

Conferencias sectoriales), así como de las Autoridades independientes (al igual que en el resto de los Estados europeos, esencialmente por exigencias del propio Ordenamiento comunitario). Las mencionadas Conferencias tienen su origen en una doble motivación: de una parte, el crecimiento de las Regiones y de los entes locales y, de otra, la falta de adecuación del Senado, que, del mismo modo que el español, no ha sido transformado en Cámara de las autonomías y tampoco parece que vaya a serlo plenamente por la reforma constitucional hoy en marcha.

VII. En resumen, tras un siglo de fuerte estabilidad y continuidad, la Administración pública italiana se encuentra en un momento de acelerado cambio, proceso que no ha acabado todavía. Se trata de una transformación respecto del pasado que parece destinada a consolidarse, porque camina unida a procesos que perduran en el tiempo, tales como la integración europea, la relevancia de la descentralización regional y local o la crisis de la legitimación política y de la ley.

El lector tiene ante sí una obra breve pero densa, que aborda la materia sin erudiciones estériles y que presenta las ideas desde un análisis riguroso. Merece especial consideración el esfuerzo realizado por el autor para sintetizar las claves jurídicas del proceso que describe. Se trata, en suma, de una obra importante y útil, así como una obra de carácter formativo, aspectos todos ellos que hacen muy recomendable su lectura.

Rafael FERNÁNDEZ ACEVEDO  
 Doctor en Derecho  
 Profesor de Derecho Administrativo  
 Universidad de Vigo

COLAÇO ANTUNES y SAINZ MORENO (coords.):  
*Colóquio luso espanhol. O acto no contencioso administrativo. Tradição e reforma*, Ed. Almedina, Coimbra, 2005, 340 págs.

1. Sin pretender recaer en ese paraíso de los conceptos que IHERING denunciara en relación con los pandectistas, no cabe

duda del interés que siempre despierta un estudio sobre el acto administrativo como objeto del procedimiento, abordado, en este caso, desde la perspectiva de dos ordenamientos, sin duda cercanos pero distintos, como son el español y el portugués. En último término, se trata, nada menos, que de dar cobertura doctrinal a la protección de los ciudadanos frente a los poderes públicos a través del proceso contencioso-administrativo. Para abordar semejante empresa, sus responsables, los Profesores COLAÇO ANTUNES y SAINZ MORENO, han recurrido a un más que notable plantel de profesores en el que la parte portuguesa y la española han quedado perfectamente equilibradas con cinco representantes cada una, lo cual ha permitido dar una completa visión general de los aspectos más destacables de la regulación de ambos Derechos. Destaca, sin embargo, el ingente esfuerzo afrontado por el coordinador luso, cuyo verbo florido encontramos en dos de las comunicaciones, amén de en la presentación y cierre del coloquio, presencia en cualquier caso más que razonable, toda vez que el Profesor de Oporto ha dedicado repetidamente su atención a esta materia, como lo prueban estudios tales como *Para um Direito Administrativo de garantia do Cidadão e da Administração - Tradição e Reforma* (2000) y *O Direito Administrativo e a sua Justiça no Início do Século XXI* (2001).

2. Pasando ya al contenido de las distintas ponencias, éstas se abren con tres aportaciones relativas al régimen de los actos administrativos en el Derecho comunitario. Inicia este apartado el Profesor ALONSO GARCÍA, con un trabajo que, en esencia, constituye un llamamiento a perfilar en el Derecho de la Unión un concepto de acto administrativo contrapuesto, al igual que sucede en los Estados miembros, al de disposición general. En efecto, se dice, no puede hablarse siquiera de que los Tratados empleen una noción análoga a la de acto administrativo, puesto que, todo lo más, se refieren a los actos en sentido genérico, es decir, comprensivos tanto de las normas como de los actos *stricto sensu* (arts. 250 y 251, así como 192). Bien es verdad que, en cambio, el Tribunal de Justicia sí ha tenido ocasión para destacar diferencias en cuanto al régimen jurídico de unas y

otros. Es el caso del reconocimiento del principio de la inderogabilidad singular de los reglamentos, proclamado en sentencias como las relativas a los asuntos *Ball Bearing*, de 29 de marzo de 1979, o el deber de motivación, que se intensifica respecto de los actos administrativos tanto comunitarios como de los Estados miembros cuando apliquen Derecho comunitario. Sin embargo, la línea jurisprudencial no es siempre tan clara y el autor aprovecha para referir algún caso —señaladamente la excepción de ilegalidad— en el que hubiera sido deseable otra solución. En definitiva, lo que se apunta, con evidente fundamento, es que la falta en el Derecho comunitario de una distinción nítida entre los actos normativos y los puramente administrativos, similar a la de los ordenamientos nacionales, genera no pocos problemas toda vez que los Estados no permanecen pasivos frente al Derecho comunitario, sino que tienen un deber de cooperación leal que les impone su aplicación y desarrollo en el ámbito de sus competencias. Ello sucede con mayor intensidad en los últimos tiempos merced a la cada vez mayor incidencia de la Unión sobre los procedimientos administrativos internos, a pesar de que no se abandonan las proclamas relativas a la vigencia del principio de autonomía institucional, bien porque éste se limita como consecuencia de otros principio generales como los de equivalencia y efectividad, bien porque se soslaya en determinadas resoluciones concretas.

3. Precisamente, la colaboración del Profesor DE QUADROS tiene algo de esbozo de esta teoría general que se reclama por el catedrático complutense, aunque sin llegar a detenerse en sus efectos jurídicos. Así, se define al acto administrativo comunitario como todo acto jurídico que emana de los órganos de las Comunidades en el ejercicio de sus competencias administrativas, dirigido a producir efectos jurídicos en un caso concreto. De acuerdo con el artículo 249 TCE, podrá presentarse bajo las formas de una decisión, que es su vestidura más frecuente y típica; recomendación o dictamen, o incluso de un reglamento, cuando el contenido de éste no sea más que una pluralidad de decisiones particularizadas, supuesto en el que, no se olvide, el propio

Tratado permite que los ciudadanos lo recurran en anulación ante el Tribunal de Justicia, eso sí, siempre que estén directa e individualmente afectados. Se apuntan, por otro lado, distintas clasificaciones dogmáticas de los actos administrativos comunitarios, con un interés, en general, más académico que práctico. La enumeración de los vicios de los actos administrativos comunitarios se limita a la que aporta el artículo 230 TCE al regular los motivos para interponer el recurso de anulación ante el Tribunal de Justicia, mientras que en lo relativo a la sanción aplicable a tales vicios, con la que concluye la ponencia, se menciona la anulación, como regla general, sin descartar la nulidad y la inexistencia, categoría ésta expresamente mencionada por la jurisprudencia de Luxemburgo en sentencias como la dictada en el asunto *BASF*, de 1994. Sin embargo, y teniendo en cuenta la evolución de los dos últimos conceptos en España, no parece que resulte oportuno mantenerlos como realidades diferenciadas en el Derecho comunitario, por lo que sería más útil limitarse a la dualidad anulabilidad-nulidad (con la denominación que se prefiera para ésta en la Unión).

4. Cierra este apartado el primero de los estudios del Profesor COLAÇO ANTUNES, centrado en explicar cómo la ya reiterada influencia del Derecho comunitario sobre los ordenamientos nacionales ha difuminado en cierta medida los perfiles otrora precisos de la noción de acto administrativo. Se trata, a su juicio, de una consecuencia del sesgo finalista que tanto el legislador como el juez comunitario han conferido a dicho concepto, de un modo similar a lo que ha sucedido con otras realidades como la de organismo de Derecho público. Dicho sesgo viene a consistir en sacrificar la categoría material a exigencias procedimentales como la de aplicar el derecho relativo a las ayudas de Estado en empresas estatales, someterlas al régimen de la contratación administrativa o establecer un marco amplio acerca de los actos recurribles. No es tampoco ajena a esta realidad, se apunta, la falta de claridad del propio Derecho comunitario en torno a la opción entre un modelo objetivo del proceso —es decir, volcado a la protección de la legalidad, en el que el

interés afectado opera sólo como condición de legitimación— y la concepción subjetiva que sitúa precisamente a la posición jurídica individual y su satisfacción como clave de arco del sistema. En último término se plantea la inconveniencia de que las razones procesales terminen incidiendo en lo que, en opinión del Profesor, debe ser materia de la teoría general, cuyos productos más clásicos propone recuperar.

5. El segundo bloque del Coloquio, dedicado ya propiamente al acto administrativo como objeto del proceso, comienza con la estupenda ponencia de la Profesora CHINCHILLA MARÍN, que expone, con una muy interesante aportación jurisprudencial, las principales cuestiones relativas a los actos administrativos y la vía de hecho, en tanto objeto del procedimiento contencioso-administrativo. Comienza precisando la noción de acto administrativo impugnado, para lo cual enumera una serie de actos recurribles que, por razones subjetivas u objetivas, no son a su juicio actos administrativos. De entre ellos merecen mención especial dos grupos, a saber, los actos políticos, respecto de los que la autora da cuenta de las conocidas sentencias del Tribunal Supremo de 1994 y 1997 acerca de su control por los tribunales, sin que, en un juicio que compartimos, pueda hablarse de desaparición de la categoría, y los actos de personal, administración y gestión patrimonial adoptados en el seno de los órganos constitucionales y de relevancia constitucional. Surge aquí un problema abordado sólo de pasada, como es el de la condición o no de administración del conjunto de medios humanos y materiales puestos a disposición de dichos órganos. Sin detenernos más sobre ello, a pesar de merecer alguna reflexión mayor, sí corresponde adelantar nuestra postura favorable a tal consideración, puesto que es indudable que, con independencia de que tal actividad sea puramente instrumental respecto de las funciones centrales de los mismos, su naturaleza es materialmente administrativa y los órganos y servicios que la desarrollan guardan la misma posición vicarial respecto de los órganos constitucionales en los que se insertan que la que mantiene la Administración General del Estado respecto del Gobierno. Respecto

de los actos dictados por las Administraciones Públicas y sometidos al Derecho administrativo, se da repaso a los actos de trámite y a la dificultad, en ocasiones, identificación de lo que sea un acto administrativo, ámbito en el que se recuerda una sentencia en su día muy comentada como fue la dictada por la Audiencia Nacional el 7 de noviembre de 2000 en relación con la congelación del sueldo de los funcionarios públicos. La segunda parte de la exposición se centra en los recursos contra la vía de hecho, a la que se define como la actividad de la Administración producida sin la cobertura de un acto formal o bajo la de un acto viciado por incompetencia o falta de procedimiento, aunque se alerta del riesgo de que tal noción, fácilmente deducible de la regulación legal, quede recortada por la interpretación jurisprudencial, como sucede en alguna resolución brevemente comentada. A continuación se aborda el régimen de medidas cautelares, tanto en lo relativo al momento de solicitud como a los criterios para su otorgamiento, incluyendo una crítica a la decisión de la ley de establecer una regulación dual respecto de los recursos dirigidos, por un lado, frente a un acto administrativo o una disposición y, por otro, contra una inactividad o la vía de hecho. Un esbozo de los requisitos procesales necesarios para la impugnación de ésta pone fin al estudio.

6. A continuación, el Profesor AROSO DE ALMEIDA presenta una reflexión acerca del doble cauce impugnatorio que mantiene el nuevo Código Procesal portugués. Recuerda al efecto que tradicionalmente se venían utilizando dos tipos de reclamaciones contra la actuación de las Administraciones, el contencioso propio o de los recursos, susceptible de interponerse contra los actos de autoridad, y el contencioso impropio, por atribución o de las acciones, en el que particular y Administración actuaban en igualdad de armas y que, por ello mismo, podía ser atribuido tanto a la jurisdicción contenciosa como a la común. Pues bien, la nueva ley, frente a algunas teorías que planteaban la necesidad de unificar todos los procedimientos en un solo juicio declarativo común, con independencia del objeto, como consecuencia necesaria de la afirmación constitucional del Estado de Derecho,

mantiene un doble procedimiento declarativo, en una opción que es saludada por su comentarista. Señala, en este sentido, que la intensa actividad de la Administración la coloca en un amplio entramado de relaciones jurídicas en las que no es indiferente el hecho de que se presente o no revestida de las potestades que el ordenamiento le confiere para entrar en la esfera de intereses del ciudadano. Por ello se le antoja razonable la distinción entre una acción declarativa especial, con pretensiones fundamentalmente anulatorias, prevista para impugnar los actos de autoridad, y otra común para el resto de pretensiones. Ello no lleva, sin embargo, y aquí entra la reforma, a mantener las potestades exorbitantes de la Administración en el marco del proceso, de modo que el administrado va a encontrarse en una situación más confortable a la hora de litigar contra aquélla. En una palabra, se concluye, el proceso de acción especial no deja de ser un juicio de impugnación, pero deja de ser meramente casacional —en España podríamos hablar de revisor— para convertirse en una impugnación de plena jurisdicción.

7. Por su parte, el Profesor AGIRREAZKUENAGA aborda la siempre complicada cuestión de la impugnación de las disposiciones generales y de los decretos legislativos, recordando la dualidad de medios administrativos y judiciales. Aquellos limitados en lo fundamental a la revisión de oficio, mientras que éstos se extienden a la competencia general de la jurisdicción contencioso-administrativa, así como a los distintos procedimientos ante el Tribunal Constitucional. Entre las distintas cuestiones que se van desgranando, merece mención la posibilidad de recurrir la inactividad de la Administración a la hora de aprobar un reglamento, limitada prácticamente sólo a los supuestos en los que el legislador estableció un deber en este sentido y no una mera habilitación (recuérdese que la mera potestad reglamentaria es, aunque no con tanta intensidad como la iniciativa legislativa gubernamental, expresión de la dirección política que al ejecutivo otorga el propio artículo 97 CE). En relación con el recurso directo contra reglamentos, el autor se limita a destacar algunas cuestiones concretas como la diferencia del régimen de

medidas cautelares respecto de los actos administrativos y sus efectos potencialmente negativos dada la lentitud usual del proceso, así como la importante STS de 23 de septiembre de 2003 que abre la puerta a la anulación de actos firmes basados en un reglamento nulo y que no dispongan de otro fundamento jurídico. Por último, se hace mención al recurso indirecto y a la cuestión de ilegalidad, respecto de la que se da noticia de algunas resoluciones judiciales en las que, desestimada la cuestión planteada, se deja a salvo, sin embargo, y tal y como dispone el legislador, la situación jurídica creada por la sentencia *a quo*.

8. Por su parte, el Profesor VIEIRA DE ANDRADE viene a sostener que la reforma legal introducida por el nuevo Código de Proceso ante los Tribunales Administrativos, si bien supone en sí misma un viraje notable respecto del sistema tradicional de control judicial de los actos administrativos, no por ello abandona todo anclaje con el pasado. Así, recalca cómo la situación jurídica del particular ante el proceso queda claramente reforzada, siguiendo el modelo subjetivista alemán, a través del aumento de las potestades del juez, tales como la posibilidad de dictar condena de producción de un acto de contenido debido, o el deber que en general pesa sobre la Administración de acudir a los tribunales para solicitar la ejecución de sus propios actos, salvo en casos de urgencia expresamente previstos por la ley. Ahora bien, ello no obsta —se sostiene— para el mantenimiento del acto administrativo como centro y objeto principal del proceso administrativo. Es un acto administrativo entendido en sentido estricto, es decir, una decisión unilateral de la Administración destinada a producir efectos jurídicos externos —lo que excluye del conocimiento de los tribunales la mayor parte de los actos de trámite y de los producidos dentro de las relaciones especiales de poder—, privado, en principio, de los privilegios de autotutela declarativa y ejecutiva tradicionales de la Administración. Así, se conforma como pretensión típica la solicitud de anulación del acto administrativo, a la par que, como medida cautelar preferente, se regula la de la suspensión de efectos del propio acto. Por otro lado, algún resto de

la concepción objetiva del contencioso se refleja en la ampliación de los supuestos de legitimación activa más allá del sujeto titular del derecho o interés legítimo protegido, acogiendo diversas formas de legitimación colectiva, tales como la acción colectiva o la popular. Las modalidades de ejecución de las sentencias terminan de demostrar, a juicio del Profesor de Coimbra, la mencionada centralidad del acto, toda vez que la garantía de la falta de producción de efectos de los actos anulados y la necesaria aprobación de los actos indebidamente omitidos serán las condenas más frecuentemente pronunciadas.

9. Comienza el bloque final, relativo a las nuevas pretensiones condenatorias en el proceso administrativo, con la ponencia del Profesor COLAÇO dedicada a la acción de condena regulada por los artículos 66 a 71 del Código de Proceso ante los Tribunales Administrativos, que cumple una función muy similar a la que entre nosotros lleva a cabo la acción de condena a hacer frente a una inactividad de la Administración. Se trata, en resumidas cuentas, de una acción en virtud de la cual —de acuerdo con la doctrina dominante a la que se adhiere *malgré soi* el Profesor COLAÇO— se insta al juez administrativo portugués —en caso de sentencia estimatoria— a condenar a la Administración silenciosa a dictar un acto dotado del contenido precisado por el recurrente. El único límite se sitúa en la imposibilidad de que el órgano jurisdiccional sustituya a la Administración a la hora de producir el acto concreto. Esta construcción le sirve al autor para exponer algunas dudas acerca de la conveniencia del modelo subjetivista de proceso administrativo introducido por el legislador luso —confesadas a partir de una escueta invocación al principio de separación de poderes— y negar que pueda concebirse la pretensión de la parte como auténtico objeto del proceso. La lesión alegada ante los tribunales viene a ser, en su opinión, una condición de legitimación, pero es la ilegalidad del acto —o de su omisión en este caso— la que constituye el verdadero elemento material de la *litis*, toda vez que en el caso de que la pretensión no esté fundada en Derecho no habrá estimación en la sentencia. Naturalmente,

el propio autor es consciente de que la ilegalidad del acto recurrido es también meramente hipotética y trata de solventar este inconveniente matizando que será objeto del proceso contencioso la ilegalidad del acto y su lesividad, bajo la forma de alegación de la titularidad de una posición jurídica. A pesar de que dicho matiz pudiera antojarse algo alambicado, no deja de ser una provocación interesante para afilar los argumentos doctrinales.

10. A continuación, el Profesor MARTÍN REBOLLO pasa a exponer las novedades que en materia de ejecución de sentencias contiene la Ley 13/1998. Se trata de un estudio dirigido más a portugueses que al público español, por lo que no pretende ser novedoso, pero que sistematiza con precisión una de las partes —quizá junto con la introducción de los juzgados de lo contencioso, el objeto y las nuevas pretensiones del proceso— más innovadora de ésta. Parte para ello, como no podía ser de otra manera, de la novedad introducida por la Ley en torno a los tipos de pretensiones que pueden invocarse ante la jurisdicción, las ya conocidas de anulación de actos previos, reconocimiento de situaciones jurídicas individualizadas —ambas presentes en la legislación anterior— de hacer y de dejar de hacer. Estas novedades implican la posibilidad de recurrir actos administrativos y reglamentos, pero también la inactividad de la Administración y la vía de hecho. A partir de ahí pasa a exponer el régimen común a los distintos tipos de condenas, al que suceden las especialidades relativas a las de pago de cantidad y de hacer —con una mención inevitable a la STC 166/1998 y la embargabilidad de los bienes privativos de la Administración local que no estén afectos a un uso o servicio público— las previsiones sobre la imposibilidad legal o fáctica de ejecutar los fallos y sobre la expropiación de los derechos derivados de una sentencia firme o la extensión de los efectos de la sentencia a terceros, sobre todo en ámbitos como el de las cuestiones de personal o tributarias. La ponencia concluye con una recapitulación en la que se aprovecha para comparar la legislación española con el Código portugués, al que se juzga más preciso y detallado que aquélla.

11. Culmina el bloque y el conjunto del coloquio la aportación del Profesor SANTOS BOTELHO, relativa al acto y las nuevas pretensiones condenatorias en el proceso administrativo desde la perspectiva de la ejecución de sentencias anulatorias, es decir, las más típicas de esta jurisdicción. En ella, tras un recuerdo somero del derecho anterior, se da cuenta de las novedades vigentes desde el 1 de enero de 2004, que vienen a dar cumplimiento a las exigencias introducidas por las reformas constitucionales de 1989 y 1997, en virtud de las cuales el proceso contencioso-administrativo había de pasar a ser un sistema de tutela de derechos en el que la relación jurídica subyacente, esto es, la situación jurídica de las partes, ocupara la posición central. Desde el punto de vista de la ejecución, esta impronta queda reflejada en la posibilidad, originaria o sobrevenida, de acumular diferentes pretensiones que se adhieran a la más usual de condena, sin tener que reservar al proceso ejecutivo la exigencia a la Administración de reponer al administrado vencedor en la situación anterior a la producción del acto recurrido, eso sí, con requisitos tales como la compatibilidad sustancial de las pretensiones acumuladas o su conexión objetiva, e incluso su compatibilidad procesal, que depende de la efectiva competencia del tribunal encargado de la causa para conocer de ambas. En fin, junto a lo anterior, se enumeran sumariamente algunas garantías adicionales para asegurar el cumplimiento del fallo judicial, tales como la posibilidad de imponer la ejecución provisional de sentencias; la extensión de sus efectos a terceros; la entrega judicial de la cosa debida, si ésta es fungible, o la imposición de multas coercitivas para provocar la dación de las no fungibles; la compensación de créditos en el caso de condena al pago de cantidad líquida, y un largo etcétera que respalda la sinceridad de la decisión legislativa de asegurar la más completa sujeción de la Administración al control judicial.

12. En definitiva, sean bienvenidas iniciativas como la que ha devenido finalmente en el volumen que tenemos entre manos, sobre todo entre dos países que, por razones de vecindad geográfica, cercanía cultural y asociación intensa en

el seno de la Unión Europea, marco común que propicia la superación de desconfianzas mutuas no tan lejanas, están llamados a colaborar intensamente en el campo del Derecho administrativo sectorial —el complejo pero progresivo alumbramiento del Mercado Ibérico de la Electricidad es un buen ejemplo—, para lo cual nunca es irrelevante el conocimiento profundo de las grandes cuestiones generales.

Fabio PASCUA MATEO.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo: *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el Derecho español*, Civitas, Madrid, 2005.

## I

La primera impresión que ofrece este libro es modesta. Se presenta como una mera recopilación de comentarios a un conjunto de sentencias judiciales que se han pronunciado sobre una oscura cuestión técnica, propia de un puñado de especialistas del Derecho. Pero las apariencias engañan. Las sentencias comentadas suponen «una importantísima innovación jurisprudencial», sin antecedentes en nuestro Derecho; innovación que atañe directamente a la estructura más profunda de nuestro sistema jurídico, hasta el extremo de poder hablar de «una transformación del sistema jurídico entero». Y los distintos capítulos del libro, bajo la humilde forma de comentarios, llevan al lector por el Derecho comparado, la historia constitucional y el análisis del Derecho español y de su marco comunitario en un recorrido deslumbrante.

El objetivo del libro es llano: llamar la atención sobre un fenómeno aparentemente menor y de interés limitado a los especialistas; y formular una crítica frontal, siempre desde el respeto y sometida expresamente a cualquier otra opinión mejor fundada en Derecho, a esa «extraña institución»: la responsabilidad patrimonial del Estado legislador.

No espere el lector encontrar una descripción detallada de la doctrina jurisper-