

## *El derecho civil en la génesis del derecho administrativo y de sus instituciones*

**Sebastián Martín-Retortillo Baquer**

Editorial Civitas, Madrid, 1996

**A** materia xurídica do dereito administrativo, dentro do problema que supón a súa autonomía, tivo que conseguilo seu recoñecemento non só dentro do ámbito do dereito público, senón tamén en canto á tarefa diferenciadora do propio dereito civil. A influencia estrutural deste estivo tuteladamente presente en todo o que do máis estrictamente xurídico nos ofreceu a sistematización do dereito administrativo, o que conduciu a un verdadeiro préstamo de institucións do dereito civil ó dereito administrativo; institucións e figuras que, ó resultaren comúns, esixiron e impuxeron a súa diferenciación e a fixación ulterior da súa propia substantividade. Así, no momento presente o dereito privado non monopoliza nin pode monopolizar na súa *esencia* a posesión de tódalas institucións e figuras xurídicas que caen dentro do seu campo, polo que é necesario determinar se realmente existen estruturas xurídicas xeais que superen a mesma configuración unilateral que nun campo concreto do ordenamento xurídico poden recibir.

A presente obra, escrita a súa primeira edición no ano 1959 e publicada no 1960 dentro da Colección do Instituto García Oviedo da Universidade de Sevilla, edición esgotada hai xa moitos anos debido probablemente á novidade dalgunha das cuestións suscitadas nela, reeditouna no ano 1996 a Editorial Civitas, coa inclusión de dous novos traballos, e vén polo tanto presentar un dos temas máis polémicos da ciencia xurídica dos nosos días, cal é o do apoio que no seu momento puideron ofrecer institucións e categorías do dereito civil para a formación e a consolidación do dereito administrativo, o alcance expansivo do cal foi moi notorio nos últimos tempos.

Ó referirse a esa cuestión, Martín-Retortillo Baquer, que tratou de continuar cunha temática case constantemente mantida pola escola clásica alemana do dereito administrativo, entende que un xuízo histórico en torno á aprehensión por parte do dereito administrativo das fórmulas civís conduce a sinalala unidade mesma do ordenamento xurídico. A primeira e máis urxente tarefa que á ciencia do dereito se lle presenta é a da súa adecuación dinámica á realidade social á que en definitiva serve.

En tal tarefa, e en afirma-la unidade mesma do ordenamento xurídico, xoga un papel de primeira orde o feito de resalta-la confluencia dos dous sistemas, o público e o privado. Esta adecuación á realidade, levada a cabo superando calquera valoración partidista, aparece como esixencia ineludible tanto para o dereito civil como para o dereito administrativo, e é unitaria e harmonicamente como se debe satisfacer<sup>1</sup>.

Este libro recolle ademais un segundo traballo: a institución contractual no campo administrativo. O autor non pretendeu estudar unicamente a institución contractual administrativa nas súas relacións coa civil, senón que ademais procurou levar adiante unha exposición sintética daquela no dereito administrativo. Por outra parte, o traballo recollido neste libro non analiza comparativamente a institución contractual na súa totalidade, posto que tal comparación queda formulada exclusivamente desde a valoración que pode deducirse do principio de igualdade das partes.

A igualdade entre as partes, tal e como foi comunmente entendida, é un deses coñecidos mitos xurídicos falto dun contido xurídico real. Se tal principio quere considerarse como esencial para o contrato, podería igualmente xustificarse nel a radical desigualdade que se observa nos contratos da Administración: fronte á diferenza de posición que as partes adoptan no contrato civil e a que asumen nos contratos do ordenamento administrativo, será o mesmo principio de igualdade o que fixe e imponha un trato desigual a partes así mesmo desiguais. Pero foi Zwahlen quen sinalou a este respecto a vía do bo sentido: non en tódolos contratos privados podemos encontrar esa igualdade entre as partes, e alomenos un *minimum* de igualdade existe tamén nos contratos que el chama de dereito administrativo.

Os dous traballos recollidos neste volume presentan, polo tanto, unha unidade temática visible. Pero por razóns persoais do autor estes manteñen unha relación moito máis íntima que os vincula definitivamente. O traballo sobre *La institución contractual en el Derecho administrativo: en torno al problema de la igualdad de las partes* constitúe a homenaxe do autor á venerada figura do máis ilustre dos administrativistas italianos actuais, o profesor Guido Zanobini. O estudo de *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones* constitúe o texto da conferencia que no mes de abril do ano 1996 o

<sup>1</sup> Vid. FRANZ WIEACKER, *Historia del Derecho privado de la Edad Moderna*, traducción española 1957, páx. 486.

profesor Martín-Retortillo Baquer pronunciou no Instituto de Dereito Público da Facultade de Dereito da Universidade de Roma, a onde fora xentilmente invitado polo profesor M. S. Giannini. É polo tanto esta vinculación, afectiva e científica, ós mestres e á universidade italiana, a que conxuntamente determina esoutra relación interior que, xunto á temática, presentan os dous traballos que conforman esta obra.

Por outra parte, o profesor Martín-Retortillo Baquer destaca no seu libro o tema das empresas públicas no *momento presente*, que amosa cuestións de extraordinaria significación. Entre elas está, en primeiro lugar, a relativa ó sistema de protección xurisdiccional. Tamén a marxinação á que conduce a todo o ordenamento administrativo, que é un ordenamento garante de intereses públicos e privados. O dereito administrativo é un sistema normativo que foi canle fundamental para racionaliza-lo poder, sistema que constituíu unha manifestación *cultural* de primeira orde para o establecemento e a resolución pacífica dos conflitos entre o poder e os cidadáns. E isto nun horizonte no que a razón, a xustiza e a liberdade son determinantes, e que, á vista do camiño que está seguindo nos últimos tempos a nosa Administración, precisamente a través da fórmula das empresas públicas, non parece que se presente moi prometedor. De aí que a intención do libro sexa a de axudar a adquiri-la conciencia da necesidade de rectificación.

A obra descansa tamén sobre o crecente papel que hoxe en día desempeña o dereito privado no actuar das administracións públicas. É o debatido tema da «huida del Derecho administrativo por parte de la Administración pública» nese actuar, segundo as palabras de Fleiner, formulado sen dúbida ningunha para eludi-los maiores vínculos e controis que ese impón. Formalizado o exercicio das funcións da Administración pública, a través de canles xurídico-públicas, nos últimos anos abandónanse estes procedementos de actuación para dar paso á utilización de fórmulas de dereito privado.

O tema que se refire, que veu tendo ata os nosos días un carácter notoriamente marxinal, está xeneralizándose de modo progresivo e ten un notable alcance, incluso, no desempeño de funcións públicas por parte da Administración. Así, trátase dun proceso reiterado e crecente, referido a actuacións tipicamente administrativas en relación co que vai sendo difícil encontrar algún autor que, dunha ou doutra forma, non terciara nestas cuestións.

O libro pon de manifesto a auténtica falacia do argumento frecuentemente utilizado con respecto á maior flexibilidade que así se ofrece, e denuncia así mesmo as graves consecuencias do fenómeno que se refire no ámbito da protección das situacións xurídicas dos cidadáns e, consecuentemente, nos principios do Estado de dereito que a Constitución española sanciona. ■

**Jose Ricardo Pardo Gato**

*Avogado*