

CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO OBJETIVO Y CONTENCIOSO-ADMINISTRATIVO SUBJETIVO A FINALES DEL SIGLO XX. UNA VISION HISTORICA Y COMPARATISTA (*)

Por

EDUARDO GARCÍA DE ENTERRÍA

Profesor de la Universidad Complutense de Madrid

I

Durante un siglo entero, el contencioso-administrativo francés ha estado dominado por la prioridad resuelta asignada al recurso por *excès de pouvoir*, forjado por el *Conseil d'État* a lo largo del siglo precedente, desde que comenzó a conocer de las reclamaciones de los ciudadanos contra la actuación de la Administración. Este recurso, como es bien conocido, es el resultado del paradigma central establecido por la Revolución Francesa, la separación de autoridades administrativas y judiciales, la famosa «concepción francesa» del principio de la división de los poderes, que establecen los revolucionarios en la temprana fecha de 1790 (Ley 16-24 de agosto, reiterada por la de 16 fructidor del año III) y que pasó a ser un eje de toda su construcción política —hasta que la Decisión del Consejo Constitucional *Conseil de la Concurrence* de 23 de enero de 1987 cambió, en cierto modo, su sentido para declararla incluida entre los «principios generales de la República» de valor constitucional) (1).

El sentido originario del principio de separación de autoridades impedía la interferencia de cualquier autoridad judicial en la actividad de la Administración, lo que llevó a ésta a organizar en su propio seno el conocimiento de las reclamaciones y quejas de los particula-

(*) Texto de la ponencia desarrollada en el *Colloque du deuxième centenaire du Conseil d'État*, París, 13-15 de diciembre de 1999. La ponencia se incluyó en el tema «El control de la Administración», parte 2.º, «Técnicas, extensión y efectividad de los controles».

(1) El cambio de sentido es patente. La Ley revolucionaria prohibía a los jueces interferir de cualquier manera el funcionamiento de la Administración. Lo que el *Conseil Constitutionnel* ha constitucionalizado es la existencia y la independencia de una jurisdicción administrativa distinta de la civil, pero sin aplicar ya a dicha jurisdicción la vieja prohibición revolucionaria (antes bien, reconociendo expresamente en ella la competencia de anulación y de reforma de las decisiones administrativas). Una decisión anterior del Consejo Constitucional, la de 22 de julio de 1980, *Validations d'actes administratifs*, y otra posterior, la de 28 de julio de 1989, *Loi Joxe*, han precisado el alcance de esa constitucionalización. Vid. L. FAVOREU, «Le juge administratif a-t-il un statut constitutionnel?», en *Études offertes a Jean-Marie Aubv.* 1992, págs. 111 y ss.

res. Comenzó organizándose lo que luego se llamó el recurso de plena jurisdicción para que a los titulares de derechos incuestionables frente a la Administración no se les privase de tutela a tales derechos. Pero, simultáneamente, el Consejo de Estado comenzó a conocer y a resolver denuncias sobre el funcionamiento supuestamente irregular de la Administración, primero por incompetencia; finalmente, tras una evolución bien conocida, vicios de forma e infracción material de la ley. El Consejo de Estado aceptó conocer de estas denuncias no con el propósito de tutelar ningún derecho o posición subjetiva cualquiera de los denunciados, sino por su propio interés como órgano de control de la Administración y para depurar el funcionamiento regular de ésta. Será, precisamente, sobre este cuerpo de cuestiones sobre el que se organizará el recurso por exceso de poder, que desde los comienzos de este siglo pasará a ser la pieza esencial del sistema contencioso-administrativo. Su generalidad, no limitada por ninguna lista legal de materias; la generosidad con que se reconoció la *qualité pour agir*, que abrió virtualmente a todos los sectores ciudadanos la posibilidad de fiscalizar la Administración, sin llegar a los excesos de la *actio popularis*; la simplicidad de su regulación procesal; la simplicidad también de su operación de enjuiciamiento, limitada a contrastar un acto administrativo con la legalidad que le regula; la inexistencia misma de problemas de ejecución, confiada a la propia Administración, sin otras incidencias, todo esto hizo su fortuna. Como, entretanto, el *Conseil d'État* se había independizado desde 1872 del Gobierno en su función jurisdiccional, estuvo así en condiciones de ofrecer un instrumento eficaz para asegurar el funcionamiento de la sociedad individualista e industrial con la que Francia entrará en el siglo xx.

Técnicamente, el recurso de *excés de pouvoir* no se articuló como un proceso entre partes, que pugna cada una por asegurar sus propias situaciones jurídicas subjetivas. Se exigía al recurrente acreditar un interés propio para entender cumplida su *qualité pour agir*, pero esa exigencia se entendía solamente como «un requisito de seriedad» (ODENT); lo que en el proceso se ventilaba, después de pasar ese requisito previo, no tenía ya nada que ver con tal interés, sino que se limitaba a un control justamente «objetivo» de la legalidad del acto administrativo que se impugnaba. Pudo hablarse así de un «proceso hecho a un acto», expresión curiosa que forjó LAFERRIÈRE hace más de un siglo y que continúa manteniendo hoy CHAPUS, que la califica de «excelente». Este control, según los orígenes del sistema, era propiamente un autocontrol, como hemos visto, que la Administración actúa para depurar su actuación legal, lo que era perfectamente claro en el sistema de «justicia retenida» anterior a 1872, pero que conti-

nuó siéndolo cuando el Consejo de Estado dejó de actuar como órgano puramente consultivo para pasar a decidir por propia autoridad, porque, ello no obstante, seguía formando parte de la Administración, de la que se consideraba su conciencia y vigilante. Por eso, HAURIUO pudo decir que el recurrente por *excés de pouvoir*, más que defender algo propio, ejercía la función del Ministerio Público, que actúa «en interés de la ley» (y añade ahora CHAPUS: «*alors même qu'il n'en a pas conscience*»). Por eso, añade este autor, el recurso de *excés de pouvoir* es «de utilidad pública»; más aún, «de orden público». Se trataría de un arbitrio sutil con el que la Administración se disciplina ella misma, sirviéndose para ello de los ciudadanos que le señalen en sus recursos las cuestiones sobre las que debía ejercer tal disciplina. Por eso el proceso concluía con la sentencia que se pronunciaba sobre la conformidad o disconformidad del acto enjuiciado con la ley, correspondiendo a la Administración autora del mismo extraer todas las consecuencias que pudieran derivarse de ese juicio. El *Conseil d'État* carecía de cualquier poder para imponer en el terreno de los hechos las consecuencias de su juicio eventualmente anulatorio, lo que venía a demostrar, adicionalmente, que no era propiamente un juez porque de serlo le hubiese correspondido, además de tutelar derechos, ejecutar forzosamente sus fallos y todas las consecuencias derivadas de los mismos.

La fuerza de esa construcción, lógica y rigurosa, quedaba respaldada por la existencia de un recurso «de plena jurisdicción», que sí daba lugar a un verdadero proceso entre partes y en el que la parte privada pedía la tutela de un verdadero derecho subjetivo. Lo único que impedía calificar de proceso judicial al que sustanciaba este recurso era la falta de *status* judicial formal del órgano llamado a resolverlo, una formación administrativa especializada pero independiente para adoptar su decisión, así como su privación de poderes de ejecución forzosa contra la Administración. Pero este recurso no podía suplir el desamparo en que el *excés de pouvoir* dejaba a los derechos subjetivos de los ciudadanos, puesto que el desarrollo del recurso de plena jurisdicción concluyó limitando su aplicación a los solos derechos de naturaleza patrimonial (contratos, responsabilidad extracontractual, más tarde impuestos). Todo el grueso de los derechos subjetivos de los ciudadanos, en el complejo mundo de relaciones que mantienen con la moderna Administración, quedaba así remitido al proceso del *excés de pouvoir*, vía angosta y notoriamente insuficiente, puesto que tales derechos no podían jugar en él, limitado al plano estrictamente «objetivo», ningún papel, sobre todo en el plano sustancial de la tutela efectiva, que como tales derechos subjetivos merecen en un verdadero Estado de Derecho.

II

¿Puede ser cierto que no existan en la sociedad contemporánea derechos subjetivos de los ciudadanos dignos de tutela distintos de los estrictamente patrimoniales? Resultaría difícil poder sostener afirmativamente ese aserto.

No haremos aquí, sin embargo, ninguna disertación abstracta sobre el tema. Con independencia de lo que luego expondremos en el ámbito del Derecho comparado, vamos a limitarnos a reflexionar sobre cómo, a nuestro juicio, esos derechos subjetivos han concluido por hacerse presentes en el contencioso francés rompiendo la imponente y cuidadosa (además de admirable por su rendimiento práctico) construcción de la justicia administrativa francesa.

La legislación, por una parte; la práctica de la Sección de la Memoria y Estudios del Consejo de Estado, en orden sobre todo a aconsejar a la Administración sobre la ejecución correcta de los fallos anulatorios; la práctica jurisprudencial, por otra (aunque ésta aun en mucha menor medida, por cierto; rompiendo con una tradición que parecía firme, la nueva configuración del contencioso-administrativo francés está siendo la obra del legislador y del poder reglamentario más que de la jurisprudencia, por vez primera —con muy limitadas excepciones— en su historia, aunque muchas de las iniciativas normativas hayan surgido del propio *Conseil d'État*, o hayan sido respaldadas por él), todas estas innovaciones sucesivas han afectado a la pureza de la imponente construcción del *excès de pouvoir* por la resuelta aparición de una perspectiva «subjetivista» en sus nuevas regulaciones. Esa perspectiva comienza, según entiendo, con la Ley de 16 de julio de 1980 y su Decreto ejecutivo de 12 de mayo de 1980, luego modificado en 1998, que dotan por vez primera al juez contencioso de poderes de ejecución forzosa de sus pronunciamientos anulatorios o de condena, poderes ejercitables a través de un sistema de *astreintes* o multas coercitivas, que intentan forzar la voluntad renuente de la Administración a la ejecución; de *contrainte de paiement*, que hace ejecutoria por sí misma, con obligación personal de pago por parte del tesorero, la liquidación hecha por el juez en el caso de condenas al pago de cantidad; en fin, de *amendes* o multas en caso de incumplimiento, que pueden dirigirse contra la Administración condenada o incluso contra sus agentes responsables. Viene luego la serie reglamentaria que ha desarrollado las técnicas de *référé* o de tutela cautelar dirigidas a petición del recurrente contra la Administración autora del acto recurrido, a la que se puede privar así con normalidad de su viejo privilegio de la ejecutoriedad absoluta (una Ley,

por cierto, está a punto de ser aprobada generalizando y extendiendo estos «procedimientos de urgencia» (2). En fin, la Ley de 8 de febrero de 1995 ha extendido a todos los grados jurisdiccionales esos poderes de ejecución, los ha hecho más operativos y ha quebrantado la vieja incapacidad del juez contencioso-administrativo para dictar *injonctions* o condenas de hacer contra la Administración para imponer la ejecución forzosa de los fallos estimatorios.

Todos esos poderes nuevos del juez contencioso-administrativo francés son, evidentemente, correlativos de otros tantos derechos de los ciudadanos como verdaderas partes procesales: derecho a obtener medidas protectoras de sus respectivas situaciones al inicio o en el curso del proceso por medio de *référé*s (derecho que, por cierto, el Tribunal Constitucional español ha declarado incluido en el de obtener «tutela judicial efectiva» en toda clase de derechos e intereses que proclama el artículo 24 de la Constitución, artículo correlativo al que para todos los ciudadanos europeos proclama el artículo 6 del Convenio de Roma de Protección de los Derechos Fundamentales, de 1950, aunque esté limitado a los derechos de carácter civil —más en el sentido inglés del término *civil rights*, que en el continental de derechos con base en el Derecho civil— o en acusaciones penales), derecho a obtener de los fallos anulatorios determinados comportamientos o conductas de la Administración condenada, derecho a que el juez emita los correspondientes pronunciamientos o *injonctions* para hacer efectivas esas correlativas obligaciones de la Administración condenada. Me parece evidente, visto el caso con la distancia de quien vive en otro sistema jurídico distinto, que el viejo artefacto del *excés de pouvoir* puramente «objetivista», neutral, de un abstracto control de la legalidad, ha quedado afectado por la entrada resuelta en su seno de perspectivas inequívocamente subjetivas. Al hilo del control de la legalidad, se trata ahora abiertamente de que los ciudadanos obtengan las ventajas personales que de una ilegalidad administrativa comprobada pueden derivar.

Que un ciudadano pueda obtener ventajas personales, por obra de un Tribunal, por medio de un proceso contradictorio y a través de ejecuciones forzosas que el propio Tribunal impone como consecuencia de haber constatado la actuación ilegal de la otra parte, es el reconocimiento inequívoco de que ese ciudadano es titular de verda-

(2) En los días en que esta ponencia fue expuesta la Asamblea Nacional aprobaba esa Ley sobre la materia, pendiente ahora del Senado. Así lo informó en la clausura del Coloquio la Ministra de Justicia, Mme. Elisabeth GUGOUTT, que intimó expresamente al Consejo de Estado y a los Magistrados de los Tribunales Administrativos allí presentes a que no fuesen tímidos ni remisos en la aplicación de los nuevos instrumentos de justicia que el legislador ponía en sus manos.

deros derechos subjetivos. Ya no podrá decirse más que el *intérêt pour agir* haya sido sólo un requisito de seriedad para abrir el proceso, pero que éste se desentiende de él una vez abierto; véase cómo continúa actuando ese interés (su titularidad, su contenido, su extensión) tanto en la fase de *référé* como en la de ejecución de lo fallado, con límites perfectamente determinados, que serán los que concreten finalmente las medidas de ejecución forzosa que el Tribunal ha de acordar. Resulta así visible el equívoco de pretender que el *excès de pouvoir* se limita al examen de la legalidad «objetiva». La legalidad del actual Estado administrativo no se limita a precisar competencias y procedimientos, sino también el contenido, total o al menos parcial, de la actuación administrativa, el cual parte necesariamente de las posiciones subjetivas de los ciudadanos que entran en relación con la Administración.

No es cuestión sobre la que vayamos a detenernos, ni en la que nos corresponda siquiera entrar, la polémica que en Francia se está desarrollando sobre si esa modificación de régimen del contencioso-administrativo ha de interpretarse como una transformación profunda del *excès de pouvoir* hacia posiciones netamente de protección de situaciones jurídicas subjetivas. Hablo de posiciones como la del Presidente Jean Marie WOEHRLING («Vers la fin du recours pour excès de pouvoir», en *État de Droit. Mélanges Guy Braibant*, 1996; y antes, en la obra colectiva, dirigida por GARDAVAN y OBERDORFF, *Le juge administratif à l'aube du XXI siècle*, 1995, su contribución «La réconvertir du plein contentieux»; también, su exposición global comparatista *Le contrôle juridictionnel de l'administration en Europe*, en «Revue Européenne de Droit Public», 1994) o de F. MELLERAY (*Déclaration de droits et recours pour excès de pouvoir*, «Revue de Droit Public», 4, 1998) y otros, citados sobre todo por este último. Está operando, sorprendentemente, por vez primera en toda la historia del contencioso-administrativo francés, la influencia de un modelo extraño, el alemán, especialmente de la figura procesal de la *Verpflichtungsklage* (aunque, a mi juicio, esta acción tiene un contenido más específico que el general de protección de derechos, el cual tiene su fundamento universal en el art. 19.4 de la *Grundgesetz*).

Me limitaré a ofrecer como *pendant* a la situación actual del contencioso francés algunas reflexiones al hilo de una consideración de otros modelos contencioso-administrativos europeos menos conocidos de los juristas franceses (excluyo, por ello, el sistema alemán, bien conocido de éstos y que está jugando ya el papel de un modelo a seguir y cuya subjetivización plena y de principio viene impuesta por el citado art. 19.4 de la *Grundgesetz* o Ley Fundamental).

III

La relevancia en el sistema de justicia administrativa de las situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, situaciones cuya tutela o protección se pretende obtener, ha sido una cuestión a la que otros sistemas nacionales han aportado una preocupación y unas técnicas que contrastan con las que han predominado en el sistema francés.

El caso italiano tiene un interés particular, ya que fue configurado casi contemporáneamente al *excés de pouvoir* francés. En Italia se entendió que los derechos subjetivos («civiles y políticos») propiamente tales, «aun cuando sea interesada la Administración Pública y aunque se hayan dictado acuerdos del Poder ejecutivo o de la autoridad administrativa», merecen una tutela judicial plenaria y, por ello, una Ley de 1865 (de donde proceden los conceptos entrecomillados) asignó a los Tribunales ordinarios esa tutela. Sobre la base de un famoso discurso de SPAVENTA de 1880, que observó que la tutela de derechos subjetivos no agotaba la protección debida al ciudadano, pues éste era también titular de «intereses legítimos», una Ley de 1889, debida a la iniciativa de CRISPI, concluyó asignando la protección de tales intereses a una Sección del Consejo de Estado, estatuyendo ya con jurisdicción delegada. El sistema se ha mantenido (con la corrección de que una lista de materias donde se ventilaban inequívocos derechos subjetivos se asignaron en 1924 a la «jurisdicción exclusiva» del Consejo de Estado), e incluso constitucionalizado en 1948, hasta hoy.

Así, pues, aunque en el contencioso-administrativo ante el Consejo de Estado ha influido decisivamente el ejemplo francés del *excés de pouvoir*, en Italia no se ha perdido nunca la conciencia de que la justicia administrativa tutela situaciones jurídicas subjetivas de los ciudadanos, aunque no todas alcancen el rango de verdaderos derechos subjetivos. Importa notar especialmente que la doctrina y la jurisprudencia italianas no confunden los «intereses legítimos» con el mero interés procesal para recurrir, sino que —especialmente tras la Constitución, que como tales los considera— se conciben como posiciones jurídicas sustantivas, que amparan situaciones de ventaja personales de sus titulares, resultantes de las normas que imponen al titular de un poder —en este caso, el poder de la Administración— unas modalidades dadas en el ejercicio del mismo. MAZZAROLLI ha podido decir, por ello, que en la situación jurídica de ventaja del sujeto titular de un interés legítimo son identificables un conjunto de poderes, mediante los cuales le es dado influir sobre el ejercicio del

poder administrativo al que dicha situación se conecta, poderes con los que sirve la referida situación de ventaja.

Por ello, las sentencias producidas en los juicios administrativos producen con normalidad, además del llamado *effetto ripristinatorio*, que restituye la situación existente antes de haberse cometido la ilegalidad, posibles efectos declarativos y de condena de hacer. Consecuentemente, la jurisprudencia italiana, primero, luego ya la ley, han encontrado en el viejo *giudizio di ottemperanza* la posibilidad de una ejecución judicial forzosa (incluso efectuada por un comisario judicial, sin excluir la actuación discrecional) cuando la Administración no ejecuta de hecho los pronunciamientos de las sentencias, sin que en ello hayan encontrado dificultades dogmáticas especiales, análogas a las que el *excés de pouvoir* ha encontrado desde su concepción «objetivista», y que hubo que romper mediante una violenta irrupción legislativa.

IV

A) No contaremos la historia, trabajosa, de la justicia administrativa en España. Comenzaremos observando que la Ley de 27 de diciembre de 1956, de la Jurisdicción contencioso-administrativa, acertó a configurar un sistema contencioso-administrativo sumamente eficaz, que, no obstante, para adaptarse a la Constitución democrática de 1978, acaba de ser sustituida por una nueva Ley, bien reciente, de 13 de julio de 1998.

En el sistema de la Ley de 1956 se comenzaba ya en su artículo 1.º por precisar que su objeto eran «las pretensiones que se deduzcan en relación con los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo», y estas pretensiones podían ser de dos clases, según especificaban los artículos 41 y 42: declaración de nulidad de un acto o Reglamento, o «el reconocimiento de una situación jurídica individualizada y la adopción de las medidas adecuadas para el pleno reconocimiento de la misma, entre ellas la indemnización de los daños y perjuicios». Correlativamente a estas dos pretensiones, ejercitables por el mismo cauce procesal, la sentencia estimatoria del recurso, artículo 84, declararía, si se hubiere ejercitado la primera pretensión, la anulación parcial del acto o Reglamento impugnado, la estimación del recurso implicará tal anulación; pero «si se hubieren 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 la misma». Obsérvese que para evitar toda polémica sobre si las situaciones

invocadas en el proceso alcanzan o no el rango de verdaderos derechos subjetivos, la Ley emplea la expresión «situación jurídica subjetiva», sin otra calificación.

No obstante esta «situación jurídica individualizada», la propia Ley, al regular la legitimación o *qualité pour agir*, artículo 28.2, la llamaba más específicamente «un derecho derivado del ordenamiento que se considere infringido por el acto o disposición impugnados». En la práctica, ese llamado «derecho» ha sido cualquier ventaja personal que pudiera derivarse de la norma infringida por el acto o Reglamento impugnados, especialmente si la norma de protección habilitaba poderes administrativos reglados, sin mayores precisiones dogmáticas o técnicas. El sistema ha funcionado perfectamente, de modo que han sido totalmente normales las sentencias de condena de hacer o de no hacer dirigidas a la Administración para «restablecer» esa situación de ventaja, así como los pronunciamientos judiciales sustitutivos de los actos administrativos anulados, sustitución que hacía la propia sentencia o algunos de los autos dictados incidentalmente en ejecución de la misma.

La Constitución de 1978 impuso una novedad de gran bulto, la calificación de todo el sistema jurisdiccional (en el que está incluido como un orden especializado el contencioso-administrativo) como un sistema llamado a otorgar «la tutela efectiva de los jueces y tribunales en el ejercicio de [los] derechos e intereses legítimos» de «todas las personas», incluyendo la pretensión a obtener esa tutela judicial como un derecho fundamental, dentro de la tabla de derechos fundamentales que la Constitución proclama como uno de sus «valores superiores». El sistema jurisdiccional entero se ha subjetivado, pues, al concebirse como un respaldo otorgado a esas situaciones jurídicas individuales a las que se califica como «derechos e intereses legítimos». Esta última expresión, que procede del constitucionalismo italiano, donde se utiliza en el sentido que ya hemos expuesto, no ha sido objeto en España de ningún intento de sustantivización como figura supuestamente distinta de los derechos subjetivos típicos, quizás porque procesalmente, como hemos visto, no se singularizaban en nada respecto de tales derechos estrictamente considerados. Más bien se ha entendido como una confirmación de que cualquier ventaja personal, de cualquier carácter, que un ciudadano pueda derivar de la Ley es, sin más, protegible, exactamente como un derecho subjetivo, lo que elimina la exigencia de distinciones y sutilezas como las que han sido frecuentes en la doctrina italiana.

Esa conclusión ha sido sancionada tanto por los Tribunales contencioso-administrativos, como por el Tribunal Constitucional, como por la doctrina. Ha prevalecido en ésta una extensión resuelta del

concepto de derecho público subjetivo, que parte del viejo concepto revolucionario de la libertad (art. 5.º de la Declaración francesa de los derechos del hombre de 1789: «... Todo lo que no está prohibido por la ley no puede ser impedido y nadie puede ser forzado a hacer lo que ella no ordena»; esto es la base de la libertad en un sistema de legalidad administrativa, art. 4 *ibidem*). La ley acota el campo de las acciones legítimas de la Administración sobre el cual, correlativamente, queda protegida la libertad inicial y básica de los ciudadanos. La asignación por el ordenamiento de un recurso jurisdiccional para atacar las actuaciones administrativas contra la ley protege, justamente, esa libertad. El perjuicio o lesión que se invoca para abrir el recurso no es, por tanto, un «simple requisito de seriedad», sino que es la *pretensión que se dirige a preservar el propio círculo vital frente a las actuaciones administrativas que se entiende que no están cubiertas por la ley*. En cuanto la ley ha otorgado una acción judicial con este objeto, ha reconocido un derecho subjetivo a la eliminación de ese perjuicio injusto, un derecho de protección, lo que el francés Paul ROUBIER, en su obra clásica sobre los derechos subjetivos (*Droits subjectifs et situations juridiques*, 1963), llamaría «un derecho reaccional», derecho cuya protección efectiva sería el objeto mismo del proceso. Incidentalmente notaremos que en la situación anterior a la producción del perjuicio que se denuncia como *qualité pour agir* no existía propiamente ningún derecho, sino una libertad abstracta, la cual se transforma en verdadero derecho en cuanto la ley pone a su servicio una acción judicial de *redressement*. Esta construcción ha sido ratificada expresamente por el Tribunal Constitucional y vive pacíficamente, y fecundamente, en la práctica contencioso-administrativa cotidiana.

B) Este carácter, resueltamente subjetivista, del sistema español de justicia administrativa ha quedado definitivamente confirmado por la Ley, hoy vigente, de 13 de julio de 1998. Vuelve a insistir su artículo 1.º en que el objeto del proceso es siempre enjuiciar «las pretensiones» que deduzcan los recurrentes (art. 1.º), excluyendo así *a limine* cualquier construcción que pretendiera hablar de un «proceso al acto», abstractamente. La *qualité pour agir* es siempre la invocación de «un derecho o interés legítimo» (art. 19). Pero las pretensiones que las partes pueden ejercitar se han ampliado ahora, artículos 29 y sgtes.; además de la simple anulación de un acto o de un Reglamento y del reconocimiento «de una situación jurídica individualizada y el pleno restablecimiento de la misma», dualidad que se toma de la Ley anterior, la Ley de 1998 ha añadido dos pretensiones posibles nuevas: primero, en el caso de «inactividad de la Administración

pública», que se entiende producida cuando «en virtud de una disposición general que no precise de actos de aplicación o en virtud de un acto, contrato o convenio administrativo, esté obligada a realizar una prestación concreta en favor de una o varias personas determinadas» (se especifica, en particular, que esta situación comprende el supuesto de que «la Administración no ejecute sus actos firmes»), el que tenga derecho a esa actividad puede pedirle al Tribunal contencioso-administrativo que la imponga; segundo, en el caso de vía de hecho, para pedir el cese de dicha actuación y que se restablezca la situación jurídica afectada.

Los comentadores de la nueva Ley han entendido que el recurso contra la inactividad de la Administración está inspirado en la *Verpflichtungsklage* estrictamente tal del sistema contencioso-administrativo alemán. El resto es una remodelación de la tradición propia. En el caso de vía de hecho se admite que esta nueva vía contencioso-administrativa no excluye la posible intervención eventual de la jurisdicción civil ordinaria.

A esta considerable apertura de las pretensiones ejercitables en el recurso contencioso-administrativo se añade ahora —corrigiendo lo que era una grave carencia del sistema de la Ley de 1956— un sistema efectivo de ejecución forzosa por los propios Tribunales de sus sentencias estimatorias o condenatorias. No ha existido en España desde la Ley de 1956 el problema de la existencia de un efectivo poder de *injonction* de los Tribunales contra la Administración cuando se trataba de «restablecer las situaciones jurídicas subjetivas» que habían resultado afectadas por los actos o Reglamentos anulados; tal poder está incluido en el fallo que declara la obligación de ese restablecimiento, obviamente, incluyendo un verdadero «poder de sustitución» de los actos anulados que desconocían tales situaciones jurídicas. Sin embargo, en la Ley de 1956, siguiendo el sistema francés originario, el Tribunal carecía de poderes directos de ejecución forzosa y esta ejecución era competencia de la Administración, sin perjuicio de las intimaciones que los Tribunales podían dirigirla y de la posibilidad, actuada con alguna frecuencia, de que se inculcase a las autoridades o funcionarios responsables de la inejecución por el delito de desobediencia a los Tribunales. Ahora, en la Ley de 1998 vigente, esas posibilidades se mantienen, pero se reconoce explícitamente, de acuerdo con los nuevos principios constitucionales, que «la potestad de hacer ejecutar las sentencias y demás resoluciones judiciales corresponde exclusivamente a los Jueces y Tribunales de este orden jurisdiccional» (art. 103.1). Se define una obligación específica de «todas las personas y entidades públicas y privadas» de «prestar la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales de lo

contencioso-administrativo, para la debida y completa ejecución de lo resuelto» (art. 103.3), siendo nulos de pleno derecho «los actos y disposiciones contrarios a los pronunciamientos de las sentencias que se dicten con la finalidad de eludir su cumplimiento», nulidad que se declarará incidentalmente entre los trámites de la ejecución (art. 103.4 y 5).

A efectos del ejercicio de esos poderes ejecutivos directos, la Ley prevé que se dará un plazo a la Administración para que «lleve la sentencia a puro y debido efecto», pasado el cual puede instarse su ejecución forzosa, que remite al sistema ejecutivo del proceso civil (art. 104). Se prevé también, específicamente, la ejecución directa «a través de medios propios» o requiriendo la colaboración de las autoridades o agentes públicos y la ejecución subsidiaria a cargo de la Administración condenada (art. 108). Se prevé también un régimen de *astreintes* o multas coercitivas a autoridades, funcionarios y agentes y de eventual responsabilidad penal (art. 112).

Merece subrayarse que para todas estas medidas de ejecución la Ley no establece ninguna distinción de las sentencias según el tipo de pretensión que se hubiese ejercitado, esto es, de mera anulación, de restablecimiento de situaciones jurídicas individualizadas, contra la inactividad de la Administración o contra vías de hecho imputables a ésta. Todas son iguales en cuanto a su enérgica pretensión de ser llevadas a efecto bajo la autoridad del propio Tribunal.

La subjetivización plena del sistema español de justicia administrativa ha quedado, pues, definitivamente establecida, en servicio del mandato explícito del artículo 24 de la Constitución.

V

Me parece que podría hablarse, probablemente, de un resuelto «cambio de paradigma», en el sentido de la conocida obra de Thomas KUHN sobre las revoluciones científicas. El contencioso-administrativo, de ser un medio de orden público de protección de la legalidad de la Administración, está pasando a ser en este fin de siglo, en varios países de la Unión Europea y aun, con todas las prevenciones que se quieran, incoativamente al menos, en Francia misma, país que forjó brillantemente el modelo, un sistema de tutela o protección de derechos e intereses legítimos de los ciudadanos. El siglo que se anuncia nos hará ver si esta tendencia, ya claramente discernible, como me he esforzado en exponer, se confirma definitivamente y nos hace entrar en un nuevo período, período en consonancia

con el de primacía de los derechos fundamentales que caracteriza el sistema de Estado de Derecho de nuestro tiempo.

El *Conseil d'État*, que cumple ahora doscientos años, y que cuenta entre sus glorias imperecederas la de haber puesto en marcha, casi *ex nihilo*, el sistema mismo de la justicia administrativa, en el que todos los países europeos se inspiraron, tendrá una responsabilidad cualificada para orientar y dirigir ésta que parece una nueva etapa de dicho sistema.

JURISPRUDENCIA

