



- ◆ Trabajo realizado por la Biblioteca Digital de la Universidad CEU-San Pablo
- ◆ Me comprometo a utilizar esta copia privada sin finalidad lucrativa, para fines de investigación y docencia, de acuerdo con el art. 37 de la M.T.R.L.P.I. (Modificación del Texto Refundido de la Ley de Propiedad Intelectual del 7 julio del 2006)

# LOS ESTUDIOS DE LA ADMINISTRACIÓN FINANCIERA: CONVERGENCIA Y CONFLUENCIA DE DISCIPLINAS JURÍDICAS

MARTA VILLAR EZCURRA

Profesora Agregada de Derecho Financiero y Tributario  
Universidad San Pablo-CEU

Se trata en este Seminario de la figura humana y pública de Posada Herrera y de los orígenes del Derecho administrativo español, recuperando el interés por los estudios históricos. Como profesora de Derecho Financiero y Tributario he tenido ocasión de constatar cómo, más allá de su polémico y tortuoso reconocimiento didáctico y científico respecto de otras ramas del Derecho y en particular del Derecho administrativo, ambas disciplinas tienen constantes puntos de coincidencia y cómo las construcciones científicas han partido de elementos comunes.

El objeto de mi comunicación es traer a este foro los aspectos esenciales de la polémica sobre el estudio de la actividad financiera y algunas de las teorías nacidas desde el «Fisco» que se encuentran en los orígenes del Derecho administrativo.

Piénsese que, aparte de otros puntos de encuentro, en ambas disciplinas coincide el sujeto activo, la persona, al ser la Administración pública la que aplica y gestiona los recursos financieros, los actos —al ser administrativos— discurren los procedimientos de aplicación de las normas financieras por causas administrativas, y coinciden también en el orden jurisdiccional final. Y, sin embargo, se reconoce en nuestros días la autonomía científica del Derecho financiero del administrativo sin mayores problemas.

Razones histórico-docentes están en la clave de la explicación de la tardanza en la disgregación del Derecho financiero respecto del administrativo, y de que se reconociera a aquél autonomía didáctica pero no científica<sup>1</sup>. En palabras

---

<sup>1</sup> C. ALBIÑANA GARCÍA-QUINTANA, *Derecho financiero y tributario*, Inspección Financiera y Tributaria, Madrid, 1979, pp. 24 y ss.

de ALBIÑANA, el Derecho financiero —excluido el Derecho tributario— es una parcela del Derecho administrativo especial, que ha de contar con las proposiciones de la Ciencia de la Hacienda para ser elaborado y analizado. Sus características no consienten postular, hoy por hoy, la autonomía científica de esta disciplina jurídica, pero sí que goce de autonomía expositiva que, a su vez, potencie su desarrollo y su caminar por la vía cuya meta sea la autonomía dogmática<sup>2</sup>.

También en la doctrina tributarista, GONZÁLEZ GARCÍA —siguiendo a AMORÓS— ha considerado que el Derecho financiero podrá surgir como disciplina jurídica autónoma cuando se considere la actividad jurídico-financiera como algo unitario y homogéneo, pero que en el momento presente hay que limitarse a considerar que se ejerce por organismos de carácter público, que su exteriorización formal exige normas y ordenamientos legales y que éstos dan lugar a relaciones imperativas entre aquellos organismos y los súbditos<sup>3</sup>. A la vista «del creciente auge cuantitativo y cualitativo de los objetivos y funciones encomendados a la Administración, que se constituye en la primera empresa de la nación y encabeza el movimiento planificador del desarrollo económico», no puede sorprender que «desde el campo del Derecho administrativo hayan surgido voces como las de HAMSON y MAYER, solicitando el replanteamiento de las relaciones Estado-individuo y la urgente adaptación de la Ciencia de la Administración a las nuevas circunstancias»<sup>4</sup>.

El ilustre profesor SÁINZ DE BUJANDA resumió en tres las circunstancias que contribuyeron a dificultar el camino hacia la autonomía científica y didáctica del Derecho financiero. En primer lugar, la rémora que ha supuesto su erradicación del campo de la Ciencia de la Hacienda. En segundo término, el mayor desarrollo dogmático del Derecho administrativo, hasta el punto de haberse pretendido erigir en Derecho público común, sobre todo en lo relativo a sus construcciones de base subjetiva, como el Derecho de las Administraciones públicas. Finalmente, las doctrinas disgregadoras de origen germánico, que propugnaron la necesidad de disolver la disciplina en otras ramas del Derecho.

El Derecho administrativo, por el contrario, contó con un importante desarrollo desde principios del siglo XIX, en contraste con la situación de polémica en que se encontraba subsumido el fenómeno financiero sobre todo en lo relativo a la metodología de su estudio, por mezclarse elementos de diversa índole (políticos, económicos, jurídicos y técnicos), sin que aparecieran hasta bien entrado el siglo XX estudios específicos que defendieran un tratamiento científico desde un prisma exclusivamente jurídico.

Fueron precisamente tratadistas del Derecho administrativo quienes estudiaron, en un primer momento, la organización y funcionamiento de la Hacienda.

<sup>2</sup> *Ibidem.*, p. 33.

<sup>3</sup> Cfr. E. GONZÁLEZ GARCÍA, «Derecho Fiscal, Derecho financiero y Derecho tributario», *Revista de Derecho Financiero y Hacienda Pública* núm. 104, 1973, p. 415.

<sup>4</sup> *Ibidem.*, pp. 414 y 415.

da Pública<sup>5</sup>, aunque ha de tenerse en cuenta que las relaciones jurídicas objeto de estudio tienen una tradición anterior a la del Derecho administrativo, pues el gasto público nace vinculado al principio de legalidad, a la idea de consentimiento del impuesto, y a la propia institución parlamentaria, y ello hace que su proceso de formación discurra en paralelo al del Derecho político<sup>6</sup>. Los vínculos entre ambas disciplinas son tales que, para diversos autores, aun actualmente, tanto en Alemania<sup>7</sup> como en Italia<sup>8</sup> el Derecho financiero constituye una rama del Derecho administrativo.

Desde la metodología dogmática, los administrativistas han reclamado para sí el estudio del Derecho financiero desde distintos planteamientos: la concepción del Derecho administrativo como ordenamiento jurídico estatutario, de las Administraciones públicas (GARCÍA DE ENTERRÍA, VILLAR PALASÍ<sup>9</sup>) o la teoría del Derecho estamental, que ha permitido concluir que al igual que otras disciplinas como el Derecho mercantil, el Derecho administrativo va surgiendo como reglas excepcionales sobre el viejo árbol del Derecho común. Así, las reglas exorbitantes, las *regulae fallentiae*, son el modo de producción histórica del Derecho mercantil y paralelamente el *ius in foro poli*. Jurisdiccionalmente y desde el punto de vista histórico ambos sistemas procuran crearse frente a la jurisdicción ordinaria, pero siguiendo el Derecho mercantil y el Derecho administrativo caminos diferentes.

La Administración conserva su jurisdicción hasta el punto de que durante ocho siglos, desde el Derecho intermedio hasta finales del Derecho regio, el término *juris dictio* vale tanto como la expresión *potestas*. Al aparecer siempre presente la Administración financiera en el desarrollo de la actividad

<sup>5</sup> Cfr. J. LASARTE ÁLVAREZ, «Notas para la historiografía del Derecho financiero», *Civitas Revista Española de Derecho Financiero*, núm. 1, 1974, pp. 7 y ss. También en nuestros días, la Hacienda Pública y la actividad financiera ocupa las preocupaciones de especialistas en Derecho administrativo, cfr. S. CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, traducción de L. ORTEGA, INAP, Madrid, 1994, que dedica el capítulo octavo de su monografía a «La Hacienda», y trata las características del sistema financiero público, estudia la Hacienda como componente de la Administración, como medida efectiva de la función, como medio de dirección de la Administración, terminando con sus consideraciones sobre la Hacienda funcional o final y la Hacienda instrumental, pp. 229 a 246.

<sup>6</sup> Cfr. F. SÁINZ DE BUJANDA, «Organización política y Derecho financiero», en *Hacienda y Derecho*, t. I, Instituto de Estudios Políticos, Madrid, pp. 119 y ss. Sobre el Fisco, Tesoro y Derecho administrativo, vid. G. ALLESSIO, *La funzione del tesoro nello stato moderno*, Frat. Drucher, Padova, 1894.

<sup>7</sup> Para K. TIPKE, el Derecho financiero integra un subsistema autónomo del Derecho administrativo, puesto que tienen un fin propio, propios valores fundamentales e integra una unidad sistemática-teológica, con una terminología propia, *Steuerrecht*, vol. I, Otto Schimdt, Köln, 1996, p. 81.

<sup>8</sup> F. TESAURO, *Instituzioni di Diritto Tributario*, vol. I, Parte generale, UTET, Torino, 1987, p. 11.

<sup>9</sup> La Administración «no es tanto una función cuanto una persona. Esta afirmación permite utilizar, en lugar del concepto de función, concepto formal, cambiante y heterogéneo en su contenido, una idea firmemente estable, con un homogéneo y, desde luego ajustado al Derecho positivo. Asimismo, esta consideración de la Administración como persona jurídica permitirá escindir a la Administración de la actividad de *gobierno*, de la actividad del Estado en el Derecho internacional», por lo que el Derecho administrativo es definible como «el ordenamiento propio, peculiar y autónomo de las personas administrativas en su organización y actividad». Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo. Introducción a la Teoría de las Normas*, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 1968, pp. 47, 65 y 66.

financiera, tanto como creadora de normas como operadora jurídica, aplicadora del Derecho, nuestra disciplina se vería atraída al Derecho administrativo por este cauce.

También desde una concepción funcional del Derecho administrativo se recaba el estudio de la realidad financiera. Entendido el Derecho administrativo como el ordenamiento jurídico de la función administrativa, la actividad financiera sería una manifestación, peculiar pero no sustantivamente diferenciada, de aquella función. Así, el profesor BALLBÉ no duda en opinar que la comprensión de las relaciones del Derecho financiero con el Derecho administrativo no puede llevarse a cabo más que considerando las que se dan entre género y especie, pues considera que el Derecho financiero es una rama no del Derecho público sino del Derecho administrativo<sup>10</sup>.

Por su parte, CASSESE, discípulo del maestro GIANNINI, entiende que «la hacienda se convierte en un elemento esencial de la Administración cuando se desgaja de ésta y adquiere una presencia autónoma», por lo que reconoce que «en las ciencias del Derecho administrativo se ha caído en la cuenta de la esencialidad de la hacienda para la Administración, por lo que su estudio ha pasado a ser un capítulo central del Derecho administrativo»<sup>11</sup>.

El planteamiento que, entre otros, ofrece el profesor VICENTE-ARCHE desde la concepción ordinamental del Derecho financiero, permite superar ambas vías de atracción al Derecho administrativo, pues, al estar dotada la Hacienda Pública de una unidad objetiva, su constitución y gestión adquiere un perfil diferenciado de la del resto de las funciones encomendadas a las Administraciones públicas<sup>12</sup>.

<sup>10</sup> Vid. voz «Derecho administrativo» en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix*, Barcelona, 1950. En cambio, sí reconoce al Derecho tributario como ciencia que «puede acaso» tener sustantividad respecto al Derecho administrativo, cfr. p. 66. Piénsese que la doctrina de los oficios públicos, de las potestades disciplinarias, incluso hasta la misma terminología actual de «suspensión de empleo y sueldo», tiene su raíz en el Derecho regio. Esta técnica comenzó como buena parte de las instituciones de Derecho administrativo, tomando a préstamo la inagotable idea del contrato: materializándolo luego de reglas exorbitantes (*praecarium, reservatio revocationis, clausula sine perjudicio succesoris, clausula dum placitu teneat*) hasta el triunfo de la teoría estatutaria, con su tesis del deber complejo-unitario, que desvinculó la técnica del *status* funcional, del viejo común del Derecho privado.

<sup>11</sup> Y define la Hacienda como «el conjunto de normas que se refieren a las modalidades de reparto de los fondos, a la forma de llevar las correlativas cuentas, a las modalidades de gasto y a sus relativos controles», cfr. G. CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo*, cit., pp. 235 y 236.

<sup>12</sup> F. VICENTE-ARCHE afirma que la Hacienda Pública constituye una «unidad independiente de Derecho objetivo que la Administración pública gestiona en el seno del Estado». Esta actividad de administración financiera «se organiza y se cumple, como por fuerza ha de ser, dentro de un esquema organizativo general y con arreglo a unas formas de actuación que son en principio administrativas y, por tanto, integradas en el ordenamiento administrativo; pero que al no estar dirigidas al desarrollo del ordenamiento propio de la Administración pública, sino al de la Hacienda pública, asumen características especiales, dentro del ordenamiento administrativo, porque en ellas se proyectan los principios informadores del ordenamiento financiero al que sirven, como resulta evidente en la configuración de los órganos de la Administración financiera—peculiar dentro de la organización administrativa— en las características de la actividad que desarrolla y de los procedimientos que la encauzan, en el sistema de revisión de los actos de gestión financiera. Cfr. F. VICENTE-ARCHE, «Hacienda Pública y Administración Pública», *Hacienda Pública Española* núm. 26, pp. 104 y ss. Este plantea-

Esto explica, como señala el profesor CASADO OLLERO, que algunos autores, opten por «colocar en el mismo plano de análisis el conjunto de situaciones jurídicas activas y pasivas del administrado y de la Administración fiscal, generadas con la actuación de la norma tributaria», puesto que, junto a la obligación tributaria, «hay otros deberes –llamados formales– que suponen para el sujeto pasivo mayor injerencia y mayor coste económico que la propia obligación principal o material de pago (...), y sin embargo, tales deberes pueden ser fruto de potestades administrativas cuya fundamentación y cuyo ejercicio es ineludible analizar y controlar»<sup>13</sup>.

El estudio de los límites inherentes a las potestades tributarias resulta, en mi opinión, imposible de realizar extramuros del Derecho financiero, que singulariza los límites impuestos a las actuaciones administrativas.

Si admitimos la distinción entre Derecho tributario material y formal hoy superada pero clarificadora al menos didácticamente<sup>14</sup>, resulta oportuna la afirmación de SÁINZ DE BUJANDA, de que existe una zona secante entre el Derecho tributario y el administrativo, constituida por los procedimientos y potestades encaminados a dar eficacia a la obligación tributaria material, mientras que la regulación de esta última es ajena al ordenamiento administrativo<sup>15</sup>. Entiendo que más allá de los procedimientos y las potestades, la zona secante comprendería también ciertas prestaciones patrimoniales públicas, como las tasas y los precios públicos.

VILLAR PALASÍ ha explicado cómo es la coincidencia en el tiempo de la teoría de la incapacidad económica de la Administración, con el nacimiento de la idea del sistema financiero y tributario en su sentido moderno, la que produjo, de rechazo, «el traslado al Derecho administrativo incipiente entonces, de todas las figuras jurídicas de prestación en especie, de obtención de medios financieros *jure privato*, de la actividad industrial y económica de la Administración parvamente admitidos en un principio y recibiendo luego una superior y más intensa expansión, y por último de toda la teoría general de las tasas y las tarifas»<sup>16</sup>.

Frente al segundo argumento que sirve a la integración de la actividad financiera en la actividad administrativa, esto es, entender que la actividad financiera es una forma de actividad administrativa cabe oponer la caracteri-

---

miento se reafirma al encomendarse a la Agencia Estatal de Administración Tributaria el desempeño de las funciones relativas a la gestión de los recursos tributarios.

<sup>13</sup> Cfr. G. CASADO OLLERO, «Esquemas conceptuales y dogmáticos del Derecho tributario: evolución y estado actual», *Estudios de Derecho y Hacienda, Libro Homenaje al profesor César Albiñana*, Ministerio de Economía y Hacienda, Madrid, 1987, tomo II, p. 375.

<sup>14</sup> Vid. sobre el significado de esta división E. GONZÁLEZ GARCÍA, «Derecho tributario material y formal», *Hacienda Pública Española* núm. 94, 1985, pp. 269 y ss.

<sup>15</sup> Cfr. F. SÁINZ DE BUJANDA, *Sistema de Derecho financiero I*, vol. 2.º, Facultad de Derecho de la Universidad Complutense de Madrid, Madrid, p. 474.

<sup>16</sup> J. L. VILLAR PALASÍ, «Fisco versus Administración: la teoría nominalista del impuesto y la teoría de las prestaciones administrativas», *Revista de Administración Pública* núm. 24, 1957, p. 24.

zación de la segunda como final, frente a la condición instrumental de la primera. Aun aceptando, con carácter general, tal diferenciación, debe sin embargo matizarse que la actividad financiera también tiende a la redistribución de la riqueza<sup>17</sup>, al equilibrio presupuestario o a las finalidades de política económica que la Constitución encomienda a los poderes públicos, y desde esta perspectiva es también actividad final<sup>18</sup>. Se produce por ello una «traslación recíproca de funciones y fines» entre la Administración y la Hacienda. Por ejemplo, la penetración del impuesto por «fines extrafiscales» se manifiesta no sólo por este fenómeno de la transferencia de misiones, sino también, y paralelamente, «por la necesidad de un manejo consciente y conocido de los efectos económicos del impuesto (repercusión en precios, eliminación de empresas marginales, disminución de volúmenes de producción por aumento de costes, etc.)»<sup>19</sup>.

También, «la técnica de exenciones y reducciones en los impuestos está infiltrada de fines administrativos que rompen así el principio del impuesto con las finalidades exclusivamente fiscales». Lo que se produce es un «fenómeno de comunicación recíproca entre Hacienda y Administración» que no queda restringido a «la transferencia de fines y al principio de valoración conjunta, sino, que yendo más allá de este horizonte, pasa también al propio nivel jurídico de las instituciones financieras como *forme juris*»<sup>20</sup>.

Desde la perspectiva de la gestión de los caudales públicos, la actividad financiera sí que presenta un más claro carácter adjetivo o instrumental en la medida en que se limita a señalar las necesidades de gasto. Esta doble perspectiva admitiría la semejanza con las relaciones reguladas por el Derecho civil y el Derecho procesal. Si desde el enfoque del primero, el derecho es lo sustantivo y la acción es lo instrumental, contemplado desde una visión procesal de la relación, la acción se transforma en lo relevante, considerándose el derecho como el mero fundamento adjetivo de la pretensión<sup>21</sup>.

Más firmeza puede adquirir la distinción cualitativa de la actividad financiera, respecto de la administrativa, si se atiende al interés tutelado. La ordenación de la actividad financiera viene presidida por un interés específico, la obtención de recursos para su aplicación en forma de gastos públicos. La presencia del mismo, del que surgen principios propios en la regulación del particular, da razón de individualidad a la actividad financiera, respecto de la administrativa<sup>22</sup>. Y es más, al igual que no es un instrumento neutral para la

<sup>17</sup> Sobre la eficiencia de la política fiscal, vid. J. T. RAGA GIL, *Política Fiscal y Redistribución de las Rentas. Preparación a un análisis cuantitativo*, Moneda y Crédito, Madrid, 1978.

<sup>18</sup> Sobre este tema, vid. G. CASADO OLLERO, «Los fines no fiscales de los tributos», *Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma, Homenaje a Fernando Sáinz de Bujanda*, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, pp. 103 y ss.

<sup>19</sup> *Ibidem*, pp. 26 y ss.

<sup>20</sup> *Ibidem*, cfr. pp. 28 a 35.

<sup>21</sup> Cfr. en tal sentido J. GUASP, *Derecho procesal civil*, t. 1, 3.ª ed., IEP, Madrid 1968, pp. 33-35.

<sup>22</sup> Cfr. en este sentido E. SIMÓN ACOSTA, *El Derecho financiero y la ciencia jurídica*, Publicaciones del Real Colegio de España, Bolonia, 1985, pp. 126 y ss. Otro camino para desgajar la activi-

economía, tampoco la actividad financiera lo es para la Administración, porque el ordenamiento financiero, precisamente, representa la medida efectiva de la función<sup>23</sup> y puede ser también considerada «como un medio para mandar en la segunda»<sup>24</sup>.

Sea cual sea el criterio seguido, también habría que plantear la cuestión en términos de contenidos, que varían según la concepción que se predique del Derecho administrativo. Si se considera éste como Derecho público común, el Derecho financiero debería integrarse en el mismo, sin merma, eso sí, de su autonomía científica y didáctica<sup>25</sup>. En caso de otorgar al Derecho administrativo un carácter más limitado, se ubicaría nuestra disciplina fuera de su contenido. Lo que en definitiva habrá de resultar trascendente, se adopte uno u otro esquema, es que de la autonomía científica y sistemática de las normas financieras «se extraigan las necesarias consecuencias para emprender (...) la construcción de una teoría científica del Derecho financiero»<sup>26</sup>.

De lo que no cabe hoy en día ninguna duda es de la necesidad de acudir a conceptos e instituciones de Derecho administrativo para dar explicación a ciertas cuestiones que se plantean en nuestra disciplina. Basta con pensar en la trascendencia que conceptos como potestad, función, servicio público o de

---

dad financiera de la administrativa consiste en afirmar la imposibilidad de reconducirla a las modalidades clásicas en que esta última se presenta, de policía, servicio público, fomento, y de gestión económica o intervención.

<sup>23</sup> Cfr. S. CASSESE, *Las bases del Derecho administrativo...*, cit., p. 237.

<sup>24</sup> *Ibidem*, p. 238.

<sup>25</sup> Ésta es la postura en nuestra doctrina de A. RODRÍGUEZ BEREJO, *Introducción al estudio del Derecho financiero*, Estudios de Hacienda Pública, Instituto de Estudios Fiscales-Ministerio de Hacienda, Madrid, 1976, p. 63. Piénsese que el título IV de la CE recoge los «principios que inspiran la actuación administrativa» en su conjunto, que el administrado cuenta con un régimen común en la Ley 30/1992, modificada por la Ley 4/1999, de 13 de febrero, que garantiza las garantías mínimas de los ciudadanos respecto de la actividad administrativa, sin perjuicio de lo previsto por la Disposición Adicional Quinta de la Ley 30/1992, sobre la especialidad de los procedimientos administrativos en materia tributaria. J. GONZÁLEZ PÉREZ, comentando esta DA 5.ª, critica duramente la singularidad de la especialidad de la materia tributaria, al decir que «viene de lejos la tendencia de la Administración financiera a sostener su propia especificidad dentro del conjunto de la actuación administrativa. Que respecto a los demás sectores de la Administración pueda considerarse especial la financiera nada tiene de extraño. Aunque admitiendo también que, por la misma regla de tres, es especial lo urbanístico —pongamos por caso— respecto a los otros sectores de la actuación administrativa (...) Pero lo que no es de recibo es pretender que lo financiero exige privar de garantía a los ciudadanos frente al poder público, que de esto es en definitiva de lo que se trata cuando se invoca la sacrosanta especialidad fiscal», cfr. *Comentarios a la Ley de Régimen Jurídico de las Administraciones Públicas y Procedimiento administrativo Común (Ley 30/92, de 26 de noviembre)*, Civitas, Madrid, 1997, pp. 2169 y 2170. La modificación de la DA 5.ª por la Ley 4/1999 acentúa la especialidad de la materia tributaria en relación con la redacción de la Ley anterior. Esta circunstancia junto con la regulación del recurso de reposición en materia tributaria local (artículo 108 LRHL) también reformada, que parece convertirlo en preceptivo exceptuando el sistema de recursos deducido de la Ley 4/1999, y rompiendo además con el sistema del silencio administrativo de la Ley 4/1999, mucho más seguro para el ciudadano partir de la base cierta de que si la Administración no notifica la resolución dentro del plazo se producen los efectos del silencio administrativo (artículo 42) que la incertidumbre de adivinar si ha recaído o no resolución (artículo 14.2 l) y n) LRHL) parecen dar la razón en alguna medida a las críticas vertidas por el Profesor GONZÁLEZ PÉREZ.

<sup>26</sup> M. PUGLIESE, *Diritto finanziario e Diritto Amministrativo*, Il Foro Amministrativo, parte IV, 1936, p. 64.



interés general, o acto administrativo, tienen en el Derecho tributario y en las categorías jurídicas de potestad tributaria, tributo, delimitación entre tasas y precios públicos, susceptibilidad de recurrir los actos de aplicación de los tributos, etc. Hasta la misma Constitución, en materia tributaria «no es ajena a la «administrativa» (...) en la medida, por ejemplo, en que el instituto tributario se gestiona por la Administración en el ejercicio de sus funciones y potestades desplegadas en el curso de un procedimiento administrativo con características que, sin pretender ser mimética o mecánicamente las mismas, no son —no debieran ser— del todo ajenas a las del proceso, y del que pueden derivarse, en fin, consecuencias sancionadoras o penales»<sup>27</sup>.

A la recíproca, se reconoce por los administrativistas el valor que la teoría del Fisco tuvo en la misma génesis del Derecho administrativo, y cómo se infiltró en algunas de las técnicas administrativas, desde el Derecho regio. Como ha afirmado VILLAR PALASÍ, el Derecho administrativo se ha nutrido de reglas y técnicas históricamente nacidas con el Fisco. Así ocurrió con las *regula exorbitans* y la regla de no compensación. «El principio de la inembargabilidad del Fisco y de su demanio viene a anunciar criterios que el Derecho administrativo va a recoger, quizá inconsciente del origen remoto de estas técnicas». Otra regla jurídica «adoptada por el moderno Derecho administrativo hasta hace escasamente unos años (...), y aun así no utilizable sobre precepto caso por caso, es el principio de incompensabilidad de débitos y créditos ante la Administración. El viejo principio de Derecho romano *Fisco petenti ex aedem non ex aliena statione fit compensatio*, introducido por el emperador Antonio, va a ser mantenido a través del Derecho intermedio, pasando al moderno ordenamiento»<sup>28</sup>.

El Fisco se ha configurado a lo largo de los siglos como equiparado al menor de edad en razón de sus privilegios y situaciones procesales y sustantivas<sup>29</sup>. La necesidad de subasta pública, la rescisión por lesión, y, en general, la diferencia que se establece entre el acto de disposición y el mero acto de administración por los bienes de los menores va operando en el Derecho regio un ordenamiento normativo para los actos del Fisco<sup>30</sup>.

<sup>27</sup> G. CASADO OLLERO, Prólogo a L. M. ALONSO GONZÁLEZ, *Jurisprudencia constitucional tributaria*, Marcial Pons-Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1993, p. 6.

<sup>28</sup> Cfr. J. L. VILLAR PALASÍ, *Derecho administrativo...*, cit., p. 114.

<sup>29</sup> La equiparación del Fisco al menor de edad dará lugar desde la Ilustración a una curiosa distorsión. MONTESQUIEU (*Le Prince ne doit pas faire le commerce*), A. SMITH, UMPFENBCH (1856) y más tarde L. VON STEIN, pasarán al campo fisiocrático la vieja ficción, concluyendo que el Estado no es capaz —económica que no jurídicamente— de ejercer actividad económica. Reliquia de esta vieja concepción es la excepcionalidad del sistema de gestión directa. La frase de STEIN es terminante, *Der Staat ist seiner Natur nach, weder berufen, noch sienem Organismus nicht fähig Unternehmen zu leisten* (*Lehrbuch der Finanzwissenschaft*, II, 2.ª ed. J.Cbmohr vlg., Tuebingen.)

<sup>30</sup> Así, dirá PONTE, *licet Regnum sit datum Regi, est tamen Rex principaliter datus Regno propter Regnum ut ipsum Regnum regat et gubernet: unde Rex dicitur Pater, maritus, tutor et administrator Populorum, quibus quidem praest, sed ipsorum causa praest. Quapropter improbi dicuntur illi Reges, qui in Imperio non nisi Imperium, id est commodum proprium cogitant, nan hoc postponere debent boni communi, praesertim cum in bono communi contineatur et bonum proprium*. Sobre la inatracabilidad del título en la adjudicación fiscal, el hablar de la glosa de la *fiscalis hasta* (subasta públi-

El primer privilegio del Fisco es el de la *immunitas* en tanto la propiedad esté adscrita al Fisco<sup>31</sup>. El principio de la inembargabilidad del Fisco pasará luego *in toto* al Derecho administrativo, incluso con los corolarios de la doctrina. Así, cuando ya en el siglo XVII ALFARO indicaba que *res fiscalis et propterea immunitis si privato vendantur, immunitatem ammittit, nam mutatione personae cessat privilegium*. En el moderno Derecho administrativo se alcanza idéntica conclusión cuando la propiedad se afecta a entes administrativos de Derecho privado, *ratio mutationis personae*. Al principio de la *immunitas* responde la imposibilidad de los interdictos contra la Administración en materias de su competencia y mientras siga el procedimiento establecido<sup>32</sup>. El mismo concepto de interés público irá dentro del Derecho regio, minusvalorando las ficciones<sup>33</sup>. Pero a diferencia de lo que acontece en Alemania y en Italia, este ordenamiento exorbitante del Derecho común comprende no sólo los propios bienes fiscales, sino también los patrimoniales del Príncipe. La única distinción que aparece entre unos y otros es en razón de la disponibilidad o no de los mismos en manos del Príncipe y en razón de la prescripción ordinaria en unos e inmemorial en otros.

Piénsese también en la ligazón de *Fisco in Demanio*, en la doctrina de los actos de autoridad frente a los actos de gestión o en el sometimiento a la jurisdicción de los actos de la Administración. Respecto a la ligazón de *Fisco in Demanio*, frente a las *res communes omnium*, el demanio se edifica desde el siglo XIII sujetivizando la titularidad y aceptando en el fuero regio la doctrina de la *dictatio ad cultum* eclesiástica, sobre la que se estructura luego la teoría de la afectación<sup>34</sup>. La idea de las regalías, nacida en Roncaglia y aceptada luego en toda Europa, surgió como una consecuencia más de la mentalidad medieval, causalizadora de toda potestad, que en toda institución verá propiedad singular. Englobó los *jura regia*, los *jura ad Principem per tinentia* y

---

ca y adjudicación), enuncia el principio: «*Fiscus hastae rite ea vis et fides tu nec rescripto principis, nec beneficio aetatis, nec alia ulla ratione convelli possit*», cuya vigencia ha perdurado hasta nuestros días. Sobre la *auctio hasta* en el Derecho romano, cfr. E. RUGGIERO, *Lo Stato e la Opera pubblica in Roma antica*, ed. Bocca, Torino, 1929, p. 188.

<sup>31</sup> Cfr. AL. DOPSCH, «Steuerpflicht und Immunität im Herzogtum», en la *Osterreichische Zeitschrift der SAVIGNY*, Stiftung für Reichsgeschichte, Germ. Abst., 1906, p. 26.

<sup>32</sup> La vigente Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa ha pretendido atraer a este orden jurisdiccional toda clase de interdictos contra las Administraciones públicas postulando una suerte de unidad de orden jurisdiccional. Pero como sucede también en materia de responsabilidad objetiva, el resultado ha sido contradictorio, pues, pese a la intención del legislador, los interdictos contra los actos administrativos *ultra vires*, pueden y deben ser residenciados en la jurisdicción civil. Piénsese en que frente a los días que postula la nueva Ley de la Jurisdicción, el orden jurisdiccional civil brinda un año para interponer el interdicto, con lo cual nos encontramos ante una de tantas paradojas de la Jurisdicción. En el orden civil, el plazo para interponer es de un año y un día, pero se resuelve en breves semanas. En la nueva Ley de la Jurisdicción contencioso-administrativa el *tempus habilis* para interponer es de días y la experiencia muestra desgraciadamente que son precisos años para obtener una resolución judicial.

<sup>33</sup> En el siglo XVII, BOLERO dirá ya que *nec mirum videatur, Fiscum tot habere privilegia, cum toto necessitates supportare oporteat pro bono publico*. Y PICHARDO, *Fisci enim causa publica est et cuilibet etiam in particulari commodum affert: propterea debet praeferrri saltem cujuslibet privati causis*.

<sup>34</sup> Cfr. F. di GENNARO, «La dicatio ad patriam di res sacraa», *Il diritto dei Beni pubblici*, 1936, p. 52; M. PETRONCELLI, «Deputatio ad cultum e dictatio ad patriam», *Rassegna Dir. Pubbl.*, 11 fasc. 4, dic., 1947, p. 558.

justificó la total autoridad del Príncipe desde el siglo XIII al XVI, en que la expansión de la idea de la *pax et tranquillitas* tecnificará la abstracta y difusa regalía. De ella nació el demanio como una clase especial de regalía que llegó a comprender los derechos de caza, los montes públicos y las minas.

La ligazón del *Fisco in Demanio* era así consecuencia obligada. Sólo con el advenimiento de la policía el demanio pasa a ser un concepto técnico, deviniendo mera policía algunas de las viejas regalías (pesca, caza) y quedando a *mi-chemin* entre la policía especial y el demanio los montes públicos. Esta situación de «a medio camino», al no tener en cuenta el decurso histórico, provocó perplejidad constatable en la legislación y en la doctrina. Algo parecido aconteció también con la división jurisdiccional a propósito de las concesiones mineras. De todos modos, lo que aquí interesa destacar es el hecho conocido y admitido: que la distinción entre demanio y patrimonio tuvo su origen en el Derecho regio, y la importancia del dato para analizar las instituciones jurídicas de las «zonas secantes»<sup>35</sup>. Está suficientemente esclarecido por la introducción de los derechos reservados al Príncipe, las regalías, como fundamento del dominio público, de los monopolios, de la Administración o de los bienes estancados y vedados.

Respecto a la distinción entre actos de autoridad y de gestión, la doctrina del Fisco, y la tecnificación de la policía producirían que ésta se ciñese en su origen a un mero apartamiento del perturbador (*Störer*). Perturbación y policía vienen así a jugar el papel de causa-remedio. El círculo de acción de la policía no es ni siquiera tangencial al de los derechos privados. En la época siguiente, el fomento aparecerá ya como tangencial como deslinde de la esfera operativa del Derecho privado, de la propiedad y libertad, como reservas de la Ley. Por ello, ni en la primera ni en la segunda concepción la medida de policía conlleva, cuando es legítimamente ejercitada, indemnización de ninguna clase<sup>36</sup>.

Finalmente, también se ha resaltado el significado político de la teoría del Fisco, como construcción propia tendente a garantizar procesalmente una posible personalidad demandada (MAYER, FLEINER, FORSTHOFF). S. MARTÍN-RETORTILLO ha considerado que jugó un papel determinante en el Derecho administrativo, especialmente en el alemán, al «someter a control jurisdiccional un buen número de actos de los que la Administración realizaba; tantos que el Fisco llegó a ser casi el eje del Estado» (FLEINER)<sup>37</sup>.

<sup>35</sup> Utilizamos la expresión en el sentido anteriormente expuesto de SÁINZ DE BUJANDA, para referirse a aquellas zonas del Derecho en las que tanto Derecho administrativo como Derecho financiero tienen algo que decir.

<sup>36</sup> La policía desde un punto de vista ajustado a la realidad está dentro y no fuera de la totalidad de la actividad de la Administración pública, es un contenido de actividad calificada por la finalidad y los medios de coacción y poder. La coacción policial es sólo una especie de la coacción y poder de la pública Administración.

<sup>37</sup> Cfr. S. MARTÍN-RETORTILLO BAQUER, *El Derecho civil en la génesis del Derecho administrativo y de sus instituciones*, Civitas, Madrid, 1996, p. 93. Sobre los actos políticos con origen en el *arrêt Laffite* de 1 de mayo de 1822, vid. A. GUAITA MARTORELL, «Los actos políticos o de gobierno en el Derecho español», *Revista del Instituto de Derecho Comparado* núm. 4, 1955, pp. 74 y ss.

En palabras de HELSEL «existe una influencia recíproca entre el Derecho tributario y el Derecho público». Aquél puede influir en el método de la parte general del Derecho administrativo, sobre todo por el hecho de que introduce en la ciencia administrativa a fijar su mirada, con más atención de la que ha venido siendo corriente hasta ahora, en la peculiaridad jurídica de cada una de las ramas de la Administración. Algunas teorías generales, desarrolladas en el campo del Derecho tributario, parecen apropiadas para ejercer influencia en otros campos del Derecho público. Así, por ejemplo, la interpretación con arreglo a la «finalidad de la ley» y a «su interpretación económica» derivada del artículo 4.º de la Ordenanza Tributaria alemana que no resulta opuesta al método de interpretación «puramente jurídico»; la idea básica de una cláusula general destinada a impedir el fraude fiscal puede influir en otros ámbitos del Derecho público; o la teoría de la discrecionalidad del «Tribunal Supremo de Hacienda» por cuanto es idónea en sus repercusiones sobre el control jurídico y sobre el control de la discrecionalidad para influir en otros ámbitos del Derecho público<sup>38</sup>.

Hay pues una confluencia conceptual innegable entre ambas disciplinas gracias a la común historia que no menoscaba la autonomía científica de ninguna de las dos. Se trata de adecuar contenidos y técnicas a la realidad social a la que ambas disciplinas sirven.

---

<sup>38</sup> A. HENSEL, Ponencia sobre «La influencia del Derecho tributario sobre la construcción de los conceptos del Derecho Público» (documentos A. Hensel y O. Bühler), *Hacienda Pública Española* núm. 22, 1973, cit., especialmente, pp. 175 y 183 y ss.