

GARCÍA DE ENTERRÍA, E. Y FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, T. R.: *Curso de Derecho administrativo*, vol. I, Ed. Civitas, Madrid, 1974.

1. Por las fechas en que me dispongo a redactar unas páginas sobre el libro de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez para DOCUMENTACIÓN ADMINISTRATIVA y a la vista de los comentarios ya aparecidos, esta REVISTA va a sumarse, y casi a cerrar por lo que se refiere a las publicaciones especializadas en Derecho administrativo españolas, un ciclo en el que se ha informado sobre una obra de la que se ha dicho que es, y lo es, sin duda, el acontecimiento editorial del año en lo que a la referida disciplina concierne. El evento ya no es próximo, indudablemente, por lo que no es

un simple deseo de darlo a conocer lo que impulsa la publicación de estas páginas, sino de describir sus pormenores y hacer hincapié en su notabilidad. Con ello creo que se cumple a la vez con la obligación de estimular a los autores para que prosigan con el mismo entusiasmo y rigor la redacción de los restantes volúmenes en que pretenden desarrollar su *Curso de Derecho administrativo*, y con el objetivo primero de una sección de esta REVISTA dedicada a las recensiones de libros: dar a conocer, entre todos los editados, los más relevantes.

Otras plumas antes que la mía

se han ocupado de comentar este libro (Niето en *RAP*; Morell en *REUL*; Santamaría en un trabajo titulado «Reflexiones al margen de un nuevo libro de Derecho Administrativo», en *REDA*; comentarios de Frank Moderne y Roversi-Monaco están próximos a aparecer en Francia e Italia) y han atinado a destacar, en el escaso espacio que las revistas suelen destinar a estos menesteres, los méritos de la obra. Poco puedo yo añadir a lo dicho, por ello es posible que no llegue a escribir nada que no esté ya contenido en letra impresa. No obstante, insisto en que el acontecimiento bien merece un comentario, y más teniendo en cuenta que esta REVISTA, dirigida fundamentalmente al colectivo funcional, puede llevarlo a lugares donde no penetraron las demás publicaciones.

Respecto de los autores, sobran todas las presentaciones, al menos por lo que a su solvencia científica se refiere. Ambos son bien conocidos por sus excelentes publicaciones anteriores. El profesor García de Enterría, catedrático de Derecho Administrativo en la Facultad de Derecho de la Universidad Complutense, una de las plumas más atinadas de la ciencia del Derecho en nuestro país y creador de una ya extensa escuela de juristas renombrados, ha escrito prácticamente sobre todos los temas capitales de su especialidad, y sus doctrinas han ejercido una ostensible influencia en el desarrollo de la disciplina y en la formación de su ya amplio número de discípulos; hombre de gran relevancia entre una generación notable (la llamada «de la Revista de

Administración Pública»), cuya significación en la elaboración doctrinal del Derecho administrativo español ha sido ya muchas veces destacada. El profesor Fernández Rodríguez ha sido alumno y discípulo destacado del profesor García de Enterría, catedrático hasta hace pocos días de la Facultad de Derecho de San Sebastián y hoy decano de la Facultad de Derecho de la Universidad de Educación a Distancia, ha escrito varios libros sobre temas centrales de su especialidad y trabajos de menor extensión sobre los más diversos problemas. Es un autor en el que se suma la profundidad de conocimientos, el gran acierto en la elección de los temas (lo que demuestra el perfecto conocimiento de la problemática jurídico-administrativa de cada momento) y la fuerza y claridad en la exposición. De la colaboración de dos hombres tan significados no podía resultar sino un gran trabajo, y así, efectivamente, ha sido. No se piense, sin embargo, que el Curso es el producto simple de la reunión en un volumen único de trabajos concluidos anteriormente, por más que los mismos autores lo hayan presentado humildemente como «una versión menos circunstancial» de unos *apuntes de cátedra*; contiene, por el contrario, la obra investigaciones de cuño radicalmente novedoso en su bibliografía y una versión nuevamente redactada y repensada de sus trabajos anteriores, hilada en una construcción sistemática, de gran belleza literaria, que no se rompe a lo largo de las 621 páginas de la obra.

En el comentario al Curso que

el profesor Nieto publicó en el último número de la *Revista de Administración Pública* (núm. 76) hacia un ensayo de clasificación elemental de Manuales, distinguiendo entre los manuales universitarios destinados a facilitar una apoyatura escrita a los alumnos de las explicaciones del profesor para ayudarles a memorizar, y los manuales que intentan reflejar sistemáticamente el pensamiento de su autor. Incluía el libro que comento entre los de la segunda clase, y, efectivamente, creo muy acertado el encuadramiento. El libro está dirigido preferentemente a los estudiantes de Derecho («viene de nuestra experiencia universitaria, y a ella, sobre todo, pretende volver», dice su prólogo), pero no por ello aborda los temas sólo de manera superficial, simplificadora, describiendo en grandes líneas las bases de la disciplina, sino que, por el contrario, penetra a gran profundidad en el significado de cada institución. El libro es así un hervidero de problemas, soluciones y sugerencias. Quería decir esto antes de permitirme ampliar por mi cuenta la tipología de manuales esbozada por el profesor Nieto, teniendo presente de nuevo el colectivo al que esta REVISTA se dirige fundamentalmente: los funcionarios superiores. Me parece haber observado, en lo que da de sí mi experiencia de la vida interna de la Administración y, en concreto, del conocimiento de sus servidores que hacen y aplican cada día el Derecho administrativo, una actitud desconfiada hacia las obras generales que no les ofrecen soluciones para resolver los problemas con

que se enfrentan a diario. No quiero decir con ello que no les sean útiles para afianzar sus conocimientos básicos, su formación general, me refiero sencillamente a la desilusión que supone no encontrar en ellas respuesta concreta a los especialísimos problemas que plantea el funcionamiento diario de la Administración. Así, lo diré de una vez, al funcionario (al igual que ocurre con los demás profesionales que han de aplicar a casos concretos sus conocimientos), que le atemoriza acogerse sin apoyatura doctrinal a una tesis determinada al redactar una nota o emitir un informe, le sirven particularmente los libros problemáticos, las obras que plantean problemas reales y los resuelven, de tal manera que en la práctica administrativa podría advertirse la generalizada conciencia de que existe, además del gran libro teórico y del gran libro docente, el libro simplemente útil, especie que no es todo lo abundante que sería de desear. Pues bien, su utilidad para la aplicación práctica del Derecho administrativo, la productividad de su consulta, es una nota que debe añadirse con toda justicia a los méritos del libro que comento. Esta característica poco común es el fruto de la singular experiencia de sus autores, cuya excelente formación teórica se ha visto complementada por muchos años al servicio de la Administración consultiva y activa y por una larga época de ejercicio de la abogacía, que les han llevado a conocer los problemas más minúsculos que plantea la aplicación de la normativa vigente y a intentar resolverlos, apoyán-

dose, cuando ha sido necesario y posible, en indagaciones, que proliferan a lo largo de la obra, sobre el sentido de la jurisprudencia del Tribunal Supremo y la doctrina del Consejo de Estado.

Pero no quisiera inducir a error con las anteriores afirmaciones; la obra es útil, como digo, por contemplar y resolver problemas que se plantean con suma frecuencia en la práctica administrativa, pero contiene también, como ya he dicho, un análisis teórico profundo y crítico de las diversas instituciones que contempla. Es un libro que además es preciso leer despacio para descubrir todas sus esencias y leer más de una vez para aprovecharse de sus muchas enseñanzas. Es, en suma, un libro difícil. Confieso (el lector me perdonará estas reflexiones personales) que cuando a comienzos de este curso académico tuve oportunidad de leerlo por primera vez, me produjo cierto temor el pensar que tal vez fuera una obra excesivamente compleja para el alumnado universitario, que habría de utilizarlo como texto básico. Esta preocupación era compartida por todos los que este curso teníamos que explicar Derecho administrativo en los grupos de la primera cátedra de la Facultad de Derecho de la Complutense. Tal vez tan magnífica obra fracasaría en su primera finalidad; la docente. Sólo el tiempo sería capaz de resolver las dudas, de disolver los temores. Pues bien, el tiempo ha pasado y a la vista de la experiencia obtenida se puede afirmar que sus resultados han sido inmejorables. La impresión primera del alumnado fue de que realmente no iba

a ser una tarea fácil la que tenía ante sí, pero poco a poco su interés por la disciplina fue en aumento, han podido penetrar en las entrañas mismas de la Administración, descubrir sus singularidades jurídicas, las peculiaridades de su funcionamiento y, al final, han acabado con un buen bagaje de conocimientos, con una sabia y extensa lección aprendida. A todo ello hay que sumar un hecho que puede parecer simple anécdota, pero que tengo para mí que es de una importancia sencillamente capital: para los nuevos aspirantes a juristas el Derecho administrativo ha dejado de ser esa asignatura insoportable con que se les amargaba la existencia en dos cursos de su carrera, para convertirse en algo atractivo, en una disciplina que apetece explorar, una especialidad que les parece de la mayor utilidad y de la máxima importancia actual. No hace falta tener muchos años para recordar el desagradable recuerdo que generaciones enteras de juristas sacaron de su contacto con esta disciplina, aun incluso por haber oído exclamaciones de estupor por la inclinación propia hacia el estudio del Derecho administrativo, puestas en boca de juristas distantes aún de la ancianidad. El Derecho administrativo casi no era, y en nuestro país hay que reconocer que la afirmación era casi exacta, *Derecho*, sino más bien una crónica del contenido de la Gaceta, de aquí el aburrimiento de cuantos se acercaban a él porque dicha disciplina, por decirlo como Hau-riou cuando se refería a la situación de la misma en el siglo XIX, «vista desde fuera, como ellos la

veían, en la corteza rugosa de los textos, ofrecía la imagen de una reglamentación caótica». Si hoy se ha producido un giro de ciento ochenta grados con respecto a la situación descrita es porque el Derecho administrativo ha superado ya la fase descriptiva y ha entrado definitivamente en el análisis categorial, llegando a depurar las diversas instituciones que lo basamentan.

Con lo anterior no quiero decir que el mérito de tal cambio corresponda en exclusiva en nuestro país a la obra que comento. Estoy muy lejos de pensarlo. Antes que ésta aparecieron otras de gran importancia para el perfeccionamiento de la disciplina, cuya riqueza de contenido no se puede desconocer. El cambio de perspectivas a que me he venido refiriendo ha sido una tarea colectiva de los administrativistas iniciada hace ya muchos años. Pero lo que sí puede afirmarse es que el libro de los profesores García de Enterría y Fernández Rodríguez es un ejemplo depurado del nivel a que ha llegado la construcción científica del Derecho administrativo.

He de resaltar, por último, otra nota sobresaliente del Curso en este repaso somero a sus características generales: su afán crítico e innovador. La primera calificación le viene impuesta por el talante nada conformista con el que se enfrenta con las instituciones, en cuyo análisis despliega además un claro espíritu liberal, como ha puesto de manifiesto el profesor Santamaría; es innovador como consecuencia de esa misma postura crítica; nunca remoldea lo construido sin ofrecer una

tesis más sugerente a cambio, tratando a las instituciones de la manera cuidadosa que el propio García de Enterría había gustado describir en otro de sus trabajos, acogiéndose a una reflexión de Burke; si acaso, se ha superado en algún punto ese miedo respetuoso y esa solicitud temblorosa, que este último autor aconsejaba que presidiera las revisiones, en algunas construcciones radicalmente alejadas de la panorámica dominante de nuestro Derecho administrativo. Cuando esto ocurre creo que es de agradecer muy profundamente, y más por sus espléndidos resultados, esta intrepidez de principiantes de dos autores consagrados a los que tanto más cómodo hubiera sido adoptar una actitud conservadora a la que, sin embargo, no ha sabido resignarse su inquietud científica.

Todas las razones hasta aquí aducidas tal vez sirvan para comprender el espectacular éxito del Curso; una primera edición de 5.000 ejemplares, agotada en poco más de siete meses, es un acontecimiento poco común en el marco de la producción jurídica en este país.

2. He de referirme a hora al contenido material del libro, pero, como es obvio, no puedo en unas páginas, necesariamente breves y escritas con premura, dar cuenta cabal de un trabajo tan extenso y sugerente. He dudado al decidir si sería lo mejor hacer aquí una simple transcripción del índice y dedicar el resto del espacio a un comentario general o hacer una descripción no detallada, somera, de sus puntos más sobresalientes. Me he inclinado por esta segunda

solución, aun con la conciencia de que me resultará difícil ser objetivo al hacer mención de los puntos más notables de la obra, y que más de una vez intervendrán en la elección mis propias preferencias temáticas.

Toda la parte introductoria del Curso está dedicada al estudio de la Administración y a la elaboración del concepto de Derecho administrativo. Se nos describe la Administración como persona jurídica y se define el Derecho administrativo como el derecho propio y singular, estatutario, de las Administraciones en cuanto personas. Se adopta, pues, un concepto subjetivo de Derecho administrativo, logrando una superación acabada de su presunta crisis, explicando la dispersión de la actividad administrativa desarrollada en forma creciente por los particulares, a través de las técnicas de transferencia de funciones. En estas primeras páginas los autores se enfrentan con un primer obstáculo serio para la construcción del Derecho administrativo español: la declaración constitucional de que nuestro Estado responde o los principios de unidad de poder y coordinación de funciones. Esta realidad, que llevada a sus últimas consecuencias rompería definitivamente ese equilibrio inestable entre privilegios y garantías que es la esencia del Derecho administrativo, es un inconveniente de cuya superación depende, a mi entender, todo el talante de la obra. Y los autores lo superan dando a aquella declaración un exclusivo valor político que no repercute en la utilización técnica de las categorías elabo-

radas bajo el imperio del principio de separación de poderes.

El estudio de las fuentes del Derecho administrativo ocupa un lugar destacado en el Curso. Sobre este tema son bien conocidas las brillantes aportaciones anteriores del profesor García de Enterría. Sin embargo, el Curso, aun basándose en lo fundamental en estos estudios anteriores, los supera en algunos puntos. No dudó en destacar del contenido de esta parte el estudio efectuado de las relaciones entre la ley y el reglamento. Frente a los intentos, que estaban proliferando en los últimos años, de rebajar el significado que en nuestra actual constitución tiene la ley, cuyo ámbito material de regulación estaría limitado en beneficio del reglamento (incorporando el reglamento autónomo de la constitución gaullista), se nos ofrece en el Curso una investigación acabada acerca del sentido de la reserva de ley en nuestros textos fundamentales. La conclusión a que se llega (conclusión impecable, a mi entender, y coincidente con el sentido general de la reserva de ley en toda la historia del constitucionalismo) es que cualquier regulación que afecte a los derechos y libertades de los ciudadanos ha de hacerse por una norma con rango de ley. El ámbito originario del reglamento sólo es la materia orgánica, en la que se incluyen las relaciones de supremacía o sujeción especial. Sin autorización legal previa, sólo son válidas las regulaciones reglamentarias que tienen repercusión exclusivamente *ad intra* en el ámbito interno de la ordenación de los servicios públicos.

El libro sigue con un capítulo dedicado a la personalidad jurídica de las Administraciones públicas, cuyo estudio se acomete a través de un análisis previo del sentido histórico de la atribución de personalidad a la Administración. Pero acaso las aportaciones de mayor valor se centren en el estudio de la tipología de entes públicos, y dentro de él en el análisis de las Corporaciones sectoriales de base privada, en el que se intenta explicar técnicamente el fenómeno del ejercicio de competencias administrativas por estos entes, sin necesidad de considerar que son verdaderas Administraciones públicas, dando a conocer el auténtico sentido de esta realidad: las corporaciones sectoriales sólo ejercen funciones administrativas en supuestos concretos en los que la ley o la autoridad administrativa han decidido atribuirselas, utilizándolas así según la técnica de la autoadministración. Se recordará en este sentido un conocido trabajo anterior del profesor Fernández Rodríguez, cuyos resultados se han incorporado al Curso, integrándolos en su sistema.

Del estudio del principio de legalidad de la Administración difícilmente puede destacarse una parte sin incurrir en una gran injusticia con el resto; la construcción técnica del principio de legalidad, la atribución de potestades a la Administración (rompiendo aquí con la supuesta existencia de cláusulas generales de apoderamiento), la distinción entre potestades regladas y discrecionales y el estudio de las técnicas de reducción de la discrecio-

nalidad, aparecen explicadas con esa claridad y profundidad que permite el estudio durante años de este tema, que ha contado entre las preocupaciones dominantes de sus autores.

También respecto del capítulo VII, dedicado al estudio de las relaciones entre la Administración y la justicia y el principio de autotutela, habría que hacer un examen completo y pensado, pero destacaré de él la incorporación de un novedoso estudio contra la explicación histórico-política de la posición de la Administración ante los tribunales, indagando sobre el estado de la cuestión en el Antiguo Régimen, en el Derecho anglosajón y en la repercusión de la implantación revolucionaria del principio de separación entre la Administración y la Justicia. El estudio histórico efectuado lleva a los autores a la conclusión de que la peculiar posición que hoy ostenta la Administración frente a la Justicia, de la que no precisa para hacer valer sus pretensiones, tuvo ya sus manifestaciones en el Antiguo Régimen, período en el que al ser la Administración y la Justicia simples manifestaciones del mismo poder, meras emanaciones de un mismo sujeto, el monarca, se hacía innecesario el respaldo de los Tribunales cuando éste actuaba en los asuntos administrativos, y dichos Tribunales, a su vez, no tenían frente a los órganos administrativos estrictos el mismo poder directo que frente a los súbditos (Inglaterra, desde el siglo xvii, es una excepción a estos planteamientos); más tarde, la formulación revolucionaria del principio de *separación* de pode-

res comportará la prohibición de que los jueces perturben las operaciones administrativas y después la atribución a la Administración de competencias para resolver las diferencias que surgieran entre ella y los ciudadanos (*Juger l'administration c'est encore administrer*), y todo ello conducirá a que la Administración no necesitará el apoyo de los tribunales para respaldar sus actuaciones jurídicas, se valdrá por sí misma. Pero estas explicaciones históricas no valen ya porque se fundamentaban en la «incardinación de la Administración en la misma fuente de soberanía que sostiene el aparato judicial (el monarca absoluto o el pueblo)», carácter bien alejado del servicial que actualmente se le reconoce; la única explicación lógica a la peculiar posición de la Administración respecto a los Tribunales, es que la Administración está hoy capacitada como sujeto de derecho para tutelar sus propias situaciones jurídicas (autotutela). A partir de tal afirmación se penetra en el estudio dogmático de las técnicas de autotutela, de las cuales se ofrece una visión enormemente sugestiva.

Dos capítulos del Curso (VIII y IX) están dedicados a los actos administrativos. En ambos casos creo es preciso dejar por una vez de hacer referencia a las materias estudiadas y dar cuenta de las características del estudio, porque es quizá en estos dos capítulos, como en ningún otro, donde se manifiesta de manera más patente la condición de libro problemático y útil que más atrás le atribuí. Ciertamente la materia tratada sólo podría serlo en profundidad en el

caso de que mediara el conocimiento de los problemas que se plantean en la práctica en torno a la teoría de los actos administrativos. Y es así, haciendo uso de los resultados obtenidos al seguir de cerca la aplicación del derecho, y superando con ellos las insuficiencias dogmáticas, como se han elaborado los dos capítulos referidos. Me remito, por sólo dar un ejemplo, al espléndido estudio jurisprudencial que acompaña al examen de la teoría del silencio administrativo.

El estudio de los contratos de la Administración ocupa también extensamente a los autores. Toda la materia aparece presidida por un análisis muy explicativo de ese fenómeno tan actual que es la proliferación de los convenios entre la Administración y los administrados y, en especial, de los llamados conciertos de administración con los que se tiende a quebrar «la rigidez de un ordenamiento construido a la medida de una Administración que manda y se impone», para dar paso a una Administración que desea y necesita atraer la colaboración de los particulares. En cuanto a las características del contrato administrativo se estudian éstas desde su fundamentación histórica (método tan caro a los autores) y desde la singularidad posicional de la Administración, para desgranar después las modulaciones de la institución contractual al referirla a la mencionada figura. Se incluye un acabado examen del contenido, efectos y extinción de los contratos administrativos nominados (de obras, revisión y suministros).



Las páginas finales del libro están dedicadas al estudio de la coacción administrativa y de la actividad técnica de la Administración. Cabe destacar aquí, sobre todo, el planteamiento novedoso del tema de la coacción administrativa, cuyo estudio se individualiza con respecto del de los actos, al separarla del principio de ejecutoriedad que es donde habitualmente había sido tratada. Se estudian en sus principios generales y en sus manifestaciones concretas la ejecución forzosa (haciendo notar el decaimiento del protagonismo del juez en nuestro Derecho), la coacción directa (coacción administrativa lanzada inmediatamente contra una situación de hecho contraria al orden, sin el intermedio de un acto administrativo previo) y la vía de hecho

(«uso *extra-ordinem* de la coacción por la Administración»).

Hasta aquí, pues, el apretado, y tal vez caprichoso, resumen del primer volumen de un nuevo tratado de Derecho administrativo. Me conformaría con haber dado una idea, aunque fuera vaga, de su rico contenido y de sus muchas excelencias; no obstante, de sobra sé que es difícil ofrecer una recensión, una visión completa de su importancia, la cual sólo la alcanzará cada cual tras proceder detenidamente a su lectura; en este caso, dicha lectura no sólo es recomendable, sino también imprescindible para todos los que, de alguna manera, se mueven en las regiones dominadas por el Derecho administrativo y han de conocer sus instituciones.

SANTIAGO MUÑOZ MACHADO

