve en ella: «Precisión, rapidez, claridad, conocimiento del expediente, continuidad, reserva, unidad, subordinación estricta, reducción de fricciones y de costos materiales y personales...» Los adversarios, que son legión, no ahorran epítetos duros e hirientes. La califican de lacra de la moderna civilización, de elemento alienante, imper-

(33) Robert MICHEIS: *Los partidos políticos*, trad. española, Ed. Amorrortu, Buenos Aires.

(34) Alfred SAUVY: *La burocracia*, Editorial Universitaria de Buenos Aires, 1965, p. 59.

sonal y hostil. En esta línea, E. STRAUSS (35) nos cuenta que hacia el final de la Segunda Guerra Mundial, una comisión parlamentaria británica para la formación de funcionarios públicos emitió un informe en el que resumía las más frecuentes críticas cotidianas contra el burócrata de esta forma: «Los defectos enumerados con máxima frecuencia son la excesiva devoción hacia el precedente; el distanciamiento respecto del resto de la comunidad, la inaccesibilidad y el mal trato hacia el público en general; la falta de iniciativa y de imaginación; la organización ineficiente y el despilfarro de energías humanas; la morosidad o la falta de disposición para asumir responsabilidades o tomar decisiones.»

En realidad, como apunta Isaac DEUTSCHER (36), cada uno de los dos enfoques encierra una parte de verdad, porque, en la práctica, el Estado y la burocracia han sido los *Jekyll* y los *Hyde* de la civilización humana. Ahora bien, en un punto no puede que exista controversia: la burocracia crece y crece sin cesar, dentro de un movimiento dinámico que parece imparable. La burocracia se multiplica o se desdobra como un protozoo, en frase de Alfred SAUVY.

Este punto lo recojo, dándole un especial relieve, en cuanto me sirve para reforzar mi tesis del asedio de la Administración por parte de la burocracia. Asedio económico, que es el más grave de los que puede sufrir aquélla. Cada vez hay más burócratas, y cada vez éstos, nosotros, queremos estar mejor remunerados. El resultado es que los capítulos de personal de las distintas Administraciones públicas se están engullendo los presupuestos. Existen Ayuntamientos que después de pagar al personal, si es que hay para ello bastante, no les queda dinero ni para comprar un ladrillo. El Estado no tiene de momento estos problemas porque parece ser que los magos de las finanzas descubrieron a tiempo que eso del equilibrio presupuestario es una antigualla, como lo era el patrón oro. Ya veremos lo que nos deparará el futuro...

D) *Por la sociedad*

La sociedad se siente enajenada de la Administración, a la vez que inseparablemente unida a ella. La Administración aparece para muchos como una máquina opresora, a la vez que es el ángel tutelar de la sociedad, sin la que no se podría vivir.

(35) E. STRAUSS: «La mentalidad burocrática», trabajo que forma parte de una obra colectiva, reunida en libro con el nombre de *El Gobierno: Estudios comparados*, Alianza Universidad, Madrid, 1981, p. 285.

(36) Isaac DEUTSCHER: *Ob. cit.*, p. 16.

Pero la sociedad no se está quieta ante esa presencia constante, en todos los ámbitos, de la Administración pública. La sociedad reacciona continuamente, aunque no lo haga en bloque, sino por grupos, los llamados grupos de presión. En cierta ocasión, un compañero muy agudo me comentaba que en sus años juveniles de Universidad creía que la ley era obra exclusiva de las Cortes y que los reglamentos lo eran del Gobierno, pero que ahora, ya muy maduro, observa que detrás de cada ley hay todo un movimiento de presiones, de campañas políticas o de prensa, de intereses concretos, de sectores sociales interesados en una determinada solución de sus problemas. Y que detrás de cada reglamento ocurre esto mismo, pero de forma más concreta y limitada. Que detrás de un Decreto sobre Farmacias están los farmacéuticos. Y que igual ocurre con los médicos, con los abogados, con los ingenieros industriales. Tan cierto es esto que, precisamente dentro del derecho corporativo, no hay gobierno que se atreva a deslindar de una vez por todas las competencias atribuibles a las distintas ramas de la ingeniería; así como la distribución de cometidos, dentro de cada rama, entre los técnicos de grado superior y los de grado medio. Debe ser que hayan intuido los gobernantes —los de ahora y los anteriores— que meterse en esa jungla de competencias no es político, lo que ha motivado un endoso de la cuestión a los Tribunales, que van saliendo del paso... como pueden.

Este estado de cosas pone en tela de juicio si los llamados *corps intermédiaires* (por MONTESQUIEU y TOCQUEVILLE, entre otros), definitivamente enterrados para los revolucionarios franceses, no sólo perduran, sino que gozan de buena salud. Ahora perviven, pero con otro nombre, y valiéndose de técnicas más sofisticadas. Muchas de éstas puestas al servicio de intereses turbios y a veces inconfesables. El nuevo nombre es el de *pressure group*, o grupo de presión. Grupos que André MATHIOT (37) los define así: «No son otra cosa que los innumerables movimientos, Asociaciones, Sindicatos o Sociedades que, para defender los intereses comunes de sus miembros, se esfuerzan, por todos los medios a su alcance, directos o indirectos, en influir en la acción gubernamental y la iniciativa, así como en orientar a la opinión pública. Dichos grupos son nada menos que fuerzas sociales, económicas y espirituales de la nación, organizadas y actuantes.»

(37) Definición recogida de un trabajo de Alfred SAUVY sobre *Lobbys y grupos de presión*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1956, p. 3.

Los grupos de presión no están formados en exclusiva por corporaciones profesionales o por grupos de intereses. Existen asociaciones que agrupan a los «Amigos de los Castillos», a los antinucleares, a los ecologistas, a los amantes de la Naturaleza, a los nudistas, a los homosexuales, y hasta a los amigos de «Cabo Mayor», reunidos en asociación para la defensa de este restaurante madrileño, amenazado de cierre por aplicación de las Ordenanzas municipales madrileñas, según me entero en crónica publicada por un conocido semanario español, firmada por un renombrado escritor gastronómico, directamente dirigida al alcalde Enrique TIERNO GALVÁN, para producir mayor efecto.

Incluso se forman grupos, de vida transitoria, para defender la aprobación de un determinado proyecto, como el citado por Alfredo SAUVY, para la terminación del Canal del Norte.

Existen grupos integrados por soñadores, idealistas, románticos, como son bastantes de los antes citados, pero los hay de carácter cerrado, secreto, con grandes intereses a defender, y dispuestos a todo. SAUVY se refiere a ellos al citar a la *maffia*, al *trust*, al *lobby*, a la *intelligentzia* y al *brain trust*.

Muchos de estos grupos llegan a tener influencia en las decisiones políticas, con lo que, como puntualiza Karl LOEWENSTEIN (38), llegan a influir también en el proceso del poder mismo, operando como una limitación que de hecho se produce en sus detentadores. Sin embargo, el verdadero acoso, el asedio, suelen plantearlo en el seno de la Administración, estableciendo contactos con los funcionarios encargados de regentar la rama en cuestión. Llegándose, según nos describe SAUVY, a la construcción de una técnica de acercamiento a estos servidores de la función pública, que va, según el autor citado, desde la comida ofrecida de cuando en cuando a los regalos poco comprometedores y a la corrupción (digamos que ésto, por fortuna, constituye lo excepcional).

Lo más normal es que por el solo hecho del contacto cotidiano y por la familiaridad que ello produce en los centros administrativos se cree una corriente de simpatía y hasta una deformación funcional, en el sentido de llegar a creer de buena fe que la obligación es la de defender los intereses de las personas afectadas por la actuación del respectivo centro. SAUVY nos dirá al respecto que «los funcionarios acaban casi fatalmente por abrazar, en parte, la causa de los profesio-

(38) Karl LOEWENSTEIN: *Teoría de la Constitución*, Barcelona, Ed. Ariel, 1976, páginas 422 y ss.

nales», y la de los demás interesados, añadimos por nuestra cuenta. Así el Ministerio de Trabajo se cree en la obligación de defender a los trabajadores en toda situación y momento; como el de Comercio a los comerciantes; el de Justicia a los jueces, y así sucesivamente.

El resultado de todo esto es la irrealidad de las construcciones científicas; con esos edificios constitucionales tan perfectos y acabados; con esos poderes inmaculados y tan bien delineados; con esa pureza de formas; con esos principios de igualdad y de libertad tan deslumbrantes.

«Ninguna sociedad estatal moderna —nos dice LOEWENSTEIN— puede ser analizada exclusivamente a la luz de sus instituciones constitucionales y legales, prescindiendo del papel que los grupos pluralistas juegan en el proceso político.»

Esta advertencia de LOEWENSTEIN implica una denuncia contra el normativismo kelseniano, y contra el pecado de unidimensionalidad que el mismo encierra, al prescindir en absoluto del elemento sociológico; de igual, pero opuesta forma que hacen sus contrincantes, como ocurre, por ejemplo, con Franz W. JERUSALEM y Eugen EHRLICH, según ha advertido entre nosotros F. GARRIDO FALLA.

Porque es hora de decir, escribe GARRIDO FALLA, «que estos sencillos cuadros no ven la realidad en su plenitud». La solución se ha querido ver en el empleo del método dialéctico, mediante el cual, conceptos tan opuestos como *ser* y *deber ser*, *realidad* y *valor*, *ley natural* y *norma positiva*, en principio tan incompatibles, están condenados a entrar en un mismo juego, logrando así, por su conjunción, una mejor explicación de los fenómenos reales.

Método dialéctico empleado por Dietrich SCHINDLER (39), quien, a propósito de los conceptos Estado y Sociedad, estima se los puede considerar formando parte de un todo, mezclados entre sí, necesariamente, de la misma manera como en el organismo humano están los corpúsculos rojos y blancos de la sangre.

Consecuente con su pensamiento, SCHINDLER no contrapone la Sociedad al Estado, sino que prefiere hablar de lo *extraestatal* y de lo *extrajurídico*. Y de acciones paralelas y complementarias.

De esta forma puede explicarse la realidad de un poder administrativo, que lo es, pero no de la forma en que es pensado por los teóricos especialistas. Realidad que nos muestra una Administración aco-

(39) F. GARRIDO FALLA: *Sociedad y Estado en el pensamiento de Schindler*, en «Revista de Estudios Políticos», núm. 47, septiembre-octubre 1949, pp. 117 y ss.

sada o asediada por fuerzas sociales, que la presionan en las más varias direcciones, hasta con infiltraciones en el interior de su propia fortaleza.

La Sociedad no deja tranquila a la Administración ni un solo momento. La ataca a la hora de pagar los impuestos. Se malhumora cuando tiene que solicitar licencia en algo que estima no es más que el ejercicio de derechos subjetivos incuestionables. Se queja cuando los servicios son deficientes. Pretende endosarle las empresas en ruina. La convierte en compradora forzosa de los excedentes sin salida en el libre mercado (el trigo, demás cereales, el vino, etc.). Le exige que los obreros en paro no dejen de cobrar el correspondiente subsidio. Que las tarifas de los principales servicios públicos operen con precios políticos, etcétera.

III. LAS PRERROGATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

En esta parte me propongo exponer, muy sucintamente, en qué situación quedan los privilegios, prerrogativas o poderes exorbitantes, tradicionalmente reconocidos a la Administración, dentro del estado de cosas expuesto en el anterior capítulo, según mi particular punto de vista.

Voy a agrupar, por un lado, a las prerrogativas, estableciendo entre ellas una clasificación, según el grado de degradación que las mismas sufran, como efecto de las presiones o asedios recibidos, por las causas exógenas anteriormente analizadas, y frente a ellas, cerrando este trabajo, me referiré a lo que me atrevo a calificar de antiprerrogativa, o antiprivilegio de la Administración: la responsabilidad civil de la misma, intentando con ello la simetría, aunque sea por la vía de la antítesis.

A) *Potestad expropriatoria*

Se trata de una de las prerrogativas que más ponen de relieve la supremacía de la Administración, y la participación de ésta en el poder político del Estado, aunque la Ley de Expropiación Forzosa habilite también a las provincias y a los municipios para ejercerla, sin duda por poderes implícitos existentes en estas Corporaciones, delegados en las mismas, en su condición de entes de carácter territorial, lo que conlleva la extensión de esta prerrogativa a los órganos de las nuevas Comunidades autónomas.

La expropiación forzosa representa para el administrado una enajenación coactiva, con la consiguiente sustitución del bien expropiado por su equivalente económico, pero, en contrapartida, representa también la garantía de que, de ningún modo, el particular se verá expuesto a la confiscación de sus bienes, según un principio consagrado tradicionalmente en nuestro Derecho Constitucional, tan bien expuesto entre nosotros por GARCÍA DE ENTERRÍA (40), que, naturalmente, recoge nuestra vigente Constitución de 1978 en sus artículos 31-1.º y 33-3.º

Esta potestad se ve también constreñida, en cuanto sólo podrá ser ejercitada por causas de *utilidad pública* o *interés social* (art. 1.º LEF y art. 33-3.º de la Constitución); causas que habrá que declarar previamente, como condicionantes de la legitimación de la misma (artículo 9.º LEF), como «materias reservadas a la ley» (41). El Derecho no deja ni un solo momento que la Administración pueda actuar libremente en la utilización de esta institución, arbitrando medidas para la determinación de la necesidad de ocupación de bienes o adquisición de los derechos que sean estrictamente indispensables para el fin perseguido (arts. 15 a 23 LEF); estableciendo toda clase de garantías para la fijación del justiprecio, dando entrada, de no mediar acuerdo entre las partes interesadas, al Jurado Provincial de Expropiación, y, en último término, a los Tribunales de lo Contencioso (artículos 24 a 47 LEF); impidiendo la ocupación de los bienes expropiados, sin el previo pago del justiprecio establecido; con medidas compensatorias predeterminadas en los supuestos de necesidad de urgente ocupación de tales bienes; señalando plazos y procedimientos (arts. 48 a 55 LEF) e incluso imponiendo responsabilidades por demora (art. 56).

El asedio que recibe esta prerrogativa por el Derecho, como corresponde a la misión de éste, no incide en que aquélla se ejercite en una u otra dirección, ni en que se ejercite más o menos de la cuenta. Lo contrario que ocurre con las presiones sociopolíticas, determinantes de una proliferación de expropiaciones, o de una atonía de las mismas, o de que éstas se acentúen en un campo o en otro.

La historia legislativa es buena muestra de lo dicho, al mostrarnos los alardes de una época, como la siguiente al año 1939, con sín-

(40) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1956, pp. 24 y ss.

(41) Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA: *Ob. cit.*, pp. 86 y ss.

tomas de ímpetu pseudorrevolucionario (42), muy pronto remansada con una ley —la vigente de 18 de diciembre de 1954—, caracterizada por su eminente tecnicismo. Evolución política y social —no jurídica— determinante de conatos de utilización de esta potestad, con fines renovadores y de cambio de estructuras, que quedan en nada, nada más nacer, y que terminan en una plácida hibernación de este instituto. Una prueba de lo dicho es la mínima utilización de la potestad expropiatoria en materia agraria, a pesar de la promulgación de la Ley de Fincas Mejorables de 3 de diciembre de 1953, reformada por la de 14 de abril de 1962 (43) de las leyes sobre colonización de grandes zonas y de colonización y parcelación de grandes zonas regables, de 26 de diciembre de 1939 y de 21 de abril de 1949, respectivamente. Y un síntoma más el que, en materia de urbanismo, la expropiación constituya un sistema de actuación concebido de forma supletoria, sólo para cubrir fallos producidos por los otros —compensación y cooperación—, como hemos tenido ocasión de exponer en reciente conferencia pronunciada en Barcelona, a primeros de febrero de 1983, sobre el tema «Gestión Urbanística»; síntoma que se completa con la predisposición al uso de la nueva fórmula del *urbanismo concertado* (44).

Por el contrario, el famoso Real Decreto-ley expropiatorio del grupo de empresas del *holding* RUMASA, y las circunstancias y momento en que se ha promulgado, es revelador de los vaivenes a que se ve sometida la Administración, según la dirección de los vientos reinantes, o el cambio de circunstancias socio-económicas.

B) *Potestad tributaria*

Ninguna potestad es tan vital como esta para la subsistencia del Estado y de los demás entes públicos territoriales y, por ello, ninguna ha estado como ésta tan unida a todas sus vicisitudes, incluso originando el nacimiento de institución tan fundamental como fue la de las Cortes en el medievo, las cuales fueron ideadas para hacer posible

(42) La panoplia de disposiciones a disposición de la Administración para que ésta hubiera podido intervenir activamente, sin brusquedades, en una pacífica reforma agraria, no ha podido ser mayor y, sin embargo, todo quedó en nada. Disposiciones relacionadas por José María MARTÍN OVIEDO en su trabajo *Especialidades de la expropiación forzosa en materia agraria*, inserto en el número 47 de esta REVISTA, pp. 455 y ss.

(43) En época más reciente se ha promulgado una Ley de Fincas manifiestamente mejorables: Ley 34/1979, de 18 de noviembre.

(44) T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *El urbanismo concertado y la reforma de la Ley del Suelo*, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1974.

la afluencia de recursos en manos de lo que ahora se llama Tesoro Público, que entonces estaba encarnado en el monarca, armonizando las demandas de éste con el consentimiento de los súbditos, partiendo del supuesto de que las imposiciones debían tener carácter voluntario (45).

El Estado, para poder surgir en su configuración moderna, tuvo que reñir previamente encarnizadas batallas para asegurarse unos medios con los que hacer frente a sus ingentes necesidades. Su parto fue muy laborioso, porque tenía que romper muchas barreras, muchos poderes establecidos, poderes, los de los señores feudales, poseídos de la idea de que precisamente por ser tales, ellos no debían ser los llamados a contribuir al sostenimiento de las cargas de la incipiente organización estatal; cargas que entonces eran principalmente derivadas de las guerras.

El Estado, conforme se ha ido afianzando, hasta llegar a alcanzar la sacralidad que le proporciona el Derecho, no ha dejado de ir reforzando su potestad tributaria, por el medio que mayor respetabilidad puede proporcionarle: el jurídico. Ahora bien, en este largo proceso, que empieza con el nacimiento de los modernos Estados, pasa por las monarquías de régimen absoluto, y termina en los actuales Estados democráticos de Derecho, las presiones y las luchas entre las clases sociales entre sí, y frente al Estado, en materia tributaria, no han cesado, variando tan sólo la forma en que se han ido desarrollando y los medios empleados en cada momento histórico.

En estas luchas, la Administración es un instrumento inerte en manos del Poder soberano, que la ha ido empujando en una u otra dirección, primero sin escrúpulos, y poco a poco con los escrúpulos que los avances sociales le iban imponiendo a ese Poder.

La lucha por el impuesto no ha cesado porque el Estado, por una parte, no puede subsistir sin ellos, y porque los llamados a soportarlos no suelen tolerarlos de buen grado, por otra; intolerancia nacida no sólo por lo que implican de sustracción de parte de lo que es de uno, sino por los sistemas injustos que se han ido sucediendo en cuanto a su reparto, aunque la injusticia se vaya corrigiendo paulatinamente con el correr del tiempo.

Para vencer estas fuerzas de resistencia los soberanos han recurrido a toda clase de ardidés que, en la primera etapa del Estado abso-

(45) Fernando SAINZ DE BUJANDA: *Hacienda y Derecho*; Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1955, pp. 229 y ss.

luto, la relación era toda ella una relación de fuerza. En este sentido Mauru FASIANI nos dirá (46) que «... la clase gobernante gobierna en el propio y exclusivo interés, sin preocuparse ni de las necesidades ni de los intereses de los dominados». «Estas necesidades e intereses son tomados en consideración sólo en cuanto sean necesarios para conseguir el poder y para conseguir los propios fines, y son satisfechos sólo en la medida a ello necesaria.» «No pueden existir leyes económicas —escribe PANTALEONI (47)— allí donde existe violencia y fraude, porque quien es fuerte se sirve hasta el límite del propio provecho de su fuerza sobre los que son débiles y no se la discuten. Nunca se ha visto un león contratar con una oveja.» Pero como las relaciones de fuerza no son inalterables, sino que el curso de la Historia se encarga de hacer en ellas continuos desplazamientos, los gobernantes se han visto obligados a corregir sus estrategias moviéndose en las líneas de menos resistencia, adoptando aquellas medidas que atenúan o anulan las reacciones de los dominados. Y las medidas son aquellas que despiertan en éstos el máximo de *ilusión*. Con ella, apunta el citado FASIANI, lo que importa no es que un cierto tributo, o un cierto gasto, dé lugar a ilusiones, sino que estas ilusiones se agrupen hasta formar una verdadera tendencia, un sistema (48).

Siguiendo la *Teoría de la ilusión financiera* de PUVIANI (Palermo, 1903), el autor antes citado dedica un capítulo de su obra, a la ilusión del gasto público, y otro a la ilusión en los ingresos públicos. En el primero trata de:

- a) Ocultación evidente y declarada del gasto.
- b) Ocultación del gasto por medio de instituciones y prácticas contables y administrativas.
- c) Ocultación del gasto con procedimientos y artificios de otra naturaleza.

Respecto de los ingresos, siguiendo a PUVIANI, distingue nueve categorías de ilusiones, que no detallamos en aras de la brevedad.

Ilusiones que con técnicas cada vez más sofisticadas se procuran mantener para que el sistema tributario no alimente las esperanzas de la oposición política, aunque sus efectos sean cada vez más limi-

(46) Mauro FASIANI: *Principios de Ciencia de la Hacienda*, Ed. Aguilar, Madrid, 1962, p. 57.

(47) Mauro FASIANI: *Ob. cit.*, p. 57, recoge la frase transcrita de PANTALEONI.

(48) Mauro FASIANI: *Ob. cit.*, p. 62.

tados, puesto que la dosis de ingenuidad del ciudadano medio cada vez va siendo menor.

En estos momentos, en los que el principio predominante es el de *legalidad*, la Administración financiera sufre todas las vinculaciones que el mismo comporta; vinculaciones negativas para ella, aunque esenciales e indeclinables para la garantía de los particulares, en cuanto todo el proceso tributario (determinación de la base impositiva, tipo aplicable, cuota tributaria, recaudación de la deuda resultante, etc.), está sometida a la más rigurosa legalidad.

Cierto que la Administración se ve asistida, porque la misma legalidad viene en su ayuda, con una serie de privilegios, puestos a su disposición, para la más expeditiva efectividad en su tarea recaudatoria, empezando por el establecido en la prelación de créditos (artículos 1.923-1 y 1.924-1 del Código Civil; arts. 71-74 de la Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; Ley de Administración y Contabilidad de la Hacienda Pública; Estatuto de Recaudación; Ley Hipotecaria; Ley sobre Navegación Aérea de 21 de julio de 1960 (artículo 133-1), y terminando con el sistema de autotutela, articulada en la vía de apremio (Ley General Tributaria, arts. 128 y ss.; Estatuto de Recaudación). Cierto todo esto; empero, convendría meditar sobre el estado de opinión creado por esos doctrinarios a los que en cierto sentido se refirió Luigi EINAUDI (49) y frente a los que proponía una «Defensa del Estado», y que, escindiendo la realidad, sólo presentan al público una cara del espectáculo, la de esos privilegios, ocultando por completo la otra.

La otra cara empieza por los asedios políticos a la Administración financiera, que conducen a un incremento cada vez mayor del gasto público; junto a otros asedios que le impiden, en cuanto a los ingresos, nivelar el presupuesto. Pero, con ser esto malo, lo peor, y lo que agrava el problema, es el «mito del contribuyente que paga hasta el último céntimo», referido no sólo al funcionariado, como expuso el citado EINAUDI (50), sino al contribuyente en general. Es un mito porque nadie, o casi nadie, «paga hasta el último céntimo», razón por la que muy bien podría hablarse de los privilegios de, no de todos, pero sí de muchos que deberían contribuir, y no contribuyen en absoluto, o en menor cantidad que la debida.

(49) Luigi EINAUDI: *Mitos y paradojas de la justicia tributaria*, Ed. Ariel, Barcelona, 1963, p. 53.

(50) Luigi EINAUDI: *Ob. cit.*, pp. 73 y ss.

Este fenómeno constituye lo que viene calificado como evasión del impuesto, habiéndose distinguido por la doctrina una evasión ilegal y otra legal (51). Distinguiéndose en la primera el contrabando y el fraude fiscal, y en la segunda: a) la emigración de personas; b) la emigración de capitales; c) el abandono total o parcial de determinados consumos y determinadas producciones, y d) las remociones del impuesto.

El fraude fiscal se produce a través de la ocultación de la base imponible. Constituye una actitud que incluso da origen a cavilaciones de los moralistas, si se estima que existe una presión fiscal por encima de lo tolerable. Mas, por desgracia, el fraude tiene lugar en multitud de ocasiones sin la existencia de tal circunstancia. La doctrina ha señalado que existen tiempos y países donde el hombre medio demuestra una destacada tendencia a conformarse con la ley, y tiempos y países donde está en lucha perpetua contra cualquier cosa que se refiera al tema tributario. Existen naciones donde el fraude fiscal se considera una cosa vituperable e infamante, con desprecio de su autor, y, por el contrario, existen otras en las que «jugársela al fisco» se considera un gesto lógico y normal, dentro de un estado de opinión en el que predomina ese *sálvese quien pueda* al que se refirió EINAUDI.

Lo más lamentable, sin embargo, son las mermas que en la recaudación de los tributos experimenta la Hacienda pública, sin poder imputárselas a nadie, sino a las deficiencias e insuficiencias de sus servicios recaudatorios. Cuestión esta que pasa totalmente desapercibida, que no es aireada por nadie, pero que, globalmente, en el conjunto de la nación puede representar cifras importantes, sobre todo por los «fallidos» que se producen en las recaudaciones de las grandes capitales, en muchas de las cuales el personal disponible no dispone de tiempo suficiente para cumplimentar los procedimientos de apremio de forma que resulten efectivos.

C) *Los poderes exorbitantes en la contratación administrativa*

Falta poco para que, cuando se habla del contrato administrativo, y de los poderes exorbitantes que en él se reserva la Administración, algunos no resistan a la tentación de acudir a un exorcismo que les libere de tan mal presagio. Se trata de puristas, de dogmáticos cerra-

(51) Mauru FASIANI: *Ob. cit.*, p. 240.

dos, que consideran aberrante el que en un contrato no exista una absoluta igualdad de partes, y una libertad, también absoluta, en el consentimiento.

Se olvidan, al pensar de esta forma, que su ideal no tiene realización práctica en ningún tipo de contrato. ¿Qué libertad tienen los consumidores en la fijación del precio de los artículos que necesariamente tienen que adquirir masivamente y a diario? ¿Qué libertad tienen cuando se disponen a comprar un coche, o una simple bicicleta, aparte la elección de la marca? ¿Cuánto margen de libertad les queda cuando suscriben un contrato de arrendamiento de un bien urbano o rústico? O cuando tratan de crear una sociedad anónima. O de constituir una hipoteca.

¿Acaso lo que estoy diciendo es una invención mía? ¿O es un fenómeno que acabo de descubrir? Nada de eso. Hace ya mucho que se ha hablado y escrito sobre la declinación del Derecho; sobre la decadencia de la ley y el contrato; sobre la crisis del concepto del contrato (52), sin distinción entre contratos administrativos y contratos de derecho común.

Hablar en serio de crisis del contrato equivale a despertar de un sueño. Equivale a ignorar que el Derecho es un conjunto de normas, de cautelas, de ficciones y de falacias. Cierto que todo contrato está construido sobre la base de un acuerdo de voluntades, y una común intención de las partes (53), mas, no nos engañemos, se trata de voluntades y de intenciones inseparables del conjunto de circunstancias en que las mismas se pueden desenvolver, en el entramado social en el que el ser humano discurre.

Por otra parte, ¿qué es más grave, el poder exorbitante de la Administración, configurado por la ley, en preservación del interés público o, si se prefiere, para despertar menos sospechas, del bien común,

(52) MORIN: *La loi et le contrat. La decadence de leur souveraineté*, Paris, 1927; Giuseppe CAPOGRASSI: «La ambigüedad del Derecho contemporáneo», en el libro de un colectivo, titulado *La crisis del Derecho*, Buenos Aires, 1961, nos dice que: «En cuanto al contrato, se transforma en el sentido de que va dejando de ser voluntario, ha llegado a ser hoy directamente un lugar común. El contrato se convierte en el puro y simple modo de entrar a formar parte de una institución.» Por su parte, Jean CARBONNIER (*Derecho flexible*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, p. 251), después de referirse a lo que llama «darwinismo del Derecho» o ley de SUMMER MAINE: «el estatuto precede al contrato», apunta que unas décadas después el ciclo se cierra en sentido inverso y que al derecho voluntario sucede el derecho impuesto, como fruto de una decadencia de la autonomía de la voluntad y de una socialización del contrato.

(53) André DE LAUBADÈRE: *Traité de Droit Administratif*, huitième édition, LGDJ, Paris, 1980, p. 355.

empleando una terminología tomista y de nuestros mejores moralistas y teólogos? ¿O el poder ejercido *de facto* por los monopolistas del mercado, por los grandes *trusts*, por los especialistas en prácticas restrictivas de la competencia? (A propósito, ¿existe el Tribunal de Defensa de la Competencia? ¿Se sabe su costo y su rendimiento?)

Es sumamente aleccionador lo que nos dicen E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ (54) a este respecto: «Una regulación de fondo especial para los contratos administrativos, un régimen jurídico objetivo exorbitante del Derecho común, no ha existido en absoluto y no aparecerá en nuestro Derecho hasta la LCE de 8 de abril de 1965. Las especialidades propias de la contratación administrativa que aparecen en el curso del siglo pasado y en las que más tarde, e incluso hoy, se pretenderán localizar las famosas "exorbitancias" que singularizan al contrato administrativo (prerrogativa de decisión unilateral en materia de interpretación, sanciones e incluso modificación y rescisión) surgen siempre por vía de pacto (pliego de condiciones fijadas por la Administración, y a las cuales el contratista se adhiere), y no por imposición de un texto legal expreso, y tiene inicialmente un carácter provisional destinado a no entorpecer el curso de las obras contratadas con el surgimiento de una discrepancia y la tramitación de un proceso.»

En honor a la verdad, hay que decir que la sinceridad de estos autores no es moneda corriente. En Francia, sobre todo, la doctrina ha sacrificado muchas cosas, con tal de presentar un régimen jurídico administrativo singular, francés desde luego, en el que, por cierto, como hemos escrito en otro lugar, tienen uno de sus principales artículos de exportación. Y una de las singularidades, construidas paciente y artesanalmente, es esta del contrato administrativo, por sus cláusulas exorbitantes. Jean RIVERO (55) no duda en afirmar que, salvo en los supuestos que precedentemente ha examinado, relacionados con el servicio público, un contrato no es administrativo sino cuando las partes han manifestado su voluntad de sustraerse al derecho común, adoptando cláusulas que lo deroguen; es la cláusula exorbitante —afirma—, o derogatoria del derecho común, la que, en la mayoría de los casos constituye el criterio decisivo para la configuración del contrato administrativo; citando en este sentido un *arrêt* del Consejo

(54) E. GARCÍA DE ENTERRÍA y T. R. FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ: *Curso de Derecho Administrativo*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, p. 579.

(55) Jean RIVERO: *Droit Administratif*, Dalloz, Paris, 1965, 3.^a ed., p. 102.

de Estado de 10 de mayo de 1963 (Sté. La Prospérité Fermière, «RDP», 1963, p. 597). RIVERO nos dirá también que el derecho civil consagra el principio de la libertad contractual, permitiendo a las partes la adopción de las cláusulas más variadas, resultando derogatorias del derecho común aquellas cláusulas insusceptibles de figurar en un contrato estipulado entre particulares.

Se trata de una doctrina canonizada, que nuestro FERNÁNDEZ DE VELASCO se encargó de difundir aquí, allá por el año 1927, y que fue recogida por el Tribunal Supremo en su Sentencia de 20 de abril de 1936, según nos dan cuenta los citados GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ.

Ahora bien, otro francés, Georges VEDEL (56), se ha encargado de puntualizar que la noción de *orden público*, como límite de la licitud de los pactos, es por fuerza diferente en los contratos administrativos y en los de derecho civil, en razón a las sospechas que despierta cualquiera desigualdad pactada entre particulares; sospechas que no se producen cuando la desigualdad emerge de una convención establecida dentro del ámbito del Derecho público.

Pero es que, además, la desigualdad estructural y subjetiva en los contratos administrativos es, no sólo natural —naturaleza de las cosas—, sino obligada por eso mismo, constituyendo el contrato administrativo una técnica de progreso, respecto del actuar de la Administración, en su manifestación tradicional de actos unilaterales, de procedimientos de «acción unilateral», como nos dice VEDEL (página 186 de su obra citada). Progreso derivado del hecho de la incorporación del particular, como colaborador a las tareas de los entes públicos, sin mediar coacción alguna, sino por su libre adhesión.

Por otra parte, y a fin de cuentas, ¿qué es lo que representan muchas de esas cláusulas exorbitantes en los contratos administrativos? Pues representan, como nos recuerdan los citados GARCÍA DE ENTERRÍA y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, precisamente derogaciones favorables a los contratistas privados, convertidos en titulares de derechos y facultades más amplios que los que les reconocería el derecho civil, o eximidos de obligaciones que éste les impondría, poniendo como ejemplo:

(56) Georges VEDEL: *Derecho Administrativo*, Aguilar, Madrid, 1980, pp. 186 y siguientes.

- a) Las reglas sobre riesgo y ventura y fuerza mayor (57).
- b) Sobre revisión de precios.
- c) Los pagos parciales.
- d) La reducción de los plazos civiles de garantía y responsabilidad del constructor.

Y, agregamos por nuestra parte, un ejemplo más, el

- e) Exigiendo que en los supuestos en los que la obra se arruina, con posterioridad a la recepción definitiva, por vicios ocultos de la construcción, que ello sea debido a incumplimiento *doloso* del contrato por parte del empresario; exigencia que tantas dificultades ha de ofrecer, en el momento de intentar dar efectividad práctica a este precepto.

Volviendo de nuevo a los tan citados GARCÍA DE ENTERRÍA y Tomás Ramón FERNÁNDEZ, se ha de subrayar que estas ventajas al contratista no están determinadas por un inesperado espíritu paternalista de la Administración, sino por una táctica de ésta, que ha calculado que con estas medidas obtendrá de los adjudicatarios ciertas ventajas en sus ofertas.

Desde luego, sea por un motivo o por otro, lo cierto es que las citadas ventajas están ahí, y que los postores en muchas ofertas de contratos administrativos recurren a las prácticas más ingeniosas —algunas de ellas puestas a relucir ante los Tribunales— con tal de desbancar a los concurrentes en el procedimiento de selección del contratista.

Por otra parte, ¿en qué queda el poder exorbitante de la Administración a la hora de la verdad? Esto es, ¿qué es lo que en realidad ocurre en la ejecución material del contrato, especialmente en el de obras? ¿Acaso los representantes de la Administración ponen el mismo ardor y empeño que el que suelen poner los particulares interesados en sus asuntos privativos, en los casos semejantes de recepción de las obras? ¿Se defiende de la misma forma el interés propio que el diluido y genérico interés público? ¿No es muchas veces objeto de

(57) E. GARCÍA DE ENTERRÍA Y CARANDE: *Riesgo y ventura y fuerza mayor en el contrato administrativo*, en el número 2 de esta REVISTA, mayo-agosto 1950, páginas 83 y ss.

cierta sorna la actitud del funcionario riguroso y exigente, al que se le suele espetar frases como ésta: «¡Caray!, ni que fuera suyo» (58).

Se trata de una realidad, muy de espaldas a las declaraciones oficiales, y al valor que se ha concedido al trámite de recepción definitiva del objeto de la contrata, tanto por parte de nuestro Consejo de Estado (Dictamen de 26 de abril de 1966, exp. 34.585) como por la jurisprudencia (Sentencia de 9 de noviembre de 1954); aunque en la moderna Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965 se haya intentado atraer hacia la Jurisdicción Contencioso-administrativa, durante un plazo de quince años, el conocimiento de posibles causas de responsabilidad del contratista, ante ruinas motivadas por vicios ocultos, pero exigiendo ese requisito antes comentado del incumplimiento doloso, tan difícil de descubrir (art. 56).

D) *La Administración como titular de un «dominium»*

En los apartados anteriores se han analizado, con el particular enfoque impuesto por nuestra tesis general, en qué quedan las prerrogativas de la Administración examinadas en ellos. Son prerrogativas hijas de la parte de *imperio* que a la Administración corresponde, como poder del Estado. Ahora nos toca estudiar aquí qué hay de verdad y de mentira, de realidad y de mito, en la posición de supremacía que a esa Administración se atribuye, en cuanto titular de un «dominium», del dominio público y de otros bienes de su pertenencia.

Sin perjuicio de esta diferenciación conceptual entre *imperium* y *dominium*, tanto en uno como en otro, las prerrogativas derivadas de los dos conceptos nos ofrecen su cara y su cruz.

La cara está constituida, por lo que se refiere al *dominium*, por las facultades derivadas del mismo, en manos de la Administración, tan puestas de relieve por la doctrina y la jurisprudencia, como notas características y definidoras de él: la reivindicabilidad, la inalienabilidad, la imprescriptibilidad, la autotutela, etc.

No descarto que alguien se pregunte: «¿pero cuál es la cruz del dominio?» Pues sí, el dominio tiene su cruz. Vamos a verla en seguida

(58) Las sospechas y los celos, tan frecuentes ante los administradores, tanto públicos como privados, más que basarse en motivos de inmoralidad, parten de raíces psicológicas y de los convencionalismos sociales, capaces de imponer conductas distintas, según se trate del patrimonio propio o del ajeno en lo tocante a su gestión.

La cruz del dominio, de los bienes dominicales, se produce por un hecho soterrado y sinuoso. Por las usurpaciones de los particulares, de los bienes de la Administración, en cuanto los mismos por su naturaleza son susceptibles de ello y existen circunstancias propicias. No como norma general, claro está, ni como ley universal, pero sí, por desgracia, en muchos casos.

Tenemos en esta materia, un enfrentamiento entre las prerrogativas formales, sobre el papel, de la Administración, y las usurpaciones reales de los que, siendo sujetos pasivos de aquéllas, se convierten en sujetos activos como depredadores.

¿Será necesario, para probar nuestro aserto, entonar un canto elegíaco sobre las vías pecuarias? ¿Qué han sido de ellas? Y los montes públicos y bienes comunales, ¿quedan todavía muchos? Y con las zonas marítimo-terrestres, ¿qué pasa? Se ve que el tiempo trabaja a favor de los amigos de lo público, lo que facilita una actitud parsimoniosa, sin precipitaciones, que ha dado lugar a que HAUBOU construyera su teoría del «metro cuadrado». Quiere decir ésta que el usurpador no opera al por mayor, sino metro a metro, paso a paso. Son estas actitudes las que motivaron que en el artículo 7.º de la Ley de Montes de 24 de mayo de 1863 se ordenara que se procediera *inmediatamente* al deslinde y amojonamiento de todos los montes públicos; lo que se reitera en su Reglamento (arts. 19 y 20); en el Preámbulo de la Real Orden de 1 de julio de 1905 y, en general, en todas las disposiciones referentes a cuestiones de deslindes, propulsados para la «defensa frente a las posibles y frecuentes usurpaciones de los particulares», como literalmente nos dice el malogrado Enrique SERRANO GUIRADO (59) quien, recordando una frase de Niceto ALCALÁ-ZAMORA (60), afirma que puede hablarse de la existencia de «un estado crónico de deslinde». Cronicidad que no es otra cosa que la reacción a la cronicidad de las usurpaciones de que son objeto, como hemos dicho, estos bienes.

Antes de terminar este apartado voy a insistir algo más sobre este mismo tema, pero refiriéndome en concreto a la zona marítimo-terrestre. Voy a procurar constreñirme en espacio y en palabras, evitando demagogias, a las que tan proclives se puede prestar esta cuestión.

(59) Enrique SERRANO GUIRADO: *El procedimiento administrativo en los deslindes de montes públicos*, en el número 2 de esta REVISTA, pp. 109 y ss.

(60) N. ALCALÁ-ZAMORA: *Algo más sobre la inscripción de los montes*, «Revista Crítica Derecho Inmobiliario», Madrid, núm. 6, junio 1925, p. 403.

Empero, al abordar este problema, no será posible escamotear su importancia, puesto que, como afirmó TURGOT, refiriéndose a su época, ello equivale a discutir algo que tiene para la nación el valor de una provincia entera, por la extensión geográfica de toda la zona marítimo-terrestre que se ponía en cuestión (61). Entre nosotros, una sentencia del Tribunal Supremo de 19 de junio de 1967 (*Aranz.* 3.171) ha dado lugar a un comentario de Nemesio RODRÍGUEZ MORO (62) y a otro de Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO (63), sumamente interesantes.

Los ecos de esta sentencia no pararon aquí, pues, según nos cuenta Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO, la cátedra de Derecho administrativo de la Facultad de Derecho de Salamanca organizó, en colaboración con la 1.^a de Derecho civil y la de Historia del Derecho, una sesión conjunta, que se celebró el 16 de febrero de 1968, destinada al estudio de la misma.

Esta sentencia declara de propiedad privada las islas Salvora, Vienta y Noro, basándose fundamentalmente en los asientos del Registro de la Propiedad, y en que en la descripción que figura en éstos, las islas aparecen «lindantes con el mar». Sentencia que, por otra parte, se apoya también, y reiteradamente, en la posición mayoritaria del dictamen del Consejo de Estado. Apostillando a este respecto Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO que no es infrecuente que este Alto Cuerpo Consultivo sostenga opiniones no coincidentes con los intereses de la Administración.

Este mismo autor, en el comentario que se ha dejado reseñado, se sorprende que después de la claridad de la Ley de Aguas de 3 de agosto de 1868, de la que se deduce el carácter público de lo que hoy se denomina zona marítimo-terrestre, se diera el salto a la Ley de Puertos de 7 de mayo de 1880, tan confusa y tan potenciadora de problemas; lo que ha permitido a los que afirman la posibilidad de apropiación privada de enclaves en la zona marítimo-terrestre apoyarse en los preceptos de la Ley de Puertos de 1880, tal y como han sido transcritos luego por el Real Decreto-ley de 19 de enero de 1928. Despertando sus suspicacias el hecho de que dicha Ley de Puertos

(61) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: Apuntes tomados de las explicaciones de Cátedra de Derecho Administrativo, Curso 1963-64, Facultad de Derecho de Madrid, II, 137-138.

(62) Nemesio RODRÍGUEZ MORO: *La propiedad privada en la zona marítimo-terrestre*, «Rev. Estudios de la Vida Local», núm. 157, año 1968, pp. 133-155.

(63) Lorenzo MARTÍN-RETORTILLO: Recensión del anterior estudio de RODRÍGUEZ MORO en el número 56 de esta REVISTA, año 1968, pp. 552-557.

de 1880 no fuera objeto de discusión parlamentaria, al ser aprobada usando de la autorización conferida en la Ley de 29 de diciembre de 1876, que fue muy poco lo que concretó, al ministro de Fomento, previa audiencia de los organismos señalados, «y de conformidad con el Consejo de Ministros».

De nada han servido las ilusiones despertadas en algunos publicistas por el hecho de que el artículo 339 del Código civil, posterior a la citada Ley de Puertos de 1880, se pronuncie a favor de la demanialidad de la zona marítimo-terrestre, puesto que, de momento al menos, el problema lo ha dejado zanjado la Ley de Costas 28/1969, de 26 de abril, al hacer la salvedad, en su artículo 2.º, que las islas que se formen en los lugares indicados en el mismo puedan ser de propiedad privada. Previendo también en el artículo 4.º-1 la existencia de enclaves del mismo carácter privado en las playas y en la tan repetida zona marítimo-terrestre.

IV. UN ANTIPRIVILEGIO DE LA ADMINISTRACIÓN: LA RESPONSABILIDAD CIVIL DE LA MISMA

¿Por qué llamo «antiprivilegio» a esta institución de la responsabilidad civil de la Administración pública? Pues porque quiero enfatizar al máximo lo que este concepto significa, como cúpula del edificio del moderno Estado de Derecho, formado con materiales destinados a guarnecer las libertades y los intereses de los administrados, frente a posibles abusos de los distintos agentes de aquélla, designados con el único fin de servir a la comunidad.

Digo que es un antiprivilegio, como antítesis a los privilegios examinados en los apartados precedentes, y porque en esta institución no se puede hablar, como he hecho antes, de cara y de cruz, puesto que toda ella no es más que una cruz para la Administración.

La Administración, como he puesto de relieve al principio de este ensayo, tiene predeterminado su actuar, marcándole el ordenamiento jurídico en cada materia y circunstancias qué órgano de ella puede hacerlo, cómo puede hacerlo, para qué lo puede hacer, y de qué forma. La Administración, por otra parte, es un ente inocente, por ser una abstracción, una invención del hombre, un producto de su cultura y de su ingenio. Es un mero instrumento, sin intereses propios,

sin propia ideología, concebida y montada para servir a los demás. Cualquier desviación en el cumplimiento de sus cometidos, cualquier abuso de poder, no puede ser obra suya, sino de quienes actúan por ella, los que ponen una voluntad psíquica de la que aquélla carece. Sin embargo, y a pesar de todo lo expuesto, la Administración es el pararrayos que atrae todas las tormentas que se forman en su derredor.

La responsabilidad civil de la Administración, al extremo que ha llegado, es toda una prueba de exquisitez jurídica, un consumado refinamiento, en el trato de la misma con sus administrados.

Todos los que actúan en su nombre resultan irresponsables. Unos porque responden ante Dios y ante la Historia. Otros porque su responsabilidad... es una responsabilidad política —¡música celestial!—. Y el resto, porque ni siquiera eso (64).

No trato de convertir un problema tan serio como éste en una simple humorada. Ni ignoro las razones que han conducido a la consagración de esta garantía. Cualquier duda que se tuviera sobre la necesidad de su implantación quedaría despejada con sólo ásomarse a las páginas de la exposición de motivos de la Ley de Expropiación Forzosa de 16 de diciembre de 1954, en las que, entre otros, se puede leer este párrafo admirablemente bien construido: «... los límites técnicos dentro de los cuales se desenvuelve entre nosotros la responsabilidad por daños de la Administración resultan tan angostos, por no decir prácticamente prohibitivos, que los resultados de la actividad administrativa, que lleva consigo una inevitable secuela accidental de daños residuales y una constante creación de riesgos, revierten al azar sobre un patrimonio particular en verdaderas injusticias, amparadas por un injustificado privilegio de exoneración».

Sin la menor transición, súbitamente, la responsabilidad civil de la Administración nos la institucionalizan, en un golpe de mano legislativo —en la citada Ley de Expropiación Forzosa de 1954—, forzando la especialidad de la norma y su unidad orgánica. La sitúan como un enclave, en un ordenamiento en cierta forma extraño, amparados en

(64) Aunque cargando un poco las tintas, estoy describiendo un panorama que no se distancia mucho de la realidad. Que sobre el papel exista una tupida maraña de disposiciones legales, por las que se somete al funcionariado a responsabilidades penales (título VII, libro II, Código Penal), civiles (en el propio artículo 121-1 de la Ley de Expropiación Forzosa) y administrativas (capítulo VIII de la Ley Articulada de Funcionarios Civiles del Estado de 7 de febrero de 1964) ya es otro cantar.

ciertos puntos de conexión existentes, en determinados puntos, entre ambas instituciones.

Lo que descubre el síndrome de tal actitud es un estado de impaciencia por incorporar cuanto antes esta institución al cuadro de normas básicos de nuestro régimen jurídico-administrativo. Puede decirse que no hubo apremios que forzaran esta medida, sino sólo el impulso de una pléyade de ilustres administrativistas, cuyos nombres no hace falta citar, por ser de sobra conocidos, y que viene a demostrar cómo la sociedad puede corregir ciertas carencias, en este caso a través de un selecto estamento profesoral, que se encarga de establecer un contrapeso de garantías en la Administración, supliendo las que faltaban en otras parcelas del Estado.

Dejando al margen la ordenación de los entes locales, que en muchos aspectos constituyó una avanzada, un «conejo de indias», como apunta CLAVERO ARÉVALO en el prólogo al libro de José ORTIZ DÍAZ (*El recurso contencioso-administrativo en la nueva Ley de Régimen Local*, Madrid, 1953), la eclosión de este movimiento puede decirse que se inicia con esta Ley de Expropiación Forzosa, que es la que abre camino a las que inmediatamente después le siguieron: Ley del Suelo de 12 de mayo de 1956; Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, texto refundido de 26 de julio de 1957; Ley de Procedimiento Administrativo de 17 de julio de 1958; Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa de 27 de diciembre de 1956; Ley General Tributaria de 28 de diciembre de 1963; Ley de Funcionarios Civiles del Estado, texto articulado de 7 de febrero de 1964; Leyes de 26 de diciembre de 1958 sobre Régimen Jurídico de las Entidades Estatales Autónomas y de Tasas y Exacciones Parafiscales; Ley del Patrimonio del Estado de 11 de abril de 1964; Ley de Contratos del Estado de 8 de abril de 1965.

Para dejar las cosas en su sitio, la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado, ya citada, reprodujo en su artículo 40 el precepto introducido en el artículo 121 de la Ley de Expropiación Forzosa, pero introduciendo la salvedad de los casos de fuerza mayor. Principio que se recoge en el artículo 106-2 de nuestra Constitución de 1978, aunque en éste sólo se habla de «funcionamiento de los servicios públicos», eludiendo la matización de los otros preceptos legales: «funcionamiento normal o anormal...».

No pretendo, con mi defensa de la Administración, sacar las cosas de quicio; ni trato de resucitar el obsoleto sistema del Código Civil

(artículo 1.903-5, en relación con el art. 1.902). Ni de suscribir las palabras de LAFERRIERE —dichas en 1896—: «*le prope de la souveranité est de s'imposer à tous sans compensation*». Uno vive en este mundo, y en este siglo, y además en su final, y no puede ni quiere discordar con avances y signos de progreso, los que incluso suscribo con entusiasmo, como con todo lo que implique una conquista de justicia material y no meros formulismos legalistas.

Por otra parte, no se puede a estas alturas ignorar que este tipo de responsabilidad civil ya se consagró en la Constitución de Weimar de 1919, seguida por todo el movimiento constitucionalista posterior. Y que incluso los países del *commen law* no han tenido más remedio que incorporarse a las nuevas fórmulas, como de ello nos da cumplida cuenta GARCÍA DE ENTERRÍA (65).

Si en el actuar de la Administración —cada vez más intenso y extenso— se produce con frecuencia, no insólitamente, daños residuales y una constante creación de riesgos, el régimen de garantías y de seguridad jurídica propio de un verdadero Estado de Derecho no debe permitir que tales eventos reviertan al azar sobre un patrimonio particular concreto sin existencia de causa alguna por la que tenga que soportar tales detrimentos.

Ahora bien, sin perjuicio de dejar a salvo, y de no poner en cuestión esta institucionalización de la responsabilidad civil del Estado, no resultará superfluo poner esto de relieve para aportar una prueba más sobre la falsa prepotencia que habitualmente se atribuye a la Administración, normalmente vista como una máquina, una organización rodeada de privilegios y prerrogativas, siempre en posición de supremacía.

Precisamente en esta materia de la responsabilidad civil, la forma en que la Administración queda colocada en la primera línea, para soportar los ataques de los reclamantes de indemnizaciones compensatorias, por supuestas faltas del servicio (*faute de service*), pero que en realidad vienen a ser faltas personales de los agentes que obran en su nombre (*faute personnelle*), evidencia cómo la Administración baja cabeza y pasa a desempeñar el humilde papel del sacrificado.

Y que no me vengan con tecniquerías ni con conceptualismos. A la Administración se le hace responsable porque es lo más cómodo. Se satisface al administrado, y no se molesta a sus agentes. Ernst FORSTHOFF

(65) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios de la nueva Ley de Expropiación Forzosa*, Instituto Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 145 y ss.

nos dirá en este sentido que: «El traspaso al Estado de las obligaciones dimanadas de la responsabilidad de los funcionarios tiene la finalidad de poner al acreedor frente a un deudor cuya solvencia es indiscutida en cualquier circunstancia.» Aunque FORSTHOFF no deja de reconocer que: «El traspaso de la responsabilidad al Estado tiene también un nuevo motivo de justificación en la circunstancia de que es él el que forma a los funcionarios, los examina, los coloca en el puesto conveniente, los tiene disciplinadamente en sus manos y es íntegramente el señor del servicio dentro del cual acaece la acción que obliga a la compensación por daños» (66).

Al margen de las teorías sobre culpa *in eligendo* o *in vigilando*; incluso de la objetivización de la responsabilidad, y de la responsabilidad por riesgo; del paso del centro de gravedad de la acción dañosa al daño producido (lesión); al margen de todo esto, a las razones pragmáticas antes apuntadas de la mayor garantía de los entes públicos hay que sumar otras del mismo signo: la señalada por GARCÍA DE ENTERRÍA al decir que «una atribución rigurosa de responsabilidad personal del funcionario... derivada de su actuación se traduciría frecuentemente en una paralización de las actividades administrativas. La responsabilidad directa de la Administración —añade— es por eso, también, una garantía para la actuación de los funcionarios, a los que únicamente cabe imputar personalmente los supuestos de culpa personal destacada» (*faute détachable*) (67).

De todas formas, sean cuales fueren las razones que han conducido a la consagración del principio que ahora estamos comentando, lo cierto es que el mismo cuenta con un completo respaldo legal, recogido en las dos leyes citadas y hasta elevado al rango de precepto constitucional. Y, naturalmente, plenamente aceptado por la jurisprudencia, muchas veces hasta con cierta generosidad. MARTÍN REBOLLO nos dice —en 1977— (68) que de un total de 103 sentencias dictadas por el Tribunal Supremo y las Audiencias Territoriales, en el período de 1972 a 1977, hay 38 estimatorias. La progresión, en esa dirección, creo que se acentúa a partir de esa última fecha.

(66) Ernst FORSTHOFF: *Tratado de Derecho Administrativo*, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, 1958, pp. 418-419.

(67) E. GARCÍA DE ENTERRÍA: *Los principios...*, p. 160.

(68) LUIS MARTÍN REBOLLO: *La responsabilidad patrimonial de la Administración en la jurisprudencia*, Madrid, 1977.

La única duda que surge, del precepto constitucional, es que, como hemos dicho antes, en él sólo se habla de funcionamiento de los servicios públicos. ¿Significa esto que el mismo ha excluido la responsabilidad de la Administración en el supuesto de que el funcionamiento del servicio haya sido normal? Sobre esto nos parece muy acertada la opinión de Fernando GARRIDO FALLA (69) al decir que al no hablar la Constitución de funcionamiento normal del servicio, ello invita por lo menos a pensar que la diferencia entre el buen y el mal funcionamiento del servicio debe servir como elemento de modulación de la responsabilidad. Considerando igualmente aceptable el parecer de GARRIDO FALLA de que la no mención en el repetido texto constitucional (artículo 106-2) de las medidas no fiscalizables en vía administrativa, no debe ser motivo para no poder basar en ellas una pretensión de responsabilidad frente a la Administración.

La doctrina, paralelamente a la equiparación del funcionamiento normal al anormal de los servicios públicos (aunque con los matices que hemos hecho), a los efectos de esta responsabilidad civil, ha hecho lo mismo con el actuar material y con el jurídico, de lo que se deriva la posibilidad de que la Administración devenga responsable por sus actos ilícitos, y hasta lícitos. Respecto a estos últimos, A. Avelino BLASCO ESTEVE (70) presenta, como susceptibles de generar responsabilidad los siguientes:

- a) Actos no fiscalizables en vía contencioso-administrativa.
- b) Actos dictados en estado de necesidad.
- c) Actos que impliquen modificación o revisión de planes de urbanismo de forma anticipada.

La regla, desde luego, en los actos lícitos, es la de que no pueden convertirse en fuente de responsabilidad. Como paradigmática, en este sentido, la Sentencia de 6 de diciembre de 1969: para que exista lesión es preciso —proclama— que el perjuicio sea antijurídico, pues ha de rechazarse por absurdo, que de un acto administrativo ajustado a derecho pueda derivarse responsabilidad de clase alguna para la Administración. Excepción a esta regla la tenemos en la Sentencia de 27 de

(69) Fernando GARRIDO FALLA: *Comentarios a la Constitución*, Ed. Civitas, Madrid, 1980, pp. 1073-1078.

(70) A. Avelino BLASCO ESTEVE: *La responsabilidad de la Administración por actos administrativos*, Ed. Civitas, Madrid, 1981, pp. 50-56 y 78-82.

enero de 1971, sobre alteración del trazado o del nivel de una vía pública. Y en Sentencia de 26 de enero de 1978 (ponencia nuestra), sobre un estado de necesidad. Remitiéndonos, por último, a las Sentencias de 29 de septiembre de 1980 y de 1 de febrero de 1982 (también ponencias nuestras) (comentadas por Luciano PAREJO ALFONSO) (71), en aplicación del artículo 87-2 de la vigente Ley del Suelo de 9 de abril de 1976.

Desde luego, estas excepciones no son tales, sino supuestos de imputabilidad a la Administración de una responsabilidad o, simplemente, de un deber de indemnizar, como medida compensatoria, por actuaciones lícitas, pero que implican una ruptura, como sucede en el urbanismo, del principio del reparto equitativo de beneficios y cargas, o un enriquecimiento sin causa, o una pérdida de un derecho adquirido, etcétera.

Para terminar diré que no todo van a ser asedios a la Administración. Precisamente en esta materia de responsabilidad civil, la citada Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado establece (artículo 40-2) que «la simple anulación en vía administrativa o por los Tribunales contenciosos de las resoluciones administrativas no presupone derecho a indemnización». Precepto que no constituye ninguna concesión graciosa, sino una medida absolutamente necesaria, ya que, de lo contrario, hasta podría llegarse a colapsar las finanzas de la Hacienda pública.

(71) Luciano PAREJO ALFONSO: *Régimen Urbanístico de la propiedad y responsabilidad patrimonial de la Administración*, IEAL, Madrid, 1982, pp. 149-158.