

EN TORNO A UN NUEVO INTENTO DE RECONSTRUCCION DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

Por OSCAR MORENO GIL

Con una mezcla, explicable, de admiración y respeto, abro y hojeo el libro de mis estudios y repasos. El libro que me enseñó, que nos enseñó, a tantos, el Derecho administrativo de nuestros andares primeros.

Me refiero al *Tratado de Derecho Administrativo*, del profesor Garrido Falla. El Garrido-Falla que fue nuestro manual, pan de cabecera y origen de vocaciones.

Lo veo de nuevo. Me complazco otra vez en el reflejo de la docente transparencia de esas páginas lúcidas, donde el observador agudo y perspicaz no encuentra resquicios a sus deseos de crítica, donde el lector constante quisiera hincar el diente de las ideas, para rumiar réplicas, quizás insolentes, que aportaran nuevos pasos y mejoraran las señales del camino del futuro.

A los nuevos jóvenes —y menos jóvenes, pero noveles— nos gustaría identificarnos con cuanto dice el profesor en el prólogo de la primera edición: «las generaciones más jóvenes de administrativistas no

podíamos hurtarnos al encargo que las circunstancias parecían poner en nuestras manos». Y me pregunto ¿cuáles son los encargos que las nuevas circunstancias ponen en las nuevas manos? ¿Hay, en verdad, algún otro reciente encargo? ¿Dónde está el grano para los jóvenes molinos?

¡Ah! Pero aquéllos, los de entonces jóvenes administrativistas, bien que empujaron la rueda de su molino. Tan a conciencia lo hicieron, trituraron el grano de tal modo, que a los modernos aficionados de la actualidad administrativa nos dieron el pan casi digerido.

Llenas nuestras fauces de Trevijanos, Garridos, Enterriás, Villares, Gonzálezces, Martíneces y otros etcéteras geniales, estamos en momentos de difíciles posibilidades. La inventiva choca con los muros de sólidos edificios ya construidos. A su vista, es fácil caer en la tentación de aquel aprendiz que quiso descubrir una nueva máquina capaz de asombrar al mundo y que cuando caminó por el Palacio de los Inventos exclamó desalentado: «ya todo está inventado; todo». Cuando tomamos los tratados, nuestros queridos tratados, los manejamos con familiaridad simbiótica, o más bien parasitaria. Los estudiamos, resumimos —sin mucho pudor—, retorcemos y acaparamos. Pero nuestra falta de respeto se compensa en que, además, ante esos monumentos hemos aprendido a conformarnos con hacer un papel, en el mejor de los casos, de bibliotecarios sagaces. Nos queda la artesanía, cuasicontable, de la búsqueda de la sentencia, del ajuste, del cuadro, de la anécdota.

Nos comportamos así porque estamos convencidos de que se han agotado las lagunas; ya sólo hay cauces. De aquellos vientos (los Posadas, Gascones, Royos, Garcías, Jordanas, Fernándezces, Alvareces) nacieron estas tempestades. Y a nosotros... sólo nos queda la calma.

Sabemos que es ley de vida que tras la hegemonía venga la decadencia. Esperemos que los que tomen la difícil antorcha sepan alargar el estrellato, y el declive sea una pendiente suave y no un precipicio. Pero difícil nos lo han puesto. Muy difícil. Por eso, a mí, como a aquel pretendido inventor, me dan muchas ganas de marcharme del Palacio de los Inventos, con las manos en los bolsillos, silvando.

Aunque habrá quien me diga que mi falta de inventiva no justifica la generalización de mis afirmaciones. Que nuevos inventos geniales se añadirán a otros inventos. Siempre.

Puede ser. Pero ¿en Derecho administrativo también? O será verdad que a los nuevos, en el mejor de los casos, ya sólo nos queda el papel de alumnos aplicados.

Esa ha sido, por lo general, de forma más o menos consciente la situación de mi pensamiento. Y la he aceptado sin resistencia, desprecupadamente. Hasta ahora.

Pero queda la esperanza. Decía el profesor Garrido Falla en su prólogo a la primera edición del tratado que «la evolución del régimen administrativo en Europa, y fuera de ella, ha sido en los últimos tiempos lo suficientemente sensible como para que instituciones clave del Derecho administrativo tradicional hayan sido sometidas a revisión».

Y, como enlazando con esa idea, algo ha venido a hacerme despertar de mi conformismo; algo a lo que me refiero a continuación con mucha preocupación.

Los aficionados al Derecho nos hemos visto sorprendidos por la octava edición del *Tratado de Derecho Administrativo* del profesor Garrido Falla.

Suele suceder que cuando ya conocemos un libro, o mejor dicho, cuando ya creemos que lo conocemos, no lo leemos metódica y disciplinadamente. Nos vamos directamente al caso concreto, a la duda surgida en cada momento o hacia donde salpicadamente nos lleva nuestra curiosidad circunstancial. Suele suceder también que, leído el prólogo de la primera edición, no nos llaman la atención los de las sucesivas, porque normalmente se reducen a explicaciones de contenido menor.

Pero quien así se conduzca con la octava edición del profesor Garrido Falla incurrirá en un enorme error. Porque, desde luego, el *Tratado* debe ser leído del principio al final indefinidas veces, como corresponde a uno de los libros de cabecera de todo aficionado al Derecho administrativo, pero, principalmente, porque se perderá la más importante noticia que en esta materia se ha producido en los últimos tiempos. El profesor Garrido apunta en su último prólogo algo que después el lector encuentra desarrollado en un apéndice.

Yo tengo el honor de acompañar, más que ayudar, cada día al profesor en su clase, y por ello conocía su profundo escepticismo, y tenía noticia de ciertos conceptos suyos novedosos, pero desconocía el alcance real de ello.

Es ahora, inclinado sobre el *Tratado*, cuando me doy cuenta del alcance de muchas frases apuntadas en clase, de muchos breves y fugaces —y menos breves y fugaces, a veces— comentarios.

Confieso que la impresión que recibí no fue pequeña cuando me convencí de que las ideas por mí leídas eran ciertas y que mis ojos no me engañaban.

Me refiero a cuando el profesor Garrido Falla en el prólogo de la octava edición se justifica por no haber actualizado uno a uno los datos del Tratado, poniéndolos en relación con la Constitución de 1978, sino que, a pesar de la nueva publicación, ha mantenido las modificaciones en un apéndice final. Nos dice:

«Ahora, dos años después de la “reimpresión”, parecería que las excusas se me han agotado. Y, sin embargo, a la persistente escasez de tiempo —que de nuevo me veo obligado a esgrimir para obtener la benevolencia de mis lectores— se añade un argumento de mucho más peso: la reconsideración personal a que últimamente he sometido mis propias ideas —y, curiosamente, no principalmente a causa de la Constitución—, sobre los conceptos básicos del Derecho administrativo español. Así lo he expuesto en mi reciente trabajo “Reflexiones sobre una reconstrucción de los límites formales del Derecho administrativo español” (ed. Instituto Nacional de Administración Pública, 1982); si soy consecuente con lo que allí digo, ni una nueva edición, ni mucho menos una reimpresión estarían justificadas: en realidad tendría que empezar a escribir de nuevo un libro diferente.»

Hay nuevas concepciones en Garrido Falla. Manifestadas de una manera dura, sin concesiones ni perdonos hacia sí mismo. Sin desconsuelo. Tan directas son las frases, que hacen pensar en que el autor cae, con dolor —pero con decisión— de las ramas por las que ha estado andando.

Y como para contradecir mis prejuicios, viene a decir que en Derecho administrativo queda mucho, muchísimo, por inventar y nos explica cómo ha llegado a su postura actual, que se sintetiza, nada menos, en que es necesario realizar la reconstrucción conceptual del Derecho administrativo.

Hay una dura, muy dura, confesión: «en realidad, tendría que empezar a escribir un nuevo libro diferente». Una cosa es la evolución del pensamiento —siempre deseable, porque lo que se para envejece con rapidez—, y otra muy distinta una afirmación de aquel alcance.

Cuando un autor como Garrido Falla, en la madurez de sus conocimientos, hace una afirmación de este calibre, el aficionado al Derecho debe quedar muy preocupado.

Y con esa preocupación he pasado al análisis del apéndice de la octava edición del *Tratado de Derecho Administrativo*. Esa preocupación es la que inspira estas notas.

Nos dice Garrido Falla cuál fue la génesis de sus nuevas concepciones, de sus reflexiones sobre la necesidad de realizar una reconstrucción conceptual del Derecho administrativo. El motivo parte de los trabajos realizados para la revisión de la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa. De la ponencia constituida al efecto formaban parte, entre otros también insignes juristas, los profesores García de Enterría, González Pérez, Villar Palasí y el propio Garrido Falla, que nos lo cuenta.

La principal modificación propuesta por la ponencia estaba referida al artículo 1.º de dicha norma procesal, en adaptación a nueva legislación, que, a su vez, había sobrevenido como una consecuencia inmediata del nuevo orden constitucional. Debía ampliarse el ámbito de actuación de la Jurisdicción Contencioso-administrativa; ámbito, cuyos moldes crujián, cuyos límites forzados se habían desmoronado ante la realidad, plasmada de las Leyes Orgánicas del Tribunal Constitucional y del Consejo General del Poder Judicial. Realidad que también clamaba desde la propia estructura y régimen del funcionamiento administrativo de las Cortes Generales y del Tribunal de Cuentas.

La realidad y la necesidad —y las normas que las recogían— obligaron a la ponencia a redactar un proyecto de Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa, que extendiera la actividad revisora de tal Jurisdicción, además de a su ámbito tradicional, a los «órganos de Gobierno interior de las Cortes Generales, del Tribunal Constitucional y del Tribunal de Cuentas, en cuanto a sus contratos y actos de gestión patrimonial, y los órganos del Consejo General del Poder Judicial respecto a los actos y disposiciones a que se refiere su Ley Orgánica».

Y he ahí, como este simple texto, redactado por autores no caracterizados, ni mucho menos, por su uniformidad dogmática, planteó ante la fina sensibilidad del profesor Garrido Falla un problema, cuyo alcance costará tiempo precisar.

«¿Cómo —se pregunta el profesor Garrido Falla— definir al Derecho administrativo como el ordenamiento jurídico que regula la organización de la Administración pública y las relaciones jurídicas entre ésta y los administrados, ... si quedan sometidos al Derecho administrativo actos que emanan de órganos estatales que no son la Administración pública?».

«Y, si esto es así, ¿quién es la parte demandada en el proceso contencioso-administrativo, la Administración pública, en cuanto persona jurídica, o el Estado, o sea, la persona jurídica estatal?».

Y ese es el problema.

Ese es el problema. ¿Es nuevo o es antiguo? ¿Surge de verdad ahora? ¿Brotó ante una realidad, pero sin conexión trascendente con antecedentes venerables? Y de nuevo Garrido nos lleva de la mano hacia ideas que, aunque viejas, conducen a nuevas perspectivas («Ya se oyen palabras viejas» «Pues aguzad las orejas», como nos diría Antonio Machado). Y nos dice que frente a lo que se da por supuesto, en cuanto a atribución de personalidad jurídica a la Administración pública, «lo cierto es que la tesis de la personalidad jurídica del Estado está en la médula de nuestra tradición legislativa y doctrinal».

Hay, pues, una tradición respetable, y algo ignorada actualmente, muy digna de ser tenida en cuenta, en un doble aspecto: legislativo y doctrinal.

La tradición legislativa, plasmada en el Código Civil, se manifiesta en este cuerpo legal con obvia e insistente claridad en instituciones tales como los bienes de dominio público y los patrimoniales, respecto de los cuales se dispone su vinculación al Estado con las expresiones siguientes:

- «Pertencen privativamente al Estado» (art. 339, 2.º).
- «Todos los demás bienes pertenecientes al Estado» (art. 340).
- «Pasan a formar parte de los bienes de propiedad del Estado» (art. 341).
- «Los del Estado, de la provincia y del municipio» (art. 345).
- Posibilidad de que el Estado los adquiera «por justo precio» (art. 341).
- Posibilidad de que el Estado llegue a tener la condición de heredero (art. 913).

Y si todo ello es significativo de la tradición legal, ésta sigue viva. No se trata de una tradición perdida, pues se recoge en recientes e importantes leyes *administrativas*, cuyas denominaciones son, por sí solas, suficientemente expresivas: Ley del Patrimonio del *Estado* y Ley de Contratos del *Estado*.

Sobre todo, es procedente reparar en la definición de Hacienda pública, definición de perfil muy concreto, contenida en el artículo 2.º de la Ley General Presupuestaria: La Hacienda pública «está constitui-

da por el conjunto de derechos y obligaciones de contenido económico *cuya titularidad corresponde al Estado* o a sus Organismos autónomos.»

Pero también Garrido Falla hace un somero recorrido por la doctrina histórica más cualificada. Nos recuerda a Posada cuando concluía que «la Administración tiene personalidad: la del Estado», a Gascón y Marín cuando hablaba indistintamente de la personalidad jurídica y moral del Estado o de la Administración, a Pérez Serrano, cuyo *Tratado de Derecho Político* contiene un capítulo, el duodécimo, titulado significativamente «Personalidad, Patrimonio y responsabilidad del Estado», donde se afirma definitivamente: «nuestro Derecho da por supuesta la personalidad del Estado y atribuye a éste un patrimonio.»

En fin, nos recuerda Garrido Falla palabras y frases viejas y nos la trae a colación no para enseñarnos historia sino para decirnos que están en vigor aquí y ahora, con nueva frescura, con la misma vitalidad que cuando fueron tomadas de la doctrina francesa, especialmente de Berthelemy, que tan claramente influiría en la vieja Ley de Jurisdicción Contencioso-administrativa de 1894.

Y así el profesor Garrido Falla camina por la vía de la modestia y concluye con lo que llama una *recapitulación*. Pero va más allá de este concepto, en cuanto, en realidad, es una confesión en toda regla. Confiesa, lisa y llanamente, en lo que parece un examen de conciencia dirigido hacia sí mismo, pero con deseo de transcendencia a los demás, que el estado actual de su pensamiento científico se sitúa en la invitación (o más bien autoinvitación) a los administrativistas —algunos crudamente señalados con el dedo apuntando como una flecha— a desarrollar una posición que no sólo *derribe* «la teoría de la personalidad única de la Administración pública» y la subsiguiente «definición del Derecho administrativo como el Derecho propio de las Administraciones públicas» en cuanto personas, sino que revise extensamente «toda la concepción orgánico-subjetiva de la Administración pública», y la del Derecho administrativo y la del acto administrativo y de los límites formales de la competencia de la Jurisdicción Contencioso-administrativa.

El lector modesto, como yo, queda con un estado de ánimo algo sobrecogido al convencerse de que la *recapitulación-confesión* del maestro implica el derrumbamiento de una concepción laboriosamente confeccionada, por Garrido Falla y por otros insignes autores. Es necesario revisar —nos dice— «la propia concepción de la Administración pública como complejo orgánico encuadrado en el Poder Ejecutivo y objeto directo de la definición de Derecho administrativo».

Aún sobrecoge más la idea de que esa confesión se contiene al final, en un apéndice, de la octava edición del más famoso tratado de Derecho administrativo que se ha producido en España, del más vendido (30.000 ejemplares de cada volumen en los veinticinco años que tiene de historia) en esta nuestra lengua, caracterizada por lo restringido y modesto de las ediciones. Triste característica, sobre todo señalada y señalable en lo que concierne a los libros de contenido científico.

Veinticinco años de historia de un libro. De enseñar. Nos ha enseñado y nos enseñará, y enseñará a otros. Ya está, de nuevo, enseñando, cuando nos dice que es necesario *reconquistar el concepto del Estado*, el cual es el sujeto —y no la Administración— de «imputación de *toda* la actividad sometida al control jurisdiccional y al régimen jurídico administrativo». Incluso ya la doctrina ha reaccionado, hasta el punto que alguno de los más prestigiosos autores hispanoamericanos ha manifestado que este intento de reconstrucción doctrinal le ha reconciliado con los autores españoles: «Me he reconciliado con el Derecho administrativo español —dice— y sus autores, de quienes tanto hemos aprendido, inclusive al separarnos de sus exposiciones.»

En definitiva, el *Tratado de Derecho Administrativo* vuelve a las antiguas fuentes (¡ah, las viejas palabras!), y en definitiva muestra a las generaciones posteriores que nunca está dicha la última palabra, que el Derecho, como en toda materia científica, está siempre abierto a la inventiva, inventiva soldada en los conceptos ya consagrados, pero, a pesar de ello, siempre susceptibles de ser innovados por más que las viejas palabras deban seguir resonando. Pues «nada hay nuevo bajo el sol», si no se funda —añado yo— en lo ya inventado.

Y así, Garrido Falla conmina a sus colegas, en una *cordial invitación*, a meditar sobre lo dicho.