

FORMACIÓN Y EVOLUCIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN FRANCIA Y ALEMANIA¹

ALFONSO MASUCCI

Profesor Ordinario de Derecho Administrativo
Universidad «La Oriental» de Nápoles

I. LA TEORIZACIÓN EN FRANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN IMPERATIVA Y DE LA «JURISDICCIÓN OBJETIVA».—II. EL *ARRÊT BLANCO* Y SU REFLEJO EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS.—III. EL «AFRANCESAMIENTO» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN.—IV. LA «JURISDICCIONALIZACIÓN» DEL EJERCICIO DEL PODER ADMINISTRATIVO EN LA LEY AUSTRIACA DE 1925 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN FRANCIA Y ALEMANIA.—V. CONTINUACIÓN.—VI. EL CAMBIO EN EL MARCO TEÓRICO DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA. DE LA ADMINISTRACIÓN IMPERATIVA A LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL.—VII. LA CODIFICACIÓN EN ALEMANIA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL DERECHO SUBJETIVO DEL CIUDADANO A UNA TUTELA PLENA Y EFECTIVA DE SUS PROPIOS DERECHOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.—VIII. CONTINUACIÓN. LA LENTA EVOLUCIÓN DEL *RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR* HACIA LA TUTELA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA PERSONAL.—IX. DE LA FUNCIONALIDAD DE JUSTICIA DE LA LEY AUSTRIACA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LEY ALEMANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO «NÚCLEO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL».—X. LA CODIFICACIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE UNA «CONTRACTUALIDAD PARITARIA» ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CIUDADANO EN EL DERECHO PÚBLICO. EL FIN DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO.—XI. DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL A LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA.—XII. EL «VIRAJE» HACIA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. AUTOMATIZACIÓN Y DIGITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.—XIII. UNA MODALIDAD ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CIUDADANO. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO.

RESUMEN

Este trabajo se centra en el estudio de la evolución a lo largo de más de dos siglos del Derecho administrativo francés y alemán. Se realiza un recorrido detallado de los diferentes pasos que llevan desde una Administración autoritaria hasta un Estado regulador y no intervencionista que se abre a las nuevas tecnologías y a un modo negociado de solución de conflictos con los ciudadanos.

Palabras clave: Derecho administrativo francés; Derecho administrativo alemán; control de la legalidad administrativa; regulación; *alternative dispute resolution*.

ABSTRACT

This article focuses on the evolution during the last two centuries of French and German administrative law. The study performs a detailed tour of the different steps which have lead from an authoritarian administration, to a non interventionist-regulatory state which is opened to new technologies and settles disputes with citizens in a negotiated way.

Key words: French administrative law; german administrative law; control of the legality of administration; regulation; *alternative dispute resolution*.

¹ Traducción del original italiano por Rodrigo MORENO FUENTES.

I. LA TEORIZACIÓN EN FRANCIA DE LA ADMINISTRACIÓN IMPERATIVA Y DE LA «JURISDICCIÓN OBJETIVA».

Cuando se elabora una reconstrucción, aunque sea en grandes líneas, de la formación y evolución de las experiencias administrativas europeas más importantes, como la francesa o la alemana, no podemos perder de vista las transformaciones del Derecho administrativo francés², de tan gran influencia sobre todos los Derechos administrativos de la Europa continental³.

En la reconstrucción de los orígenes del Derecho francés llama la atención, antes que nada, el mito de la *puissance publique*. Durante el periodo del *Primo Impero*, como es sabido, fueron puestas las «bases» para la construcción de un Derecho administrativo que reforzase con vigor la autoridad del Estado y la eficacia de la acción administrativa⁴. Este Derecho fue construido *ex parte principis*⁵. Se dio vida a un Derecho administrativo unilateral y privilegiado. Incluso si los poderes de la Administración debían, como obsequio a las conquistas revolucionarias, ser previstos «*par des textes legaux*», la relación autoridad/ciudadano fue estructurada como una simple relación autoridad/sujeción, que venía caracterizada por una *volonté de commandement* de la Administración pública⁶. Y ello porque la acción administrativa, si bien sometida al nivel de los principios a la *legalité*, al nivel de los hechos resultó escasamente «embridada» por la ley⁷. En efecto, la Administración podía «*modifier les situations juidiques par sa seule volonté sans le consentement des intéresses*». La «*décision exécutoire*» resultaba ser un «*acte dans lequel l'administration met en oeuvre ce pouvoir de modification unilatérale des situations juridiques*»⁸. Las decisiones de la Administración —se afirmaba— son «*en principe exécutoires par elles mê-*

² En referencia a los orígenes del Derecho administrativo francés, ver M. FROMONT, *Droit administratif des États européens*, París, 2006, 14 ss.; ver, asimismo, S. CASSESE, «Le droit tout puissant et unique de la société. Paradossi del diritto amministrativo», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2009, 879 ss.; del mismo autor, *Il diritto amministrativo: storie e prospettive*, Milán, 2010, 3 ss.

³ Más allá de los autores citados en la nota precedente, ver, *ex multis*, B. SORDI, *Tra Vienna e Weimar*, Milán, 1987; L. MANNORI/B. SORDI, *Storia del Diritto Amministrativo*, Laterza Ed., 2001, 305 ss.; A. SANDULLI, *Costruire lo Stato*, Milán, 2009.

⁴ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *Droit administratif*, París, 2006, 11 ss.

⁵ Cfr. S. CASSESE, *Il diritto amministrativo*, cit., 15.

⁶ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité de droit administratif*, vol. I, París, 2001, 33.

⁷ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 12. Refiriéndose a los «*services administratifs*», los autores afirman: «Leur organisation est du style militaire, centralisée et hiérarchisée. Leur action, enfin, s'exerce essentiellement par voie autoritaire et, bien que soumise en principe à la legalité est, en fait, fort peu bridée, étant donné le faible développement du droit administratif».

⁸ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 343.

*mes, qui permet aux administrations publiques d'exercer leurs droits par une procédure extrajudiciaire rapide et avantageuse*⁹, es decir, las decisiones administrativas son, en vía de principio, ejecutivas por sí mismas, lo que permite a las Administraciones públicas ejercitar sus derechos a través de un procedimiento extrajudicial rápido y ventajoso. La teorización de una mera «sujeción» del ciudadano respecto de la Administración encontraba después respuesta en la construcción como *contentieux objectif* del *recours contentieux* referido a la «*décision exécutoire*»¹⁰. El *recours pour excès de pouvoir* (que venía referido a una *décision exécutoire*) no fue construido para tutelar (inexistentes) situaciones subjetivas del ciudadano, sino para garantizar la *mera legalidad* de la actuación administrativa¹¹. Este recurso buscaba garantizar el mero respeto a una «*règle de droit*» que disciplinaba la actividad administrativa. Buscaba (sólo) restablecer la *légalité générale*¹². El recurrente era llamado a «*collaborer à la protection de la légalité*»¹³, y para evitar un eventual abuso por parte del ciudadano en la denuncia de la ilegalidad administrativa se condicionaba el ejercicio de su derecho a recurrir contra el acto a la presencia previa del «*intérêt à agir*». Este requisito previo consistía en la exigencia de que la decisión impugnada debía tener una incidencia sobre la situación personal del recurrente («*l'intéressé*»), la cual resultaría «mejorada» con la desaparición de dicha decisión¹⁴.

II. EL ARRÊT BLANCO Y SU REFLEJO EN LA FORMACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO FRANCÉS

La orientación político-institucional a favor de un *Derecho especial* para regular la actividad del Estado superó bien pronto el ámbito de la *puissance publique*. La previsión de un *ius speciale* afectó incluso a sectores, como los *services publics*, que en líneas generales estaban sometidos al *Code civil* y a la competencia de los *Tribunaux judiciaires*¹⁵. La

⁹ Cfr. M. HAURIU, *Précis de droit administratif et de droit public*, París, 1933, 11. Ver también Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 650.

¹⁰ Sobre el carácter «*objectif*» del originario *recours pour excès de pouvoir*, ver R. CHAPUS, *Droit du contentieux administratif*, París, 2006, 209. El autor subraya que este tipo de recurso busca asegurar «*le respect de la légalité*».

¹¹ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 453 ss.; B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, París, 37 ss..

¹² Cfr. J. WALINE, *Droit administratif*, París, 2010, 611.

¹³ Cfr. L. DUGUIT, *Traité de droit constitutionnel*, vol. I, París, 1923, 381.

¹⁴ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 544.

¹⁵ En la primera mitad del siglo XIX, los actos que la Administración realizaba en calidad de *gérant et d'intendant des services publics* eran generalmente sometidos, a diferencia de los *actes de puissance*, a las reglas del *Code civil* y a la competencia de los *Tribunaux judiciaires*

ocasión para tal cambio fue un litigio relativo a la *responsabilidad del Estado* causada por la actividad de una fábrica de tabaco¹⁶. En contradicción con las exigencias de la lógica y la justicia, que habrían sugerido el sometimiento de las cuestiones de responsabilidad del Estado a las reglas del *Code civil* y a la jurisdicción de la *autorité judiciaire*¹⁷, con el *arrêt Blanco* (adoptado en el 1873 por el *Tribunal des Conflits*¹⁸) se optó por una solución diversa que habría de tener una relevante repercusión no sólo en la formación del Derecho sustantivo y procesal, sino incluso en la «sistemática» del Derecho administrativo. En lo que respecta a la regulación del Derecho sustantivo se estableció que, en ausencia de texto legal específico, «*la responsabilité qui peut incomber à l'État du fait de personne qu'il emploie dans le service public ne peut être réglée par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier... elle a ses règles spéciales*»¹⁹. Se decidió que la responsabilidad que puede incumbir al Estado por actos de personas que emplea en el *servicio público* no puede ser «regulada» conforme a los principios del *Code civil* referidos a las relaciones entre particulares, sino que debe ser disciplinada por *règles spéciales* (diversas de las previstas por el *Code civil*). Para el *Tribunal des Conflits*, estas reglas debían ser «*règles spéciales qui varient suivant les besoins du service et la nécessité de concilier les droits de l'État avec les droits des privés*», es decir, debían ser reglas especiales que varían, adecuándose a las necesidades del servicio y a la necesidad de conciliar los derechos del Estado con los derechos del ciudadano. En referencia a la competencia del juez, se excluyó la competencia de los *Tribunaux judiciaires* y se optó por el juez administrativo. Conforme a las conclusiones del *Commissaire du Gouvernement David*, según el cual en el concreto caso el Estado actuaba en calidad de «*puissance publique chargé d'assurer la marche des services publics*»²⁰, se decidió que «*les actions en responsabilité contre l'État*» no debían ser juzgadas «*par les tribunaux civils*» renunciando a aplicar el Código civil, sino por las *juridictions administratives*²¹. Se

(cfr. E. LAFERRIÈRE, *Traité de juridiction administrative et des recours contentieux*, vol. I, reeditado por la Librairie Générale de Droit et de Jurisprudence, París, 1989, 436). Ver también L. MANNORI/B. SORDI, *op. cit.*, 348. Según estos autores, en la cultura jurídica del siglo XIX, los contratos, la propiedad y la responsabilidad se consideraban pertenecientes a un «derecho universal» y, como tal, válido incluso frente a la Administración pública.

¹⁶ Cfr. *Tribunal des Conflits*, 8 février 1873, págs. 153 ss.

¹⁷ Recordamos, sin embargo, que en el caso específico de cuestiones relativas a la *responsabilità dello Stato* se aplicaba normalmente la regla de traslación, según la cual «*l'État, étant souverain ne peut être coupable des fautes, ne peut donc être responsable*» (cfr. M. WALINE, *op. cit.*, 8).

¹⁸ Cfr. *Tribunal des Conflits*, 8 février 1873, págs. 153 ss.

¹⁹ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 27.

²⁰ Cfr. G. J. GUGLIELMI/G. KOUKI, *op. loc. ult. cit.*

²¹ Cfr. M. WALINE, *op. cit.*, 8; Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 389.

precisó, incluso, que «*la juridiction administrative est nécessitée par le particularisme du droit administratif*»²², es decir, se afirmó que el sometimiento al juez administrativo era la consecuencia (necesaria) de la *especialidad (le particularisme)* del Derecho (administrativo) a aplicar. Esta última afirmación tuvo una fuerte repercusión en el plano procesal. Establecer que existe una *estrecha relación* entre la *especialidad* de las reglas aplicables y la jurisdicción administrativa transformó el marco de referencia de la competencia del juez administrativo. La afirmación del *Tribunal des Conflits* «*ouvrait la voie à un monopole de la justice administrative sur tout ce qui est administratif*»²³, es decir, hace que todo aquello que es administrativo se someta a la competencia del juez administrativo. El juez administrativo añadía así a la competencia relativa a la *puissance publique (contentieux objectif)* aquella (en sede de *pleine juridiction*) relativa a los diversos aspectos del funcionamiento de los *services publics*²⁴.

En referencia a la influencia del *arrêt Blanco* sobre la «sistemática» del Derecho administrativo francés no puede esconderse su papel fundamental en la teorización de la *autonomía* y la *especialidad* del *droit administratif*. Inspirándose en las afirmaciones (contenidas en el *arrêt Blanco*) antes citadas, conforme a las cuales, en ausencia de texto legal específico, la responsabilidad de la Administración «*ne peut être réglée par les principes qui sont établis dans le code civil pour les rapports de particulier à particulier... elle a ses règles spéciales*», la doctrina ha encontrado en este *arrêt* el fundamento de la *autonomía* y la *especialidad* del Derecho administrativo respecto del Derecho civil²⁵. En este *arrêt* se afirmaba, en efecto, que, en ausencia de reglas enunciadas por el legislador, el juez era «libre de individualizar» la regla de Derecho administrativo aplicable, basándose en las exigencias de la realidad administrativa²⁶. En poco tiempo, con el *arrêt Blanco* se pusieron las bases de un Derecho administrativo que no sólo puede tener un contenido nuevo y distinto del previsto en el *Code civil*, sino que puede ser forjado y aplicado por el mismo juez administrativo²⁷. Se legitimó así el recurso a un *droit non écrit*, es decir, a un Derecho no creado por las autoridades

²² Cfr. Y. GAUDEMET, *op. cit.*, 388; J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 488 ss.

²³ Cfr. B. PACTEAU, «Conclusions générales», en *Public Law. Twenty years after*, cit., 249.

²⁴ Cfr. E. LAFERRIÈRE, *op. cit.*, I, 15. Para una reciente reconstrucción en la literatura italiana de la competencia del juez administrativo en sede de *pleine juridiction*, ver W. GASPARRI, «La struttura del contentieux administratif, le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese», en D. SORACE (Coord.), *Discipline processuali differenziate nei diritti amministrativi europei*, Firenze University Press, 2009, 157 ss.

²⁵ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 26.

²⁶ Cfr. Y. GAUDEMET, *op. loc. ult. cit.*

²⁷ Cfr. M. WALINE, *op. loc. ult. cit.*

constitucionalmente legitimadas para crear Derecho²⁸. M. WALINE justamente subrayaría que el juez administrativo, no pudiendo aplicar las normas del *Code civil*, era «*donc contraint de forger lui-même les règles à appliquer, il se trouve associé malgré lui à l'oeuvre législative*»²⁹, era llamado a desarrollar también la tarea de legislador³⁰. Se daba vida al *droit administratif* francés como *droit jurisprudentiel*, como un Derecho que tiene como principal fuente la «*source jurisprudentielle*»³¹.

III. EL «AFRANCESAMIENTO» DEL DERECHO ADMINISTRATIVO ALEMÁN

El mito francés de la *puissance publique* sobrepasó pronto los confines nacionales. En la literatura administrativista viene a menudo recordado que la «filosofía» que fundamenta la *puissance publique* fascinó a un famoso estudioso alemán de Estrasburgo, sensible a la cultura jurídica transfronteriza³². Como es sabido, para Otto MAYER, asistente de Paul LABAND en la Universidad de Estrasburgo, «*le droit administratif français devait servir de modèle*»³³ en la construcción del Derecho administrativo alemán. Él propugnó una especie de «*afrancesamiento*» del Derecho administrativo alemán³⁴. En consecuencia con esta elección, Otto MAYER construyó en el contexto político-cultural del Imperio Guillermino una relación autoridad/ciudadano (*Untertan*, administrado) en clave fuertemente autoritaria. Inspirándose en la teorización dominante en la doctrina publicista en Francia, el ilustre jurista alemán afirmaba que «*Das Verhältnis zwischen Staat und Untertan ist das einer rechtlichen Ungleichheit: der Staat hat auf seiner Seite die öffentliche Gewalt*»³⁵, esto es, subrayaba que la relación entre Estado y ciudadano (súbdito) estaba caracterizada por una desigualdad jurídica, y que el Estado tenía de su parte *die öffentliche Gewalt*, es decir, «*die Fähigkeit eines rechtlich überwiegenden Willens*»³⁶, la fuerza de una voluntad jurídicamente prevalente. A la luz de esta premisa, Otto MAYER construyó el acto administrativo a imitación de la «*décision exé-*

²⁸ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 5.

²⁹ Cfr. M. WALINE, *op. cit.*, 10.

³⁰ Cfr. M. WALINE, *op. loc. ult. cit.*

³¹ Sobre la importancia del Derecho administrativo francés de la «*source jurisprudentielle*», ver Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 5 ss.

³² Sobre la figura de Otto MAYER, ver M. FIORAVANTE, «Otto Mayer e la scienza del diritto amministrativo», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1983, 600 ss.

³³ Cfr. R. DRAGO, «Preface» al citado *Traité de la jurisdiction administrative et des recours contentieux* de E. LAFERRIÈRE.

³⁴ Subraya este aspecto E. FORSTHOFF, *Lehrbuch des Verwaltungsrecht*, München und Berlin, 1966, 50 ss.

³⁵ Cfr. O. MAYER, *Deutsches Verwaltungsrecht*, vol. I, Leipzig, 1895, 67.

³⁶ Cfr. O. MAYER, *op. loc. cit.*

cutoire» francesa³⁷. Para el jurista alemán, «*Der Verwaltungsakt ist ein der Verwaltung zugehöriger obrigkeitlicher Ausspruch, der dem Untertanen gegenüber Einzelfall bestimmt, was für ihn Rechtens sein soll*»³⁸, el acto administrativo es una decisión de la autoridad competente superior que define frente al administrado lo que para él en el caso particular ha de ser conforme a Derecho. La definición en clave autoritaria de la noción de acto administrativo fue después ulteriormente reforzada por el hecho de que en la doctrina mayeriana el dogma de la «*supremacía de la Administración*» frente al ciudadano encontraba una teorización todavía más acusada de aquella madurada en el Derecho francés. A diferencia de la realidad francesa, donde la Administración pública debía encontrar siempre en la ley la «*legitimación*» de su poder³⁹, en Alemania, según Otto MAYER, la Administración, más allá de los casos específicos en los cuales la actividad administrativa está expresamente sometida a la ley, puede actuar *praeter legem*. En la teorización mayeriana sobrevivía, no obstante la afirmación de la teoría del *Rechtsstaat*⁴⁰, el dogma de la «*soberanía originaria*» de la Administración y del *Mehrwert* (plusvalor) de la Administración pública frente al ciudadano⁴¹. MAYER afirmaba que en los ámbitos administrativos en los cuales la ley no está prevista, «*ist die vollziehende Gewalt an sich frei*»⁴², es decir, entendía que en este ámbito el poder ejecutivo es libre y la Administración puede actuar en base a su «*poder soberano*». Él contraponía, en efecto, la jurisdicción (*Justiz*) a la administración (*Verwaltung*). Para la jurisdicción, continuaba el ilustre jurista alemán, vale el principio «*nulla poena sine lege*»; para la Administración pública, en cambio, «*sie wirkt aus eigener Kraft nicht auf Grund des Gesetzes*»⁴³, la Administración actúa en base a su poder originario, y no en base a la ley.

A esta reconstrucción autoritaria de la relación Administración pública/ciudadano «*correspondió*» también en Alemania, al igual de cuanto hemos referido en Francia, una construcción del contencioso-administrativo como «*jurisdicción objetiva*». En alusión a la justicia administrativa, MAYER establecía «*Nicht um Rechtsschutz als Schutz von subjektiven Rechten handelt es sich, sondern um Schutz im Wege Rechtens*»⁴⁴, esto es, en el contencioso-administrativo no se tenía en cuen-

³⁷ Ver *supra*, nota 4.

³⁸ Cfr. O. MAYER, *op. cit.*, 95.

³⁹ Ver *supra*, nota 3.

⁴⁰ Cfr. O. MAYER, *op. cit.*, 53 ss. El autor no deja de subrayar que en el Estado de Derecho, a diferencia del «*Polizeistaat*», existe la «*Herrschaft des Gesetzes*».

⁴¹ Sea consentido el reenvío a A. MASUCCI, *Trasformazione dell'amministrazione e moduli consensuali. Il contratto di diritto pubblico*, Nápoles, 1989, 34 ss.

⁴² Cfr. O. MAYER, *op. cit.*, 74.

⁴³ Cfr. O. MAYER, *loc. ult. cit.*

⁴⁴ Cfr. O. MAYER, *op. cit.*, 149.

ta una tutela jurídica de derechos subjetivos, sino sólo una tutela de mero derecho. Descartada la orientación subjetivista del contencioso-administrativo estudiada por juristas del sur de Alemania, en la doctrina y en la práctica resultó dominante la «concepción objetiva» prefigurada por juristas prusianos, y en particular por VON GNEIST⁴⁵. Este jurista concebía el Derecho público como un Derecho orientado únicamente al buen funcionamiento de la «máquina estatal» y, consiguientemente, configuraba la justicia administrativa como «control objetivo» de la actividad administrativa. La justicia administrativa debía, según VON GNEIST, no garantizar inexistentes situaciones subjetivas del ciudadano frente al poder administrativo, sino dirigirse a eliminar el ejercicio parcial e ilegítimo del poder administrativo. En resumen, debía buscar exclusivamente asegurar la actividad de la «máquina administrativa» conforme a Derecho⁴⁶.

IV. LA «JURISDICCIONALIZACIÓN» DEL EJERCICIO DEL PODER ADMINISTRATIVO EN LA LEY AUSTRIACA DE 1925 DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO Y EL PAPEL DE LA JURISPRUDENCIA EN FRANCIA Y ALEMANIA.

En los años sucesivos a la caída del Imperio de Habsburgo, la teoría de la «soberanía» de la Administración pública fue sometida en la doctrina austriaca a una crítica severa. Frente al mito de la «soberanía originaria» de la Administración pública se contrapuso una «filosofía política» que propugnó la «soberanía de la ley» frente a la misma Administración pública. La teorización del total «sometimiento» de la Administración a la ley tuvo su origen en el gran laboratorio jurídico que caracterizó la «*Viena democrática*» de los años veinte⁴⁷. En este contexto político-cultural particular encontraron acogida las dos «ideas de fondo» de la teoría kelseniana, según las cuales no existe una Administración pública investida de un «poder originario» y *naturaliter* en posición de superioridad frente al ciudadano, sino que existen únicamente sujetos públicos y privados sometidos ambos a la soberanía del ordenamiento⁴⁸.

En coherencia con esta premisa, en el artículo 18 de la Constitución austriaca (*Bundes-Verfassungsgesetz*), aprobada el primero de oc-

⁴⁵ Sobre esta problemática, ver A. MASUCCI, *La legge tedesca sul processo amministrativo*, Milán, 1991, 4 ss.

⁴⁶ Cfr. A. MASUCCI, *op. loc. ult. cit.*

⁴⁷ Sobre esta experiencia significativa en la cultura administrativa, ver B. SORDI, *Tra Weimar e Vienna*, Milán, 1987, 88 ss.

⁴⁸ Cfr. H. KELSEN, «Zur Lehre vom öffentlichen Rechtsgeschäft», en *Archiv des öffentlichen Rechts*, 1913, 190 ss. Ver también A. MASUCCI, *Trasformazione della pubblica amministrazione*, cit., 43 ss.

tubre de 1920, se establece que «*Die gesamte staatliche Verwaltung darf nur auf Grund der Gesetze ausgeübt werden*», la entera actividad estatal puede sólo desenvolverse sobre la base de la ley. En poco tiempo encontró su consagración constitucional el *Legalitätsprinzip*, el principio de legalidad⁴⁹.

La consecuencia más emblemática de esta consagración fue la previsión en la Ley austriaca de procedimiento administrativo de 1925 de la regulación relativa a tres momentos fundamentales en la formación del acto administrativo: a) la competencia; b) el procedimiento; c) el contenido material del acto⁵⁰. El artículo 1 de la Ley austriaca de 1925 sancionaba que la competencia material y territorial de los órganos administrativos está determinada por las normas sobre su jurisdicción y por las disposiciones administrativas. Los artículos 37 y siguientes disciplinaban la instrucción del procedimiento. Los artículos 56 y siguientes regulaban el contenido de la resolución que debía indicar los hechos determinantes que fundamentaban la decisión y la motivación, si no se compartía el punto de vista de las partes y sus objeciones y/o reclamaciones⁵¹. De esta manera se estableció una efectiva subordinación de la actividad de la Administración pública a la ley. Se trataba de una subordinación plena que no se agotaba en la mera sumisión a la ley de (sólo) el poder de la Administración pública de adoptar un determinado acto administrativo, sino que afectaba también a la *modalidad de ejercicio* del poder administrativo. Y ello porque la esencia del *principio de legalidad* consiste en el hecho de que la actuación administrativa debe ser para el ciudadano «*vorhersehbar und berechenbar*», previsible y controlable⁵². Distinto es conferir un poder de disciplinar su ejercicio. Para conferir un poder es suficiente una norma de competencia que autoriza a un determinado órgano a adoptar actos de un cierto tipo. Para disciplinar el ejercicio de un poder es necesario dictar reglas sustantivas y/o procedimentales para su ejercicio. Con esta Ley se pasó de un modelo de Administración pública (propio de la tradición mayeriana) basado en la «*libertad de la Administración*», que encontraba sus límites sólo en la expresa previsión de la ley, a un modelo conforme al cual la Administración podía ejercitar su poder sólo en

⁴⁹ Cfr. T. ÖHLINGER, *Verfassungsrecht*, Wien, 1997, 55 ss. El autor, al subrayar la gran influencia del pensamiento kelseniano sobre la redacción de la *Bundesverfassungsgesetz* de 1920 y sobre la especial relevancia conferida al principio del Estado de Derecho, afirma que «*Kern der rechtsstaatlichen Prinzip ist die Bindung der Verwaltung an das Gesetz*», sancionada en el artículo 18 de la Constitución.

⁵⁰ Subraya oportunamente este aspecto G. PASTORI (Coord.), *La procedura amministrativa*, Neri Pozza Editore, 1964, 98.

⁵¹ En cuanto a referencias al texto legislativo de 1925, ver G. PASTORI, *op. cit.*, 107 ss.

⁵² Cfr. T. ÖHLINGER, *op. cit.*, 232.

los casos en los que éste le era reconocido por la ley y conforme a las modalidades establecidas por la ley. Más en concreto, en contraste con la teorización mayeriana según la cual la Administración, fuera de los casos en que está sometida a la ley, actúa «*aus eigener Kraft*», sobre la base de su propio poder originario⁵³, se construyó una Administración pública como «*executio legis*». El acto administrativo —se afirma— tiene una fuerza normativa, pero si no corresponde a la voluntad de la Administración la atribución de un específico poder autoritativo (una «*hoheitliche Gewalt zu üben*»), el acto entonces carece de fuerza normativa⁵⁴. En efecto, la ya citada distinción invocada por MAYER entre *Justiz und Wervaltung* (la primera puede actuar sólo sobre la base de la ley, la segunda también *praeter legem*)⁵⁵ fue totalmente superada.

V. CONTINUACIÓN

La legislación austriaca de procedimiento administrativo, que representó en Europa una verdadera revolución copernicana en el Derecho administrativo, no encontró de inmediato fenómenos análogos en los Derechos administrativos de otros países transalpinos. Sólo en el Land de Turingia en 1926, en el contexto de la breve experiencia weimeriana⁵⁶, se adoptó una *Landesverwaltungsordnung* que preveía normas referidas en particular a la competencia, los plazos, la celeridad y la simplicidad de la actuación administrativa⁵⁷. Pero el «silencio» por parte de las legislaciones nacionales en orden a la previsión de una ley nacional de procedimiento administrativo no significó que el tema de una «*juridización*» del ejercicio del poder administrativo no encontrase respuesta también en los Derechos administrativos francés y alemán. En estos países, el tema de la *juridificación* del ejercicio del poder administrativo fue impulsado por la jurisprudencia.

El control jurisdiccional en el «*recours pour excès de pouvoir*» (limitado originariamente a la «legalidad externa del acto», es decir, a la incompetencia y al vicio de forma) se extendió a través del «*détournement de pouvoir*», la desviación de poder, al aspecto interno del acto, para llegar hasta las más profundas intenciones de su autor⁵⁸. Esto

⁵³ Ver *supra*, párg. II.

⁵⁴ Cfr. W. ANTONIOLLI /F. KOJA, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Wien, 1996, 511.

⁵⁵ Ver *supra*, párg. II.

⁵⁶ Cfr. P. BADURA, *op. cit.*, 38 ss.

⁵⁷ Sobre este punto, ver E. SCHMIDT-AßMANN, «Der Verfahrensgedanke im deutschen und europäischen Verwaltungsrecht», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOBKULE, *Grundlagen*, cit., 465 ss.

⁵⁸ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 553.

hizo que un influyente estudioso, Maurice HARIOU, afirmase que el control del «fin del acto», superando la legalidad externa, se volvía un control de la «*moralité administrative*»⁵⁹. La evolución más relevante del vicio de «*detournement de pouvoir*» se advierte en el hecho que este vicio, más allá de la persecución de un fin extraño al interés público o a la violación de las reglas de procedimiento, ha acabado por afectar también a la apreciación de los hechos que justifican o están en el fundamento de la adopción del acto administrativo⁶⁰.

También en Alemania el juez administrativo (a partir del fin de los años cuarenta) puso las bases para un control del acto administrativo que fuese más allá de su control externo y buscase controlar el ejercicio del poder. Junto a la anulabilidad del acto por un vicio de competencia y/o por vicio de forma, el acto, según la jurisprudencia de la época, era inválido también por vicios relativos a la valoración de los hechos que están en la base de la adopción del acto. Se preveía la anulación del acto incluso cuando aparecía una incongruencia entre el acto administrativo y el estado real de las cosas, o la situación jurídica objetiva⁶¹. Más aún, se considera también como vicio del acto una utilización equivocada de los medios respecto de los fines perseguidos⁶². La proporcionalidad y la adecuación de los medios respecto al resultado perseguido fueron consideradas esenciales para la validez del acto administrativo⁶³.

VI. EL CAMBIO EN EL MARCO TEÓRICO DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA. DE LA ADMINISTRACIÓN IMPERATIVA A LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL

El impacto de la Escuela de Viena no fue el único acontecimiento que marcaría a la ciencia administrativista en el periodo posterior a la primera guerra mundial. En aquellos años la ciencia del Derecho administrativo debía medirse no sólo con los problemas relativos a la legalidad de la acción administrativa, sino también con la nueva relación Estado-comunidad nacional, madurada en diversos países europeos. En Francia y Alemania, la «constitución material» de estos Estados sufrió una transformación profunda como consecuencia de los así llamados grupos subalternos, en la afirmación del partido-aparato. Esta nueva realidad hizo emerger la exigencia de satisfacción de las necesidades co-

⁵⁹ Cfr. M. HARIOU, *op. cit.*, 443.

⁶⁰ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 556 ss.

⁶¹ Para las referencias jurisprudenciales, ver E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 232.

⁶² Cfr. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 235.

⁶³ Cfr. E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 236.

lectivas. La función administrativa, encerrada hasta entonces en la legalidad e imperatividad de la resolución administrativa, se extiende a la de mecanismo productor de utilidades o de prestaciones para satisfacer intereses colectivos. La Administración pública fue llamada a garantizar el acceso de los individuos a aquellos bienes o servicios útiles o necesarios, a dar plenitud a la vida del individuo en su dimensión social⁶⁴.

En este contexto, en Francia la teoría de los «*services publics*» jugó un papel preponderante. Ésta se convierte en la clave de un pacto social republicano. Se convierte en el símbolo de una nueva relación Estado-comunidad nacional. El Estado no era libre de elegir si instituir o no un servicio público, porque ello contradecía la regla que imponía a los gobernantes «*une obligation de service public*». A su vez, el usuario se beneficiaba de «*un statut légal protégé par d'énergiques voies de droits*»⁶⁵. Esta nueva visión de la «legitimación del Estado», que encontró en Leon DUGUIT su más importante representante⁶⁶, llevó además a reconstruir el Derecho administrativo francés (con excepción de la administración de autoridad) utilizando la noción de «*service public*»⁶⁷. Maduró una nueva construcción sistemática del Derecho administrativo que giraba sobre la noción de *service public*⁶⁸. La teorización del sujeto Estado, tradicionalmente anclada a una concepción «irreal y metafísica», se enlaza, por obra de Leon DUGUIT, a una visión de naturaleza realista, estrechamente ligada a la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos⁶⁹.

También en la doctrina alemana la reconstrucción teórica de la acción administrativa (toda ella centrada en la relación autoridad/sujeción) cambió profundamente en aquellos años. En el mundo teórico del *imperium* que caracterizaba entonces la cultura administrativista alemana, se examinó una nueva modalidad de actuación administrativa. Junto a la teorización de la administración imperativa (*Eingriffsverwaltung*) se sondea la noción de administración de prestación (*Leistungsverwaltung*)⁷⁰. Ernst FORSTHOFF, en la monografía *Verwaltung als*

⁶⁴ Cfr. J. CHEVALLIER, *Science administrative*, París, 2002, 180 ss.; G. J. GUGLIELMI/G. KOUBI, *Droit du service public*, París, 2007, 40 ss.; P. BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, 2.ª, Tübingen, 2005, 5 ss.

⁶⁵ Sobre este punto, ver G. NAPOLITANO, *op. cit.*, 7.

⁶⁶ Sobre el papel desarrollado por Leon DUGUIT en la fundamentación de la legitimación del Estado para la prestación de servicios públicos, ver J. CHEVALLIER, *op. cit.*, 161. Allí, el autor define a Leon DUGUIT como «le grand théoricien du service public».

⁶⁷ Cfr. Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 34 ss.

⁶⁸ Esta noción en su acepción sustancial designa una «*activité d'intérêt général que l'administration entend assumer*» (cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.* 310).

⁶⁹ Para esta visión del Estado desplegada por Leon DUGUIT, ver B. PACTEAU, «Conclusions générales», cit., 248.

⁷⁰ La referencia a FORSTHOFF es fundamental; ver E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 326 ss. y 340 ss.

Leistungsträger, publicada en 1938, introduce el concepto fundamental de «*Daseinsvorsorge*», procura existencial⁷¹. A este concepto se conectaban todas las prestaciones (*Leistungen*) que el Estado garantizaba a su comunidad nacional⁷². Se trataba de una obligación del Estado que no venía garantizada sólo mediante «*öffentlich-rectliche Verpflichtungen*», obligaciones de Derecho público, sino también mediante *öffentliche Rechte*, derechos públicos subjetivos⁷³.

Esta transformación que selló el paso de un Derecho administrativo que disciplinaba las modalidades de la «*puissance publique*» a un Derecho administrativo que establecía entre sus finalidades también la de atender a las necesidades de la colectividad nacional, impuso un enriquecimiento del *instrumentarium* jurídico. El ordenamiento francés, que ya conocía el módulo consensual del «*contrat administratif*», lo utilizó como medio fundamental para asumir las nuevas tareas. Se trataba de un módulo consensual caracterizado por prerrogativas y privilegios a favor de la Administración pública y que modificaba profundamente el equilibrio de poderes entre las partes que caracteriza el módulo del contrato en general. Era necesario, en efecto, un acuerdo de voluntad, pero se trataba de un acuerdo basado sobre la desigualdad jurídica entre las partes⁷⁴. Distinta, sin embargo, se presentaba la situación en Alemania. Ésta no conocía módulos consensuales en el ámbito del Derecho público. Para superar los límites y los vínculos que se derivaban de la utilización del mero acto administrativo, en el Derecho administrativo alemán se recurrió a la figura de la «*Zweistufentheorie*»⁷⁵. Un módulo complejo y complicado que articulaba en dos momentos la actuación de la Administración pública: el primer momento (*primäre Stufe*) se agotaba en el ejercicio del poder administrativo unilateral mediante la adopción del acto administrativo. El segundo momento (*sekundäre Stufe*) venía referido a un contrato de Derecho privado que, sobre la base del acto administrativo adoptado, regulaba los aspectos privatísticos de la relación entre Administración pública y ciudadano. A través de este módulo (que se componía de dos actos) se intentó superar la mencionada inadecuación del acto administrativo para recibir la nueva complejidad de la relación autoridad/ciudadano y de resolver consensualmente la conflictividad entre intereses públicos y pri-

⁷¹ Sobre este punto, E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 342. Allí, el autor define el concepto de *Daseinsvorsorge* como un *Leitbegriff*, un concepto-guía.

⁷² Para E. FORSTHOFF (*op. cit.*, 342), «*Der Daseinsvorsorge sollen alle Leistungen der Verwaltung an die Staatsgenossen zugerechnet werden*».

⁷³ Cfr. la monumental obra de E. R. HUBER, *Wirtschaftsverwaltungsrecht*, vol. I, Tübingen, 1954, 687.

⁷⁴ Para todos estos aspectos, ver Y. GAUDEMET, *Traité*, cit., 672.

⁷⁵ Sobre la figura de la *Zeistufentheorie*, ver E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 189 ss.

vados en ella implícita. El contrato de Derecho privado anexo a la resolución, si bien gravado por una dependencia respecto del acto administrativo, consentía, al menos en una cierta medida, disolver el mencionado conflicto de intereses en una serie de pretensiones y obligaciones recíprocas, definidas consensualmente⁷⁶.

VII. LA CODIFICACIÓN EN ALEMANIA DEL PROCESO ADMINISTRATIVO COMO PROCESO FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA. EL DERECHO SUBJETIVO DEL CIUDADANO A UNA TUTELA PLENA Y EFECTIVA DE SUS PROPIOS DERECHOS FRENTE A LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.

En los años sucesivos a la segunda guerra mundial fueron realizados en Alemania no sólo profundos cambios político-institucionales, sino que emergieron sobre todo revisiones radicales de la cultura jurídica de Derecho público. En particular, la consagración de los «*Grundrechte*» en la Ley Fundamental alemana hace que se pasase de una «sociedad de la organización» a una «sociedad de los individuos»⁷⁷. El Derecho público ya no era más el mero Derecho de la organización pública, sino que también y sobre todo era el Derecho que reconocía al ciudadano derechos públicos subjetivos y garantías jurisdiccionales frente al poder público⁷⁸. Se construye un Derecho público que identificaba como su eje la defensa de las libertades y la tutela de los ciudadanos⁷⁹. En este contexto se sepulta la concepción prusiana de la jurisdicción administrativa como jurisdicción objetiva. Se previó en el artículo 19 de la *Grundgesetz*, y en particular el cuarto inciso, «*Wird jemand durch die öffentliche Gewalt in seinen Rechten verletzt, so steht ihm der Rechtsweg offen*»⁸⁰, si cualquiera resulta lesionado por el poder público en sus derechos puede acudir a la vía jurisdiccional.

La colocación de esta norma en el ámbito de los «*Grundrechte*» (derechos fundamentales) ha provocado que la doctrina reconociese a este derecho la dignidad de un verdadero y auténtico derecho fundamental⁸¹. Este hecho ha obligado al legislador a asegurar a este derecho una tutela plena y efectiva. Justamente se ha subrayado que «*Für*

⁷⁶ Sobre todos estos aspectos, ver R. STÖBER/W. KLUTH/M. MÜLLER/A. PEILERT, *Verwaltungsrecht*, vol. I, München, 2006, 199; E. FORSTHOFF, *op. cit.*, 189 ss.

⁷⁷ Cfr. P. BADURA, *Staatsrecht*, München, 2010, 94 ss.

⁷⁸ Cfr. P. BADURA, *op. cit.*, 96.

⁷⁹ Cfr. P. BADURA, *op. cit.*, 93 ss. El autor ha dedicado un apreciable capítulo al *Der Schutz der Freiheit durch Grundrechte*, a la tutela de la libertad por los derechos fundamentales.

⁸⁰ Cfr. H. JARASS/B. PIERATH, *Grundgesetz für die Bundesrepublik Deutschland*, München, 2006, 94, 417 y esp. 428.

⁸¹ Cfr. M. CARRA, «Atipicità del diritto di azione ed effettività della tutela nel processo amministrativo tedesco», en D. SORACE (Coord.), *Discipline processuali*, cit., 27.

den einzelnen sind die Grundrechte Quelle subjektiver Rechte gegen die öffentliche Gewalt»⁸², es decir, se ha afirmado que los *Grundrechte* son para los ciudadanos fuente de derechos subjetivos frente al poder público. La posición subalterna del ciudadano frente a la Administración pública en el proceso administrativo, por tanto, da la vuelta. El proceso administrativo ya no es concebido *ex parte principis*, sino *ex parte civis*. El ciudadano no «denuncia» una mera violación de la ley que disciplina las modalidades de la actuación administrativa, sino que hace valer un derecho subjetivo propio frente al poder público⁸³. Ello encuentra confirmación en el artículo 42.2.º de la *Verwaltungsgerichtsordnung* (VWGO) de 1960, según el cual el ciudadano hace valer en juicio frente a la Administración pública «*eigene Rechte*», propios derechos⁸⁴. El ciudadano se convierte así en verdadera «parte» de una relación procesal, que tiene como «contraparte» a la Administración pública⁸⁵. En el citado artículo 42.2.º de la *Verwaltungsgerichtsordnung* se establece: «*Soweit gesetzlich nicht anders bestimmt ist, ist die Klage nur zulässig, wenn der Kläger geltend macht durch den Verwaltungsakt oder seine Ablehnung oder Unterlassung in seinen Rechten verletzt zu sein*»⁸⁶, es decir, en la medida en la cual la ley no establece lo contrario, la acción es admitida si el actor hace valer que ha sido lesionado en sus derechos mediante un acto administrativo o mediante su rechazo u omisión. En coherencia con esta premisa, la entera Ley de procedimiento administrativo (que se inspira en la Ley provisional de 1944 adoptada en la zona americana de Alemania y escrita por Walter JELLINEK) se estructura según la «lógica del proceso civil»⁸⁷. En esta nueva disciplina normativa el derecho subjetivo del ciudadano a la tutela jurisdiccional se concreta en el poder de hacer valer en modo adecuado frente a la Administración pública un derecho propio o su violación. Es necesario un derecho del ciudadano, que lo habilita, siempre que se den los presupuestos previstos, a pretender frente al poder público un *facere*, un *non facere* o un *sopportare*. Hace falta, en efecto, la previsión de un sistema articulado de acciones capaces de satisfacer una demanda efectiva de tutela del ciudadano. Junto a la acción de anulación (*Anfechtungsklage*), se construyen la acción de condena (*Verpflichtungsklage*) y la acción de comprobación (*Feststellungsklage*)⁸⁸. La acción de anulación es una acción constitutiva que busca la anulación de

⁸² Cfr. P. BADURA, *op. cit.*, 94.

⁸³ Cfr. de nuevo P. BADURA, *op. loc. ult. cit.*

⁸⁴ Cfr. H. HUFEN, *Verwaltungsprozessrecht*, München, 2008, 245.

⁸⁵ Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2009, 165.

⁸⁶ Cfr. F. KOPP/W. R. SCHENKE, *Verwaltungsgerichtsordnung*, München, 2005, 293 ss.

⁸⁷ Cfr. A. MASUCCI, *La legge tedesca*, cit., 10 ss.

⁸⁸ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 340 ss.

un acto administrativo. Su ámbito clásico de aplicación es la administración de autoridad (*Eingriffsverwaltung*)⁸⁹. La acción de condena busca la emanación de un acto administrativo rechazado o de un acto administrativo omitido⁹⁰. En el primer caso se trata de una *Versagungsgegenklage*, de una acción contra el rechazo. En el segundo caso se trata de una *Untätigkeitsklage*, de una acción contra la omisión de un acto⁹¹. En ambos casos la Administración es condenada a la adopción del acto administrativo debido⁹². Si la decisión sobre el acto solicitado se configura como discrecional, el juez se limitará a ordenar a la Administración a que se pronuncie de nuevo frente al actor, respetando la orientación expresada por el tribunal⁹³. Aunque no se encuentre expresamente regulada, se prevé en el artículo 43 de la *Verwaltungsgerichtsordnung* la acción positiva de prestación (*die allgemeine Leistungsklage*), que se emplea como una acción especial de la acción de condena⁹⁴. Con la *allgemeine Leistungsklage* puede reclamarse contra cualquier actividad de la administración de autoridad que no se resuelve en un acto administrativo⁹⁵. En la mayor parte de los casos se trata de operaciones administrativas, de prestaciones materiales (*realakt*)⁹⁶. Con la *Unterlassungsklage* (acción inhibitoria), que se configura como la acción negativa de la *Leistungsklage* (*als negative Leistungsklage*), se busca al final obtener una condena frente a la Administración por *abstenerse* de asumir o por interrumpir una actuación material, conducta que el actor declara lesiva para sí real o potencialmente⁹⁷. En cuanto a la *Feststellungsklage* (acción de comprobación), esta acción puede dirigirse a la comprobación positiva de la existencia de una relación jurídica, o a la comprobación negativa de la inexistencia de una relación jurídica o de su nulidad⁹⁸. Otro aspecto de gran importancia que ha contribuido a crear un sistema de efectiva tutela del ciudadano se encuentra en la previsión en la *VWGO* de la medida cautelar positiva. Innovando respecto a una tradición que limitaba las medidas cautelares a la suspensión del acto impugnado, en la *VWGO* se prevé la posibilidad para el juez administrativo de prever medidas cautelares de contenido positivo⁹⁹. La decisión provisio-

⁸⁹ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 207 ss.

⁹⁰ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 281 ss.

⁹¹ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 282 ss.; A. MASUCCI, *La legge tedesca*, cit., 23.

⁹² Cfr. M. CARRA, «Atipicità», cit., 66.

⁹³ Cfr. M. CARRA, *loc. ult. cit.*

⁹⁴ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 285.

⁹⁵ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 305 ss.

⁹⁶ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 306 ss.

⁹⁷ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 295 ss.

⁹⁸ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 310.

⁹⁹ Cfr. H. HUFEN, *op. cit.*, 511 ss.; BADER/M. FUNKEKAISERJ/S. KUNZE/VON ALBEDJLL, *Verwaltungsgerichtsordnung*, Heidelberg, 2007, 1180 ss.

nal (*einstweilige Anordnung*), en el sentido del párrafo 123 VwGO, es la forma de tutela provisional en todos los casos en los cuales no procede un acto administrativo oneroso y una acción de anulación¹⁰⁰. La medida cautelar positiva puede ser adoptada por el juez, si subsiste el peligro de que la realización de un derecho del solicitante pueda evaporarse o sea sustancialmente obstaculizada por una modificación de la situación existente. Esta medida puede adoptarse, además, si en una relación jurídica continuada resulta esencial para evitar al solicitante desventajas relevantes, un peligro determinado o por otros motivos¹⁰¹.

VIII. CONTINUACIÓN. LA LENTA EVOLUCIÓN DEL *RECOURS POUR EXCÈS DE POUVOIR* HACIA LA TUTELA DE UNA SITUACIÓN JURÍDICA PERSONAL

Las exigencias que han constituido el fundamento de la construcción del proceso contencioso-administrativo alemán, influido por la revalorización de la tutela de la situación jurídica del ciudadano, no han sido extrañas a la evolución del *recours pour excès de pouvoir*. Como es sabido, ya desde la segunda década del siglo pasado ha comenzado a perfilarse una tendencia que ha permitido la superación de la concepción del *recours pour excès de pouvoir* como un recurso que tiende a la restauración de la mera «*legalité générale*» a favor de la construcción del *recours pour excès de pouvoir* como un recurso tendente a la valoración de una *situation personnelle méconnue*, en la que el recurrente (*le demandeur*) invoca «*son droit*»¹⁰².

El primer evento al que se conecta esta transformación ha sido el reconocimiento de la «oposición de tercero», datada en 1912 con el «*jugement Boussage*». En esta ocasión, Maurice HARIOU subrayó que la introducción de la «*tierce opposition*» significaba desnaturalizar el carácter del *recours pour excès de pouvoir* como *contentieux objectif*¹⁰³. Posteriormente, en un reforzamiento de la tendencia a la transformación del *recours pour excès de pouvoir* como *contentieux subjectif*, se ha reconocido en las décadas sucesivas la facultad de apelar la decisión de primera instancia, tanto a la Administración como al ciudadano. Esto entraba en contradicción con la filosofía del proceso al acto, desde el momento en que la facultad de apelación no existe si no es a beneficio de las partes del proceso. Reconocer *también* a la Administración la

¹⁰⁰ Cfr. H. HUFEN, *op. loc. ult. cit.*

¹⁰¹ Cfr. BADER/M. FUNKEKAISERJ/S. KUNZE/VON ALBEDJLL, *op. cit.*, 1179.

¹⁰² Cfr. J. WALINE, *Droit administratif*, París, 2010, 621.

¹⁰³ Cfr. M. HAURIOU, *op. cit.*, 398.

facultad de proponer la apelación significó reconocer su calidad de parte del proceso¹⁰⁴.

En la segunda mitad del siglo XX, también la «*sage lenteur*» del *Conseil d'État*, de la que habla Eduardo GARCÍA DE ENTERRÍA¹⁰⁵ y a la cual es confiada la modernización del proceso administrativo francés, debía enfrentarse a iniciativas legislativas que se movían en el sentido antes indicado. En la Ley de 8 de febrero de 1995 se estableció que el juez administrativo puede prever en el *recours pour excès de pouvoir* incluso una condena a un *facere* frente a la Administración. Más en concreto, se previó un verdadero y propio poder de *injonction en vue de l'exécution de la chose jugée*, la previsión por el juez (solamente) de las medidas necesarias para la ejecución de la cosa juzgada¹⁰⁶. Otro evento importante que ha acercado el *recours pour excès de pouvoir* al *recours de pleine juridiction*¹⁰⁷ es la aprobación de la Ley de 30 de junio de 2000. Esta Ley ha contribuido a convertir el proceso administrativo francés en un instrumento más adecuado para la tutela efectiva de los derechos del ciudadano. Se ha abandonado la regla tradicional que limitaba la tutela cautelar del ciudadano a la mera suspensión de la decisión administrativa y, sobre la estela del Tribunal de Justicia europeo y del Tribunal de Estrasburgo, han sido previstas incluso medidas cautelares aplicables a los procesos civiles¹⁰⁸. En particular, en el «*référé-liberté*» el juez puede ordenar cualquier medida necesaria para la salvaguarda de una libertad fundamental¹⁰⁹. En el «*référé-conservatoire*», admisible incluso en ausencia de una decisión administrativa preventiva, el juez puede ordenar *toutes mesures utiles sans faire obstacle à l'exécution d'aucune décision administrative*, toda medida útil, sin prejuzgar le ejecución de ninguna decisión administrativa¹¹⁰.

¹⁰⁴ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 564.

¹⁰⁵ Cfr. E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *Le trasformazioni della giustizia amministrativa*, Milán, 2010, 44.

¹⁰⁶ Cfr. R. CHAPUS, *op. cit.*, 949 ss.; J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 582 ss.

¹⁰⁷ Hablan de un «*rapprochement*» entre las dos clases de recurso J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 538 ss. En relación a los dos tipos de recurso, en la literatura italiana, ver A. MASUCCI, «Il processo amministrativo in Francia», en *Quaderni di Diritto processuale amministrativo*, 1995, y, recientemente, W. GASPARRI, «La struttura del contentieux administratif. Le tutele differenziate e i riti speciali nell'ordinamento francese», en D. SORACE (Coord.), *Discipline processuali*, cit., 123 ss.

¹⁰⁸ Sobre los diferentes tipos de *référés*, ver B. PACTEAU, *Traité de contentieux administratif*, París, 2008, 381 ss.

¹⁰⁹ Cfr. J. RIVERO/J. WALINE, *op. cit.*, 376.

¹¹⁰ Cfr. J. WALINE, *op. cit.*, 653.

IX. DE LA FUNCIONALIDAD DE JUSTICIA DE LA LEY AUSTRIACA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO A LA LEY ALEMANA DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO COMO «NÚCLEO DEL DERECHO ADMINISTRATIVO GENERAL»

La Ley austriaca de procedimiento administrativo ha representado, como hemos mencionado, la primera tentativa orgánica de someter el ejercicio del poder administrativo a la ley. La misma iba más allá de la mera atribución legal de competencia a la autoridad, regulando el procedimiento y el contenido material del acto administrativo¹¹¹. Pero la Ley austriaca de 1925 desempeñaba también y sobre todo otra tarea. Esta Ley debía desarrollar incluso una función de justicia. En un ordenamiento en el cual el control jurisdiccional de la actividad administrativa terminaba por ser un mero control de tipo casacional del Tribunal administrativo de Viena, faltando del todo un control del mérito de la actividad administrativa, se juzga oportuno construir el procedimiento administrativo en una funcionalidad de justicia. Se promovió una Ley que, más allá de garantizar el respeto del principio de legalidad mediante la normativa relativa a la adopción y formación del acto, buscaba una cuidadosa tutela procedimental de las situaciones subjetivas del ciudadano¹¹². Se ha dicho con acierto que «*Das österreichische Verwaltungsverfahren enthält daher auch ein besonderes ausgebildetes Rechtsschutzverfahren*»¹¹³, es decir, que la Ley austriaca contiene también un cuidadoso procedimiento de tutela de las situaciones jurídicas. Por otro lado, esto armonizaba con la teoría de la *Stufenbau*, que acababa atribuyendo un mero valor organizatorio a la distinción entre función administrativa y jurisdiccional¹¹⁴.

Desde una perspectiva político-cultural profundamente distinta debe situarse la Ley alemana de procedimiento administrativo de 1976¹¹⁵. Las grandes transformaciones que en Alemania afectaron al proceso contencioso-administrativo no podían no incidir sobre el procedimiento administrativo. Sobre la huella de la famosa intervención de Karl August BETTERMANN en la *Vereinigungstaatslehrer* en 1958, que teorizaba sobre una noción de procedimiento administrativo que su-

¹¹¹ Ver *supra*, punto IV. Ver también R. WALTER/H. MAYER, *Grundriss des österreichischen Verwaltungsverfahrensrechts*, Wien, 2003, 10 ss.; G. PASTORI, *op. cit.*, 97.

¹¹² Sobre este tema, recientemente, en la literatura italiana, ver A. ALBANESE, «L'amministrazione giustiziale in Austria», en *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2010, 457 ss.

¹¹³ Cfr. W. ANTONIOLLI/F. KOJA, *op. loc. ult. cit.*

¹¹⁴ Cfr. W. ANTONIOLLI/F. KOJA, *op. cit.*, 601 ss.

¹¹⁵ *Ex multis*, C. H. ULE/W. LAUBINGER, *Verwaltungsverfahrenrecht*, Heineman Verlag, 1986, 1 ss. Para un encuadramiento de la problemática, ver también A. MASUCCI (Coord.), «La codificazione del procedimento amministrativo nella Repubblica federale di Germania», en *Quaderni Formez, Problemi della amministrazione pubblica*, núm. 2, 1979.

perase la antigua concepción alemana del procedimiento como una noción limitada a la mera formación del acto¹¹⁶, la Ley de procedimiento se «construye» como *Kernstück des allgemeinen Verwaltungsrecht*, como «núcleo del Derecho administrativo general»¹¹⁷; en realidad, como un conjunto de reglas que buscan la correcta aplicación del precepto normativo (*Richtigkeitsgewähr durch Verfahren*)¹¹⁸. De un modo más específico, la Ley de procedimiento se configura como «una armadura» (*Kernstück*) en torno a la cual debe enlazarse el desarrollo de la acción administrativa. Al procedimiento administrativo se confía un papel servicial. Se ha dicho que «*Natürlich steht das Verfahrensrecht im Dienste korrekter Umsetzung dessen, was das Gesetz anordnet*»¹¹⁹, el procedimiento está *naturaliter* al servicio de una correcta actuación de lo que la ley prescribe.

Desde esta perspectiva, y en consonancia con una corriente cultural que consideraba *das Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht*¹²⁰ (el Derecho administrativo como concreción del Derecho constitucional), se adoptó una Ley que recibía los principios reconocidos en la *Grundgesetz*, hasta el punto de ser definida como «*eine Art Grundgesetz für die zweite Gewalt*», una especie de Ley Fundamental para el poder ejecutivo¹²¹. Esta Ley va de la *Menschenwürde bis zur Unparteilichkeit der Verwaltung*, de la dignidad de la persona a la imparcialidad de la Administración¹²². En ella encuentra tutela, primero de todo, el *status activus processualis*, una firme tutela de la posición jurídica del ciudadano en el procedimiento administrativo. En el respeto de la *Menschenwürde* (dignidad de la persona) al ciudadano que participa en el procedimiento se le reconoce un papel de actor en el proceso decisonal, y no de mero destinatario de la decisión. En base al principio de *Waffengleichheit* (paridad de armas) en la actividad de instrucción, el ciudadano tiene derecho de acceso a los actos del procedimiento. Ello incluye, además, el derecho de audiencia en todos los casos de «*belas-*

¹¹⁶ Sobre la antigua noción de procedimiento administrativo en el Derecho alemán, ver W. JELLINEK, *Der fehlerhafte Staatsrecht und seine Wirkungen*, Tübingen, 1908, 104. El ilustre autor configura el procedimiento administrativo como «*eine zusammenhängende Kette einzelner Glieder, von denen jedes eine Bedeutung für sich hat*», una cadena que sostiene unidos los actos singulares, cada uno de los cuales posee relevancia por sí mismo. Casi desde la misma óptica, Maurice HAURIUO hablaba de la «*opération à procédure*» para indicar un procedimiento en el cual intervienen «*Plusieurs organes, dont les délibérations concordantes sont nécessaires*». Sobre este punto, ver M. WALINE, *Droit administratif*, París, 1963, 436.

¹¹⁷ Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, «Der Verfahrensgedanke», cit., 468.

¹¹⁸ Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Allgemeine*, cit., 305.

¹¹⁹ Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Allgemeine*, cit., 305.

¹²⁰ Ver F. WERNER, «Verwaltungsrecht als konkretisiertes Verfassungsrecht», en *Deutsches Verwaltungsblatt*, 1959, 527 ss.

¹²¹ Cfr. H. P. BULL, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Heidelberg, 2000, 194 ss.

¹²² Cfr. de nuevo H. P. BULL, *op. loc. ult. cit.*

tenden Verwaltungsakte», de actos administrativos de gravamen¹²³. En honor al principio democrático se favorece la transparencia administrativa. El derecho de acceso a los actos no es sólo un derecho individual en función de la tutela procedimental, sino una forma de control público de la Administración¹²⁴. La Ley de procedimiento refleja, además, exigencias de eficiencia administrativa. Establece que el procedimiento debe ser «*einfach, zweckmäßig und zügig*», desarrollado de modo simple, adecuado y rápido. La Ley actúa también sobre el ámbito de la organización. Regula las relaciones entre los varios actores del procedimiento dentro y fuera de la Administración pública. Coordina la actuación de las autoridades que participan en el procedimiento e incluye al mismo ciudadano en este diseño organizatorio¹²⁵. Finalmente, sobre la base de la acertada intuición de que no es posible distinguir netamente los aspectos procedimentales de los sustanciales, el legislador ha hecho de la Ley de procedimiento el lugar de convergencia y soldadura de dos momentos. Tomando en consideración que el procedimiento está predispuesto de modo natural a desembocar en un acto jurídico, de modo que no es entendible si no es en relación a una resolución que lo culmina, el legislador ha regulado la actuación de la función administrativa no sólo en su elaboración, sino también en sus principales manifestaciones finales, como acto administrativo y como contrato de Derecho público¹²⁶.

X. LA CODIFICACIÓN EN LA LEY DE PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE UNA «CONTRACTUALIDAD PARITARIA» ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CIUDADANO EN EL DERECHO PÚBLICO. EL FIN DE LA SEPARACIÓN ENTRE DERECHO PÚBLICO Y PRIVADO

Anteriormente habíamos esbozado cómo, en la experiencia administrativa francesa, había sido teorizada desde el inicio la figura de los *contrats administratifs*. Se trataba, como hemos visto, de una «contractualidad desigual». El régimen jurídico del *contrat administratif* derogaba la regulación del contrato de Derecho civil no sólo por las *prerogatives* que reconocía a la Administración pública y por la *sujetion* que imponía al ciudadano, sino también por el sometimiento al juez administrativo de los litigios relacionados con el contrato.

¹²³ Cfr. H. MAURER, *op. cit.*, 492.

¹²⁴ Cfr. H. MAURER, *op. cit.*, 492 ss.

¹²⁵ Sobre todos estos aspectos, ver P. STELKENS/H. J. BONK/M. SACHS, *Verwaltungsverfahrensgesetz*, München, 2008, 346 ss.

¹²⁶ Cfr. P. STELKENS/H. J. BONK/M. SACHS, *op. cit.*, 728 ss.

Bajo la influencia de la doctrina mayeriana, sin embargo, el Derecho administrativo alemán no ha recibido la figura del contrato de Derecho administrativo en mucho tiempo¹²⁷. Se recurrió, como hemos recordado, a la teoría de la *Zweistufentheorie* (acto administrativo más contrato de Derecho privado) para satisfacer las exigencias de una relación bilateral entre Administración pública y ciudadano. En 1976 se produjo el gran salto que «superó» el famoso dogma mayeriano de la inadmisibilidad del contrato de Derecho público¹²⁸. En el ámbito de la Ley de procedimiento administrativo, que prima el papel de colaboración del ciudadano en la ejecución de tareas públicas, la Administración pública ha abandonado el «pedestal de supremacía» y de «no negociabilidad» de las potestades administrativas¹²⁹, codificado el contrato de Derecho público (*öffentlich-rechtlicher Vertrag*). De modo distinto a los *contrats administratifs*, la regulación del contrato de Derecho público en el Derecho alemán se inspira en una identidad paritaria del ciudadano respecto de la Administración pública, pues representa un medio de composición consensual y paritaria de diferentes y opuestos intereses del sujeto público y del sujeto privado. Frente al tradicional modelo de la actividad administrativa marcado por la «supremacía» (*hierarchische Modell*), se ha contrapuesto el modelo de la «negociación» (*Verhandlungsmodell*)¹³⁰. Ha sido superada la perspectiva conflictual entre individuo y Estado. La nueva «relación cooperativa» Estado/sociedad¹³¹ encuentra en la relación administrativa nacida del contrato una composición equilibrada de los diferentes intereses. Así, sólo se llega a la conclusión del contrato si los intereses opuestos de las partes encuentran un punto de encuentro, un equilibrio propio. Y, además, a diferencia del acto administrativo y del módulo formado por acto administrativo más contrato (*Zweistufentheorie*), la reglamentación de los intereses establecida mediante el contrato vincula a la Administración pública con independencia de su correspondencia originaria o sucesiva con el interés público perseguido. Conclusión que no es desmentida por el poder de resolución del contrato *ex* artículo 60 de la Ley sobre el procedimiento administrativo. Este artículo prevé un remedio excepcional de tutela de un interés que queda fuera de la composición contractual, medida que tiene como única finalidad evitar

¹²⁷ Sobre esta cuestión, ver A. MASUCCI, *Trasformazione della amministrazione*, cit., 70 ss.

¹²⁸ Sobre este punto, ver A. MASUCCI, *Trasformazione della amministrazione*, cit., 34 ss., y las referencias al famoso ensayo de Otto MAYER, *Zur Lehre vom öffentlichrechtlichen Verträge*, publicado en el *Archiv des öffentlichen Rechts* de 1888.

¹²⁹ Ver de nuevo A. MASUCCI, *Trasformazione della amministrazione*, cit., 70 ss.

¹³⁰ Cfr. E. SCHMIDT-AßMANN, *Das Allgemeine*, cit., 170 ss.

¹³¹ Sobre la teorización del «*Kooperativer Staat*», ver E. SCHMIDT-AßMANN, *Allgemeines*, cit., 294 ss.

una contradicción grave entre el contrato y los intereses generales, en los casos de eventos excepcionales¹³².

Debe subrayarse, sin embargo, que, aun tratándose de un módulo paritario y sinalagmático, el contrato de Derecho público no representa una mera «huida del Derecho público». La definición del contenido del acto contractual debe producirse dentro del respeto de los principios y normas de Derecho público. Esa vinculación con el Derecho público no se materializa en una serie de poderes administrativos (como en el *contrat administratif*), sino en el deber que tiene la Administración al definir su voluntad contractual propia de respetar los principios y normas que gobiernan el desempeño de la acción administrativa¹³³. Lo más llamativo, sin embargo, es que con la previsión del contrato de Derecho público se derrumba la rígida y dogmática separación entre Derecho público y Derecho privado, y los esquemas y modelos del Derecho privado se apropian por el Derecho administrativo. El Derecho administrativo se extiende al área del Derecho privado. Obviamente, no se trata de una simple trasposición de módulos privatísticos al Derecho administrativo. La disciplina que regula este módulo representa a menudo un entrecruzamiento entre norma privatística y norma publicística. La Administración actúa conforme a valoraciones discrecionales, observando todos aquellos principios constitucionales que consienten no sólo perseguir el interés público, sino también respetar en vía de principio las situaciones subjetivas del individuo¹³⁴.

XI. DE LA ADMINISTRACIÓN PRESTACIONAL A LA ADMINISTRACIÓN REGULADORA

La corriente político-económica que, como hemos visto, en los años de entreguerras empujó a los poderes públicos a asumir en régimen de monopolio la tarea de prestadores de servicios a la colectividad¹³⁵, sufre un vuelco total en la década que cierra el último siglo. En esos años, bajo la influencia de una política económica que reclama una visión del «Estado mínimo»¹³⁶, y en cumplimiento de las normas comunitarias

¹³² Sobre estos aspectos, ver, recientemente, H. BAUER, «Verwaltungsverträge», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOßKULE, *Grundlage des Verwaltungsrechts*, München, II, 2008, 663 ss.

¹³³ Cfr. P. BADURA, *op. cit.*, 695.

¹³⁴ Cfr. W. HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen, Handlungsformen, Bewirkungsformen», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, 940.

¹³⁵ Cfr. *supra*, punto VI.

¹³⁶ Sobre la política de «privatizaciones» lanzada en 1979 en Gran Bretaña por el Gobierno Thatcher y luego propagada en la mayor parte de los países europeos, ver J. CHEVALLIER, *op. cit.*, 54 ss.

que prevén la apertura a la «competencia» incluso de las actividades empresariales de prestación de servicios públicos (art. 106.1 del Tratado CE)¹³⁷, se pone en marcha un proceso de «liberalización» de estos sectores¹³⁸. Este cambio relevante de política económica no ha significado, sin embargo, la desaparición del papel del Estado en el sector de los servicios públicos¹³⁹. La «superación» de los monopolios, para ser efectiva, es decir, para crear las condiciones de un mercado que funcione, no puede agotarse en la simple adopción de la decisión jurídica de «liberalización del sector». La «liberalización del sector» no puede garantizar por sí misma el funcionamiento del mercado, y necesita la «mediación» del Estado¹⁴⁰. La duradera posición dominante del operador histórico impone la adopción de medidas que buscan reequilibrar el mercado. Para crear las condiciones de un mercado que funcione es necesario superar las condiciones privilegiadas del ex monopolista, que sobreviven en el plano jurídico pese al fin del monopolio¹⁴¹. Es necesario recurrir a «*Korrekturen des Marktmechanismus*»¹⁴². El Estado debe intervenir con decisiones públicas (las así llamadas *medidas asimétricas*) que, por una parte, imponen obligaciones a los ex monopolistas y, por otra, conceden ventajas a los nuevos sujetos entrantes¹⁴³. Se trata de medidas que no surgen solas, lo cual lleva a un «*mercado regulado*», a un mercado donde el sujeto público es convocado (no para el suministro de prestaciones, sino) para la producción de reglas¹⁴⁴. Más en concreto, en el desarrollo de esta nueva tarea (definida en el Derecho administrativo francés como «*régulation des marchés*»¹⁴⁵, y en el Derecho administrativo de lengua alemana, «*Regulierung*»¹⁴⁶), la Ad-

¹³⁷ Conforme al primer apartado del citado artículo: «Los Estados miembros no adoptarán ni mantendrán, respecto de las empresas públicas y aquellas empresas a las que concedan derechos especiales o exclusivos, ninguna medida contraria a las normas de los Tratados, especialmente las previstas en los artículos 18 y 101 a 109, ambos inclusive». Sobre este aspecto, ver J. WALINE, *Droit administratif*, París, 2010, 364 ss.

¹³⁸ Cfr. P. BADURA, *Wirtschaftsverfassung und Wirtschaftsverwaltung*, Tübingen, 2005, 105 ss.

¹³⁹ Sobre este aspecto, *ex multis*, ver M. EIFERT, «Regulierungsstrategien», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, I, 1239 ss.

¹⁴⁰ Cfr. H. SCHULTZ-FIELITZ, «Grundmodi der Aufgabenwahrnehmung», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, I, 786.

¹⁴¹ Sobre estos temas, ver J.-P. COLSON/P. IDOU, *Droit public économique*, París, 2010, 540 ss.

¹⁴² Cfr. M. EIFERT, «Regulierungsstrategien», *cit.*, 1246.

¹⁴³ Para estos temas, ver M. D'ALBERTI, *Poteri pubblici, mercati e globalizzazione*, Bologna, 2008, 85 ss.

¹⁴⁴ Cfr. E. CARDI, *Mercati e Istituzioni in Italia*, Torino, 2005, 148 ss.

¹⁴⁵ Cfr. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, París, 2010, 33.

¹⁴⁶ Cfr., para la experiencia alemana, W. HOFFMANN-RIEM, «Rechtsformen, Handlungsformen, Wirkungsformen», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-AßMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, II, 918. Para la experiencia austriaca, ver G. HOLZINGER/P. OBERDOFER/RASCHAUER, *Österreichische Verwaltungslehre*, Wien, 2006, 177 ss.

ministración no se configura como *Administración de prestaciones*, sino como *Administración de regulación*¹⁴⁷.

En el Derecho administrativo francés, la actividad de *régulation des marchés* se configura como la acción normativa o paranormativa que acompaña la apertura de un mercado previamente monopolizado y que asegura su apertura a nuevos operadores y a la instauración progresiva de la competencia¹⁴⁸. Más aún, dicha actividad debe proceder a la «*fixation des obligations de service public*», o, de un modo más concreto, debe garantizar «*le maintien et le développement du service public*»¹⁴⁹. En el Derecho administrativo alemán las *Regulierungsbehörde* (autoridades de regulación), en el desarrollo de la tarea de *Regulierung*, han de tender a instaurar y promover la competencia en un mercado todavía no en funcionamiento, haciendo posible a los operadores interesados un acceso al mercado efectivo y no discriminatorio, y promoviendo al mismo tiempo una oferta de servicios públicos adecuada y suficiente para todo el territorio¹⁵⁰. La actividad de regulación debe, por lo tanto, también tomar en consideración la tutela del *Wohl der Allgemeinheit*, de los «intereses generales». Debe incluso asumir la tarea de *Infrastrukturgarantie*, de «garantía de las infraestructuras»¹⁵¹. En resumen, en ambos ordenamientos «la actividad de regulación» resulta ser la actividad por la cual el Estado, en los así llamados mercados emergentes (es decir, en los mercados de los servicios públicos que se abren a la competencia), construye el régimen jurídico que regula la organización del mercado de los servicios públicos¹⁵². En cuanto a los organismos y las modalidades conforme a las cuales se desarrolla la actividad de regulación, en el Derecho francés se ejercita por organismos que gozan de una cierta independencia del Estado y cuyos componentes presentan competencias particulares en el sector específico (*autorités de régulation indépendantes*)¹⁵³. La tipología de los actos de la actividad de regulación no es predeterminable a causa de la «movilidad» de las materias objeto de la regulación. La tarea regulatoria implica una «normatividad» informal y extensa que completa los poderes reglamentarios clásicos que son atribuidos al *regulateur*¹⁵⁴. La autoridad de regulación recurre a menudo a actos que no se encuadran en las

¹⁴⁷ Cfr. P. BADURA, *Wirtschaftsverfassung*, cit., 106 ss.

¹⁴⁸ Cfr. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., 390.

¹⁴⁹ Cfr. P. COLSON/P. IDOU, *op. cit.*, 541 y 546.

¹⁵⁰ Cfr. P. M. HUBER, «Überwachung», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ARBMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, II, 202.

¹⁵¹ Cfr. P. BADURA, *Wirtschaftsverfassung*, cit., 98 y 107.

¹⁵² Cfr. E. CARDI, *op. cit.*, 139.

¹⁵³ Cfr. J.-P. COLSON/P. IDOU, *op. cit.*, 723 ss.

¹⁵⁴ G. DELLIS, «Régulation et droit public “continental”». Essai d'une approche synthétique», en *Revue de droit public*, 2010, 963 ss.

categorías clásicas de la actividad administrativa. a concertaciones, persuasiones, debates, intercambio de cartas, recomendaciones, advertencias. Se trata de actos o hechos adscribibles al *droit mou*, al *soft law*¹⁵⁵. En el Derecho alemán, el organismo al cual se confía la tarea reguladora (*Regulierungsaufgabe*) es una autoridad reguladora (*Regulierungsbehörde*)¹⁵⁶. La *Bundesnetzagentur*, por ejemplo, es competente para la actividad reguladora en los sectores de la electricidad, gas, telecomunicaciones, servicio postal y ferroviario¹⁵⁷. Se trata de un organismo que, si bien distinto a una estructura ministerial, no goza de autonomía de decisión efectiva, a diferencia de algunas Agencias europeas o de las Agencias americanas¹⁵⁸. El *instrumentarium* técnico-jurídico utilizado por este organismo está muy articulado. Están previstos actos administrativos imperativos y actos consensuales. Actos generales y actos ejecutivos. Se emplean el Derecho privado y el Derecho público. No es infrecuente la obligación de contratar¹⁵⁹.

XII. EL «VIRAJE» HACIA LA ADMINISTRACIÓN ELECTRÓNICA. AUTOMATIZACIÓN Y DIGITALIZACIÓN DE LA ACCIÓN ADMINISTRATIVA.

En los años ochenta y noventa el mundo experimenta una gran explosión tecnológica. Ello no podía dejar de reflejarse también en la realidad administrativa. En Francia, Alemania y Austria se ha iniciado un gran proceso de transformación de las formas de desempeño de la actividad administrativa. Las conquistas de la tecnología informática y de la ciencia artificial han sido utilizadas como apoyo de la transformación de la acción administrativa¹⁶⁰. Se ha vuelto posible no sólo informatizar el patrimonio documental de la Administración pública, sino que se ha abordado la *automatización* del procedimiento decisonal que conforma el acto administrativo. En estos países son adoptados actos administrativos mediante ordenadores¹⁶¹. En la legislación y la práctica administrativas, junto al acto administrativo del funcionario concurre el *acto administrativo automatizado*, el acto definido y adop-

¹⁵⁵ Cfr. Y. GAUDEMET, *Droit administratif*, cit., 392.

¹⁵⁶ Cfr. E. SCHMIDT-ARMANN, *Das Allgemeine*, cit., 259.

¹⁵⁷ Para referencias legislativas a las previsiones de *Bundesagenturen*, ver P. BADURA, *Staatsrecht*, cit., 723 ss.

¹⁵⁸ Subraya este aspecto E. SCHMIDT-ARMANN, *Das Allgemeine*, cit., 142. Más problemática es, sin embargo, la posición de M. EIFERT, «Regulierungsstrategien», cit., 1297 ss.

¹⁵⁹ Sobre este punto, ver E. SCHMIDT-ARMANN, *Das Allgemeine*, cit., 140.

¹⁶⁰ Cfr. H. MAURER, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, München, 2009, 463 ss.

¹⁶¹ Cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, 47 ss.; H. MAURER, *op. cit.*

tado mediante un ordenador¹⁶². Esta nueva figura de acto administrativo ha dado lugar a una problemática del acto profundamente distinta de la tradicional, la cual refleja la peculiaridad de la así llamada «*maquinización*» del procedimiento decisonal. De una teoría del acto que gira sobre la «decisión» del funcionario se ha pasado a una teoría del acto que se concentra sobre el acto-*software* (el acto-programa) que «gobierna» el procedimiento decisonal del ordenador¹⁶³. Pero, además, junto al fenómeno de la *automatización* de la actividad administrativa, rápidamente se ha consolidado en estos países la experiencia de la «*digitalización*» de la acción administrativa (*e.administration*). Conjugando informática y sistemas de telecomunicaciones, se ha puesto en marcha un proceso de transformación de la acción administrativa que hace posible el gran diseño de la Administración en red, del *e.Government*. La realización de este diseño permite superar los vínculos con el espacio y el tiempo a los que está sometida la actuación administrativa en sus formas tradicionales. Esto es así porque la actuación administrativa en red borra las distancias físicas entre las distintas Administraciones y entre éstas y el ciudadano, y al mismo tiempo hace posible que estas relaciones transcurran en tiempo real¹⁶⁴. Se realiza una Administración *any place, any time*.

En el Derecho francés la digitalización de la actuación ha dado lugar, en particular, al fenómeno de las «*téléprocédures administratives*» en el ámbito de los servicios públicos¹⁶⁵. En el Derecho alemán y en el austriaco ha dado lugar a un empleo extendido de la actividad administrativa en red en el desarrollo de la actividad administrativa burocrática. Se desarrollan en red verdaderos y propios procedimientos administrativos. Son adoptados verdaderos y propios actos administrativos en forma electrónica, que son comunicados a su destinatario por vía electrónica¹⁶⁶. Se trata de un hecho de gran importancia en un marco socioeconómico cada vez más caracterizado por el papel y las reglas del mercado, y en el que la Administración pública se constituye cada vez con más frecuencia como eje del desarrollo socioeconómico. En este contexto el *tempo* de la acción administrativa no sólo tiene importan-

¹⁶² Cfr. A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, Napoli, 1993, 47 ss.; H. MAURER, *op. cit.*

¹⁶³ Para referencias, ver A. MASUCCI, *L'atto amministrativo informatico*, cit., 113 ss.; H. MAURER, *op. cit.*, 465 ss.

¹⁶⁴ Cfr. A. MASUCCI, «Informatica pubblica», en S. CASSESE (Coord.), *Dizionario di diritto pubblico*, Milano, 2006, 3120 ss.

¹⁶⁵ Cfr. A. MASUCCI, «Erogazione on line dei servizi pubblici e teleprocedure amministrative», en *Dir. Pubbl.*, 2003, 991 ss.

¹⁶⁶ Sobre este tema, consiéntase el reenvío a nuestro ensayo, en vías de publicación en G. Giappichelli, Torino, de título *Procedimento amministrativo e nuove tecnologie. Il procedimento amministrativo elettronico ad istanza di parte*.

cia de hecho, sino que determina la misma efectividad de los poderes públicos¹⁶⁷. En poco tiempo, como es fácil advertir, la *elektronifizierung* de la actividad administrativa ha representado una «*Kulturbruch*»¹⁶⁸, una ruptura cultural que ha innovado no sólo la instrumentación de la acción administrativa, sino también la teorización de la actividad administrativa¹⁶⁹. Han encontrado plena legitimación en la teoría de la acción administrativa las figuras del procedimiento administrativo electrónico (*elektronisches Verwaltungsverfahren*) y del acto administrativo electrónico (*elektronisches Verwaltungsakt*)¹⁷⁰. Se han delineado los presupuestos para la construcción de un verdadero *Derecho de la Administración electrónica*¹⁷¹.

XIII. UNA MODALIDAD ALTERNATIVA DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y CIUDADANO. EL PROCEDIMIENTO DE MEDIACIÓN EN EL DERECHO ADMINISTRATIVO

En tiempos no muy lejanos, dentro del esfuerzo de asegurar el respeto de unos plazos razonables para la resolución de los litigios y, al mismo tiempo, en la esperanza de deflacionar la carga que pesa sobre los tribunales en el ámbito civil, se han examinado medios de resolución de litigios diferentes de los tradicionales¹⁷². Estos medios, denominados con el acrónimo *ADR* (*Alternative Dispute Resolution*), han tenido su origen en la experiencia de los Estados Unidos¹⁷³, encontrando eco incluso a nivel de la Comunidad Europea y a nivel del Consejo de Europa, pero sobre todo en el Derecho alemán¹⁷⁴.

A pesar de que la previsión de los ADR se justifica comúnmente como remedio frente a la lentitud de los procesos, contra el mal funcionamiento y los costes de la justicia, el recurso a los ADR encuentra principalmente su justificación en una «cultura diversa» de resolución

¹⁶⁷ Cfr. F. MERUSI, *Sentieri interrotti della legalità*, Bologna, 49 ss.

¹⁶⁸ Cfr. M. EIFERT, *op. cit.*, 35.

¹⁶⁹ Para referencias, A. MASUCCI, *L'atto amministrativo*, cit., 113 ss.; H. MAURER, *op. cit.*, 465 ss.

¹⁷⁰ Cfr. H. MAURER, *op. cit.*, 469 ss.; G. HOLZINGER/P. OBERNDORFER/B. RAUSCHER, *Österreichische Verwaltungslehre*, Wien, 2006, 271 ss.; J. SKROBOTZ, *Das elektronische Verwaltungsverfahren*, Berlín, 2005, 290 ss.; M. EIFERT, *Electronic Government*, Baden Baden, 2005.

¹⁷¹ Recordamos que M. EIFERT subtitula el ensayo citado en la nota precedente *Das Recht der elektronischen Verwaltung*.

¹⁷² Cfr. E. SILVESTRI, «Conciliazione e mediazione», en *Encl. Dir. Annali*, I, Milano, 2007, 282 ss.

¹⁷³ Cfr. E. SILVESTRI, «Conciliazione», cit., 277.

¹⁷⁴ Sobre referencias a los distintos sectores del Derecho alemán en los cuales se emplea el más importante de estos medios, «mediación», ver F. HAFT/K. VON SCHLIEFFEN, *Handbuch Mediation*, München, 2009.

de conflictos, en una «modalidad alternativa» de resolución de los litigios. Los ADR representan, antes que nada, el intento de construir instrumentos de resolución de conflictos *in alternativa* a la vía autoritaria representada por el juez. Buscan valorar la participación subjetiva de las partes en la resolución del litigio, que hoy en día gira en torno a la figura del juez. Buscan prefigurar un modelo de justicia que atribuye a las mismas partes la potestad de gobernar el *iter* y el resultado de la resolución del conflicto. Ello favorece la «disponibilidad» de las partes a la resolución consensual de éste. Pero, cosa más importante, dichos medios pueden favorecer una solución que, siempre en el respeto de las normas, se acomode a los intereses reales de las partes, es decir, refleje los concretos intereses que las partes tratan de tutelar. Este aspecto puede escapar de la decisión del juez, concentrada en el respeto formal de la norma a aplicar¹⁷⁵.

Entre los medios adscribibles a los ADR asume particular importancia la «mediación»¹⁷⁶. Ésta encuentra aplicación y desarrollo sobre todo en el Derecho administrativo alemán¹⁷⁷. En este ordenamiento, el desarrollo del procedimiento de mediación sucede bajo la «dirección» de un «mediador». Éste debe facilitar, o mejor propiciar, el acuerdo entre las partes, actuando en el respeto del principio de imparcialidad. Más específicamente, debe empeñarse en favorecer la superación de la diferencia que enfrenta a las partes y debe, a la vez, ser el garante del respeto de la corrección, de la «*fairness*» del procedimiento¹⁷⁸.

El empleo del procedimiento de mediación en los litigios entre Administración pública y ciudadano encuentra en el Derecho alemán (que, al igual que otros ordenamientos europeos, se ordena conforme al principio de legalidad) no pocos escollos. Es así del todo obvio que para recurrir eficazmente al procedimiento de mediación tienen que darse las condiciones para «negociar» una solución del litigio. Si por motivos jurídicos no hay espacio alguno para una solución negociada del litigio, entonces el conflicto no puede ser resuelto mediante

¹⁷⁵ Cfr. A. MASUCCI, «La mediazione in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione», en *Riv. it. dir. pubbl.com.*, 2008, 1356 ss. *Amplius*, ídem, «La procedura di mediazione come rimedio alternativo di risoluzione delle controversie di diritto amministrativo prima e nel corso del processo. Profili delle esperienze francese, tedesca ed inglese», en E. FOLLIERI/L. JANNOTTA, *Scritti in ricordo di Francesco Pugliese*, Napoli, 2010, 175 ss.

¹⁷⁶ Para un *excursus* de los distintos medios, ver C. TACCOLA, «Gli strumenti alternativi di risoluzione delle controversie in Italia e in Europa», en A. MASERA, *Le tutele procedimentali*, Napoli, 2007, 282 ss.

¹⁷⁷ Cfr., *ex multis*, B. HOLZNAGEL/U. RAMSAUER, «Mediation im Verwaltungsrecht», en F. HAFT/K. VON SCHLIEFFEN, *op. cit.*, 683 ss.; H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», en H. U. ERICHSEN/D. EHLERS, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, De Gruyter, 2005, 504 ss.; I. APPEL, «Privatverfahren», en W. HOFFMANN-RIEM/E. SCHMIDT-ARMANN/A. VOßKULE, *op. cit.*, II, 862 ss.

¹⁷⁸ Cfr. A. MASUCCI, «La mediazione», *cit.*, 1358 ss.

el procedimiento de mediación. El recurso a este medio presupone que las partes puedan encontrar una solución negociada en torno al litigio, o al menos en torno a algunos aspectos del litigio. No es posible que el acuerdo que concluye el procedimiento de mediación pueda contradecir el derecho material que regula el supuesto de hecho. La solución negociada de la controversia debe por eso buscarse o bien mediante una interpretación más correcta de la disciplina normativa aplicable, o bien en el espacio vacío dejado por las normas que regulan el supuesto¹⁷⁹.

Conforme a la legislación alemana, es posible el empleo del procedimiento de mediación no sólo en el curso del mismo procedimiento administrativo, sino también de modo sucesivo a su conclusión. Si se realiza en el curso del procedimiento administrativo, el empleo de la mediación puede mejorar la calidad de la actuación administrativa y reforzar la tutela procedimental del ciudadano. En este caso, el conflicto entre la autoridad y el ciudadano se atempera en un diálogo paritario bajo la dirección de un tercero que tiende a reunir las distintas razones en una solución compartida. El procedimiento de mediación que se realiza tras la conclusión del procedimiento y antes de la «procesalización» del litigio, cuando tiene un resultado positivo, se resuelve en un acuerdo que compromete no sólo al ciudadano, sino también a la Administración pública. Ésta debe adoptar medidas que «armonizan» la decisión administrativa ya adoptada con los compromisos alcanzados en el acuerdo. Pero el procedimiento de mediación, como decíamos, puede responder también a las exigencias de asegurar una solución consensual del litigio en el curso del mismo proceso. Si el procedimiento de mediación se realiza durante el juicio (a solicitud del juez o por iniciativa de las partes), el proceso se suspende mientras dura el procedimiento de mediación. En el caso de que la mediación que se desarrolla durante el proceso tenga éxito, el acuerdo entre las partes puede configurarse como una transacción procesal¹⁸⁰.

Parcialmente distinta a la alemana es la «filosofía» que preside la experiencia francesa de los ADR en el Derecho administrativo. En el supuesto de mediación preprocesal, la misma viene confiada a otra autoridad administrativa distinta de la implicada. Incluso si se trata de una autoridad que no pertenece a la Administración que ha adoptado la decisión, y a pesar de que esta autoridad pueda decidir conforme a equidad, prevalece siempre una especie de *administrativización* del procedimiento de mediación. En este caso, la mediación se asemeja

¹⁷⁹ Cfr. H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 504 ss.; A. MASUCCI, «La mediazione», cit., 1359.

¹⁸⁰ Cfr. H. PÜNDE, «Verwaltungsverfahren», cit., 516 ss.

al modelo de recurso administrativo¹⁸¹. Distinta, sin embargo, es la experiencia del procedimiento de mediación en el curso del proceso, que puede ser solicitada por las partes y/o por el mismo juez. En estos casos no concurre ninguna «burocratización» de la mediación. El juez confía a un «tercero» nombrado por él mismo el cuidado del desarrollo de la mediación, que es «conducida» por las mismas partes¹⁸². Si la mediación se concluye con un acuerdo, las partes pueden limitarse a ponerlo en conocimiento del juez para un «no ha lugar a proceder». El recurrente puede, incluso, declarar su retiro del proceso. Pero, cosa más importante, las partes pueden también solicitar al juez que se pronuncie sobre su acuerdo. En particular, podrán solicitarle o bien que simplemente tome nota del acuerdo, o bien que transforme el acuerdo en una decisión judicial que reproduzca su contenido. En ambos casos, el juez no satisfará la petición sino después de haber comprobado que el acuerdo no es contrario a ninguna razón de orden público.

¹⁸¹ Cfr. A. MASUCCI, «La mediazione», cit., 1361 ss.

¹⁸² Cfr. A. MASUCCI, «La mediazione», cit., 1366 ss.

