

# EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LA ECONOMÍA

Por M. BAENA DEL ALCAZAR

338.98 : 35.073.5

*Sumario:* I. Las características del Derecho moderno y el papel del Derecho administrativo.—II. La intervención de la Administración en la economía.—III. Los grandes problemas que se plantean.

## I. Las características del Derecho moderno y el papel del Derecho administrativo (1)

### A) LAS CARACTERÍSTICAS DEL DERECHO EN NUESTRA ÉPOCA

**A**CTUALMENTE estamos acostumbrados a escuchar las lamentaciones de los profesores de Derecho civil a propósito de la pérdida de importancia del Derecho privado en relación al Derecho público. Incluso con el más profundo respeto por un sentimiento tan legítimo, debemos fijar nuestra atención sobre el hecho que lo causa, que resulta esencial para la comprensión de nuestro

---

(1) El presente artículo reproduce casi íntegramente mi comunicación al I Congreso de la Asociación Internacional de Estudiantes y Antiguos Estudiantes de Derecho Comparado, celebrado en Estrasburgo en julio de 1964. Según las normas del Congreso, las comunicaciones debían enviarse sin notas, lo que ha motivado que se retrase la publicación de estas páginas, donde se hacen afirmaciones que deben ser convenientemente probadas. Me decido a publicarlas ahora ante la próxima aparición de mi monografía *La intervención de la Administración en la economía*, en la que creo haber probado, en la medida de mis fuerzas, todas o casi todas las afirmaciones que aquí se hacen.

problema. Hoy día no se puede considerar al Derecho público como un apéndice sin importancia del Derecho privado, edificado sobre la base del Derecho romano, que han estudiado durante siglos muchas generaciones de juristas.

El Derecho no es ya un elemento estático de la sociedad sobre el que pasan los acontecimientos políticos. Justamente al contrario, después de la revolución de 1789, y cada vez con una intensidad mayor, el Derecho ha llegado a ser un instrumento de ordenación social en manos de los que detentan el poder político. Todavía en la época del liberalismo político y económico la sociedad europea sufría transformaciones más lentas. Hoy las cosas han cambiado completamente y el Estado, a través del Derecho, lleva a cabo todos los días una recomposición social cuyo programa cotidiano son las páginas del *Boletín Oficial del Estado*. Todo esto no es precisamente una decadencia del Derecho, como ha dicho Ripert, sino una transformación del Derecho.

En la nueva situación el papel más importante será, naturalmente, el del Estado. Y serán las disciplinas jurídicas que estudian las normas imperativas las que como consecuencia de ello habrán de ampliarse y engrandecerse, e incluso dar lugar a ramas nuevas. Entre estas disciplinas jurídicas, la que logrará el papel más importante será el Derecho administrativo.

## B) EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Teniendo en cuenta que el Estado es el más importante de los protagonistas de la vida económica moderna, las consecuencias se harán sentir sobre todo en la rama del Derecho que disciplina la actividad cotidiana del Estado, es decir, el Derecho administrativo. Si pensamos que la época del abstencionismo ha pasado definitivamente y que hoy el Estado ejerce una influencia decisiva sobre la vida de los ciudadanos a través de los servicios públicos, se puede comprender fácilmente la importancia que tiene en nuestra época la solución de los problemas centrales del Derecho administrativo.

El interés de todo esto proviene de dos órdenes de causas distintas. En primer lugar, encontramos el hecho de que, a diferencia de lo que sucedía en el siglo XIX, los ciudadanos no pueden satisfacerse exclusivamente con el entusiasmo un poco ingenuo por las grandes declaraciones constitucionales. El Derecho constitucional puede hacer declaraciones utópicas que quedan frecuentemente inaplicadas y a veces inaplicables. La gestión de los servicios públicos, cada vez más complejos y numerosos; la libertad en el campo más

o menos amplio de la esfera individual, son tutelados por el Derecho administrativo, que se encuentra más próximo a la realidad de todos los días.

Pero además debemos contar con otro hecho que resulta todavía más importante. La Administración del siglo XIX estaba sometida a la ley según el principio de legalidad, pero no realizaba casi ninguna intervención de interés en la vida económica. El Estado liberal de Derecho era abstencionista. Después de la segunda guerra mundial ha aparecido por todas partes la idea de un Estado social de Derecho. El interés por la libertad ha cedido ante el interés por la seguridad, y en nuestros días el Estado que conocemos es el Estado-nodrizo, que se preocupa de rodear la vida de los administrados de un conjunto de prestaciones que han llegado a ser esenciales para la existencia moderna.

Desde luego, era lógico que este cambio no se produjera sin modificaciones importantes de la situación anterior. El papel director de la economía ha quedado en las manos del Estado, y el dinamismo propio de nuestra época hace que, al cambiar los datos históricos y económicos, el orden económico y social deba adaptarse a este cambio. Será el Estado quien asumirá la tarea de reordenar, de acuerdo con las necesidades del momento, el antiguo orden, que había llegado a ser injusto. Y cuando hablamos del Estado debe comprenderse bajo esta palabra su personificación más importante: la Administración pública. Es así como la Administración encuentra, según la frase feliz de Forsthoff, su papel conformador de la sociedad.

Difícilmente podría exagerarse la importancia decisiva de las causas económicas en esta situación. El mecanismo de las fuerzas políticas, sociales y, sobre todo, económicas ha provocado la intervención en la economía. Las tareas de la Administración han aumentado porque es preciso mantener servicios públicos cuya extensión e importancia se amplía cada vez más; la tarea de los juristas, de los hombres que aplican o estudian el Derecho administrativo, es esencialmente la misma: garantizar la libertad del ciudadano. Pero se plantea de una forma completamente distinta.

Abordamos seguidamente la intervención de la Administración en la economía e inmediatamente los grandes problemas que se plantean, a los que acabamos de hacer referencia.

## II. La intervención de la Administración en la economía

En este epígrafe debemos examinar la evolución histórica y la situación actual de la cuestión para establecer inmediatamente la clasificación de los grados de intervención administrativa en lo económico.

### A) EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La situación actual respecto a la intervención económica es el resultado de un largo proceso cuyo punto de partida no es otro que el liberalismo económico. Sin embargo, el liberalismo no fué en realidad más que una breve interrupción histórica de la intervención. A pesar de todo, debemos prescindir de las actividades interventoras del antiguo régimen, puesto que el Derecho administrativo nace con la Revolución francesa.

No obstante, no se debe pensar que en la época del liberalismo no existía ninguna intervención. En realidad debe manejarse el término «intervención» como una palabra con un valor genérico y no específico, ya que es imposible reconducirla a un significado más preciso. En el sentido gramatical del vocablo sería preciso admitir que había ya una intervención incluso en la época liberal más pura. La reglamentación de las fábricas llevada a cabo en Francia por una vieja ley del Imperio (las industrias incómodas, insalubres y peligrosas) era ya una intervención. Sin embargo, es indudable que hubo un momento en el cual el Estado respetaba la libertad del mercado. En la época del máximo poder de la burguesía, los hombres que han hecho la conquista del Estado son los mismos que reclaman del Poder público la actuación mínima posible en el campo de lo económico. En esta época es cuando alcanza su mayor aplicación la fórmula de Adam Smith sobre los casos extremos en los que la intervención estatal en lo económico estaba justificada.

Pero las conquistas de la burguesía no podían mantenerse durante largo tiempo. El paraíso burgués en el que los mismos hombres detentaban el poder político y hacían uso de él para mantenerlo fuera de la vida económica desaparecerá por efecto de las mismas leyes internas de la economía capitalista, por el progreso técnico, y por la reacción del proletariado.

De una parte, se produce pronto la concentración de empresas y, en consecuencia, de poder económico. Ciertamente este acontecimiento no tiene lugar en un solo día, pero, con todo, la desaparición

o la pérdida de importancia de la pequeña industria artesanal llegará a ser un hecho. En estas condiciones hablar de libertad del mercado, de libre concurrencia de fuerzas económicas, no sería más que una consagración de la destrucción de la pequeña empresa por la grande. El proceso terminará en lo que ha sido llamado por Lenin el capitalismo imperialista, es decir, el capitalismo que se basa sobre un conjunto de monopolios nacionales o internacionales.

Por otra parte, el progreso técnico producirá igualmente la adopción por el Estado de medidas de intervención. El abstencionismo del Estado cederá ante la idea de la concesión administrativa. El Estado no será explotador de una empresa, pero llegará a ser su titular. Además de ello, las perturbaciones causadas por el mecanismo económico liberal y por sus crisis endémicas provocarán una deformación de la idea de la policía, cuya descripción hace Chenot. La noción de policía, tan alejada de la economía en un primer momento, podrá llegar a ser la base de una policía de los precios. Todavía otro motivo provocará la intervención. El divorcio entre el poder político y el poder económico no podía mantenerse. La evolución de las instituciones políticas condujo a un crecimiento del poder del Estado. La presencia de los monopolios podría convertirse en otro Estado dentro del Estado. Era preciso destruir los monopolios o aliarse con ellos. De aquí la promulgación de leyes antitrusts, con sus falsedades, sus complicaciones y sus numerosos preceptos, que no serán más que letra muerta. Finalmente, el capitalismo dará lugar a la formación de un proletariado que va a tomar rápidamente conciencia de clase y cuya reacción no se hará esperar largo tiempo.

## B) LA SITUACIÓN ACTUAL

La evolución que acabamos de describir brevemente se da sobre todo en los grandes países industriales de Europa occidental. Se podía pensar que era la evolución normal y que el fenómeno se podía estimar legítimo desde este solo punto de vista. La Revolución rusa de 1917 cambiará completamente la situación, y después de esta fecha será preciso estudiar la intervención en dos partes diferentes. De un lado, los países socialistas, sobre todo la URSS; de otra parte, los países occidentales.

El valor de la intervención del Estado en la vida económica en los países socialistas no será sólo un aspecto de los fenómenos sociales, sino el hecho más relevante. La intervención será consagrada por la ideología política de la que es el *substratum* esencial, y, en

consecuencia, la veremos figurar rápidamente entre las normas constitucionales. La idea de la intervención tendrá en la URSS, y después de la segunda guerra mundial en los otros países socialistas, un valor análogo a los que tuvieron las ideas de libertad y propiedad para los Estados burgueses del siglo XIX.

Bien pronto el motor de la intervención será la idea de la planificación económica total, que tendrá una fuerza obligatoria para todos y será el instrumento más importante de la acción del Estado. La abolición de la propiedad de la tierra, de los complejos industriales, etc., dará lugar a una situación en la que la intervención será total o casi total. Pero en esta situación las ideas centrales del Derecho administrativo no jugarán ningún papel de importancia, puesto que la idea de libertad del ciudadano no será aceptada por el sistema.

El problema se plantea, por el contrario, en los términos más graves en los países occidentales; justamente por aquí se va a pretender que las ideas de libertad y propiedad jueguen todavía un papel de importancia. En los países occidentales va a continuar el proceso cuyos rasgos esenciales han sido examinados más arriba. Pero a los servicios públicos en *régie* o en concesión, a las subvenciones y a las leyes antimonopolio van a añadirse nuevos hechos. El Estado, que en el periodo anterior respetaba las reglas de la libertad económica o hacia una presión sobre la economía para restablecer la libre competencia, intervendrá ahora con un papel más activo. Los instrumentos de la intervención van a ser las nacionalizaciones y la creación de empresas nuevas bajo la forma de empresas del Estado y de sociedades de economía mixta. Se puede denominar convencionalmente a esta etapa la asunción parcial por el estado de los medios de producción y cambio. Desde luego, todo esto no sucederá sin cambios de importancia para la concepción de la libertad individual, para la economía y para el Derecho administrativo. El título del artículo de Rivero (*Le régime des entreprises nationalisées et l'évolution du Droit administratif*) será bien significativo. Pero el proceso no había acabado todavía. El último grado de la evolución consistirá en adoptar la idea de la planificación económica. Los países occidentales, por un necesario mimetismo de defensa, debían planificar o desaparecer. La necesidad de no dejar el poder económico entre las manos de los monopolistas y grandes empresarios, la defensa contra el comunismo y, sobre todo, la necesidad de racionalizar las numerosas y desordenadas intervenciones de épocas pasadas, han forzado a los países occidentales a planificar. Según Man-

nheim, debemos elegir entre buena y mala planificación. Pero, en todo caso, es preciso adoptar la idea y el hecho.

La planificación, como ha dicho Sánchez Agesta, se ha convertido en una de estas palabras mágicas de las que los políticos hacen un uso exagerado. El término entraña un valor afectivo y pasional que ha provocado una gran literatura hasta el momento de la clasificación pacífica entre planes compulsivos y planes indicativos. Los planes indicativos occidentales no son obligatorios más que para el sector público; pero, con todo, la idea de la libertad del ciudadano se verá gravemente afectada, y Maspetiol podrá decir que, incluso en Francia, la libertad que les queda a los ciudadanos será simplemente una libertad para adherirse y aceptar.

La planificación, cuyo concepto precisaremos más abajo, comporta toda una línea de dirección de la vida económica; puede prever la expropiación para beneficiarios distintos del Estado (necesariamente las grandes empresas), da ventajas a ciertos ciudadanos mientras que otros quedan en la misma situación y puede dejar a las regiones atrasadas económicamente abandonadas a su propia suerte. Es innegable que si las ideas de libertad y los principios de legalidad y de igualdad de los ciudadanos ante la ley, y el equilibrio entre prerrogativa de la Administración y garantía del ciudadano deben conservarse, será preciso plantearlos de una manera completamente diferente.

### C) LOS GRADOS DE LA INTERVENCIÓN

Las ideas anteriores nos llevan necesariamente a plantear los grandes problemas cuya enumeración se ha hecho más arriba. Pero antes de enfrentarse con ellos estimamos que es necesario clasificar los grados de intervención, así como intentar fijar en alguna medida el concepto de planificación y delimitarlo de términos afines.

El autor de este trabajo ha efectuado una clasificación de los grados de intervención (que se expondrá y justificará de una forma más amplia en una publicación próxima), concebida desde el punto de vista del Derecho administrativo. Según esta clasificación, los grados de intervención son los siguientes:

1. El liberalismo económico.
2. La presión del Estado sobre la economía para restablecer la libre competencia.
3. La asunción parcial por el Estado de los medios de producción.
4. La planificación.

Este esquema, que se aplica solamente a los países occidentales, va del menor al mayor grado de intervención. En la época del liberalismo económico existían ya algunas intervenciones, pero se concretaban en simples medidas de policía (ley francesa de 1810), que tenían por fin esencial el mantenimiento del orden público. La existencia de los «servicios de soberanía», según la expresión de Geny, hijo, no afectaba nada o casi nada a la vida económica.

En el segundo grado el Estado actúa de una manera contradictoria para restablecer la libre competencia, y así, al mismo tiempo que otorga numerosas subvenciones a las empresas privadas, hace la guerra a los monopolios. Sin embargo, estas leyes antimonopolio, en la mayor parte de los casos, no serán más que letra muerta. En una cierta medida se podría pensar en excluirlas de la intervención administrativa en los casos en que existe la norma prohibitiva, pero no se encomienda a la Administración pública su ejecución y cumplimiento. Es también en este periodo cuando se va a producir una deformación de la noción clásica de policía y servicio público. El Estado hizo uso de la noción de policía con objeto de establecer normas coactivas para la vida económica, al mismo tiempo que explotó directamente, o bien, lo que era más normal, llegó a ser concesionario de servicios públicos de una gran importancia económica.

En el tercer grado el Estado se convierte en protagonista de la vida económica, aunque no sea el único. La asunción parcial de los medios de producción va a efectuarse a través de las nacionalizaciones (Francia, Gran Bretaña, algunos *Länder* alemanes después de la segunda guerra mundial), pero también, y sobre todo, a través de la creación de empresas de Estado y la formación de sociedades de economía mixta. Los dos procedimientos plantearán graves problemas, tanto teóricos como prácticos. Tales son las transformaciones de una Administración que pasa a ocuparse de tareas diferentes de las tradicionales, las consecuencias del otorgamiento de personalidad jurídica a los nuevos entes administrativos, la participación del capital privado en actividades públicas y, sobre todo, el control de las empresas públicas, por no citar más que los principales. La creación en Italia de un Ministerio de participaciones estatales es uno de los más espectaculares ejemplos.

El punto extremo de la intervención es la planificación, bien entendido que se habla aquí de la planificación indicativa. A propósito de esto podemos plantearnos dos problemas importantes:

1. Delimitar el significado del término planificación diferenciándolo de otras expresiones afines.
2. Dar un concepto de la planificación (indicativa).



En cuanto a la primera cuestión, nos atrevemos a afirmar que existe una diferencia entre planeamiento, planificación y programación, referidas a lo económico. El planeamiento no es más que una actividad de estudio inicial que corresponde sobre todo a los órganos de asesoramiento técnico o de *staff*. Consiste esencialmente en realizar los estudios previos necesarios, elaborar el plan y someterlo a los organismos competentes (normalmente el Parlamento) para su aprobación. La planificación es, por el contrario, la actividad encomendada a coordinar el conjunto de actividades de la Administración del país en orden a la ejecución y cumplimiento del plan. Por último, la programación se refiere a la aplicación por cada sector de la Administración de las medidas previstas en el plan.

Teniendo en cuenta las características privativas de la planificación occidental indicativa podemos definirla como la actividad que realizan los altos órganos coordinadores de la Administración pública, que consiste en orientar a los empresarios privados e impartir directrices a las empresas estatales u otros organismos interventores en orden a adaptar el proceso económico de un país a un plan previamente elaborado y debidamente aprobado.

Pero después de hacer la clasificación y describir las medidas interventoras es preciso hacer una advertencia. Las grandes líneas de esta clasificación se corresponden con un proceso histórico que se desenvuelve entre el primer tercio del siglo XIX y nuestros días. Sin embargo, estos grados no se excluyen entre ellos, sino que, antes al contrario, pueden existir todos juntos, e incluso tenemos la tentación de decir que se provocan entre sí. La situación actual de la mayor parte de los países occidentales, y, desde luego, la española, constituyen buena prueba de ello. La planificación indicativa no es, en buena medida, más que la racionalización de todas estas intervenciones desordenadas y contradictorias; pero, en todo caso, una racionalización y nunca una eliminación.

### III. Los grandes problemas que se plantean

Como consecuencia de los hechos enunciados, pueden plantearse una serie de cuestiones de gran interés. La repercusión ha sido grave desde el punto de vista de las ciencias jurídicas. La negación por Eisemann de la distinción entre Derecho privado y Derecho público, la invasión del campo del Derecho administrativo por los mercantilistas, la tentativa de construir un Derecho administrativo de la

economía (Huber, Sigl) y, finalmente, la decadencia del derecho que anunció Ripert no son sino testimonios autorizados y elocuentes.

#### A) ENUMERACIÓN DE LOS PROBLEMAS

Sin embargo, concentramos nuestro examen en dos problemas esenciales para la vida contemporánea, que se plantean de una manera más aguda para los estudiosos del Derecho público, y más concretamente del Derecho administrativo.

Estos problemas son:

1. El de conseguir una mayor eficacia y extensión de los servicios públicos.
2. El garantizar la libertad del ciudadano.

Es inevitable la intervención de la Administración en la economía. La privatización de algunas empresas que ha efectuado el Gobierno de la República Federal Alemana no puede ser más que un pequeño retroceso en un proceso general. Hoy todas o casi todas las ramas de la economía están sometidas a la acción del Estado, lo que hace que los cuadros tradicionales de la Administración se encuentren desbordados, ya que ni los modos de administrar ni la preparación de los antiguos funcionarios son fácilmente adaptables a las nuevas tareas de una Administración que ha llegado a ser activo protagonista de la vida económica, que debe asegurar el bienestar de los ciudadanos, en resumen, que debe ser el brazo derecho del Estado-nodriza. Todos los días se plantean nuevos problemas de organización, de adecuación de estructuras a nuevas funciones, de preparación y perfeccionamiento de los funcionarios. La Administración conformadora de la sociedad no puede ser la misma Administración abstencionista de la época en que las tareas más importantes eran el mantenimiento del orden y el sostenimiento de algunos servicios públicos.

Pero, con todo, aun admitiendo que estos problemas puedan dar lugar a algunas cuestiones jurídicas, no son propiamente problemas de Derecho administrativo. La organización, la estructura, la formación de los funcionarios, son cuestiones que parecen pertenecer al *ars administrandi* o a la Ciencia de la Administración de los estudios americanos.

La cuestión esencial para el Derecho administrativo es, por el contrario, la de preservar la libertad del ciudadano. Un planteamiento superficial podría hacer pensar que se trata de un problema constitucional; pero, como hemos subrayado más arriba, las declaraciones

nes constitucionales pueden quedar inaplicadas. El Derecho administrativo está más próximo a la vida normal. Por tanto, examinaremos inmediatamente el sentido del Derecho administrativo y el cambio de puntos de vista respecto a sus problemas centrales.

## B) EL PAPEL DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Una de las características esenciales del Derecho administrativo es su relatividad histórica. Hay una gran diferencia entre la regulación jurídica de la Administración del antiguo régimen y el Derecho administrativo moderno, basado sobre la división de poderes y sobre el principio de legalidad. El Derecho administrativo es la construcción jurídica más importante en orden a la sumisión de las autoridades de la ley. Pero esta sumisión y la garantía de los ciudadanos que le era inherente se planteaba en circunstancias concretas y daba lugar, por otra parte, a una situación deseable para todos los tiempos.

La situación a la que acabamos de hacer referencia es el mecanismo jurídico que ha permitido a los hombres ser ciudadanos e interesados en todas las cuestiones importantes de la comunidad y, al mismo tiempo, ser individuos, tener una esfera exclusivamente suya cuyo disfrute se estimaba consustancial a la dignidad humana. Este rasgo de duplicidad se volverá a encontrar siempre en el Derecho administrativo; específicamente continental, pero a mitad de camino entre el sistema del Derecho civil y la *Common law*, elaborado en Francia en su mayor parte por la jurisprudencia del Consejo de Estado, que, según Hauriou, estaba en la administración sin ser la Administración; montado, en fin, sobre el doble juego entre prerrogativa del poder público y garantía del administrado.

Pero los valores que debían ser asegurados eran en el Estado liberal de Derecho la libertad y la propiedad. Esta esfera reservada a los individuos era más o menos la de propiedad concebida según el código Napoleón. Las condiciones históricas han cambiado. El Estado liberal de Derecho ha desaparecido, y el Estado que conocemos hoy es decididamente interventor. Las concepciones económicas y políticas son diferentes, y las ideas sobre la libertad y la propiedad son también diferentes. El Derecho administrativo tiene ahora el peligro de sufrir la influencia de una corriente de desprecio por las ciencias jurídicas y de orientarse hacia los temas propios de la Ciencia de la Administración, o de perder contacto con la realidad al desgajarsele ramas esenciales (Derecho de minas, Derecho agrario, Derecho de la economía).

Si se quiere plantear la cuestión seriamente llegaremos a esta conclusión: o aceptamos que el Derecho administrativo resulta inútil o nos planteamos las cuestiones esenciales de otra manera. La primera solución sería falsa. En el fondo del Derecho administrativo estaba y continúa aún la idea de resistencia a la injusticia del poder más que la protección de la propiedad burguesa. Y es la segunda idea la que ha decaído y no la primera. La preocupación por la defensa de la persona humana ante las posibles injusticias del Poder no puede dejarse perder.

Es necesario, por tanto, plantear la cuestión de una forma diferente. La tarea esencial del Derecho administrativo era la defensa del ciudadano. Esta misión permanece hoy día, pero la diferencia es evidente. Ahora es necesario defender la esfera privada contra el poder económico del Estado. No puede concebirse que el hombre del siglo xx desee solamente seguridad. Es más exacto y más digno pensar que desea seguridad y libertad. El problema es conciliar las exigencias de nuestro tiempo y el dominio económico del Estado con la libertad de un individuo que depende cada vez más, incluso para su subsistencia, de la Administración pública.

Uno de los más grandes problemas políticos y jurídicos de nuestro tiempo es esta conciliación. En el plano de la lucha política y de las declaraciones constitucionales la cuestión pertenece al Derecho constitucional. Pero en el plano de los hechos concretos, de todos los detalles y los casos que forman la vida cotidiana del hombre, la cuestión pertenece al Derecho administrativo.

En consecuencia, podemos concluir afirmando que el papel del Derecho administrativo en la economía es actualmente asegurar la libertad del ciudadano contra la intervención invasora, pero cada vez más necesaria, de la Administración en la vida económica, sobre el terreno de los hechos concretos, arbitrando los controles necesarios para dotar a los individuos de garantías jurídicas.