

# La inactividad de la Administración y el recurso contencioso-administrativo \*

SUMARIO: I. INTRODUCCION. II. INACTIVIDAD FORMAL E INACTIVIDAD MATERIAL III. INACTIVIDAD FORMAL: A) Francia. B) Alemania. C) Suiza. D) Austria. E) España. IV. INACTIVIDAD MATERIAL. V. PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION. SU PREVENCION.

## I. INTRODUCCION

La doctrina española parece dar por supuesto que el recurso contencioso-administrativo se apoya exclusivamente sobre la base de los actos administrativos. «El objeto de impugnación de los recursos administrativos y contencioso-administrativos es siempre un acto administrativo» —dice GARRIDO FALLA (1)—, y sin más consideraciones se adentra en el estudio de los mismos. «El acto administrativo, entendiendo la expresión en sentido amplio, deviene presupuesto objetivo del proceso administrativo» —dice GONZÁLEZ PÉREZ (2) con mayor precisión.

Pero es muy peligroso —aquí como en todas partes— partir de supuestos y sobreentendidos. De ordinario se admite que este sistema —el que el acto administrativo sea un supuesto de la actividad jurisdiccional— responde a una exigencia lógica deducida de la misma esencia de las instituciones, es decir, de la naturaleza revisora del control jurisdiccional. La esencia de la jurisdicción es revisar la actividad de la Administración; pero si ésta no ha actuado, ¿qué es lo que va a revisar? El particular acude a los Tribunales para defenderse contra las agresiones de la Administración; pero si ésta no le ha agredido, ¿para qué va a reclamar? La ju-

---

\* Este trabajo apareció originalmente en el número 37 (enero-abril de 1962) de la *Revista de Administración Pública* editada actualmente por el Centro de Estudios Constitucionales. Se reproduce ahora por la importancia que en su momento tuvo y para mayor facilidad en su consulta.

(1) *Régimen de impugnación de los actos administrativos*, Madrid, 1956, p. 97.

(2) *Derecho procesal administrativo*, tomo II, Madrid, 1957, p. 355.

risdicción debe defender al Ordenamiento contra las infracciones de la Administración; pero si ésta no ha actuado, ¿de qué infracciones se le va a defender?

Y, sin embargo, este tipo de reflexiones es radicalmente incorrecto. Es un recuerdo solapado de aquella mentalidad jurídico-política que concebía a la Administración como un instrumento de agresión, como un aparato peligroso, que cuando está inmóvil es inofensivo, y cuando actúa —y sólo cuando actúa— va ocasionando daños en las esferas privadas de los individuos. Pero esto no es así. En la actualidad se sabe ya de sobra que la Administración es un complejo institucional en el que se apoya y del que depende la vida entera de los ciudadanos. La famosa esfera privada no es intacta y retraída, sino el punto de cruce de constantes relaciones públicas. Ni social ni políticamente es imaginable ya una vida privada independiente. Es imposible marcar la frontera de la vida jurídico-privada por la sencilla razón de que la vida privada es imaginable sin la intervención de la Administración. Esto es innegable. Ahora bien, lo que hace aun en estas condiciones la vida soportable y digna es que esta Administración no es algo absorbente y brutal, sino que está sometida a la Ley, ante cuya instancia superior el individuo se inclina sin repugnancia. No se trata ya —por poner un ejemplo— de que el policía no invada nuestro hogar en las horas de recogimiento nocturno; es que este recogimiento sería imposible sin el policía que vigila en la acera por nuestra seguridad y, más aún, sin el servicio municipal de electricidad (o la reglamentación del mismo), que nos permite leer nuestro libro, y sin la ordenanza de ruidos nocturnos, que impide al vecino que nos moleste con su radio, excesivamente potente. A la esencia de una buena Administración corresponde no solamente el que el policía no allane nuestra morada, sino también el que nos garantice el servicio de luz y la paz y el silencio nocturnos.

El ejemplo está naturalmente exagerado hasta la caricatura y tiene el simple valor de un símbolo. Pero yo me pregunto cómo es posible que legislaciones y autores que reconocen sin reservas esta situación y nos brindan remedios adecuados contra el policía que invade la morada, nada hacen contra el policía que cruzado de brazos permite que se nos corte la luz o que el vecino nos moleste. Tan ilegal es una situación como la otra.

Veamos ahora un ejemplo concreto de la jurisprudencia suiza. En una calle de Zürich los árboles de un jardín privado desbordan la acera con sus ramas opulentas y privan de luz a un vecino de la acera de enfrente. Este reclama inútilmente, primero contra el propietario y luego ante la Administración, solicitando que ésta obligue a aquél a podar sus árboles. Interpuesto el recurso, el *Regierungsrat* del Cantón, en fecha 22 de marzo de 1945, da lugar a él, ya que «la situación perjudicaba (además de quebrantar preceptos de derecho público) los intereses privados del recurrente. Siendo esto cierto, la situación no puede ser consentida por la Administración durante más tiempo. El principio de la Administración ajustado a derecho prohíbe que las leyes y demás disposiciones basadas en ellas permanezcan incumplidas» (3).

Jurídicamente, el caso es muy interesante y se trata de algo más que de una simple riña de vecinos. Imaginemos que una empresa constructora deja al descubierto y sin ninguna protección cables de alta tensión en un sitio oscuro o frecuentado por el público. Si la Administración se niega sencillamente a remediar el caso, ¿es posible afirmar que no cabe recurso alguno por que no media ningún acto administrativo?

Recientemente, GARCÍA DE ENTERRÍA nos da noticia de un caso de la realidad española: la ocupación por un particular de una vía de dominio público, entorpeciendo el disfrute de las fincas colindantes, y sin que la Administración municipal reaccione (4).

(3) Max IMBODEN, *Schweizerische Verwaltungsrechtsprechung*, Basel, 1960, p. 219.

(4) Cfr. «Dictamen sobre oposición por un particular a la ocupación por otro de la calle con que linda un edificio del primero», en *Revista de Derecho Notarial*, 1961, pp. 366-411.

De todos estos ejemplos se deduce sin dificultades que es completamente equivocado el sobreentendido general de la doctrina de que el requisito del acto previo responde a una exigencia interna de las instituciones. A mayor abundamiento, se verá más adelante que no todos los ordenamientos siguen este sistema, admitiéndose en algunos un recurso directo contra la pasividad de la Administración. Lo que demuestra que no se trata de un requisito lógico inmanente, sino de una mera contingencia legislativa.

¿Es éste el caso español? A primera vista parece que sí. Al menos, esto es lo que afirman resignadamente los autores con referencia particular a los artículos 1, 37 y 41 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (LJ) de 27 de diciembre de 1956, en los que se insiste especialmente en la terminología «actos de la Administración».

Más adelante se examinará la Ley con mayor detenimiento; pero en cualquier caso conviene indicar que esta pretendida orientación legal no justifica del todo la resignación de la doctrina. Es misión de la doctrina, como de la jurisprudencia, abrir nuevos caminos no sólo a la aplicación del Derecho, sino incluso a la legislación, y en este campo específico han de hacerse los mayores esfuerzos posibles para ampliar hasta el máximo las garantías de los individuos. Está en juego la libertad individual. La verdadera frontera entre un sistema democrático y un sistema dictatorial —tanto político como jurídico— no está en la amplitud de las funciones administrativas, puesto que en ambos casos son —y deben ser— desmesuradas en la sociedad presente, sino más bien en la posibilidad de su control. Un control jurisdiccional, tan amplio como sea posible, de la Administración es, como se sabe, una de las claves imprescindibles del Estado de derecho.

Ciertamente que no es admisible el saltar sobre la Ley para llegar a las soluciones que se deseen, y no es lícito buscar la justicia en la ilegalidad ni retorcer la Ley a capricho; pero en el repertorio de interpretaciones debe escogerse siempre la más favorable a la garantía de los parti-

culares. A la llamada doctrina del silencio administrativo, desconocida durante tanto tiempo por la Ley, debió, por ejemplo, el procedimiento contencioso-administrativo uno de sus adelantos más importantes. Son tan abundantes y conocidos los ejemplos de utilísimas y correctas instituciones creadas por la doctrina y la jurisprudencia, que son eficaces aun sin haber encontrado acogida en un texto legal, que es ocioso aludir a otros casos concretos. Pero conviene además subrayar que la Ley española vigente ha dado un ejemplo poco frecuente de hasta qué punto puede ser sensible el legislador a las técnicas doctrinales más perfectas. La superación de la vieja distinción entre los recursos de plena jurisdicción y anulación, y la adaptación de una técnica moderna del control de la discrecionalidad, son dos pruebas de ello.

Tal es el afán de la LJ por ampliar las garantías de los particulares, en términos tan encendidos se ha expresado sobre este particular, que casi me atrevería a asegurar que si hubiese encontrado una base doctrinal suficientemente madura, habría aceptado sin vacilar un amplio sistema de recursos contra la inactividad de la Administración.

«Se... han redactado los preceptos de la Ley de modo tendente a evitar interpretaciones formalistas que, al conducir a la inadmisión de numerosos recursos contencioso-administrativos, comportaban la subsistencia de infracciones administrativas, en pugna con la doctrina, contenido del verdadero interés público y fundamento básico de toda organización política posible. La jurisdicción contencioso-administrativa no debe entenderse ni desarrollarse como si estuviera instituida para establecer, sí, garantías de los derechos e intereses de los administrados, pero con menos grados de intensidad que cuando los derechos e intereses individuales son de naturaleza distinta y están bajo la tutela de otras jurisdicciones. Si la jurisdicción contencioso-administrativa tiene razón de ser, lo es precisamente en cuanto por su organización, sus decisiones ofrecen unas probabilidades de acierto, de ser eficaz garantía de las situaciones jurídicas,

de encarnar la justicia, superiores a las que ofrecerían si las mismas cuestiones estuviesen sujetas a otra jurisdicción». Cuando en una Exposición de Motivos de una Ley se consignan tan avanzadas palabras, no significa ninguna audacia el interpretar la misma conforme a criterios también avanzados y antiformalistas. Este antiformalismo se reitera en el mismo lugar al explicar las razones de la supresión de la antigua distinción entre recursos de anulación y de plena jurisdicción: «lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expeditiva la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito formal».

El Tribunal Supremo no ha permanecido insensible a esta actitud, a la que no ha regateado elogios; pero no se ha decidido a mantenerse resueltamente en esta línea. La sentencia de 10 de julio de 1959 nos ofrece un ejemplo significativo de esta doble corriente de admiración y timidez: «Por amplio que el Ordenamiento Jurídico vigente conciba el ámbito de actuación de la jurisdicción contenciosa, por generosa que se muestre la Ley en el amparo y protección del ciudadano, cuyos derechos de carácter administrativo hubiesen sido vulnerados por un acto de la Administración —y en este respecto la vigente Ley de 27 de diciembre de 1956 figura entre las más avanzadas de las modernas legislaciones—, por acusado que sea el designio de esta nueva Ley en orden a la consecución de una finalidad de justicia sustantiva y a evitar que sean obstáculo para ello los elementos formalistas y las ritualidades procesales que deben ser ordenadas a la consecución de este fin, sin convertirse en baluartes de defensa de la Administración, que al impedir la decisión de los problemas de fondo, entre el órgano jurisdiccional planteado, determinen la persistencia y firmeza del acto administrativo, vulnerador de preceptos legales y desconocedor del derecho administrativo del recurrente, siempre ha de mantenerse dentro de los límites de la naturaleza de esta jurisdicción contencioso-administrativa, cuya amplitud no puede, sin desnaturalizarla gravemente, exceder de los límites de una función jurídicamen-

te revisora, que por serlo requiere para desplegar su función reparadora del derecho la existencia de un acto administrativo dictado en oposición o vulneración de una norma del Ordenamiento Jurídico, o de otra manera, y empleando la terminología de la anterior Ley ordenadora de esta jurisdicción, que haya vulnerado un derecho de carácter administrativo establecido en favor del reclamante por una Ley, un Reglamento u otro precepto administrativo, y por ser ésta su naturaleza, en modo alguno puede la jurisdicción revisora sustituir a la Administración en sus decisiones, ni definir sobre el menor o mayor acierto de éstas, ni acoger anhelos de mejora más o menos justificados, o aspiraciones más o menos legítimas de los funcionarios de la Administración, sobre los que sólo a ésta compete resolver y contra cuyas resoluciones sólo cabe la revisión jurisdiccional, por haberse dictado contra expresa y concreta norma establecida por el Ordenamiento Jurídico vigente.»

## II. INACTIVIDAD FORMAL E INACTIVIDAD MATERIAL DE LA ADMINISTRACION

A mi modo de ver, el punto fundamental para tratar este problema radica en la distinción entre una inactividad inmaterial y una inactividad formal de la Administración.

La distinción me parece necesaria porque caracteriza relaciones administrativas que, aunque radicalmente distintas, se engloban de ordinario bajo el título general de la inactividad administrativa. Por otro lado, y como se verá más adelante, esta solución promete ser fecunda, ya que a partir de ella puede lograrse una interpretación legislativa más alta y más precisa que la tradicional.

El concepto de inactividad material se corresponde con la idea ordinaria de la misma: es una pasividad, un no hacer de la Administración en el marco de sus competencias ordinarias. La inactividad formal se refiere, por su parte, a la pasividad de la Administración dentro de un

procedimiento, es la simple no contestación a una petición de los particulares.

El particular, al dirigir una petición a la Administración, establece una especial relación jurídica entre él y la Administración, relación puramente formal, que puede corresponderse a una relación o función material de la Administración, aunque esto no sea imprescindible. Ejemplo: un ganadero reclama ante una Junta Provincial de Fomento Pecuario porque no se le ha concedido la extensión de pastos adjudicada en años anteriores y sin que, a su juicio, haya mediado circunstancia alguna que justifique esta modificación. Pues bien, independientemente de la obligación general material, que pesa sobre los organismos de la Dirección General de Ganadería de proceder anualmente a estas adjudicaciones de pastos, surge aquí una obligación específica formal de contestar a esta reclamación, como señala el artículo 27 de la Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado de 26 de julio de 1957. Entre el ganadero y la Dirección General de Ganadería existen dos relaciones, que en este caso corren paralelas pero no confundidas: la adjudicación de pastos y la reclamación. Si esta reclamación se plantea ante un organismo de la Dirección General de Agricultura, el paralelismo se rompe. Sobre la Dirección General de Agricultura no pesa ninguna obligación genérica de repartir pastos, lo cual no la exime naturalmente de responder a la instancia —aunque sólo sea para desestimarla alegando las causas—, ya que por iniciativa del particular se ha creado una relación formal que obliga a la Administración.

En el caso anterior se ha dado una doble inactividad administrativa: material —en cuanto no se procedió a la adjudicación de los pastos—, y formal —en cuanto no se responde a la reclamación del particular—. Veamos ahora un ejemplo en que se dé Administración material e inactividad formal. Una Jefatura Provincial de Ganadería, de acuerdo con el Reglamento de epizootias y a la vista de la aparición de una enfermedad, toma medidas enérgicas —actúa: actividad mate-

rial—, procede al aislamiento de los ganados, ordena su vacunación obligatoria e incluso su sacrificio. Un ganadero afectado reclama contra estas medidas, por entender que la gravedad de la epizootia no justifica su rigor. La Administración no contesta: inactividad formal.

Precisada esta distinción, puede plantearse ya una de las tesis del presente trabajo, según el tenor siguiente: La exigencia legal y jurisprudencial de que la intervención jurisdiccional ha de condicionarse a un acto previo de la Administración, se refiere exclusivamente a un acto en el sentido formal indicado, y no a un acto material, siendo admisibles, por tanto, los recursos contra la inactividad material de la Administración.

### III. INACTIVIDAD FORMAL

Para afirmar esta tesis conviene primero despejar el camino del obstáculo de la llamada regla de la decisión previa, fantasma tradicional cuya misión parece ser la de impedir el acceso a la justicia aun en las situaciones más sangrantes. La mentalidad jurídica —una de las estructuras intelectuales más interesantes del repertorio que ofrece el *homo sapiens*— está caracterizada por un radical respeto a las formas, precisamente porque el Derecho es la forma de la justicia. Esta actitud mental tiene, no obstante, en ocasiones, graves inconvenientes. El árbol jurídico está sobrecargado —y a veces asfixiado— de ramas muertas, que el tradicionalismo impide eliminar. En todas direcciones cierran el paso viejos mitos vacíos de contenido. Este es el caso de la regla de la decisión previa. La doctrina suele estar de acuerdo en que el vedar el acceso a la jurisdicción de las infracciones legales producidas por la inactividad de la Administración es una desgracia y un defecto de la justicia, pero suele añadir con un suspiro que otra cosa no es posible porque lo impide la regla de la decisión previa.

Pero examinando las cosas más despacio, resulta que esta regla fue creada originariamente por la doctrina —es decir,

sin fuerza vinculante—, con objetivos concretos muy distintos de los que ahora se manejan. La primera jurisprudencia y legislación se apoyaron luego en esta doctrina, y hoy la doctrina moderna se apoya en esa legislación y jurisprudencia, con el resultado de que se forma un círculo vicioso y se impide el control jurisdiccional en un campo de la Administración.

La LJ nos obliga a aceptar en la actualidad esa regla, lo que es inevitable; pero un análisis de la misma puede permitirnos mitigar alguno de sus efectos perjudiciales.

En el Derecho español, como en el extranjero, la regla de la decisión previa es un mero requisito procesal, que condiciona simplemente la admisibilidad (*Zulässigkeit, recevabilité*) de la pretensión, pero que no afecta al fondo del asunto. Su función lógica dentro del proceso estriba justamente en precisar la actitud de la Administración ante una situación concreta. Esta actitud puede ser activa o pasiva, y precisamente para este segundo supuesto es donde la regla de la decisión previa debe jugar su papel esencial, su auténtico papel, ya que en otro caso la intervención jurisdiccional se enfrentaría ante una actitud incógnita de la Administración, cuyos motivos y finalidades aparecerían velados por su carácter pasivo o negativo. De aquí la utilidad en estos casos de la regla de la decisión previa: entre la jurisdicción y el hecho negativo, la actitud pasiva, queda tendido un puente —el acto formal— que presta una base al control. Por eso puede justificarse la prohibición de que los Tribunales se enfrenten directamente con una inactividad formal y se exija un acto previo. Aunque, como hemos de ver, esto no sucede siempre en el Derecho comparado.

El ciudadano tiene sin excepción derecho a la protección jurídica de sus derechos, los cuales pueden ser quebrantados exactamente igual por una conducta activa que por una conducta inactiva de la Administración. En este segundo supuesto, no obstante, y al objeto de lograr una

mejor precisión en la conducta de la Administración se le exige una determinación previa mediante una decisión positiva, que al efecto debe provocar. Mediante una petición provocatoria (y eventualmente con ayuda del instituto del silencio administrativo), se concreta la inactividad material de la Administración en una actividad formal, que tiene libre acceso a la jurisdicción.

Hay, no obstante, determinados supuestos de actividad material que, según la doctrina y aun en contra de la norma general, no sólo son incapaces por sí solos —como es el caso ordinario— de suscitar el control de la jurisdicción, sino que ni aun con ayuda del instituto subsidiario de una actividad formal provocada, son capaces de conseguir este efecto. Por lo que se refiere al procedimiento contencioso-administrativo —que es lo que aquí interesa—, vienen a asimilar los autores a la inactividad formal radical (en el sentido de que no puede tampoco vincular la instancia) otra especie de inactividad, que podría llamarse actividad insuficiente o irrelevante; es decir, que en estos casos, aunque medie una actividad real de la Administración (un acto real), no se considera la misma con relevancia suficiente como para vincular la instancia y atraer sobre sí el control jurisdiccional, ya que no constituye la forma perfecta del actuar administrativo: el acto administrativo. Los efectos de esta actividad irrelevante se asimilan a los de la pura y simple inactividad, es decir, no hay vinculación a la instancia.

El catálogo de estos supuestos insuficientes o irrelevantes del actuar administrativo —que por fortuna constituyen hoy una lista excepcional— se encuentra en el artículo 40 LJ, donde se enumeran los actos administrativos inimpugnables. A ellos deben añadirse los llamados actos políticos de gobierno [art. 2, b)]. Criterio éste muy discutible, pero que encuentra su justificación dentro de la (defectuosa) técnica legal, ya que no les considera actos administrativos (5). Mayores dificultades

(5) Véase por todos VEDEL, *Droit administratif*, tomo I, p. 18: «No se trata aquí de resu-

des presentan otra serie de actos, que tampoco vinculan la instancia por no encajar dentro del *terminus technicus* del acto administrativo, como los actos de trámite que no ponen término a la vía administrativa (art. 37.1, *a sensu contrario*). Y otros de naturaleza variada, como la regulación del tráfico por señales, por citar un ejemplo académico.

Como es sabido, para un amplio sector de la doctrina aquí no hay un acto administrativo, lo que significa que no cabe recurso contencioso-administrativo. Esto es obvio; pero ¿qué sucede si una injusta regulación del tráfico perjudica constante y sistemáticamente a los vecinos de una calle? ¿Quedan indefensos ante el actuar de la Administración, que aquí, como en todas partes, puede estar afectado de mala fe o de parcialidad? Es evidente la inadmisibilidad de un recurso contencioso-administrativo directo, aunque quede abierta la reclamación administrativa. Pero ¿y si la Administración se niega a normalizar esta injusta regulación del tráfico? Parece indudable que contra esa resolución denegatoria cabe ya recurso. Sobre la significación de este régimen se insistirá más adelante.

#### A) Francia

Desde hace unos años está cediendo en España la intensa influencia francesa que caracterizaba buena parte de nuestras instituciones, y muy marcadamente las del Derecho administrativo. La doctrina española contemporánea tiene ya un vuelo europeo y los estudios comparativistas han perdido su antigua sumisión a la bibliografía del país vecino. La Ley vigente de lo contencioso-administrativo ha roto conscientemente con la tradición extran-

jera, al eliminar la antigua división de recursos de anulación y de plena jurisdicción que, pese a su exotismo y corrección más que dudosa, es indudable que había conseguido una cierta carta de naturaleza en España.

«(Se) planteaba la cuestión —dice la Exposición de Motivos de la Ley de 27 de diciembre de 1956— de si era o no pertinente, recibiendo la técnica del Derecho francés, instituir dos recursos distintos, calificados de anulación y de plena jurisdicción. La Ley no lo ha considerado ni necesario ni conveniente, por varias y fundamentales razones. Aquella doble clasificación, carente de tradición en nuestro Derecho, corresponde a la técnica peculiar de su país de origen, que dista mucho de haber sido recibida en España.»

Importa mucho tener esto presente, porque una perceptible inercia jurisprudencial y doctrinal insiste en repetir fórmulas de importación francesa, no obstante la enérgica reacción legislativa y de buena parte de la doctrina.

Una de las reliquias más difíciles de hacer desaparecer es precisamente esta de la regla de la decisión previa. Y lo curioso del caso es que se pretende en España darle mayor rigidez que en su país de origen, fenómeno que parece bastante frecuente en los procesos de imitación.

Por decisión previa se entiende «la decisión que toma la Administración —bien sea espontáneamente, bien a petición de un interesado— antes de la interposición por este último de un recurso jurisdiccional... La decisión debe estar tomada por la autoridad competente en la materia litigiosa: Ministro, Prefecto, Consejo General, Alcalde, Consejo municipal» (6). «La regla de la decisión previa consiste en que no puede interponerse recurso ante

---

citar la falsa distinción entre gobierno y Administración: gobernar, se ha dicho a veces, es ejercer las grandes opciones políticas; administrar es proveer a las necesidades diarias de la vida nacional. Esta distinción puede tener un valor político, pero no jurídico. Los actos administrativos, cualquiera que sea su alcance político, están sometidos a un mismo régimen jurídico: un acuerdo del Ministro de Hacienda bloqueando todos los precios corresponde a una acción política esencial; pero su régimen jurídico es el mismo que el del acto administrativo más humilde, como, por ejemplo, un acuerdo municipal declarando una calle de dirección única.»

(6) Pierre MONTANE DE LA ROCHE, *L'inertie des pouvoirs publics*, París, 1950, p. 11.

la jurisdicción contencioso-administrativa si no existe una decisión previa contraria a la pretensión del requirente. En el contencioso por exceso de poder, esta decisión previa está constituida por la decisión que se ataca. Pero es en el contencioso de plena jurisdicción donde la regla revela su originalidad» (7): En una indemnización por accidente de automóvil, si el vehículo pertenece a un particular, puede dirigirse directamente la reclamación ante los Tribunales; pero si pertenece a la Administración, ha de dirigirse primero ante ella, y sólo en caso de negativa queda abierto el camino de la jurisdicción.

Esto produce una cierta confusión entre la nítida distinción tradicional de los recursos de anulación y de plena jurisdicción, ya que si en todo caso es preciso un acto administrativo, el recurso de plena jurisdicción supone también implícitamente la anulación del mismo, como previa a la declaración de fondo del Tribunal (8). Por otro lado, téngase presente que esta regla no llega a implicar la formación de un procedimiento administrativo previo. Esto, que es lo normal en el recurso de plena jurisdicción, es para el de anulación puramente facultativo.

Es notable señalar que esta regla, que era exigida inexcusablemente por la jurisprudencia en todos, pero sólo en los asuntos de la competencia del Consejo de Estado, no alcanzó una sanción legal hasta el artículo 36 de la Ley de 18 de diciembre de 1940. Fuera del Consejo de Estado no tenía sino una aplicación excepcional; si bien es de notar la fuerza expansiva de estos casos excepcionales. Para los asuntos que habían de ver los Consejos de Contencioso de Colonias se impuso por Decreto de 5 de agosto de 1881 (art. 11). En los Consejos de Prefectura se impuso para determinadas materias fiscales por Ley de 27 de diciembre de 1927 y por Decreto de 8 de septiembre de 1934,

para los litigios de orden individual que afectasen a la situación de los funcionarios departamentales y comunales. Ante el Tribunal de Pensiones se reconoció formalmente desde 1931 (CE, 25 de marzo de 1931). Este proceso se ha terminado hace muy pocos años. El artículo 3.º del Decreto de 30 de septiembre de 1953 lo ha extendido a los Tribunales administrativos y la Ley de 7 de junio de 1956 a todas las jurisdicciones contencioso-administrativas.

De esta exigencia sólo quedan liberados expresamente los asuntos referente a obra pública (art. 1 de la Ley de 7 de junio de 1956). Pero es de advertir, además, que la doctrina ha establecido una serie de supuestos en que la rigidez del principio se ve aminorada. De esta manera: a) Aun no existiendo una decisión *préalable*, si el Ministro actúa en el procedimiento de tal manera que hay constancia en él de su oposición expresa, el contencioso «queda ya vinculado». b) Lo mismo sucede si en un procedimiento ante una jurisdicción administrativa incompetente la Administración ha presentado ya conclusiones sobre el fondo del asunto. c) O si se ha desarrollado (con oposición) un proceso ante la jurisdicción ordinaria, que luego resulta incompetente (9).

Los autores franceses se han ocupado frecuentemente de esta famosa regla intentando encontrar una explicación lógico-jurídica de la misma. Ninguna dificultad vio en ello el tratadista clásico de la jurisprudencia contencioso-administrativa LAFERRIÈRE: La decisión previa es necesaria para que haya dos pretensiones opuestas y un litigio. ¿Cómo es posible que alguien reclame ante la Administración mientras no sepa si accede o no a hacerle justicia? Para que surja un contencioso no es suficiente invocar la violación de un derecho. Es necesario, además, una decisión expresa de la autoridad competente sobre el particular. Pues no puede

(7) André de LAUBADÈRE, *Traité élémentaire de Droit Administratif*, 2.ª ed., 1957, p. 394.

(8) Cfr. RIVERO, *Droit administratif*, 2.ª ed., 1962, p. 192.

(9) G. MALEVILLE, *Le Conseil d'Etat. Introduction de la procédure*, Juris-Classeur Administratif, fasc. 616.



haber contencioso mientras no haya una oposición a una pretensión.

Esta tesis —que en la actualidad es rechazada unánimemente por ingenua e incompleta— gozó a primeros de siglo de gran predicamento y «fue adoptada y adaptada por otros autores que vieron en la decisión previa una formalidad esencial para la vinculación de la instancia (*liaison de l'instance*). Aun reconociendo que el contencioso existe por el mismo hecho de la oposición de dos pretensiones, afirmaban estos autores que era preciso, sin embargo, que el mismo fuera aceptado por la Administración. La decisión previa permitiría efectuar esta vinculación al estilo de un compromiso análogo al de ciertos procedimientos arbitrales o primitivos» (10).

Una explicación completamente distinta dio HAURIUO. Para este autor la decisión previa es imprescindible, ya que en la Administración no puede hacerse aceptación de las personas que la impulsan. Sólo los actos se toman en cuenta. De aquí que la responsabilidad del Estado sólo pueda surgir de actos. Y mediante el ejercicio de actos precisos determina la Administración cuáles pueden dar origen a un contencioso y cuáles no.

En la actualidad tampoco se admite ya esta explicación. Ciertamente que a la facultad soberana del Estado corresponde decidir la exclusión de ciertos actos (por ejemplo, los llamados de gobierno) de la jurisdicción contenciosa; pero evidentemente la Administración puede quedar de ordinario vinculada a la instancia aun en contra de su voluntad. Si una instalación propiedad de la Administración causa daños a los particulares, el derecho de indemnización de éstos no surge por la negativa de la Administración a reparar los daños, sino por el hecho anterior que les ha producido y en el que se basa el contencioso.

A mi entender, ha sido WALINE quien ha expresado mejor el alcance y origen de

la regla de la decisión previa: «Las explicaciones de HAURIUO chocan con la misma objeción: ¿Por qué la regla obligatoria ante el Consejo de Estado no lo es, o lo es sólo excepcionalmente, ante el Consejo de Prefectura? Esto induce a pensar que la verdadera explicación de la regla de la decisión previa debe buscarse en una particularidad de los recursos elevados ante el Consejo de Estado. Y aquí aparece que precisamente el Consejo de Estado hasta 1889 no era el juez administrativo de derecho común, sino que resolvía sobre el recurso contencioso interpuesto contra el Ministro. Le era preciso, pues, para fallar, una decisión previa del juez de Primera Instancia, es decir, del Ministro. Pero a partir de 1889 dejó de ser el Ministro un juez de los contencioso-administrativo; pero la regla que imponía que se dirigieran a él las reclamaciones ha subsistido con dos modificaciones: por un lado, resuelve como administrador y no como juez, y por otro, ya no es a él inexcusablemente a quien han de dirigirse los que tengan intención de elevar posteriormente reclamaciones ante el juez administrativo, sino a toda autoridad calificada para responder a la reclamación en nombre de la Administración. La regla de la decisión previa aparece, pues, como una supervivencia de la antigua doctrina del Ministro-juez» (11).

De lo que antecede puede observarse, pues, que en Francia existe sobre este particular una curiosa doble tendencia aparentemente contradictoria. De un lado, insiste la moderna doctrina en que no existe un fundamento jurídico, es decir, abstracto y general, que justifique la exigencia de la regla, mientras que por otra parte la legislación ha ido ampliando su aplicación constantemente hasta llegar en la actualidad a su más absoluta generalización. Aquí ha tenido lugar el fenómeno que WALINE designa con el nombre de «sustitución de la razón de una institución» (12): una institución que tiene un origen fortuito y meramente histórico, y

(10) MONTANÉ, *op. cit.*, p. 12.

(11) *Traité élémentaire de Droit administratif*, 7.<sup>a</sup> ed., p. 101.

(12) *Op. cit.*, 7.<sup>a</sup> ed., 1957, p. 102.

que llega incluso a perder con el tiempo su razón que la justifique. En este caso la eficacia y utilidad que representa su papel de conciliación previa y fijación de la posición de la Administración.

Resumiendo, puede afirmarse: 1) Hasta hace muy pocos años la regla de la decisión previa no tenía en Francia ni un ámbito legal de aplicación general, ni un fundamento jurídico de su existencia, que se debía a un puro azar histórico. 2) En la actualidad tiene ya una aplicación general por imperativo de la Ley, justificándose su existencia por razones puramente prácticas.

## B) Alemania

Con un mayor refinamiento técnico —casi podría decirse virtuosismo— se clasifican en Alemania las acciones ante la jurisdicción contencioso-administrativa, desde dos puntos de vista diferentes. El primero se refiere a su contenido material —el objeto de la acción— y es un trasplante del sistema procesal ordinario. Conforme a este primer criterio, las acciones —y correspondientemente las sentencias— pueden ser constituidas (*Gestaltungsklage*), declarativas (*Feststellungsklage*) y de condena (*Leistungsklage*) (art. 43 de la vigente Ley de lo contencioso de 21 de enero de 1960: VwGO). Junto a esta clasificación —cuya terminología tiene carta de naturaleza en el Derecho español— corre paralela otra segunda serie de acciones, clasificadas ahora conforme a un criterio estrictamente formal, típico del proceso contencioso-administrativo. Según esto, las acciones pueden ser de anulación (*Anfechtungsklage*) o de imposición (*Verpflichtungsklage*) (13).

Las acciones de anulación pretenden que el Tribunal anule un acto administrativo. Las acciones de imposición pretenden que el Tribunal imponga a la Administración la obligación de ejecutar un acto administrativo, cuya petición por un particular ha denegado o desatendido. Estas últimas se subdividen en dos clases: acciones impositivas de denegación (*Weigerungsklage*), cuando pretenden la ejecución de un acto cuya petición ha sido denegada (*abgelehnt*), y acciones impositivas de desatención cuando la petición ha sido desatendida (*unterlassen*), es decir, no contestada (14) (art. 42 de la Ley citada).

Obsérvese, además, que la acción impositiva de denegación tiene una naturaleza muy particular: de un lado es una acción impositiva, por cuanto pretende la imposición de un acto; pero, por otro lado, es también de anulación por cuanto pretende, es obvio, la anulación del acto administrativo denegatorio. De aquí que con ella y con la anulación propiamente dicha (en sentido estricto) se forme el grupo de las de anulación en sentido amplio. La clasificación puede presentarse gráficamente así:

<i>Anfechtungsklage</i> .....	}	<i>Anfechtungsklage</i>
(en sentido amplio)		(en sentido estricto)
<i>Verpflichtungsklage</i> .....	}	<i>Weigerungsklage</i> .
		<i>Untätigkeitsklage</i> .

Como puede suponerse las relaciones entre ambas series de clasificaciones son muy íntimas. Es más, no puede decirse que se trate de categorías autónomas y excluyentes. Se trata más bien de categorías intelectuales que enfocan el mismo objeto desde distintos puntos de vista. Si se considera una acción desde el punto de vista material, se la llamará constitutiva si

(13) Acción de imposición es un neologismo que quizá suene mal en un principio. Me he inclinado por esta traducción después de ponderar las desventajas de las otras posibilidades: acción de condena ofrece en español un peligro de confusión —que en la terminología alemana no se da— con la *Leistungsklage*. Acción obligatoria hubiera sido también posible, pero es una expresión demasiado amplia e imprecisa. Acción de imposición es más precisa, más propia y menos exacta.

(14) Empleo, pues, la expresión «desatención» como un *terminus technicus* para estos supuestos.

lo que pretende es sencillamente que el Tribunal constituya algo (no que declare meramente o que condene a hacer); a esta misma acción se la denominará de anulación si se la considera desde el punto de vista procesal formal, es decir, si lo que pretende es que la nueva relación sustituya —anulando, esto es lo esencial— un acuerdo administrativo.

De esta manera resulta que las acciones de anulación son al mismo tiempo constitutivas, y las acciones de imposición son de condena.

a) Las acciones meramente declarativas tienen un marco muy estrecho en el Derecho alemán. En el campo del Derecho administrativo se limitan casi exclusivamente a la declaración de nulidad de un acto administrativo, es decir, declaración de que el acto es nulo, y a la declaración de existencia o de inexistencia de relaciones jurídicas; supuestos que deben distinguirse cuidadosamente (lo cual no es fácil con frecuencia en la práctica) del efecto más ordinario de anulación de un acto anulable (no radicalmente nulo) por razones de antijuridicidad. Que la acción de anulación es impropia para solicitar la «declaración» de que es nulo de pleno derecho un acto administrativo, se desprende en pura lógica de la consideración de que tal acto no existe y, por tanto, no puede ser anulado. El único objeto de la acción declarativa en estos casos es la eliminación de la mera apariencia jurídica (*Rechtsschein*) del pretendido acto. De aquí su utilidad y su expresa admisibilidad (art. 43, I VwGO). Por lo demás, esta acción es subsidiaria de las de anulabilidad e imposición: sólo se admite cuando éstas no pueden ejercerse, y en casos de duda sobre la anulabilidad o nulidad

plena de un acto, pueden ejercerse acumuladamente.

La doctrina predominante insiste en la tendencia a limitar en lo posible este tipo de acciones mediante una depuración del concepto de relación jurídica, considerada estrictamente como el único objeto posible de estas acciones. Una relación jurídica sólo puede darse cuando exista un estado de cosas, *Sachverhalt*, del que por aplicación de las normas del Ordenamiento se deduzcan conexiones de derecho entre varias personas. Sin la existencia real de este estado de cosas —que reúna las condiciones de tipicidad enunciadas en una norma jurídica— no puede hablarse de relación jurídica en sentido propio.

Por estas razones no pueden ser objeto de una acción declarativa: a) Las relaciones jurídicas futuras. En realidad, este problema no se ha resuelto aún definitivamente, ya que a la vista de la legislación derogada se alzaron algunas voces aisladas pidiendo con argumentos de cierto peso la aceptación de una acción declarativa previa o anticipada (*vorbeugende Feststellungsklage*) (15). b) La posibilidad e incluso la probabilidad de que en el futuro se establezcan conexiones jurídicas (*Rechtsbeziehungen*), que no deben asimilarse a las relaciones jurídicas en sentido propio (*Rechtsverhältnis*) (16). c) Un acto administrativo amenazado (17). d) Las consultas jurídicas son también unánimemente excluidas (18).

En el campo del Derecho constitucional tienen, en cambio, estas acciones una gran importancia, debido a que está encomendada a los Tribunales administrativos la revisión de las relaciones jurídicas de Derecho público (no constitucionales)

(15) Cfr. NAUMANN, «Vom vorbeugendem Rechtsschutz im Verwaltungsprozess», en *Gedächtnisschrift für W. Jellinek*, pp. 381 y ss., y FANGE, «Die vorbeugende Feststellungsklage bei drohenden Verwaltungsklage bei drohenden Verwaltungskten», en *DöV*, 1956, pp. 393 y ss.

(16) El Tribunal Administrativo de Münster, en su sentencia de 16 de junio de 1954, mediante la confusión de ambos conceptos y una imprecisa extensión conceptual de las situaciones jurídicas (*Rechtzustand, Rechtlage*), aceptó aquí la protección de las relaciones jurídicas futuras (*Forsetzungsrechtsverhältnis*) en gracia a la evitación de situaciones materialmente injustas.

(17) En contra, sentencia del OVG de Münster de 21 de octubre de 1953.

(18) Cfr. para esta cuestión en general C. H. ULE, *Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Köln, 1960, p. 139.

entre el *Bund* y los *Länder*, y también la declaración de que alguna organización existente se dirige contra el orden constitucional, o contra las ideas de la conciencia popular, o de que tiene objetivos o actividades que están contrapuestos a las leyes penales (art. 9.2 de la Constitución).

b) Por su parte, la acción de anulación debe dirigirse sencillamente, según el artículo 42, VwGO, a obtener la revocación de un acto administrativo, y no a que se dicte uno que haya sido denegado o desatendido (lo que corresponde a la acción de imposición). De aquí que el campo de aplicación de las acciones de anulación sea de ordinario el de la Administración de intervención (*Eingriffsverwaltung*), que es quien actúa, de ordinario, con actos administrativos gravosos.

c) Mientras que, por su parte, la Administración, en cuanto distribuidora de servicios y prestaciones (*Leistungsverwaltung*), suele verse afectada por acciones impositivas, que tienden a exigir la prestación de esos servicios. La esencia de la acción de imposición radica en que mediante ella puede verse obligada la Administración a ejecutar determinados actos administrativos, es decir, a actuar, mientras que la acción anulatoria tiene una función de casación, es decir, enjuiciadora de decisiones ya adoptadas por la Administración.

Tal como queda descrito, ofrece el sistema alemán de acciones contra la actitud activa y pasiva de la Administración un notable grado de desarrollo y perfección. Debe tenerse en cuenta, no obstante, que se trata de una ojeada general, sintética, en que se ha prescindido de los detalles y oposiciones.

La realidad es que la doctrina se encuentra encendida en una amplia controversia sobre innumerables problemas, y las divergencias conceptuales y hasta terminológicas son tan notables, que es muy fácil perderse en el espeso bosque de la

bibliografía, y en ocasiones se borran los conceptos generales, tan sencillos aparentemente de la forma en que han quedado expuestos. La nueva Ley ha servido en parte de filtro depurador, zanjado definitivamente —al adoptar una u otra postura— problemas que se arrastraban sin solución segura. Pero, por otra parte, como no podía ser menos, su texto ha levantado una nueva serie de problemas, que todavía no han sido aclarados ni por la doctrina ni por la jurisprudencia. No obstante, no debe causar mala impresión la infinita serie actual de controversias. De la discusión surge la luz, y la perfección general del sistema se debe precisamente a las pasadas controversias.

En este campo, el escrito de habilitación de BACHOF (19), aunque pronto rebasado, marcó un punto crucial en la evolución de la doctrina. Su influencia en la legislación, jurisprudencia y autores posteriores ha sido acusadísima. A él se debe la distinción dentro de las acciones de imposición entre las *Untätigkeit-* y las *Weigerungsklage* que, como se ha visto, ha sido recogida por la Ley, si bien terminológicamente sólo en parte.

En la compleja legislación entonces vigente (la unidad se ha logrado por primera vez con la VwGO de 1960), el artículo 35 de la VGG (20) consideraba a la *Untätigkeitsklage* como una acción de anulación, sin que se citase a la *Weigerungsklage*, al dar por supuesto que la denegación de un acto administrativo era a su vez un acto administrativo, siendo, por tanto, de aplicación aquí la *Aufhebungsklage* (equivalente a la *Anfechtungsklage*). Esta actitud, si bien técnicamente insuficiente, significa, no obstante, un gran adelanto respecto a la doctrina tradicional, que venía admitiendo solamente la acción de anulación en sentido estricto, es decir, entendida como corrección —por simple anulación— de los actos administrativos defectuosos. En cambio, la MRVO, número 125 (21), precisaba el

(19) Otto BACHOF, *Die verwaltungsgerichtliche Klage auf Vornahme einer Amtshandlung*, Tübingen, 1951.

(20) *Gesetz über die Verwaltungsgerichtsbarkeit*, vigente para Bayern, Bremen, Hessen y Baden-Württemberg.

(21) *Verordnung n. 125 der Britischen Militäregierung über die Verwaltungsgerichtsbarkeit in der britische Zone* de 15 de septiembre de 1948.

concepto de *Verpflichtungsklage*, al distinguir según que la imposición se derivara de una desestimación expresa o de un mero silencio administrativo a una petición concreta.

BACHOF consideró correctamente a la *Verpflichtungsklage* como una *Leistungsklage* o acción de condena, aunque admitía la posibilidad de que ésta se convirtiese bajo determinadas circunstancias en una *Feststellungsklage* o declarativa. Así, cuando después de presentada la demanda ejecutase la Administración lo solicitado, sin que por ello desistiese el particular de la acción por tener interés en la declaración de su derecho (22). Este supuesto ha sido recogido en la Ley actual en el número 1 del artículo 113, donde se concede expresamente al particular que tenga un interés legítimo en ello la posibilidad de proseguir en el ejercicio de su acción —aun habiéndose cumplido ya el acto de la Administración recurrido— hasta lograr la declaración de que el primer acto dictado fue antijurídico, lo que a efectos de una demanda posterior de indemnización puede tener gran importancia.

El mayor mérito de esta monografía reside, no obstante, en el análisis que se hace de las *Folgenbeseitigungsansprüche* (pretensiones de eliminación de las consecuencias dañosas de un acto) —punto de engarce entre las acciones de condena y de imposición— que suponen una renovación total de la concepción tradicional de la jurisdicción contencioso-administrativa como instrumento de control de la juridicidad de los actos administrativos. Su alcance puede precisarse con algunos ejemplos. Se deniega por la Administración un permiso de edificación, el Tribunal anula posteriormente esta denegación y el particular consigue su permiso antes de que se le hayan causado daños: el asunto queda terminado. Pero puede suceder que con esta injusta demora hayan subido los precios de la construcción. En este caso el particular tiene derecho a una

indemnización por esta subida (*Erstattungsansprüche*). Problema que no plantea demasiadas dificultades, ya que se trata de una simple determinación de cantidad. Pero aún caben infinitos ejemplos en que la indemnización de los daños no es tan sencilla: se despoja de una vivienda y consultorio a un médico y se adjudica a otro; prospera el recurso del primero; pero la Administración se niega a desalojar al segundo. Con esta simple declaración, mientras el Tribunal o la Administración no haga efectivo el desalojo, los derechos reconocidos del recurrente son puramente ilusorios. No se trata, pues, de una sencilla *Erstattungsanspruch*, sino de una pretensión a que un acto real (la introducción del segundo médico en el piso) sea eliminado.

Las *Folgenbeseitigungsansprüche* tienden a la eliminación total de las consecuencias dañosas del primer acto (adjudicación de la vivienda al segundo médico), que no desaparecen por la simple revocación, y en ciertos casos tampoco por el dictado de un nuevo acto administrativo (reconocimiento de los derechos del primer médico), sino que precisan el desalojo efectivo del segundo, cosa que en ocasiones presenta dificultades de orden legal y real insuperables, pero que es una exigencia elemental de derecho. El caso citado fue resuelto por el Tribunal Administrativo de Stuttgart por sentencia de 30 de abril de 1948 (23), que con el mejor criterio afirma: «La Administración no se considera ni legitimada ni obligada a poner de nuevo al demandante en disposición de su piso. Este criterio no puede aceptarse... La legitimación y la obligación de la demandada a la revocación real de sus medidas se deduce de que los derechos del demandante han sido lesionados no sólo por la primera disposición administrativa, sino por la continuación de las circunstancias por ellas creadas, y sus derechos seguirán lesionados mientras la Administración no reponga el estado legal anterior. Esta situación no se modifica por una simple revocación teórica sin

(22) *Op. cit.*, p. 59.

(23) DVBL, 1950, p. 792.

consecuencias prácticas. En estos casos se privaría el interesado de una protección jurídica eficaz del acto administrativo, sin evitar en la medida de lo posible las consecuencias perjudiciales que se le han causado. Y sin que tampoco se le pueda imponer el dudoso camino judicial civil posterior para la definitiva resolución de sus conflictos contra el tercero.» Este es, pues, el campo propio de las *Folgenbeseitigungsansprüche*.

Es fácil comprender que en ocasiones la restitución al estado primitivo es sencillamente imposible. El acto administrativo desencadena una serie de actuaciones reales, de las que no se puede hacer totalmente responsable a la Administración. Se requisa ilegalmente, por ejemplo, un automóvil particular, y en el transcurso de esta requisa se pierde el automóvil (con o sin culpa de la Administración), y el particular tiene que viajar en tren, en cuya ocasión sufre un accidente ferroviario y se convierte en un inválido. ¿Hasta qué punto alcanza la responsabilidad a la Administración, por su primitivo acto antijurídico? Aquí aparecen las *Folgenbeseitigungsansprüche* inmersas en la doctrina general del derecho de indemnización con todas sus teorías, variantes e inseguridades (24).

No tiene objeto el desarrollar ahora la teoría de esta institución. Con lo indicado basta para imaginarse el impacto que había de producir —y más encontrando una actitud jurisdiccional propicia y audaz— en la concepción clásica. De esta manera quedan absolutamente rebasados los sistemas que exigen una conexión automática de la Administración y de la jurisdicción mediante un acto administrativo.

El artículo 113 de la Ley vigente permite acumular por razones de economía procesal a una acción de anulación las *Folgenbeseitigungsansprüche*, que tienden

a reparar los daños causados por el acto que se pretende revocar. A su admisibilidad se condiciona el que la Autoridad administrativa esté realmente en condiciones de hacerlo.

Tres años después, un nuevo escrito de habilitación académica, esta vez de MENGER (25), pretendió dar un nuevo rumbo a la doctrina. El sistema propuesto era más ambicioso y complicado. Se separaban las *Nachträglicheverwaltungsachen* (asuntos administrativos casatorios), revisadas por las *Anfechtungsklage* en sentido amplio de las *Ursprünglicheverwaltungsachen* (asuntos administrativos originarios), que en el régimen de lo contencioso producen las *Parteistreitigkeiten* (litigios entre partes), también llamados *sonstige Streitigkeiten des öffentlichen Rechts* (demás litigios de Derecho público). Las primeras suponen una previa intervención administrativa de las que por su carácter soberano rompen la igualdad entre las partes. Las segundas se refieren a los casos en que la Administración y el particular se encuentran en un aceptable plano de igualdad, por ejemplo, en las resultantes de la contratación administrativa. Quedando así aclarada una terminología muy dudosa, y más en su traducción española.

Esta terminología era, por lo demás, usual en la legislación entonces vigente. Las *Parteistreitigkeiten* son citadas en el artículo 22 de la VGG como *sonstige öffentliche Sachen*, y en el artículo 85 se las caracteriza como cuestiones de Derecho público pendiente entre titulares del mismo rango. La MOVR número 185 no delimita su concepto. La doctrina las caracteriza como «pretensiones que no consisten en la defensa positiva o negativa de los ataques de calidad soberana en la esfera jurídica de los individuos» (26). Según aclara ZSCHACKE más adelante, «los Tribunales administrativos se habían atenido tradicionalmente a revisar los actos

(24) BACHOF, *op. cit.*, p. 144.

(25) Christian Friedrich MENGER, *System des Verwaltungsgerichtlichen Rechtsschutzes*, Tübingen, 1954.

(26) ZSCHACKE, «Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Gewährung von Geldleistungen», en NJW, 1956, pp. 729 y ss.

administrativos que por medio de imposición soberana mandaban, prohibían, consentían o denegaban algo a los ciudadanos»; pero en la actualidad, junto a estas cuestiones que median entre las autoridades administrativas y las sujetas a su poder (*Gewaltunterworfenen*) van cobrando cada vez mayor importancia en la jurisdicción contencioso-administrativa otra clase completamente distinta de litigios: las llamadas «demás cuestiones de Derecho público» (*sonstige...*), que en el artículo 22, VGG, aparecen con la denominación de *Parteistreitigkeiten*, y en el artículo 85 se las caracteriza como cuestiones de Derecho público pendientes entre titulares del mismo rango. La esencia de todos estos litigios estriba, pues, en que las partes no se encuentran en una relación de subordinación, sino de igualdad (27). Según MENGER, quedan así clasificadas las diferentes acciones:

1. *Nachträgliche Verwaltungssache (Anfechtungsklage* en sentido amplio).
  - A) *Anfechtungsklage* en sentido estricto.
  - B) *Klage auf Vornahme eines Verwaltungsakts* (de adopción de un acto administrativo):
    - a) *Vornahmeklage*.
    - b) *Weigerungsklage*.
    - c) *Untätigkeitsklage*.
- II. *Ursprüngliche Verwaltungssachen (Parteistreitigkeiten)*:
  - A) *Leistungsklage*.
  - B) *Gestaltungsklage*.
  - C) *Feststellungsklage*.

Por lo que ahora nos interesa, se observa —respecto a BACHOF y a la doctrina corriente— una importante novedad en el epígrafe de las acciones que piden la adopción de un acto administrativo, ya que se ofrecen tres variedades. La *Vor-*

*nahmeklage* presupone la existencia de un acto administrativo negativo, es decir, la negativa de la Administración a conceder un acto administrativo solicitado. Mediante ella se consigue: 1) La anulación de un acto administrativo negativo. 2) El dictado de otro positivo, siempre y cuando se den las condiciones de que haya un derecho público subjetivo a ello y que el asunto litigioso llegue a sentencia *Spruchreif* (28).

Ahora bien, teniendo en cuenta que conforme a este esquema no media una simple diferencia del punto de vista caracterizador (que es lo que sucede en un sistema más sencillo, conforme se expuso más arriba), sino que se trata de acciones de naturaleza distinta, resulta que para que el particular pueda conseguir una prestación o servicio de la Administración no ha de bastarle la *Vornahmeklage*, sino que ha de recurrir —en su caso, por vía acumulativa— a una *Parteistreitigkeiten*, concretamente a una *Leistungsklage* (29).

Junto a la *Vornahmeklage* (contra la denegación expresa de un acto administrativo), se da la *Untätigkeitsklage*, que se refiere, en sustancia, al silencio de la Administración. Este era poco más o menos el sistema de BACHOF, pero ahora MENGER añade un tercer miembro: la *Weigerungsklage*, que supone una absoluta negativa de la Administración a obrar, es decir, no un simple silencio ni una negativa concreta a ejecutar el acto administrativo solicitado, aquí se trata de una negativa genérica (30).

El concepto, pese a todos los argumentos de su creador, no parece nada claro. Con raras excepciones ha sido rechazado por la doctrina por confuso y superfluo (31).

Años antes, en 1953, había señalado LOPPUCH (32) cuatro relaciones posibles

(27) ZSCHACKE, *op. cit.*, p. 731.

(28) «Maduro para sentencia», en el sentido de que el Tribunal entiende que se han cumplido las condiciones que permiten el dictado de la sentencia.

(29) MENGER, *op. cit.*, p. 193.

(30) *Idem*, p. 198.

(31) Cfr. Klaus OBERMAYER, «Die Untätigkeitsklage und das Recht auf Bercheid», en *NJW*, 1956, p. 361.

(32) «Die verwaltungsgerichtliche Klage wegen Nichtvornahme von Verwaltungsakten», en *NJW*, 1953, p. 9.

entre la Administración y el particular: a) La Administración no contesta. En este caso surge una *Partistreitigkeit*, una acción para pedir la adopción de un acto administrativo que fue solicitado, y que es una *Leistungsklage* o acción de condena. b) La Administración desestima lo que el particular ha solicitado. Al constituir esta desestimación un acto administrativo, desaparece la posibilidad de una *Parteiklage*, operando en su lugar una *Anfechtungsklage*. c) Se trata de pedir algo que la Administración puede resolver sin necesidad de dictar un acto administrativo. Se trata de una *Leistungsklage*, contenido ordinariamente *Folgenbeseitigungsansprüche*. d) El particular ha solicitado una actividad administrativa (no un acto administrativo) y la Administración desestima esta petición sin dictar un acto administrativo. Al no haberle, no cabe la posibilidad de emplear una acción de anulación, sino que habrá que operar con las *sonstige Streitigkeiten* de Derecho público. Pero este sistema no ha logrado imponerse y en el estado actual de la doctrina se presta a muchas confusiones.

Puede observarse fácilmente que aquí hay una cierta confusión entre elementos materiales y formales que la doctrina depuraría en años posteriores. En realidad, el nudo gordiano de las discusiones suele encontrarse en las relaciones que median entre las acciones de imposición y las de anulación, es decir, en la determinación de si la acción de imposición es al mismo tiempo una acción de anulación, ya que es indudable que el dictado de un nuevo acto supone la revocación del antiguo.

Incluso el caso contrario es también posible: SCHÖNDORF (33), analizando ejemplos concretos, introdujo en la terminología el concepto de las acciones subrepticias de imposición (*versteckte Verpflichtungsklage*) para los casos en que los efectos de una acción de anulación fue-

ran prácticamente los de una acción de imposición. Ejemplo: la Administración asigna a una vivienda una renta de 100 marcos; el propietario reclama alegando que son 120 los que le corresponde, y gana el recurso. Evidentemente aquí no se ha acabado el asunto. La Administración debe resolver de nuevo y marcar otra renta, que por ser superior a 100 marcos implica una actividad de la Administración, no una simple anulación. Es decir, que con una acción de anulación se consigue una actividad de la Administración, que en principio constituye la materia propia de la acción de imposición. De aquí que la primitiva acción de anulación fuera en realidad una acción subrepticia de imposición.

Como ha señalado Martín BARRING (34), este tipo de demandas subrepticias de imposición es una consecuencia de una concepción doctrinal que no ha terminado su desarrollo natural y que se atiene a la antigua terminología, que no veía en los recursos sino una pretensión de anulación de los actos administrativos. «A las antiguas generaciones de abogados, funcionarios y jueces —dice— les parece absolutamente natural que toda demanda que se presente ante los Tribunales sea una acción de anulación». Incluso el legislador emplea con frecuencia esta expresión para indicar genéricamente que está abierto el camino judicial.

Una separación radical de ambas exige Félix WEYREUTHER (35) a la vista de la jurisprudencia entonces vigente. Por lo que afecta a la terminología es de notar que este autor maneja la expresión *Ablehnungsklage* tanto para las acciones de anulación como para las de imposición. Un mayor esfuerzo para la separación de ambos conceptos supone la aportación de ENGELHARD (36). Según él, pueden diferenciarse ambas acciones según cuatro criterios distintos: a) Por su esencia: la ac-

(33) Antón SCHÖNDORF, «Der Anfechtungsgegner in verwaltungsgerichtliche Verfahren», en *ByVBl*, 1956, p. 291.

(34) «Die versteckkte Vornahmeklage», en *ByVBl*, 1957, p. 1.

(35) «Zur Zulässigkeit der Anfechtungsklage gegen einen ablehnenden Bascheid», en *DVBL*, 1956, p. 633.

(36) «Anfechtungsklage-Vornahmendlage», en *NJW*, 1956, p. 1377.



ción de anulación es puramente defensiva, la de imposición exige actividades. *b*) Procesalmente, ya que la disposición sobre la acción es muy distinta en una y otra clase. *c*) Por la sentencia, que en un caso se limita simplemente a revocar y en otro dicta un nuevo acto. *d*) Por el momento relevante que ha de tenerse en cuenta para la efectividad de la sentencia: en las acciones de anulación, cuando fue dictado el acto administrativo, *ex tunc*, pues, mientras que en las de imposición cuando se va a dictar la sentencia *ex nunc*.

Por otro lado, el conocido especialista de la jurisdicción contencioso-administrativa, KLINGER, ha analizado minuciosamente el distinto valor que tiene para el juez la juridicidad de los actos administrativos según que se trate de una demanda de anulación o de imposición (37). En una demanda de anulación el punto esencial estriba en determinar si el acto administrativo dictado fue antijurídico o no en el momento de ser dictado, mientras que en una demanda de imposición no interesa este aspecto del acto desestimatorio, ya que puede haber sido perfectamente ajustado a derecho (en el momento en que se dictó), y modificaciones posteriores de hecho o de derecho impongan una sentencia de sentido contrario. Según FORSTHOFF, «examinar la antijuridicidad de un acto administrativo quiere decir determinar si en el momento en que fue dictado pudo serlo sin defecto y si así lo fue. No es posible la subsanación de un defecto jurídico *per legem subsequentem*. De aquí que el Tribunal haya de partir fundamentalmente de la situación real y jurídica existente en el momento de la aparición del acto administrativo. Los actos administrativos con eficacia permanente (como, por ejemplo, una prohibición de tal género) en caso de adolecer originariamente de un defecto no pueden ser subsanados por causa de una modificación legal, pero, en cambio, pueden convertirse en defectuosos por causa de una

Ley posterior con la que eran incompatibles. En este caso han de ser revocados, con atención al momento en que sobrevino su defectuosidad. Por otro lado, a la revocación de un acto administrativo originariamente defectuoso no se opone el que una Ley posterior admita actos de tal género. El hecho de que en tales casos la autoridad administrativa apelada puede dictar inmediatamente el acto que ha sido anulado por la sentencia, no hace dolosa esta pretensión, ya que el demandante tiene un interés digno de protección en el efecto *ex tunc* de la sentencia contencioso-administrativa» (38).

De aquí se deducen —para KLINGER— las siguientes consecuencias:

1.ª Subsunción de una acción de imposición dentro de una acción de anulación. Su posibilidad es sostenida por razones de economía procesal (y en contacto con la doctrina ya citada de las acciones subrepticias de imposición) por la jurisprudencia de Münster y Lüneburg (39), es decir, que con una simple demanda de anulación puede conseguirse bajo determinadas circunstancias un nuevo acto administrativo.

2.ª Subsunción de una acción de anulación dentro de una acción de imposición. Es admitida generalmente por la doctrina. No obstante, KLINGER, partiendo de los puntos de vista arriba indicados, niega la posibilidad de ambas subsunciones; pero, en cambio, admite:

3.ª La acumulación de una pretensión de imposición con una de anulación. Ahora bien, teniendo en cuenta que la anulación ha de resolverse conforme al derecho vigente en el momento de dictarse el acto y la imposición conforme al derecho y situación fáctica existente en el momento de dictarse la sentencia (o, más exactamente, cuando se cierra la fase oral del procedimiento), pueden resultar consecuencias muy particulares. Así es posible que el actor vea dictarse a su favor un

(37) «Der Rechtsschutz gegen die Ablehnung einer beantragten Amtshandlung», en *NJW*, 1957, p. 654.

(38) *Lehrbuch des Verwaltungsrechts*, 8.ª ed., p. 502.

(39) Cfr. especialmente la sentencia del segundo OVG de fecha 27 de marzo de 1956.

nuevo acto administrativo y, sin embargo, sea condenado en costas en la acción de anulación, en el supuesto de que el acto administrativo hubiese sido conforme a derecho en el momento que se dictó. Pero no obstante este riesgo, la acumulación puede ser útil cuando al actor no sólo le interesa el que se dicte un nuevo acto administrativo, sino también la revocación del antiguo, es decir, la declaración de su antijuridicidad, ya que de ella puede deducirse un derecho a indemnización.

4.º Ejercicio de una simple pretensión de anulación en los casos en que es posible una pretensión de imposición. Este supuesto es admisible, y aun aconsejable, en los casos en que el acto administrativo está basado en un criterio discrecional de la Administración, ya que aquí no es posible conseguir del Tribunal que dicte un nuevo acto administrativo sustituyendo el criterio de la Administración por el suyo propio. A la larga, con esta simple pretensión de anulación ha de conseguir el particular un nuevo acto, puesto que la Administración, al ver anulado el primero, se ve obligada a dictar un segundo ateniéndose a los motivos de la sentencia.

A la vista de lo que antecede es fácil comprender que el esquema ideal de la doctrina alemana, tal como se desarrolló al principio, presenta en sus detalles una difícil problemática y abundantes contradicciones. Ciertamente que la nueva Ley, como quedó indicado, ha venido a resolver algunas, pero es obvio que aún quedan sin aclarar y por debatir nuevos puntos, que están siendo analizados por la reciente literatura.

Los nuevos libros que han aparecido comentando la VwGO de 1960 son más bien panorámicas, resúmenes y centones —mejores o peores—, exposiciones, en una palabra, por lo que apenas tienen valor como investigación, que encuentran su terreno más apropiado en las monografías y en la literatura menor. En este punto hay que subrayar un artículo de BETTERMANN (40) de notable agudeza y

que encaja de lleno en la problemática del presente trabajo.

El autor empieza señalando la grave contradicción que media entre los artículos 42 y 113 de la nueva Ley. El artículo 42, al hablar de las pretensiones, alude exclusivamente a actos administrativos, mientras que el 113, al hablar de las sentencias, alude a un concepto más amplio, a las acciones de la Administración (*Amtsbehandlung*), que rebasa —*terminus technicus* de los actos administrativos. El problema queda, pues, planteado así: siendo imprescindible una congruencia entre el objeto de la demanda y el de la sentencia, ¿debe interpretarse extensivamente el artículo 42, aplicando las pretensiones a todas las acciones administrativas y no sólo a los actos administrativos? ¿O debe, por el contrario, interpretarse restrictivamente el artículo 113, limitando la materia de la sentencia a los actos administrativos?

La respuesta de BETTERMANN es clara y conviene transcribirla literalmente: «Yo nunca he podido comprender por qué la jurisprudencia limita la demanda a los actos administrativos, ya que no existe ningún motivo lógico para tratar procesalmente de forma distinta la denegación o desatención de un acto administrativo que la no ejecución de las demás acciones de la Administración. Si la Administración ha actuado antijurídicamente al denegar o desatender una petición de una actividad administrativa, tiene que quedar abierta la vía judicial, a tenor del artículo 19.4 de la Constitución. Ahora bien, en estos casos la forma de la protección jurídica no puede ser distinta que en los casos en que no se ha dictado un acto administrativo solicitado: la acción de imposición está en estos casos igualmente justificada que cuando se trata de actos de la Administración. Otra cosa es en las pretensiones de anulación, ya que sólo pueden ser revocados actos administrativos y no los demás actos de la Administración. Estos, de acuerdo con su naturaleza, no pueden ser revocados por el Tribunal, sino por la Administración; de

(40) «Verpflichtungsklage nach der VwGO», en NJW, 1960, pp. 649 y ss.

aquí que frente a ellos sólo se dé una acción a conseguir sentencia en forma de una pretensión de reposición al estado anterior (*Folgenbeseitigung*), indemnización o abstención. La acción de imposición, según el artículo 42.1 es una acción de sentencia, es decir, acción de condena en sentido del derecho procesal civil. En consecuencia, la limitación de las acciones de imposición a actos administrativos —lo que en las acciones de anulación está justificado— no es ni exigible ni defendible, y más teniendo en cuenta que la denegación de la petición de adopción de una actividad administrativa es ya un acto administrativo en sentido formal, que debe ser impugnado, indiferentemente de si el acto de la Administración denegado habría de consistir en dictar un acto administrativo o en cualquier otra actividad... De aquí que haya de extenderse el artículo 113.4 de la Ley al artículo 42, y no al contrario. El artículo 42 ha de interpretarse, pues, en el sentido de que con la acción de imposición puede solicitarse la adopción de cualquier actividad de la Administración denegada o desatendida» (41).

Desde el punto de vista terminológico no recomienda BETTERMANN la división de BACHOF de acciones de imposición (término legal) en *Weigerungsklage* y *Untätigkeitsklage*. Entiende que más correcto que este último término es el de *Ablehnungsklage*. En general, la acción de imposición puede adoptar dos formas: la *Vornahmeklage* (pretensión de condena material) y la *Bescheidungsklage* (pretensión de resolución). La naturaleza y eficacia de estas últimas está en íntima conexión con el actuar discrecional o reglado de la Administración, de lo que se tratará más adelante.

H. H. RUPP, en un trabajo posterior (42), coincide en considerar la llamada *Untätigkeitsklage* como una *Bescheidungsklage*. Por lo demás, difiere radicalmente de la postura de BETTERMANN. «A las acciones de imposición en el sentido del artículo 42.1 se reservan exclusivamente peticiones de protección jurídica que se dirigen a que se dicte un acto administrativo. Su parentesco interno con las acciones de anulación se refleja en que contienen incidentalmente la revocación de una resolución denegatoria, de tal manera que el juez puede sentenciar la revocación de la decisión denegatoria al mismo tiempo que la obligación de la Administración de dictar una resolución o el acto administrativo concreto pedido.»

A esta altura, puede resumirse ya de la siguiente manera la posición del problema alemán en punto a la exigencia de una decisión previa:

a) Es absolutamente imprescindible en las demandas de anulación.

b) Es discutida su exigencia en las demandas de imposición, pudiendo sostenerse, a la vista del artículo 113 VwGO, que no es preciso un acto administrativo, sino cualquier actividad de la Administración. En todo caso, se trata de un simple requisito procesal de admisibilidad (*Zulässigkeitsvoraussetzung*).

c) En el grupo de las llamadas «demás cuestiones de derecho público» («sonstige...»), entre las que se encuentra un importante subgrupo de las *Leistungsklage*, no es necesario.

### C) Suiza

La legislación suiza ofrece uno de los sistemas más completos de protección jurisdiccional, ya que además de las formas

(41) En el mismo sentido cfr. FORSTHOFF, *Lehrbuch*, pp. 496-497. Sería muy recomendable la adopción de un criterio similar en el Derecho español, por las mayores garantías que ofrece para el control de la actividad administrativa. Un punto de apoyo para esta tesis podría encontrarse en el espíritu generoso y aformalista de la nueva Ley de lo contencioso-administrativo, que no sólo se transparente en su articulado, sino que así se expresa reiteradamente en la Exposición de Motivos: «Lo que importa es si existe infracción jurídica, y ante ella más interesa hacer expeditiva la justicia que dificultarla con la imposición de un requisito puramente formal.»

(42) «Zur neuen VwGO: Gelöste und ungelöste Probleme», en *AöR*, núm. 3, 1960, pp. 302 y ss.

ordinarias de anulación e imposición (aquí llamadas casatoria y reformatoria, respectivamente), conoce una diferenciación entre la llamada jurisdicción posterior (que actúa después que ha resuelto la Administración y se basa, por tanto, en los actos de la misma) y la jurisdicción originaria (que interviene sin necesidad de que la Administración haya actuado).

*Jurisdicción casatoria.* —No ofrece ninguna característica especial. Es la expresión más antigua del control judicial de la Administración, y dentro de la abigarrada legislación de la Federación y de los Cantones se distinguen dos formas: la completa y la limitada, según que la anulación del acto administrativo que se recurre esté limitada o no a determinadas condiciones de hecho o de derecho.

*Jurisdicción reformatoria.* —Su justificación es evidente. Tratándose de actos administrativos gravosos basta la simple anulación para satisfacer los derechos del particular; pero en los actos administrativos favorables no basta la anulación, es preciso además que se dicte un acto nuevo. Esta es la función de la jurisdicción reformatoria administrativa. Se trata, pues, de una jurisdicción posterior, con la advertencia de que sus sentencias consuman la cuestión, es decir, que no se remite el asunto a la Administración con criterios indicadores de cómo ha de resolverse de nuevo, sino que el Tribunal acuerda directamente. La razón de este sistema estriba en la conocida experiencia de que la Administración puede causar un serio perjuicio a los derechos de los particulares mediante su resistencia pasiva, o al menos su negligencia, cuando se trata de cumplir las indicaciones de los Tribunales.

La doctrina suele acoger sin reservas esta forma de protección jurídica, considerándola imprescindible en el ámbito de la Administración de servicios. Por lo demás, sus ventajas se manifiestan también en la economía del trabajo que represen-

ta y en la mayor rapidez del procedimiento al evitarse una nueva remisión y posterior resolución de la Administración.

Su regulación legal es compleja, como corresponde a la variedad legislativa suiza, y en cualquier caso no es éste el lugar de su exposición (43). Por lo común, se admite mediante una cláusula general, aunque no faltan Cantones en que se determina solamente un cierto número de materias, que se enumeran.

*Jurisdicción originaria.* —Mayor originalidad presenta esta institución, que conviene examinar un poco más detalladamente. Como ya se ha indicado, constituye una intervención directa de la jurisdicción en la Administrativa, dictándose diversas clases de actos y de medidas administrativas sin necesidad de esperar a que previamente haya resuelto formalmente la Administración.

Fue introducida en el país en 1914 mediante la reforma del artículo 114 de la Constitución federal, que fue aprobada en un referéndum popular por 204.394 votos contra 123.431.

Como dice ZÜRCHER (44), «en cada institución estatal está encarnada siempre una idea política. Las ideas encarnadas por la jurisdicción ordinaria se basan en la concepción liberal del Estado y en la teoría del Estado federal, que son los principios fundamentales del orden jurídico suizo».

Por lo que afecta al primer extremo, la génesis del artículo 114 bis de la Constitución y la Ley de 1928 sobre la jurisdicción contencioso-administrativa que la desarrollan, demuestran bien a las claras que esta institución fue pensada sobre todo como una protección de los ciudadanos contra la Administración. Pero, sin embargo —y aquí entra en juego el segundo elemento al que alude certeramente ZÜRCHER—, no menos importante tiene su papel de permanente contrapeso constitucional entre la Federación y los Cantones. Por una parte, representa la ga-

(43) Véase Adrián HINDERLING, *Die reformatorische Verwaltungsgerichtsbarkeit*, Wintertür, 1957. En especial, pp. 48 y ss.

(44) Hans ZÜRCHER, *Die verwaltungsrechtliche Klage*, Aarau, 1944, p. 24.

rantía de que determinadas materias de importancia especial, que son de competencias de los Cantones, no están entregadas a la libre discreción de las autoridades locales, como sucede con algunos impuestos. Y por otra parte —en otras materias—, contrabalancean el predominio cada vez más creciente que va adquiriendo la organización burocrática de la organización federal. En los pequeños Cantones, con sus funcionarios no profesionales y sus reducidas misiones, la Administración puede ser controlada directamente por los ciudadanos, pero es forzoso reconocer que esto no es posible en una organización burocrática de ámbito federal. Tal es el papel que aquí juegan estos Tribunales especializados.

Aún podría señalarse otro argumento jurídico-político. La jurisdicción originaria es imprescindible para el control de los numerosos organismos que existen en la descentralización orgánica suiza, y cuya naturaleza jurídica es confusa, de tal manera que es dudoso considerarlos capaces de dictar actos administrativos. Al no estar esta jurisdicción sujeta a la condición de un acto administrativo previo, queda libre en todo momento la intervención y control de la jurisdicción (45).

No faltan, sin embargo, detractores de esta figura. Es indudable que existen inconvenientes de tipo técnico: los organismos jurisdiccionales, por muy especializados que sean, carecen de la competencia y de la rapidez de actuación de los organismos administrativos. Pero aún es más grave la objeción de que con esta intervención judicial en la actividad administrativa se rompe la unidad de la Administración, y una misma serie de actos pueden ser resueltos con diferentes criterios, según que en algunos haya resuelto la jurisdicción y en otros la Administración.

Hay, por último, un argumento político-constitucional que, dada la vida pública suiza, tiene un gran peso. En Suiza toda la actividad administrativa está sometida al control parlamentario. Los Ministros son responsables ante el Parlamento.

Ahora bien, los Tribunales, no. Esto significa que la representación política no puede exigir responsabilidades por la actividad administrativa acordada por los Tribunales. Los inconvenientes de esto pueden tener las más graves consecuencias, por cuanto la Administración —obrando en determinados casos por orden y conforme a los ajenos criterios de la jurisdicción— puede verse afectada por pretensiones políticas y particulares de responsabilidad.

La objeción es cierta y en los casos límites pueden producirse los resultados más desagradables; pero no tiene fuerza suficiente como para trastornar los principios de esta institución. No hay un mecanismo político constitucional perfecto. La vida constitucional ha de resolver los problemas formales insolubles que se le presenten con una elasticidad que le es propia y cuyo secreto no consta en los textos de las leyes.

Por lo demás, apurando el argumento hasta sus últimas consecuencias podría llegarse a la supresión de toda clase de jurisdicción, ya que las objeciones aportadas no son sólo propias de la jurisdicción originaria, sino también de la posterior. Un exceso de escrúpulos de pureza constitucional lleva necesariamente a una interpretación rígida de la teoría de la división de poderes, hoy por fortuna ya superada.

La peculiaridad de la jurisdicción originaria no radica tanto en la materia que queda controlada por los Tribunales, sino en el *cómo* se realiza este control. Las raíces de esta institución se encuentran precisamente en la teoría del Fisco, en el convencimiento de que la Administración no puede actuar imparcialmente en las materias que directamente le afectan, en la necesidad de considerarla frente al particular como una parte y someterla a la decisión de un tercero. La jurisdicción originaria representa el coronamiento de esta tendencia. Por razones prácticas el tradicional control represivo se complementa con el control preventivo: se derriba la antigua barrera de la exigencia de

(45) ZÜRCHER, *op. cit.*, p. 13.

un acto administrativo previo y se da a los Tribunales la posibilidad de actuar diligentemente dentro de la Administración sin necesidad de esperar a que los daños y las ilegalidades ya se hayan cometido.

Hasta ahora, a lo largo de los varios decenios de su existencia, no han aparecido en la práctica los inconvenientes y abusos que teóricamente son imaginables. La jurisdicción originaria no significa la ejecución pura y simple de medidas administrativas por los Tribunales, la sustitución del criterio de la Administración por el criterio del Tribunal. La jurisdicción no puede olvidar que la esencia de su función radica en el control de la legalidad y que su actividad ha de limitarse estrictamente a cuestiones litigiosas, es decir, discutidas. La no exigencia de un acto administrativo previo no significa que los Tribunales puedan intervenir a su antojo en la Administración. Para ello es preciso que la Administración demuestre de alguna manera una voluntad que sea antijurídica o que pueda serlo. Mientras no se pongan en peligro derechos o intereses es claro que no puede actuar el Tribunal, ya que no puede haber litigio mientras no haya intereses contrapuestos. La intervención jurisdiccional carecería de sentido. De aquí que aunque no se precisa un acto administrativo sea exigible que la Administración adopte una actitud determinada (*Stellungnahme*) sobre la cuestión, que justifique la intervención jurisdiccional.

En cuanto a su regulación concreta, «el ámbito de competencia de la jurisdicción originaria del Tribunal Federal está fijado por una cláusula general parcial y por una enumeración... En la cláusula general parcial queda formulada la competencia de una manera más general que en una enumeración. En ella se basa la competencia para una serie de asuntos por medio de caracteres comunes. Una cláusula general parcial concede al Tribunal Federal la competencia para resolver sobre las

pretensiones patrimoniales del *Bund* y contra el *Bund* que no estén expresamente remitidas a otra competencia. Para hacer este precepto más concreto y claro se enumeran también en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-administrativa algunos casos a guisa de ejemplos: funcionarios, daños causados por maniobras militares y gastos de los Cantones. Ahora bien, estos ejemplos no son exhaustivos, puesto que la competencia puede extenderse a otros casos. Completándose el sistema con un juego de excepciones» (46).

De cuanto antecede resulta, pues, que en el sistema suizo tampoco es imprescindible el principio de la decisión previa para la intervención jurisdiccional de control sobre la Administración. La llamada jurisdicción originaria canaliza formalmente estos supuestos.

#### D) *Austria*

La legislación austríaca se apoya en principios completamente diferentes a los de los países que quedan analizados anteriormente. La protección jurídica de los derechos de los particulares está garantizada por un doble sistema procedimental: primero, mediante una regulación de la actividad administrativa (procedimiento administrativo), y segundo, mediante un control jurisdiccional de esta actividad (procedimiento contencioso-administrativo). Ahora bien, mientras en la mayor parte de los países el punto de gravedad de estas garantías se sitúa en la segunda fase —en el control jurisdiccional—, en el Ordenamiento austríaco se da preponderancia a una estricta regulación de la actividad administrativa. A lo largo del procedimiento administrativo se da tal intervención a los particulares y se les ofrecen tantas garantías jurídicas, que el proceso contencioso-administrativo pasa a un segundo plano (47). Austria ofrece el extraño ejemplo de una literatura jurídica dedicada al procedimiento administrativo

(46) ZÜRCHER, *op. cit.*, p. 41.

(47) Cfr. A. NIETO, «El procedimiento administrativo en la doctrina y legislación alemana», en el número 32 de esta misma Revista.

mucho más abundante y rica que la dedicada al procedimiento contencioso-administrativo.

De ordinario se da por supuesto sin mayor análisis que el recurso contencioso-administrativo ha de dirigirse contra los actos administrativos. Principio que se complementa con el instituto del silencio administrativo, ya que «los particulares no sólo pueden ser lesionados o puestos en peligro sus derechos o sus intereses jurídicos por la actuación de la Administración mediante la adopción de los actos administrativos; también la inactividad de la Administración puede amenazar gravemente sus intereses. De aquí que el orden jurídico precise de instituciones de protección jurídica que aseguren a las partes contra una actividad pasiva de la Administración» (48).

A tales efectos, el artículo 73 de la *Allgemeines Verwaltungsverfahrensgesetz* de 1950 impone a la Administración la obligación de actuar. De no hacerlo así, se traslada la competencia al órgano superior. Y si éste tampoco actúa, queda abierta la vía jurisdiccional.

### E) España

La doctrina española no se ha ocupado hasta ahora especialmente de este importante problema. Como ya se ha indicado, parece dar por supuesto que los recursos contencioso-administrativos han de apoyarse en actos administrativos. GARRIDO FALLA lo afirma sin comentarios en el lugar ya citado. GONZÁLEZ PÉREZ parece apoyarlo en el principio de la jurisdicción revisora (49), aunque en otro lugar observa agudamente que ha de entenderse aquí acto administrativo en sentido amplio: «los principios fundamentales que informan el régimen administrativo impiden la admisión de pretensiones

ante los Tribunales frente a la Administración pública, sin resistencia de una manifestación de voluntad de la Administración en relación a la cual la pretensión se formula. De este modo, el acto administrativo, entendiendo la expresión en sentido amplio, deviene presupuesto objetivo general del proceso administrativo. Porque, en efecto, para que sea admisible una pretensión ante la Jurisdicción Contencioso-administrativa, es necesaria la existencia previa del acto administrativo y que la pretensión se deduzca precisamente en relación a un acto administrativo». Más adelante insiste, no obstante, en que (por exigencia del art. 1 de la Ley reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa: LJ) ha de «tratarse de actos administrativos en sentido propio» (50), entendiendo en la página siguiente que se trata de un requisito procesal, de «un presupuesto del proceso administrativo».

La legislación, por su parte, se ha declarado sobre el particular de la manera siguiente: «La jurisdicción contencioso-administrativa conocerá de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración pública sujetos al Derecho Administrativo y con las disposiciones generales de categoría inferior a la Ley» (art. 1, LJ). «El recurso contencioso-administrativo será admisible en relación con las disposiciones y los actos de la Administración...» (art. 37). «Actos y disposiciones de la Administración» es la expresión ordinaria que se reitera repetidas veces a lo largo de la Ley.

El Tribunal Supremo ha reiterado hasta la saciedad esta naturaleza revisora de la jurisdicción contencioso-administrativa (51). Por su especial rotundidad merecen citarse: la sentencia de 18 de abril de 1961, que declara «que la jurisdicción contencioso-administrativa tiene como finalidad específica el conocimiento y la re-

(48) L. ADAMOVICH, *Handbuch des österreichischen Verwaltungsrechts*, 5.ª ed., Wien, 1954, t. I, p. 132.

(49) *Derecho procesal administrativo*, t. I, pp. 278 y ss.

(50) *Op. cit.*, t. II, pp. 355 y 358, respectivamente.

(51) Con posterioridad a la aplicación de la LJ, veáanse, entre otras, las sentencias de 12 de junio y 24 de octubre de 1958, 10 de noviembre de 1959 y 22 de febrero de 1961.

solución de las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos y disposiciones de la Administración que estuvieren sujetos al Derecho Administrativo, y se hace ostensible su naturaleza fundamentalmente revisora en cuanto se requiere para poder ser ejercitada la previa existencia del acto administrativo que motiva el fallo para declarar si está o no ajustado a derecho»; la de 22 de junio de 1961: «para promover tal cuestión en la presente jurisdicción revisora, es indispensable, como se dice en el párrafo 2.º de la Exposición de Motivos de la Ley que la regula, la existencia previa de un acto de la Administración en el asunto que se debate»; y la de 18 de marzo de 1959: «en toda la sistemática de la LJ siempre se refiere a actos o disposiciones de la Administración, como se realiza en los artículos 1, 10, 14, 28 al 30, 37, 39 al 41, 44, 46, 47, 51, 53, 55 al 58, 61 al 63, 83 al 86, 90, 103, 105, 113, 118, 122, 123, 125 y 132, y confirma el artículo 35, Ley de Régimen Jurídico de la Administración del Estado».

Es curioso advertir que de estas sentencias del Tribunal Supremo se desprende un característico aroma procesal, que deja traslucir la tradicional casatoria civil de este organismo. En el fondo, para el Tribunal Supremo se trata de un reflejo de la doctrina de la *litis contestatio* con todas sus consecuencias procesales, incluida la *perpetuatio iurisdictionis*.

Vayan de muestra dos ejemplos: «En consecuencia, como se ha interpuesto el presente recurso contra la resolución (que le denegó su petición) y en el escrito-demanda amplía su petición, en el Suplico, su solicitud de ser incluido y escalafona-

do... aparece claro que al no haber deducido el recurrente esta última pretensión ante la Administración en vía gubernativa, es inadmisibile su planteamiento en la jurisdiccional» (*Sentencia de 18 de abril de 1961*). «Si bien puede esta jurisdicción apreciar nuevos motivos o fundamentos no alegados en vía gubernativa, según el artículo 69, número 1, de la Ley de esta jurisdicción, no tiene competencia para sustituir a la Administración haciendo pronunciamiento sobre materia silenciada al agotarse aquella vía» (*Sentencia de 22 de junio de 1961*). «Teniendo en cuenta el carácter peculiarmente revisor de nuestra jurisdicción, es obvio no puede entrar a decidir sobre cuestiones no resueltas por el acto administrativo, cuya nulidad o revocación es pretendida».

En la sentencia de 23 de abril de 1960 se sienta, no obstante, un criterio conscientemente opuesto al que se intuye en el texto, pero que viene a reconocer su pasada existencia tradicional, de la que ciertamente no se ha depurado: «El recurso contencioso-administrativo ha perdido el carácter de revisor con la extensión que antes se le daba porque esta jurisdicción es revisora en el sentido de que es necesario exista un acto administrativo previo; pero, al no ser una segunda instancia, no impide que se aporte nuevos documentos y se hagan alegaciones distintas a las que se hicieron ante la Administración» (52).

Aquí se ve que en ocasiones no se exige solamente la preexistencia de un acto administrativo, cuya anulación se pretende, sino que analizando este acto administrativo se descomponen los elementos que han sido debatidos en la vía administrativa, y los que han quedado sin tratar

(52) Doctrina que refleja la tajante declaración de la Exposición de Motivos de la Ley: «Esto no significa que se haya podido concebir la jurisprudencia contencioso-administrativa como una segunda instancia: ante ella, por el contrario, se sigue un auténtico juicio o proceso entre partes, cuya misión es examinar las pretensiones que deduzca la actora por razón de un acto administrativo. La jurisdicción contencioso-administrativa es, por tanto, revisora, en cuanto requiere la existencia previa de un acto de la Administración, pero sin que ello signifique —dicho sea a título enunciativo— que sea impertinente la prueba, a pesar de que no existe conformidad en los hechos de la demanda, ni que sea inadmisibile aducir en vía contenciosa todo fundamento que no haya sido previamente expuesto ante la Administración. El proceso ante la jurisdicción contencioso-administrativa no es una casación, sino propiamente una primera instancia jurisdiccional.»



o sin resolver se excluyen de la jurisdicción. Actitud procesalista extrema y estéril, que ninguna razón sustancial justifica, una vez que el dogma de la división o separación de los poderes ha perdido sus exigencias rigurosas, y que amenaza secar la rica vitalidad anunciada en la nueva Ley de jurisdicción (53).

Resumiento, en España, y a diferencia de los países que se acaban de examinar, el problema tiene una solución forzada:

a) La intervención jurisdiccional presupone una actividad formal de la Administración, un acto administrativo expreso o tácito, espontáneo o provocado.

b) El instituto del silencio administrativo reconocido fundamentalmente en los artículos 94 y 125 de la Ley de Procedimiento Administrativo, cierra la laguna que podría representar la inactividad formal de la Administración, pese a la previa provocación del particular.

c) Una tendencia jurisprudencial no se contenta con exigir la presencia de un acto formal de la Administración, sino que, descomponiendo los elementos materiales del mismo, resuelve sólo, con un criterio procesalista, los que han sido debatidos en la vía administrativa, prescindiendo de los pedimentos del Suplico de la demanda que no se remitan a ellos (54).

#### IV. INACTIVIDAD MATERIAL

En el epígrafe anterior ha quedado analizada la naturaleza y efectos de la inactividad formal de la Administración. Ahora corresponde examinar la inactividad material, contra la que, sin duda al-

guna, es fuerza imaginar la posibilidad de un recurso contencioso-administrativo, ya que, como antes queda apuntado, el orden jurídico puede quebrantarse exactamente igual por acción que por omisión (en los campos, especialmente delicados de las responsabilidades civiles y penales ello ha llegado a ser obvio). Además, no hay ningún texto legal que se oponga a ello. Únicamente su tratamiento presenta determinadas dificultades técnicas no imposibles de superar.

Para quebrantar por medio de los Tribunales esta inactividad material de la Administración se ofrecen diferentes soluciones, que han encontrado acogida en el Derecho comparado:

A) El particular que se cree perjudicado acude directamente a los Tribunales, sin esperar a que la Administración haya resuelto, y el juez resuelve en sustitución de la autoridad administrativa. Esta solución sólo ha sido aceptada liberalmente en el Ordenamiento suizo, según queda expuesto. Para la mentalidad jurídica europea el radicalismo de esta fórmula se presenta llena de peligros y contradicciones, ya que con ella parece trastornarse el principio de división de poderes, estrella polar que, más o menos confusamente, ha marcado el rumbo del Derecho Administrativo en los últimos dos años. De aquí la preocupación de la doctrina suiza por compatibilizar el sistema con el viejo principio, aunque en realidad el esfuerzo hecho en tal sentido no sea necesario, ya que el llamado recurso originario se encuentra respaldado por la Constitución y por la práctica. Pero el influjo de esta teoría es tan grande, y tan ge-

(53) Algunas sentencias ofrecen un aspecto especialmente anacrónico. Véase, por ejemplo, la muy reciente de 13 de diciembre de 1961, que anula la Orden Ministerial recurrida, pero en la que, no obstante haber quedado el hecho de la posesión debatida probado hasta la saciedad en el proceso (e incluso reconocido expresamente en la misma), se añade: «sin que quepa acceder a la decisión limitativa y determinante de confines posesorios que se solicitan, por ser ello contrario a la naturaleza de la decisión contencioso-administrativa, sólo atinente a la declaración de antijuridicidad de la resolución administrativa y no al derecho del recurrente». Esto no es sólo teóricamente imperfecto, sino contrario, además, a expresos criterios de la LJ, como se verá. En la propia materia de deslinde de montes públicos así lo acepta la sentencia de 23 de diciembre de 1960, a la que luego aludiremos.

(54) Sobre la posibilidad de que el Tribunal resuelva positivamente asuntos tratados, aunque no resueltos o desestimados en la resolución administrativa, véase el epígrafe siguiente.

neral su asimilación con el Estado de Derecho, que no parece posible la admisión de este sistema jurisdiccional sin una toma de conciencia preliminar sobre su compatibilidad con el principio de la división de poderes.

Por otra parte, al tratar esta cuestión, debe procederse con sumo cuidado, pues no puede evitarse la sensación de que se está luchando con un gigante que es un fantasma, contra un molino de viento. Nadie puede negar que el principio de la división de poderes es uno de los fundamentos del Estado moderno y del Estado de Derecho en general. Las dificultades comienzan al tratar de determinar su alcance, porque es notorio que bajo su invocación se han cometido las mayores arbitrariedades. En la hora presente la formulación de MONTESQUIEU supondría una aberración político-constitucional. El sistema de la intangibilidad de la Administración tal como se defendió en la Revolución francesa (55), es ya algo inadmisibles para la mentalidad moderna, un error cuyas consecuencias todavía se están pagando caras en el país vecino, como habremos de ver.

La posterior distinción entre división de poderes y división de funciones ha despejado parte de los malentendidos usuales, aunque ciertamente no haya introducido mayor claridad, porque poderes, órganos y funciones son conceptos que se entrelazan inextricablemente. En cualquier caso debe rechazarse toda interpretación formal del principio. De otro modo aparecerían irreconciliablemente opuestos conceptos de seguridad política y de seguridad jurídica. En el momento actual, la división de poderes es, más que un principio, una actitud constitucional del Estado moderno de Derecho.

Al poner en relación este tema con el de la actividad originaria de los Tribunales, considera HINDERLING (56) necesario desdoblarse el principio de la división de poderes en dos postulados: 1) Las funcio-

nes deben estar encomendadas a órganos diferentes, que no estén representados por la misma persona; y 2) Estos órganos tienen que ser independientes entre sí. Por otra parte, ambos se reconducen en el mismo objetivo: la garantía de la libertad de los ciudadanos frente al Estado. En este sentido, cuando el quebrantamiento de estos postulados (que es indudable en la jurisdicción revisora reformadora) se hace invocando el fin último de la garantía de los ciudadanos, se produce solamente una violación formal, pero no una violación del principio de la división de poderes.

En otro orden de consideraciones, es de notar que MONTESQUIEU sostenía la prohibición de que un funcionario administrativo hiciese justicia, en razón a que estaría inclinado a hacerla mal. Ahora bien, la situación en que pensaba MONTESQUIEU era la de la jurisdicción señorial, en la que el señor administraba justicia en sus propios asuntos. En estos supuestos es inevitable la tendencia a la parcialidad. Otra cosa es cuando se trata de asuntos que le son completamente ajenos: por ejemplo, una separación matrimonial conforme a la legislación civil. En estos casos, ¿cabe temer parcialidad en el funcionario? Evidentemente, no —sigue razonando HINDERLING—: pues éste puede ser también el caso de la jurisdicción. «De aquí que no pueda considerarse como de aplicación rigurosa la exigencia especial de la doctrina, del postulado del ejercicio de las funciones administrativas y jurisdiccionales por órganos distintos e independientes entre sí. Sólo puede concederse carácter general al principio de que ambos poderes han de estar rigurosamente separados, en cuanto se trata de resolver sobre cosas en cuya resolución está interesada de alguna manera la Administración... En estos límites es admisible, incluso desde el punto de vista de la teoría jurídica, que pueda ser quebrantado el principio general de la división de poderes».

(55) Cfr. GARCÍA DE ENTERRÍA, «La Revolución francesa y la emergencia histórica de la Administración contemporánea», en *Homenaje a Pérez Serrano*, t. II, Madrid, 1959, pp. 202 y ss.

(56) *Op. cit.*, pp. 75 y ss.

B) Un segundo sistema, radicalmente opuesto al anterior, ateniéndose rígidamente al principio de la división de poderes, deduce del mismo la imposibilidad de que los Tribunales adopten directamente resoluciones administrativas y, aún más, de que ordenen siquiera a la Administración la adopción de resoluciones que sean conformes a Derecho.

Según este sistema, la inactividad de la Administración puede quedar prácticamente impune, ya que es evidente que la mera declaración de los Tribunales de que *debe* aceptarse una resolución determinada, si carece de imperatividad, se convierte en un ineficaz *debiera* en los casos de resistencia a la Administración (57). En estas circunstancias queda salvado ciertamente el principio de la división de poderes; pero los derechos de los particulares se encuentran sin garantía alguna por lo que a la inactividad material de la Administración se refiere, ya que los Tribunales no pueden ni remediar el mal causado (mediante una anulación, que es imposible porque no hay nada que anular), ni disponer de medidas positivas necesarias.

Esta es la situación en Francia. Allí la jurisdicción contencioso-administrativa sólo ha encontrado dos fórmulas de sentencia: la de anulación de un acto administrativo y la de fijación al Estado de una cantidad a indemnizar. Fuera de estos casos —y aquí encajan los supuestos de la inactividad material de la Administración—, el *Conseil d'Etat*, en vez de resolver directamente, les remite de nuevo a la Administración para que sea ésta quien lo haga. «Los Tribunales no pueden hacer en sus sentencias actos administrativos (CE, 9 de marzo de 1938). El Consejo de Estado se reconoce en ocasiones el derecho de reformar un acto administrativo, pero solamente en el contencioso de plena jurisdicción (CE, 15 de mayo de 1914:

disposición de un Decreto prefectoral sustituido por otro; 22 de junio de 1951: ídem en materia de edificios ruinosos). Pero esto es excepcional. En general, el Consejo de Estado no se reconoce el derecho de concederse autorización para hacer él mismo un nombramiento (CE, 16 de mayo de 1941), de modificar las condiciones de un contrato, de prescribir el pago de una cantidad (CE, 5 de abril de 1940). Se contenta con enviar al peticionario ante la Administración para que se le conceda su derecho, invitar a los contratantes para que se avengan amistosamente a revisar las cláusulas del contrato... El Consejo de Estado emplea, no obstante, en ocasiones procesos conminatorios respecto a la Administración» (58).

«La independencia de la Administración respecto al juez —dice LAUBADÉRE (59)— prohíbe a éste el pronunciar contra la Administración condenas dirigidas a obligarla a actuar de una determinada manera. A este respecto no solamente no puede el juez en un recurso de anulación sustituir a la Administración y dictar él mismo una decisión en lugar de la anulada, sino que además tampoco puede dirigir a la Administración *injonctions*, condenarla a obligaciones de hacer. El ejemplo característico en este punto es la incompetencia del juez para condenar a la Administración a destruir una obra pública construida irregularmente (CE, 10 de marzo de 1905); e igualmente y por la misma razón tampoco puede ser empleado por los Tribunales contra la Administración el procedimiento de *l'astreinte*, que consiste en combinar una condena a una obligación de pagar indemnizaciones de un tanto por día de retraso.

El juez no puede, pues, hacer presión sobre la Administración más que por procedimientos indirectos; por ejemplo, remite a las partes ante la Administración para que el caso sea resuelto de nuevo por

(57) Sobre el problema en nuestra experiencia jurisdiccional, véase el fino estudio de FERNÁNDEZ HERNÁNDEZ, «El incumplimiento de la sentencia administrativa, sus formas y su tratamiento procesal», en *Estudios en homenaje a Jordana de Pozas*, t. III, vol. 2, Madrid, 1961, pp. 239-256.

(58) WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 161.

(59) *Traité...*, cit., p. 329.

ella; a veces les sugiere modelos de Reglamentos, sobre cuyas bases les invita a ponerse de acuerdo (CE, 19 de diciembre de 1930); o también utiliza bajo una forma conminatoria, prácticamente vecino a *l'astreinte*, su facultad de condenar a la Administración a pagar intereses por daños (CE, 10 de marzo de 1905: se condena a un municipio a pagar una indemnización "si no prefiere suprimir las obras irregulares"; 23 de noviembre de 1905: indemnización mensual de 200 francos "hasta el día en que la ciudad haya hecho cesar los daños").»

La jurisprudencia es constante: *pas d'injonctions à la Administration*, y la doctrina se ve forzada a seguirla, si bien lamentando de ordinario este privilegio político de la llamada independencia de la Administración.

En la práctica, los Tribunales se esfuerzan por encontrar fórmulas que, evitando formalmente *l'injonction*, representen una garantía de los derechos reconocidos en sus sentencias (60). El procedimiento más usual es una remisión del asunto a la autoridad Administrativa *pour ce que de droit*, indicándole (no impidiéndole) sus obligaciones para que satisfaga el derecho del recurrente, sugiriéndole las medidas a ejecutar y previniéndola de las consecuencias en caso de negativa. De esta manera se salva el principio político de la independencia de la Administración y se facilita la consecución de la justicia. Según la expresión de HAURIUO, este procedimiento es un «llamamiento elocuente a la moralidad administrativa».

La dificultad estriba en ocasiones en separar el *renvoi pour ce que de droit y l'injonction*. Algunos autores, como BONNARD, han llegado a asimilarles. La mejor prueba de que esto no es cierto se ve en algunos casos de pertinaz resistencia de la Administración, que se han hecho famosos, y que demuestran hasta qué punto este mecanismo es imperfecto: En el asunto Noualhier (CE, 24 de enero de 1902) fueron precisas tres decisiones consecutivas del Consejo de Estado, escalonadas a

lo largo de cuatro años, para romper la resistencia de un alcalde; la Resolución de 17 de febrero de 1950, coronó una resistencia de la Administración a sentencias firmes que se había prolongado durante ocho años.

Jurídicamente, el respeto que la Administración debe a la cosa juzgada se deduce simplemente de tres principios: la violación de la cosa juzgada: a) es asimilada a la violación de la Ley y permite, por tanto, la anulación por exceso de poder de la decisión tomada con infracción de una decisión del juez administrativo; b) arrastra la responsabilidad de la Administración, y c) podría arrastrar la responsabilidad personal del agente (61).

He aquí que el problema de la ejecución de las sentencias presenta, pues, en el país vecino caracteres verdaderamente graves, ya que la «moralidad administrativa» no ha conseguido eliminar la orgullosa mentalidad de autoridades y funcionarios, especialmente en los organismos locales y autónomos, donde las pasiones personales tan vivamente se encienden al amparo de la impunidad. Con frecuencia se ve obligado el Tribunal a tomar medidas indirectas para salvar la eficacia de las sentencias. Así, la anulación de las decisiones administrativas contrarias a la cosa juzgada y el señalamiento de responsabilidades pecuniarias a la Administración en caso de negativa a ejecutar una decisión de justicia. De esta segunda manera se traslada al campo de fricción al terreno de los bienes de la Administración, vista la imposibilidad de lograr éxito en el campo de la pura actividad. El mecanismo de ejecución de sentencias es una de las piezas claves de la intervención de la jurisdicción contra la inactividad administrativa; sin aquél, ésta es inimaginable. La transformación de una actividad en una responsabilidad pecuniaria dista mucho de ser una solución perfecta; pero a veces es el único medio de que disponen los Tribunales, ya que las condenas contra la Administración en materias de dinero son perfectamente admisibles.

(60) Una exposición detallada puede verse en MONTANÉ, *op. cit.*, pp. 505 y ss.

(61) Cfr. VEDEL, *Droit administratif*, cit., pp. 342-343.

Pero este nuevo rodeo no significa ni mucho menos una total garantía, ya que, en sustancia, no existe medio de ejecución forzosa contra la Administración. En particular, los bienes administrativos son inembargables. Esta falta de ejecución forzosa se transparenta en la diferente fórmula de estilo empleada en las sentencias según que se dirijan contra la Administración o contra los particulares. En estos casos se ordena al interesado el cumplimiento de la sentencia y se comunica a continuación a los agentes de la justicia para que apoyen esta ejecución; mientras que en las sentencias administrativas dictadas contra el Ministro se prescinde de esta segunda cláusula. Por lo que afecta a los organismos locales existe solamente un correctivo administrativo, que consiste en una inscripción de oficio que autoriza a la Autoridad jerárquica a consignar por sí misma en el presupuesto de la colectividad centralizada las sumas necesarias para el pago de las deudas líquidas y exigibles. Igualmente tiene el Prefecto sobre el Alcalde un poder de sustitución para el pago de las sumas debidas por el Municipio.

La doctrina aboga también (62) por la implantación de una responsabilidad personal, civil y criminal del funcionario culpable de la inejecución de la sentencia, y que complementa la responsabilidad genérica, ya reconocida, de la Administración. La dificultad estriba, empero, en que el Consejo de Estado no es competente nunca para conocer de la responsabilidad personal de los funcionarios. En cualquier caso, no hay antecedentes jurisprudenciales.

Al sistema francés viene oponiéndose tradicionalmente el sistema inglés, a cuyos Tribunales se atribuye la potestad de dar órdenes a los agentes del Ejecutivo, mediante una resolución de *mandamus* e incluso de imponerles en algunos casos obligaciones de hacer o no hacer mediante una *injocion*. Pero parece ser que es-

tas facultades se refieren solamente a las colectividades locales, mientras que son inadmisibles contra los funcionarios de la Corona. Donde ciertamente se dan estas *injocions* con carácter general es en el Derecho norteamericano (63).

C) Aún queda una tercera solución: aunque el Tribunal no está facultado para desarrollar directamente una actividad administrativa, es competente para, en *vía de recurso*, suplir la inactividad de la Administración, adoptando las medidas que para ello sean necesarias, y ordenando a la Administración su cumplimiento.

Este sistema encierra, a primera vista, una contradicción: si el Tribunal ha de actuar por la vía de recurso, es decir, revisoramente, y aquí de lo que se trata es de una no actividad, ¿qué es lo que va a recurrirse? En este punto entra en juego la mecánica de la distinción entre inactividad material y formal. Efectivamente, una no actividad material no ofrece base consistente para un recurso; pero puede provocarse una actividad formal, y contra esta actividad formal (contemplada, en su caso, por el instituto del silencio administrativo) cabe iniciarse ya la revisión. Si la Administración no toma precauciones de seguridad en una obra pública peligrosa o no desaloja a un usurpador de la vía pública (inactividad material), debe provocarse un acto administrativo mediante la oportuna reclamación administrativa, y contra este acto administrativo, y en referencia a la inactividad material previa, puede iniciarse la vía contenciosa.

La sentencia del Tribunal no se limita en este sistema a la anulación ideal del acto administrativo provocado, sino a la conformación de la relación jurídica que sea conforme a derecho, y, en su caso, se dictará una orden a la Administración.

Esta es la técnica general del artículo 113 VwGO alemán y la regulada con gran acierto en España por la nueva LJ.

Afirmado, en efecto, según vimos antes, y sin posibilidades de excepción, el carácter revisor de la jurisdicción conten-

(62) WALINE, *Droit administratif*, cit., p. 162.

(63) Gilbert TIXIER, *Le contrôle judiciaire de l'administration anglaise*, París, 1954, especialmente pp. 60-63.

cioso-administrativa, que exige un acto administrativo previo, una inactividad formal, no se ha detenido la Ley española en el modelo francés, sino que, avanzando un paso más, determina en el artículo 42 que «la parte demandante... podrá pretender... el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno restablecimiento de la misma» (progresiva figura que se corresponde, pues, con las *Folgebescitigungsansprüche* de la doctrina alemana, ya examinadas), y, en su consecuencia, según el artículo 84 b), «cuando la sentencia estimare el recurso contencioso-administrativo, si se hubieran deducido las pretensiones a que se refiere el artículo 42, reconocerá la situación jurídica individualizada y adoptará cuantas medidas sean necesarias para el pleno restablecimiento de las mismas» (64).

Veamos, ahora, cómo ha ido interpretando la jurisprudencia estos, al parecer, rotundos principios:

a) En numerosos casos, el Tribunal Supremo anula la resolución administrativa recurrida y en su lugar hace una declaración de derechos, ordenando a la Administración su cumplimiento. Este es el supuesto normal y, desde luego, el correcto. Así, en la sentencia de 24 de octubre de 1958, entendiéndose que la resolución recurrida no es conforme a derecho, se estima el recurso, anulándose totalmente, y en su lugar se declara que la mercancía a que se refiere debe adeudarse por la partida arancelaria 591 en vez de la 398 aplicada por la Administración, ordenando, consecuentemente, la práctica de una nueva liquidación y la devolución de lo que resultare exigido de más. En igual sentido la sentencia de 1 de marzo de 1961. La sentencia de 16 de octubre de 1959 anula totalmente las Ordenes ministeriales recurridas por no ser conformes a derecho, declarando en su lugar que los recurrentes tienen derecho a que

se les otorgue la inscripción en el Registro correspondiente de aprovechamiento de aguas a que el pleito se contrae, ordenando en su consecuencia que se practique dicha inscripción. La sentencia de 2 de enero de 1960 revoca un acuerdo municipal de liquidación de exacciones municipales por ocupación de la vía pública, que se declara nulo y acuerda que por la Corporación municipal se lleve a cabo nueva liquidación en el porcentaje ya señalado, pero teniendo como tope básico de percepción el valor de los terrenos de vías públicas que atraviesa u ocupa la entidad comercial recurrente. La sentencia de 23 de abril de 1960, en un asunto referente a deslinde de montes públicos, anula la Orden ministerial aprobadora del deslinde y declara que la línea divisoria ha de ser la que en el plano obrante en autos está señalada con color verde. La sentencia de 10 de octubre de 1960, declarando la invalidez legal de los acuerdos a que se refiere, reconoce el derecho de los recurrentes a que se les respete el aprovechamiento de las aguas que vienen aplicando al riego de sus propiedades, ordenando la reposición del regadío al estado en que se encontraba antes de la alteración del uso de las aguas por los actos municipales invalidados.

b) En diferentes supuestos, el Tribunal Supremo, amparándose en el carácter revisor de la jurisdicción, se niega a suplir la inactividad de la Administración, a pretexto de que no ha sido discutido previamente en la vía administrativa. Así, las sentencias de 10 de octubre de 1959, 22 de febrero de 1961 y 22 de junio de 1961. Particular interés ofrecen las de 18 de abril de 1961 y 18 de marzo de 1959, que demuestran hasta qué punto puede ser rígido el criterio del Tribunal Supremo en este aspecto. En el asunto contemplado por la primera de ellas, el recurrente había solicitado en la vía administrativa el reconocimiento de su condición de funcionario, que le fue denegado. En el Su-

(64) Sobre ejecución de sentencias, tema que en la actual legislación española sólo roza incidentalmente la problemática del texto, cfr., además del trabajo de FERNÁNDEZ HERNANDO citado, GONZÁLEZ PÉREZ, *Derecho procesal administrativo*, t. II, Madrid, 1957, pp. 773 y ss.

plico de la demanda amplió esta petición solicitando, además, ser escalafonado e incluido en la correspondiente plantilla. El Tribunal Supremo lo desestima, porque «aparece claro que al no haber deducido esta última pretensión ante la Administración en vía administrativa, es inadmisiblesu planteamiento en la jurisdiccional». Conforme a este criterio, el Tribunal autolimita sus facultades de una manera excesiva dada la íntima conexión de las peticiones. La exigencia de un acto administrativo previo no debe ser entendida de tal manera que se atribuya al acto la condición de una sentencia inferior en un procedimiento de casación, y a la reclamación administrativa, la de una demanda provocadora de una litispendencia inmodificable. La conexión material que relacionan las peticiones (reconocimiento de la condición de funcionario y escalafonamiento) autoriza a insertar la segunda en el complejo jurídico de la primera. La exigencia rigurosa de su especificación en la vía administrativa está en consonancia con las técnicas procesales tradicionales. Pero es incompatible con el espíritu nuevo anunciado en la LJ. La incorrección del criterio del Tribunal Supremo es aún más llamativa si se comparan estos supuestos de hecho con los que motivaron las sentencias aludidas en el apartado anterior.

La sentencia de 18 de marzo de 1959 resuelve el siguiente caso: Un coronel del Ejército del Aire, incapacitado ya para el vuelo, dirige una instancia al Ministro en la que, exponiendo que con motivo del ascenso a general de un compañero, no se respetaban sus derechos, ya que no se le ascendió a él anterior o simultáneamente, pese a su mayor antigüedad, suplica que se fije en las plantillas de la escala del Arma de Aviación el número de los que puede haber en el empleo de general e incapacitados para el vuelo y, además, que las vacantes se cubran en la forma que está reglamentado. Sin haberse resuelto esta solicitud, interpone recurso contencioso-administrativo, que es desestimado porque en la instancia no solicita la revocación o nulidad de la resolución de ascenso, sino la determinación del número

de Generales. El recurso es declarado inadmisibles.

El interés de esta sentencia es muy grande, ya que en uno de sus Considerandos, después de afirmarse de modo tajante la imposibilidad de recurrir contra las omisiones de la Administración, termina desarrollándose la técnica de la convertibilidad de la inactividad material en actividad formal, a los efectos de habilitar el recurso: «en toda la sistemática de la LJ, siempre se refiere a actos o disposiciones de la Administración... sin que se admita en precepto alguno que quepa ejercitar la acción contra las omisiones administrativas, ni pueda conocerse de ellas ante esta jurisdicción, pues para subsanar tales negligencias de la Administración, el procedimiento adecuado es el plantear ante ella el pertinente escrito en que se solicita el cumplimiento del precepto que no se está aplicando —en uso de la facultad de petición concedida por el artículo 70 de la Ley de Procedimiento Administrativo— y de subsistir la inercia de la Administración en hacerlo y resolver, los artículos 38 de la Ley de la Jurisdicción y 94 de la Ley de 17 de julio de 1958, dan cauce entonces ante esta jurisdicción, en los plazos que en ellos se establecen y siempre que se hubiere efectuado la previa denuncia de la mora».

Resumiendo: A) Aun sin combatir teóricamente la actuación administrativa directa de los Tribunales, conforme al sistema suizo, es evidente que en España carece esta técnica de ambiente necesario como para aconsejar su introducción. B) El sistema francés puede considerarse en la actualidad felizmente superado. C) El sistema español de garantía frente a la inactividad material de la Administración, se basa en una técnica complicada de su convertibilidad en actividad formal, provocadora de actos positivos, pero, armonizando lo tradicional con lo moderno, puede revelarse muy eficaz, sobre todo si el Tribunal Supremo abandona su rigidez de miras, típicamente procesalistas, en el momento de relacionar el contenido de la sentencia con el acto administrativo que la provoca.

## V. PERJUICIOS CAUSADOS POR LA INACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACION. SU PREVENCIÓN

El procedimiento contencioso-administrativo no escapa, por desgracia, del gravísimo defecto de la lentitud que parece acompañar a los mecanismos judiciales, como la sombra al cuerpo. Mejor aún, el lento caminar de los Tribunales se agrava en nuestro Ordenamiento con la acumulación del procedimiento administrativo previo —ciertamente no mucho más rápido—, requisito inexcusable para la formación de la resolución previa, y que como consecuencia de las varias instancias y de la frecuente aplicación de los silencios administrativos, deja arrastrar durante largos años las reclamaciones de los particulares. Al examinar las sentencias del Tribunal Supremo abruma considerar los abismos de incertidumbre jurídica e inseguridad económica que median indefectiblemente desde que el ciudadano inicia su defensa hasta que el Tribunal dicta el derecho. Tanto tarda la resolución que muchas veces, como dicen gráficamente los alemanes, *statt Brot, wird ein Stein gegeben*, en lugar de pan, se entrega una piedra.

Esto ya es de por sí suficiente perjuicio; pero sucede que en ocasiones el caso es aún más grave: el pan no se endurece, sino que se fermenta y hasta se estropea definitivamente. Imagínese una mercancía susceptible de averiarse detenida en la Aduana durante años y años esperando que el Tribunal decida sobre las condiciones de su importación. Y no se trata solamente de la destrucción de la mercancía, sino de la del interesado, o, muy especialmente, en las posibilidades de fijación del hecho dentro del proceso.

En este sentido, el mecanismo de la defensa judicial es, por naturaleza, muy imperfecto. Pero en cualquier caso, y precisamente por ello, deben hacerse los mayores esfuerzos para evitar los perjuicios que se derivan de la lentitud de la resolución y, muy especialmente, de los perjuicios que se originan dentro del proceso y que puedan ser evitados.

Esta afirmación es tanto más necesaria y posible por cuanto: *a)* Por lo que se refiere a los perjuicios ocasionados al particular durante el proceso, la sentencia (art. 84 LJ) debe hacer una declaración sobre los mismos. *b)* Por lo que se refiere a las circunstancias modificativas del objeto base de la demanda, el artículo 75 habilita al Tribunal para que acuerde de oficio la práctica de cuantas medidas estime convenientes.

Es claro que tales preceptos no constituyen base legal suficiente para autorizar el ejercicio de las medidas que aquí se propugnan; pero con ello se quiere poner de relieve el presupuesto lógico-jurídico de esta tendencia. En efecto, si el Tribunal puede condenar a la Administración al pago de una indemnización por daños, ¿no sería oportuno el procurar reducir en lo posible tales daños? Si la mercancía detenida en la Aduana empieza a averiarse, ¿no sería útil disponer alguna medida provisional para facilitar su salida o conservación, con las debidas garantías y a resultas siempre de la sentencia definitiva posterior? Por otro lado, si el Tribunal está facultado, o mejor, obligado a determinar lo más exactamente posible los supuestos del hecho constitutivo de la demanda en una fase procesal determinada, ¿no sería oportuno ampliar estas facultades para lograr una mejor determinación de los hechos en general? En el caso anterior, ¿no sería útil disponer un peritaje en el momento en que se inicia la avería antes de que la descomposición de la mercancía impida determinar su valor y las cuasas de su pérdida?

Conviene referir todas estas consideraciones al número 2.º del artículo 122 LJ, según el cual «procederá la suspensión cuando la ejecución hubiese de ocasionar daños o perjuicios de reparación imposible o difícil», y que pudiera constituir, en su día, base para técnicas legislativas o jurisprudenciales más audaces.

1. La primera limitación que impone este precepto a la actividad suspensiva del Tribunal es que el proceso ya se haya iniciado, lo que resulta de la primera frase del número 1.º del mismo artículo («la in-



terposición del recurso administrativo...») esta limitación responde, en principio, a una exigencia lógica, ya que mientras no se haya interpuesto el recurso contencioso-administrativo no se pone en movimiento la actividad jurisdiccional, y, por razones prácticas de tipo procesal, desconoce el asunto y carece de elementos para valorar los perjuicios. Dejando aparte esta última objeción —que podría obviarse con unas reglas procedimentales adecuadas—, resulta evidente la insuficiencia de la Ley actual. No hay que olvidar que al recurso contencioso-administrativo sólo se llega después de un lento caminar a lo largo de la vía administrativa. El resultado es que durante este tiempo pueden producirse una serie de daños y perjuicios que en el momento de iniciarse el proceso contencioso-administrativo sean ya de reparación imposible o difícil. Ya veremos cómo en la práctica francesa, y por estas mismas causas, la aplicación del *référé* no está condicionada a la iniciación del proceso contencioso-administrativo. La primera reforma podría ser, pues, la extensión de las facultades del Tribunal en este sentido.

2. El segundo defecto notorio de esta disposición estriba en que limita el objeto de la suspensión al «acto o a la disposición» recurrida. Esta limitación, por una parte, es congruente con el espíritu general de la Ley, que parece referir exclusivamente el recurso a la actividad positiva de la Administración; pero es evidente que ésta puede causar daños y perjuicios lo mismo por acciones que por omisiones; es más, puede asegurarse que son las omisiones las que acarrearán con más frecuencia en la vida diaria estos daños y perjuicios. Por lo cual, y teniendo en cuenta que conforme a la tesis defendida el recurso cabe también contra la inactividad material de la Administración, sería muy de desear que los poderes del Tribunal se ampliasen incluso a la imposición a la Administración de las medidas omitidas que pudieran acarrear daños o

perjuicios de reparación imposible o difícil.

Téngase, pues, muy presente que lo que se sugiere no es la concesión de nuevas facultades al Tribunal, sino, más sencillamente, la ampliación mediante una técnica más perfecta del ejercicio de las que ya tiene. De esta manera se corregiría una falta del sistema legal vigente sin necesidad de modificar en nada grave las líneas generales de su estructura. La reforma podría ser, además, muy efectiva si se tiene en cuenta que los jóvenes Tribunales contencioso-administrativo territoriales han de actuar con un celo y entusiasmo particular. A mayor abundamiento tampoco debe olvidarse que en los casos en que los daños se producen y luego resulta condenada por la Administración a su indemnización, si pudieran evitarse tales daños por los Tribunales la beneficiada sería la propia Administración, sin perjuicio, claro está, de lo que todo ello representa para la economía nacional. Al Estado le es, pues, menos oneroso autorizar a los Tribunales para que eviten a tiempo los daños que el ser condenado por los mismos a su resarcimiento.

Conviene decir ahora que el ejemplo manejado de las mercancías detenidas en la Aduana no es puramente académico, sino que tuvo lugar en Francia en 1952, y se ha hecho famoso porque con esta ocasión el *Conseil d'Etat* hizo uso por primera vez de sus facultades de *référé*. Por Ordenanza de 25 de junio de 1952 el Presidente de su Sección de lo Contencioso ordenó un peritaje para determinar el estado en que se encontraban unas mercancías detenidas en Aduana, como consecuencia del retardo en la entrega de una licencia de importación (65).

Esta figura del *référé* merece ser examinada con un poco de atención, porque si es que los estudios de Derecho comparado son de alguna utilidad, consituiría un excelente punto de referencia para las reformas de nuestro procedimiento en el sentido que aquí se sugiere.

(65) Soc. Foussé et Wald, s. 1952-3-104. Véase el comentario de R. DRAGO, «La procédure de référé devant le Conseil d'Etat», en *Revue de Droit et de la Science Politique*, 1953, pp. 297 y ss., reaccionado por GARCÍA DE ENTERRÍA en el número 12 (1953) de esta Revista.

Su regulación más antigua —que es más bien un precedente— se remonta al artículo 24 de la Ley de 27 de julio de 1889, que autorizaba a los Presidentes de los antiguos Consejos de Prefectura a designar un perito para que constataste la urgencia de los hechos susceptibles de ocasionar una reclamación. Pero, como ha señalado MÉJEAN (66), las facultades de los peritos estaban tan limitadas que apenas si se recurría a ellas. En este sentido fue más liberal el procedimiento marcado en su sustitución por el Decreto de 26 de septiembre de 1962; pero que, al condicionar su uso al acuerdo de las partes, tampoco fue muy popular.

Para los Tribunales administrativos regionales está regulado por la Ley de 28 de noviembre de 1955, cuyo artículo 1 dispone que «en todos los asuntos de urgencia y salvo en los asuntos que interesan al orden y a la seguridad públicas, el Presidente o el Magistrado en que delegue pueden ordenar todas las medidas útiles, sin perjudicar al principal y sin hacer obstáculo a la ejecución de una decisión administrativa».

Según H. BONNEAU (67) las condiciones de admisibilidad de este *référé* son las siguientes: 1) No está sujeta a la admisibilidad de la demanda principal. 2) No está subordinada a la existencia de una decisión previa. 3) No debe afectar al orden y seguridad públicos. 4) Puede ejercerse sobre todas las materias, aunque teóricamente quepan pocos supuestos en

el recurso por *excès de pouvoir*. 5) No es necesario que se haya presentado la demanda; pero debe existir ya un litigio, nacido y actual. 6) Es precisa la urgencia. 7) No puede prejuzgar el principal. 8) Ha de utilizarse para prevenir una situación que puede convertirse en irreparable (68).

Por lo que se refiere al *Conseil d'Etat*, el artículo 34 de la Ordenanza de 31 de julio de 1945 dispone que «en los casos de urgencia y *sur simple requête*, el Presidente de la Sección de lo Contencioso puede ordenar toda clase de medidas útiles en vista a la solución de un litigio. Esta decisión no puede prejuzgar el fondo del asunto». Las dos únicas limitaciones son, pues, que se trate de un caso de urgencia y que no quede así prejuzgado el fondo del asunto o se entorpezca la ejecución de una resolución administrativa (69). Por lo demás, su objeto es muy amplio, «toda medida útil», y, lo que es más notable, no es imprescindible para la adopción del *référé* el que haya sido presentada la demanda, lo que presta una agilidad y eficacia enormes a esta institución. En el caso citado de la *Soc. Fousse et Wald*, el asunto se encontraba todavía en la vía administrativa (70).

El tiempo nos dirá si algún día hemos de ver en España alguna figura semejante, que tienda a aminorar de algún modo las molestias consecuencias de una inactividad administrativa combinada con una lentitud jurisdiccional.

Alejandro Nieto

(66) «*Référé administratif, sursis à exécution, expertise d'urgence*», en *Revue Administrative*, 1954, pp. 257 y ss.

(67) H. BONNEAU, «*Tribunaux administratifs. Procédure ordinaire: l'instruction*», en *Juris Classeur Administratif*, fasc. 636.

(68) El artículo 97 de la Ley de 28 de diciembre de 1959 excluye expresamente los asuntos fiscales.

(69) Georges MALEVILLE, «*Le Conseil d'Etat. Introduction et jugement des requêtes et recours*», en *Juris Classeur Administratif*, fasc. 617.

(70) Cfr. en este mismo número el artículo de Nicole COURBE-COURTEMANCHE, «*Référé administratif en Derecho francés*».