

CAPÍTULO SEGUNDO: LA LUCHA POR LIMITAR EL CRECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA	31
I. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD	31
II. LA ABSTENCIÓN DE LA INTERVENCIÓN	32
III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN	34

CAPÍTULO SEGUNDO

LA LUCHA POR LIMITAR EL CRECIMIENTO DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

I. EL PRINCIPIO DE SUBSIDIARIEDAD

Hace unos cuantos años, en la reunión del Instituto Internacional de Ciencias Administrativas, que tuvo lugar en 1957 en la ciudad yugoslava de Opatija, ante el triste espectáculo de un comercio muerto, con unos establecimientos pobremente surtidos, regidos por unos funcionarios del Estado que no tenían el menor interés en vender y en servir al cliente, comentaba con mis colegas rusos y yugoslavos el contraste con los espléndidos almacenes del mundo occidental, en el que todo estaba pensado para atender y satisfacer los mejores gustos del consumidor. Me reconocían que, efectivamente, los principios de la Revolución socialista no eran los más aptos para el florecimiento del comercio y que, en este aspecto, la revolución había constituido un fracaso; pero que había sido tan apasionadamente defendida la bandera de la socialización del comercio frente a una clase odiada por el pueblo, que, pese a todo, no resultaba posible echar marcha atrás.

Pero, salvo casos límites, al menos en los países occidentales, el tema de la intervención administrativa se ha despolitizado. Y se ha planteado, casi exclusivamente, en función de la eficacia.¹ No son ya reivindicaciones sociales y políticas las que determinan la intervención en un sector, sino la eficacia que se conseguiría con la intervención. Porque, en definitiva, de unas prestaciones de servicio deficientes o inadecuadas, la primera víctima es el usuario, en cuyo nombre se postula la política de socializaciones.

Hace algún tiempo, leía en una revista semanal gráfica la entrevista mantenida por un periodista francés con un alto miembro del departamento sueco de investigaciones económicas. Preguntaba el periodista por el famoso socialismo sueco. Y la contestación fue rotunda: ¿Socialismo en Suecia? En Suecia la industria es privada en un 95 por 100. Nacionalizar es un lujo que no podemos permitirnos. Un país que vive en un 40 por 100 de sus exportaciones, está condenado a la eficacia. Y ¿qué régimen hasta ahora ha demostrado mayor eficacia que la empresa libre?

¹ García de Enterría, *La actividad industrial y mercantil de los municipios*, en "Rev. Admón. Púb.", núm. 17, pp. 133-135.

La respuesta constituye todo un símbolo.

Por eso, la bandera de las nacionalizaciones ha sido abandonada por los propios partidos que hace unos años la colocaron a la cabeza de las reivindicaciones de sus programas. Ya no se defiende la nacionalización porque sí. Ya no se defiende la nacionalización por razones políticas y sociales. Es un lujo demasiado caro.

Y se levanta frente a una intervención administrativa desordenada el principio de subsidiariedad. Lo que comporta:²

a) La abstención de toda intervención de los entes públicos allí donde el libre juego de la iniciativa privada es más que suficiente para satisfacer las necesidades públicas.

b) Que cuando el libre juego de la iniciativa no baste, se utilice aquella forma de intervención que, siendo suficiente para realizar el fin perseguido, resulte menos gravosa para la libertad individual. En una palabra, proporcionalidad entre medios y fines.

II. LA ABSTENCIÓN DE LA INTERVENCIÓN

La abstención de toda intervención debe ser el ideal a que debe aspirar cualquier Administración. La presencia de los agentes administrativos resulta perturbadora, molesta, desagradable. Va contra la esencia misma del hombre, contra lo que es su natural forma de ser. De todos los males que ha de soportar el hombre en su paso por la tierra, quizás no exista ninguno peor que la Administración pública.

Por ello, precisamente por ello, única y exclusivamente, debe actuar la Administración allí donde estrictamente sea necesario, en el sentido más riguroso.

La Administración resulta inevitable. Como inevitables son las enfermedades, el frío, el hambre, los delitos... Pero debe actuar sólo en la medida que lo exija la realidad social.

De tal modo que en muchos casos el sacrificio que suponga para las libertades sea más aparente que real, y la intervención constituya en definitiva la posibilidad de hacer algo que de otra forma resultaría imposible.

Desde que salimos de nuestra casa por la mañana hasta el momento de nuestro reposo, tenemos que soportar muchas limitaciones; pero buena parte de ellas resultan imprescindibles. Al cruzar las calles, no podemos hacerlo por cualquier lugar, sino precisamente por el espacio acotado para ello; pero es muy probable que sin esa limitación, no sería posible el cruce de la calle, ante la avalancha de circulación. Al tomar nuestro automóvil, hemos tenido

² Me remito a mi trabajo *El administrado*, Madrid, 1966, en especial, pp. 54-60.

que soportar las limitaciones tendientes a evitar que por el tubo de escape salgan humos nocivos; pero precisamente gracias a estas medidas que afectan a mi vehículo y al de mis convecinos, podemos subsistir todos a pesar de vivir en una gran ciudad. Si al circular por la ciudad tengo que seguir unas direcciones impuestas, absteniéndome de circular por determinadas calles, sufro unas limitaciones; pero quizás gracias a ellas puedo circular...

Refiriéndose al tema, Samuelson, decía:

¿Me coartan y limitan mi libertad los semáforos, verdad? Pues bien, antes de su instalación, ¿era verdaderamente libre en mitad de un atasco en una calle? Y la suma algebraica de mi libertad y la del automovilista medio, o la de la colectividad en su conjunto, ¿ha aumentado o disminuido a consecuencia de las luces rojas? Los semáforos, como sabéis, señalan el rojo, pero también el verde.³

Y aquí radica la cuestión: en la apreciación de cuándo el semáforo constituye una rémora de la circulación o, por el contrario, el único procedimiento de hacerla posible. Porque si bien es cierto que esas limitaciones son las que nos permitan circular por la ciudad, tampoco es despreciable el número de ellos que son producto del capricho, obstinación, desequilibrio o arbitrariedad de un alcalde, jefe de distrito o director de la circulación.

Pues las leyes, sí, suelen consagrar el principio, dejando reducida la intervención a los supuestos en que realmente la actividad privada es por sí insuficiente para realizar los fines de interés general. Pero luego la realidad viene a corroborar lo poco que sirven todas aquellas normas que tienen por destinatario un órgano público.

Así, por ejemplo, el campo más significativo es el de la actividad industrial del Estado. Cuando en España se creó el Instituto Nacional de Industria, como instrumento de la tarea de nacionalización y de creación de empresas públicas o mixtas, se señalaron como fines primordiales del mismo en su ley fundacional de 25 de septiembre de 1941 (y en su reglamento provisional de 22 de enero de 1942), los de propulsar y financiar la creación de industrias, bien estimulando la iniciativa particular, con la ayuda económica necesaria, o creando por sí aquellas otras que el interés superior del país aconseje o que, por exigir cuantiosas inversiones o por no producir beneficios suficientemente remuneradores al capital, no ofrezcan incentivo bastante a la economía privada.⁴

Pero resultaba muy duro limitar la actividad a estos sectores verdaderamente ingratos y poco espectaculares, renunciando a éxitos brillantes y a la posibilidad de crear un numeroso centro de puestos en los consejos de administración de

³ *El papel económico de la iniciativa privada*, en "Información Comercial", abril de 1965, pp. 53-60.

⁴ Álvarez Gendín, A., *La industrialización estatal* (tesis), Madrid, 1969, pp. 167-171.

las distintas empresas, para premiar servicios políticos, sin importar para nada la preparación e idoneidad para el cargo de los candidatos.

El fenómeno, que en modo alguno es exclusivo de la Administración española —en los países de Europa, al menos, es el denominador común—, produce como resultado un buen número de empresas con capital público —esto es, procedente del contribuyente—, manejadas y controladas por hombres de procedencia política o administrativa, que constituyen un fracaso de rentabilidad y de eficacia. Se produce el lamentable espectáculo del político y funcionario jugando a hombre de empresa.

Esas mismas actividades realizadas por empresas puramente privadas prestarían al usuario un servicio infinitamente superior, sin haber costado un céntimo al contribuyente.

III. LA PROPORCIONALIDAD EN LA INTERVENCIÓN

En el supuesto de que la intervención administrativa resulte necesaria en un sector determinado, el principio de subsidiariedad impone la utilización del modo de intervención que resulte menos gravoso para la libertad individual.

Cuando bastan las medidas limitativas o de estímulo para que puedan satisfacerse las necesidades públicas, nunca deberá ser asumida por el Estado su satisfacción. Como hace años dijo Abraham Lincoln, en frase que hizo fortuna, “el Estado sólo debe hacer aquello que los ciudadanos no pueden realizar por sí mismos, o que no pueden hacer con resultados tan positivos como el Estado”.

Y así como el administrado debe contar con medios para impedir que la alegría de los gobernantes instaure servicios públicos cuando ninguna necesidad real existe, también debe tenerlos para lograr la creación de aquellos servicios que son, no ya convenientes, sino hasta ineludibles en una comunidad bien organizada. Pues en buen número de casos se olvidan servicios esenciales, mientras se crean mil servicios inútiles, pero más fáciles de organizar, más espectaculares o que halagan a sectores más influyentes, aun cuando sean los menos necesitados.

En el ordenamiento jurídico español son varios los preceptos concretos que tratan de hacer efectivo el principio (verbigracia, el artículo 2 del reglamento de servicios de las corporaciones locales). Y la jurisprudencia, en aplicación de los mismos, ha consagrado la invalidez del acto administrativo cuando el órgano competente puede optar “por el empleo de una medida policial menos restrictiva para la libertad e interés del administrado” (verbigracia, sentencia de 29 de marzo de 1965).

Sin embargo, la práctica de todos los países nos muestra justamente lo contrario. Existe una tendencia innata de la Administración a exagerar, imponiendo

al administrado gravámenes superiores a los que exigen los fines públicos y su adecuada realización.

Lo que muchas veces podría resolverse sujetando ciertos aspectos de una actividad o licencia previa comprobación de la adecuación a una ordenanza, se traduce en la sujeción de toda la actividad a la licencia que se otorgara con la máxima discrecionalidad. Y hasta se llegará a drásticas prohibiciones, cuando bastaría una ponderada sujeción a licencia.

Los ejemplos podrían multiplicarse. Pero existe un sector que está de moda, en el que las violaciones al principio de subsidiariedad son flagrantes, a pesar de que suele consagrarse en las disposiciones básicas que lo regulan. Me refiero al urbanismo.

En España, se promulgó en 1956 una de las leyes que mayores polémicas ha suscitado. Polémicas por los principios que la inspiran, las técnicas empleadas para realizarlas y, sobre todo, por la forma en que son utilizadas por nuestros administradores.

Pues bien, esta ley, que no es otra que la de 12 de mayo de 1956, sobre el régimen del suelo y ordenación urbana, en su artículo 4º consagra del modo más ortodoxo el principio, al decir en su párrafo 2 que "la gestión pública suscribirá, en la medida más amplia posible, la iniciativa privada y la sustituirá, cuando ésta no alcanzare a cumplir los objetivos necesarios, con las compensaciones que esta ley establece". Sin embargo, a la hora de regular los sistemas de actuación de los planes de urbanismo, reconoce al órgano gestor plena potestad discrecional para elegir el sistema, según las necesidades y medios económicos financieros (artículo 113, párrafo 2), admitiéndose la expropiación, aun cuando los propietarios afectados estén decididos a realizar las previsiones del plan.⁵

⁵ Me remito a mi trabajo *Comentarios a la ley del suelo*. Madrid, 1968. en especial, pp. 653-660.